

Limites da aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) na relação entre usuários e concessionárias de serviço público

Limites de l'application du CDC dans la relation entre les utilisateurs et les concessionnaires de service public

Resumo: O texto pretende analisar os limites da aplicação do código de defesa no consumidor na relação entre as concessionárias e os usuários de serviços públicos. Examinar-se-á as formas de aplicação do CDC à relação concessionária, comentando-se a aplicação de determinados dispositivos da lei n. 8.078/90 na estrutura tarifária do serviço com a exploração de julgados pátrios sobre esta temática. Afinal, o texto explora a necessidade da interpretação simultânea dos dispositivos jurídicos que incidem sobre os aspectos da concessão dos serviços públicos.

Résumé: Cet article se propose d'analyser les limites de l'application du code de protection des consommateurs (code de la consommation) dans les relations entre les distributeurs et les utilisateurs des services publics. Il examinera les moyens de mise en œuvre du CDC dans la relation concessionnaire, commentaires sur l'application de certaines dispositions de la loi n° 8.078/90 sur la structure tarifaire du service avec de l'exploration de la jurisprudence sur cette question. Après tout, le article examine la nécessité de l'interprétation simultanée des dispositions légales qui mettent l'accent sur les aspects de la prestation du services publics.

Palavras chave: Código de Defesa do Consumidor. Serviços públicos. Usuário. Concessionária. Tarifa.

Mots clés : Code de protection des consommateurs. Les services publics. Utilisateur. Concessionnaire. Taux

Sumário: 1-. Introdução 2-. O serviço público 3-. Consumidor e usuário 4-. Formas de aplicação do CDC às relações concessionárias 5-. A tarifa como exemplo de inadequação do CDC nas relações entre usuários e concessionárias 6-. Conclusões.

1. Introdução

A outorga pelo Estado da gestão do serviço público à iniciativa privada implica na criação de uma variedade de relações jurídicas para o seu exercício. A coexistência de um serviço elevado ao interesse público com o propósito lucrativo da empresa privada que passe a explorá-lo exige a incidência de normas que disciplinem desde a própria concessão do serviço pelo Estado até a relação da concessionária com os destinatários do mesmo. E todas estas normas que incidem sobre a relação concessionária devem necessariamente ser interpretadas de modo sistemático e coerente.

Este cuidado hermenêutico é determinado essencialmente pelo mérito da decisão do Poder Público na escolha pela concessão e permissão de um serviço. Exige-

se que o peso dos benefícios sociais à população seja maior do que o peso do lucro obtido pela iniciativa privada. A relação concessionária se estabelece primordialmente para a satisfação de uma necessidade coletiva, ao passo que os ganhos da iniciativa privada são meramente reflexos desta necessidade preferencial, garantidos pelo regime jurídico da concessão.

Neste contexto é que são introduzidas as normas de direito do consumidor. A relação de consumo pode estar contida nas múltiplas relações jurídicas decorrentes da concessão do serviço público. Mas ela não prevalece em todos os casos, sendo que o Código de Defesa do Consumidor não incide sobre todos os aspectos da prestação do serviço concedido. A relação concessionária deve obediência preferencial aos artigos 21, 37 e 175 da Constituição Federal, bem como à Lei Geral de Concessões e a outras normativas afetas ao serviço público.

É frequente o discurso de juristas banalizando as regras consumeristas com a sua aplicação indiscriminada a qualquer situação onde se apresentem concessionária e usuários do serviço público. Daí o escopo desta pesquisa, que tem como objetivo geral traçar alguns limites e parâmetros sobre a incidência das normas de direito do consumidor através da análise interpretativa do direito público e do Código de Defesa do Consumidor.

A análise destinar-se-á, ainda, à localização jurídica do usuário como um sujeito beneficiário da prestação de um serviço público, à distinção conceitual entre usuário e consumidor e sua localização legislativa, e à análise da tarifa frente ao Código de Defesa do Consumidor.

2. O usuário como beneficiário da prestação de um *serviço público*

Um ponto de partida para a compreensão da interferência do CDC nas relações jurídicas entre concessionária de serviço e usuários está na aceitação de que esta está permeada pela tutela do *serviço público*. Isso significa admitir o usuário como o sujeito beneficiário, em última análise, do *serviço público*.

O regime jurídico do serviço público outorga ao usuário um repertório de direitos, a serem exercidos em face da concessionária e do próprio Poder Concedente, que se justifica na ligação do serviço público com valores fundamentais e com a dignidade da pessoa humana. Há aspectos individuais e supraindividuais que se extraem desta relação.

MARÇAL JUSTEN FILHO escreve que, quando uma atividade se configura como serviço público, passa a sujeitar-se a uma disciplina que retrate essa instrumentalidade

para realizar o interesse público¹. O serviço público, enfim, estará sempre agregado a valores fundamentais do Estado Democrático de Direito, tal como a dignidade da pessoa humana e a eliminação das desigualdades sociais.

Em estudo que contempla o serviço público fundamentalmente ligado à posição do usuário, CESAR A. GUIMARÃES PEREIRA esclarece que o conceito mais preciso do serviço público será aquele que destaca o serviço *uti singuli* do serviço *uti unersi*, pois que a relação jurídica estabelecida concretamente com a figura do usuário estabelecer-se-ia somente na primeira espécie. Para CESAR A. GUIMARÃES PEREIRA, no serviço público propriamente dito, o usuário é instrumento para o atingimento da finalidade da atividade pública².

A figura do usuário para o estabelecimento do conceito de serviço público, portanto, reforça a idéia de instrumentalidade de MARÇAL JUSTEN FILHO. O serviço público, para além da satisfação do interesse individual do usuário, serve precipuamente à satisfação do interesse público subjacente³.

Já ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO retrata, dentre outras, uma acepção restrita do serviço público, segundo a qual abrangeria apenas as atividades prestacionais que tivessem um liame imediato com os indivíduos, podendo os seus beneficiários ser identificados e a sua fruição quantificada. Tratar-se-ia este um conceito inferível da própria Constituição Federal. Nas palavras do jurista: *Serviços públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocados pela Constituição ou pela lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhada diretamente ou por delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade*⁴.

Em consonância com a idéia de instrumentalidade, ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO explica que os serviços públicos e as atividades econômicas *stricto sensu* têm uma relação distinta com o tempo: “*estas visam à satisfação imediata do sujeito, ao passo que*

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. Comentários às Leis 8.987 e 9.074, de 1995. São Paulo: Dialética, 1997, p. 56/57.

² “O serviço é *uti singuli* porque a satisfação de cada usuário individual é o que realiza o fim público de cada serviço” (PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Ed. Saraiva. 2006, p. 4)

³ “Assim, ao prestar o serviço de abastecimento de água potável, o Poder Público realiza o interesse do usuário (que necessita de água de qualidade para sobrevivência com saúde) e o interesse coletivo na prevenção de transmissão de doenças e na redução de eventuais custos de tratamento médico. A realização do interesse coletivo pressupõe o atendimento do interesse individual do usuário”. (PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Ed. Saraiva. 2006, p. 5)

⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 157.

aqueles visam à realização dos interesses de longo prazo dos cidadãos enquanto membros de uma dada sociedade⁵”.

Todas as definições apresentadas, permeadas pela idéia do *bem comum*, permitem a extração de uma segunda constante, qual seja, que a atividade reconhecida como serviço público estará sujeita a um regime jurídico próprio de Direito Público. Justamente pelo serviço público ser marcado pelo interesse coletivo submete-se a um regime jurídico adequado a esta finalidade. Convencionou-se aqui, portanto, o conceito do serviço público a partir de um viés formalista. O serviço público é a atividade condicionada às regras aplicáveis ao serviço público.

E a outorga pelo Estado da gestão de um serviço público ao particular não o descaracteriza como tal, transformando-o em serviço privado e, portanto, não modifica o regime jurídico que se projeta sobre a prestação do serviço público. A concessionária atua em nome próprio, mas no interesse público, daí a manutenção do regime jurídico aplicável.

O regime jurídico próprio de direito público impede que o particular administre o serviço como se fosse titular do empreendimento privado. Como contraponto da livre iniciativa na atividade econômica em sentido estrito, está o contrato de concessão celebrado com o Estado na prestação do serviço público, de onde surge uma relação jurídica complexa que envolve, a um só tempo, o Poder Público, a concessionária e o usuário do serviço público. E os limites do interesse público constroem a liberdade da concessionária, cuja atividade passa a ostentar nítida natureza funcional. Segundo MARÇAL JUSTEN FILHO, “a concessão é instrumento de realização do interesse público, transcendente ao interesse econômico do concessionário⁶”.

Os serviços públicos, portanto, ainda que sob a gestão da iniciativa privada, apresentam um caráter coletivo e social muito mais forte e amplo do que nas atividades econômicas em sentido estrito, mantendo-se submissos ao regime jurídico de Direito Público. Em última análise, os serviços públicos mesmo que prestados pela iniciativa privada acabam sendo instrumentos realizadores da distribuição de renda⁷, da eliminação das desigualdades sociais e da dignidade da pessoa humana.

⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 524.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. Comentários às Leis 8.987 e 9.074, de 1995. São Paulo: Dialética, 1997. p. 69.

⁷ Ver-se-á adiante que a composição da tarifa pode se pautar na prática de subsídios cruzados, mecanismo este realizador da distribuição de renda.

3. Consumidor e usuário

Como visto, a ligação entre a prestação do serviço público a valores fundamentais o distingue das demais atividades econômicas e lhe garante um regime jurídico peculiar, marcado por normas de direito público. Estando o usuário integrado na multiplicidade de relações jurídicas que se travam no domínio da outorga e prestação do *serviço público* - sendo ele o próprio beneficiário desta prestação -, sua posição não deve ser equiparada a de um mero *consumidor* de serviços. Estes conceitos são diferenciados pelo direito.

Consumidor e usuário são figuras tratadas distintamente pela Constituição. O consumidor aparece como um agente participante da economia de mercado (art. 170, V, CF⁸), ao passo que o usuário é percebido como o destinatário de uma prestação marcada pelo interesse público (arts. 175⁹ e 150, § 3º¹⁰, da CF).

Embora consumidor e usuário encontrem-se em uma relação de cunho econômico onde são destinatários de uma prestação que ocorre, em regra, mediante uma contrapartida pecuniária, o texto constitucional situa-os em ambientes distintos, impossibilitando a identificação destas figuras. O consumidor é um agente do mercado de consumo (atividade econômica em sentido estrito), enquanto o usuário é alguém na busca da realização das suas necessidades essenciais como destinatário de um serviço público¹¹.

A diferença de ambientes econômicos importa em mudança no comportamento da figura destinatária da prestação. Perceba-se que o consumidor está no mercado buscando a sua prestação ou bem segundo uma conjugação de oferta e preço na medida da sua vontade e possibilidade aquisitiva. O usuário, por seu turno, movimenta-se pela sua existência social, buscando a fruição de um serviço público independentemente da sua oferta e do seu preço.

⁸ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V - defesa do consumidor.

⁹ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: II - os direitos dos usuários.

¹⁰ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: § 3º - As vedações do inciso VI, "a", e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

¹¹ A idéia é da Autora Cristiane Denari (DERANI, Cristiane. Privatização e serviços públicos. São Paulo: Max Limonad. 2002)

O cerne da distinção entre as figuras do consumidor e usuário, portanto, está nos valores – sempre relacionados à dignidade da pessoa humana – inerentes aos serviços públicos¹².

CESAR A. GUIMARÃES PEREIRA esclarece que “o consumidor tem uma posição jurídica caracterizada pela titularidade de direitos subjetivos; o usuário ocupa uma posição jurídica instrumental para a realização dos valores que inspiram a definição de certos serviços como públicos pelo que titulariza direitos subjetivos funcionalizados”. Completa que “o usuário tem direitos em relação à criação e organização do serviço completamente incompatíveis com a posição jurídica de um consumidor¹³”.

Não só é possível a distinção do usuário e consumidor no plano econômico, como, também – e reflexamente –, altera-se o regime jurídico aplicável a um e outro. A relação entre o consumidor e o fornecedor está situada no campo do direito privado e a relação entre o usuário e a concessionária, por ser tocada pelo interesse público, recebe forte normatização pelo direito publicista.

ANTONIO CARLOS CINTRA DO AMARAL aponta objetivamente três diferenças: “(a) a relação entre fornecedor e consumidor é privada; a entre concessionária e usuário envolve interesses públicos e é coligada ao contrato de concessão; (b) o tratamento normativo das figuras é distinto no ordenamento brasileiro; (c) o usuário é titular de direitos frente à concessionária e ao Poder Público (poder concedente), que responde pelo inadimplemento da concessionária; ao contrário, o consumidor detém direitos apenas frente ao consumidor¹⁴”.

Afinal, a despeito do possível regime de concorrência entre os prestadores de serviço público (e, portanto, aproximando-os da atividade econômica em sentido estrito), é de se manter íntegra a distinção entre as figuras do usuário e do consumidor bem como a impossibilidade de equiparação dos regimes. O estabelecimento de um regime concorrencial da prestação do serviço público não o desnatura como tal e, portanto, em maior ou menor grau, estará invariavelmente destinado à realização de valores sociais e, sobretudo, à realização da dignidade humana.

¹² Embora os serviços públicos estejam sempre marcados pela essencialidade ante os valores sociais que funcionalizam, é possível conceber uma graduação do nível de essencialidade dos serviços públicos, de modo que podem ser mais ou menos afetos à dignidade humana.

¹³ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006. p. 136.

¹⁴ AMARAL, Antonio Carlos Cintra. *Distinção entre usuário de serviço público e consumidor*. In: Amaral, Antonio Carlos Cintra. *Concessão de serviço público*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 113/118. p. 115.

4. Formas de aplicação do CDC às relações concessionárias

Há quem sustente que o artigo 7º da lei geral de concessões¹⁵ lançou a figura do usuário ao *status* incontestado de consumidor. O dispositivo, sem dúvidas, reconhece em alguma medida a aplicação do regime do Código de Defesa do Consumidor à prestação dos serviços públicos. Contudo, não é o suficiente a autorizar a equiparação das figuras do usuário e do consumidor, tampouco é o suficiente a autorizar a aplicação indiscriminada das regras e princípios consumeristas à relação concessionária.

Não há dúvidas sobre o amplo campo de incidência do Código de Defesa do Consumidor, que, servindo à tutela do consumidor no mercado de consumo, apanha a grande maioria dos contratos civis.

Como expõe CLAUDIA LIMA MARQUES, está o Código de Defesa do Consumidor determinando a aplicação de suas normas de interpretação e de proibição de abusos à grande maioria dos contratos civis hoje existentes na sociedade, invadindo searas tradicionalmente dominadas pelas normas do Código Civil e, conforme se interprete a figura do consumidor, também matérias regidas pelo Código Comercial¹⁶.

Contudo, CLAUDIA LIMA MARQUES é cuidadosa ao tratar da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos, pois reconhece a especialidade da relação concessionária. Expõe que o regime “dos contratos concluídos com a administração é especial, mesmo se regidos por leis civis, não perde a relação ser caráter de ‘verticalidade’, reservando-se a administração faculdades que quebram o equilíbrio do contrato¹⁷”. Assim a autora reconhece a necessária conciliação do CDC com o regime de direito público.

Quer-se dizer, no entanto, que sempre haverá prevalência do direito administrativo em relação ao CDC. Insta, então, relacionar quais são as possibilidades de aplicação do CDC às relações concessionárias, ainda que sob o peculiar trato da relação concessionária.

¹⁵ Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários: I - receber serviço adequado; II - receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos; III - obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente. IV - levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado; V - comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço; VI - contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.

¹⁶ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 4 ed. ver e amp., São Paulo: RT, 2002, p. 360.

¹⁷ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 4 ed. ver e amp., São Paulo: RT, 2002, p. 485/497.

A primeira premissa do tema é a aplicação do CDC restrita às hipóteses de omissão do direito administrativo na regulação da relação concessionária frente aos usuários. Ou seja, onde houver o afastamento das normas de direito público, abre-se, então, espaço para a aplicação das normas consumeristas.

Reconhece-se, contudo, que se trata de uma aplicação provisória, ante a ausência da criação de uma disciplina própria para a proteção do usuário, já a mando do artigo §3º do artigo 37 da Constituição Federal¹⁸. É o que bem explica CESAR A. GUIMARÃES PEREIRA:

Desse modo, a disciplina própria do consumidor, contida no CDC, somente é aplicável aos usuários de serviço público (a) nos espaços de liberdade deixados pela regulamentação do serviço público e (b) provisoriamente, enquanto não editadas as leis pertinentes ao serviço público em questão (pelo ente político que titulariza o serviço ou, no caso do art. 22, XXVII, da Constituição, Pela União¹⁹).

Todavia, se as normas do CDC demonstrarem incompatibilidade com o direito público deixam de ser aplicadas²⁰.

A segunda premissa é que, de fato, há normas do CDC que inegavelmente se aplicam à relação concessionária, tal qual aquela expressa nos seus arts. 4º, VII, 6º, X e 22²¹. Ocorre que, não obstante a inserção destes dispositivos no CDC é de se reconhecer a sua natureza administrativa - também, por isso, a citada característica do CDC como um conjunto de "microsistemas²²", e a existência de normas de natureza administrativa no corpo do CDC não pressupõe a aplicação das demais normas consumeristas e tampouco autoriza a equiparação do usuário com o consumidor.

¹⁸ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II - o acesso dos usuários a registros administrativos e às informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

¹⁹ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Ed. Saraiva. 2006, p. 214.

²⁰ Apresentam pontos de incompatibilidade com o regime publicista, p. ex, os arts. 20, 26, 27, 39, I, 51, II, IV, IX, X, XI, XII, XIV, XV, do CDC.

²¹ Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

²² MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 4 ed. ver e amp., São Paulo: RT, 2002. p. 25/30.

No texto do CDC revelam-se ainda normas de conteúdo declaratório. A função declaratória, por sua vez, implica no reconhecimento da aplicação das normas de direito administrativo, afastando a aplicação do seu próprio conteúdo normativo. Em outras palavras, a característica declaratória do CDC apenas repete o regime publicista.

Por fim, a última premissa é que se reconhece a incidência das normas processuais à relação concessionária. O sistema processual do CDC apresenta um caráter geral, não se destinando exclusivamente ao consumidor. E, além do sistema processual contemplar hipóteses estranhas à relação do consumo, o artigo 22, parágrafo único, do CDC, expressamente estabelece a sua incidência em favor dos usuários²³.

Em suma, com bem apresenta CESAR A. GUIMARÃES PEREIRA, são verificáveis no CDC quatro grupos de normas aplicáveis ao serviço público: “(a) normas relativas à regulação do próprio serviço público, que têm fundamento de validade no art. 22, XXVII, da Constituição (...); (b) normas que refletem o regime jurídico de direito público e, por isso, não são aplicáveis, mas podem ser invocadas como argumentos baseados em um caráter declaratório dessa disciplina consumerista (...); (c) normas do CDC que se aplicam – provisoriamente, diante da omissão legislativa frente ao art. 27 da EC . 19/1998 – aos espaços de liberdade deixados pela regulação de cada serviço público, que prevalece em caso de conflito; (d) normas de natureza processual (...)”²⁴.

É de se concluir, portanto, que a tutela da lei de proteção ao consumidor é menos intensa quando voltada ao usuário do serviço público, porque, acima de todos os envolvidos na relação, está o interesse público. Ou seja, a situação jurídica do usuário, embora circunstancialmente passível de qualificação simultânea do consumidor, é atingida pela “funcionalização inerente à relação jurídica de direito público”²⁵.

²³ O ponto nuclear da extensão ao usuário do regime processual do CDC está no parágrafo único do art. 22. O dispositivo estabelece que “nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código”. Por essa via – e pela conjugação dos arts. 4º, VII, e 6º, X, com o art. 81 e o art. 83 do CDC -, torna-se integralmente aplicável ao usuário a disciplina processual do CDC. Isso diz respeito tanto às ações coletivas (arts. 81 e 82) quanto às ações individuais (art. 84, p.ex.). (PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Ed. Saraiva. 2006, p. 241).

²⁴ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Ed. Saraiva. 2006, p. 221.

²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. Comentários às Leis 8.987 e 9.074, de 1995. São Paulo: Dialética, 1997, p. 132.

4. A incompatibilidade do regime tarifário com a *relação de consumo* tutelada pelo CDC.

O CDC oferece-se como norma a ser aplicável nos espaços de liberdade deixados pela regulação do serviço público, mas tão-somente na medida em que houver compatibilidade com o regime publicista.

Assim, p. ex., o parágrafo único do art. 42²⁶ (regra de devolução em dobro dos montantes indevidamente cobrados) e o inciso V, do art. 6²⁷ (modificação e revisão de cláusulas contratuais), do CDC, representam dois notáveis pontos de incompatibilidade com o direito público.

A remuneração da concessionária não se dá diretamente pela Administração Pública. As atividades objeto da concessão são desempenhadas por conta e risco da concessionária, que promove investimentos e custeia as atividades necessárias à prestação do serviço público, percebendo, em contrapartida, a receita das tarifas pagas pelos usuários²⁸.

A análise dos valores da tarifa de serviço público exclusivamente sob o ponto de vista da legislação do consumidor mostra-se arriscada e inadequada, pois tende a interpretar a tarifa a partir de exclusivo aspecto da contraprestação do serviço concretamente recebido pelo usuário. Ocorre que a tarifa representa, outrossim, “um elemento fundamental da preservação do equilíbrio da política pública e do projeto da infra-estrutura consubstanciados na concessão²⁹”. Evidente que a tarifa representa o preço ou a contraprestação que os usuários praticam com a utilização do serviço público ofertado pela concessionária. É a contrapartida à prestação do serviço que integra a relação jurídica contratual entre usuário e prestador. Mas o seu aspecto contratual relativo ao usuário e concessionária não elimina a sua original ligação com o serviço público e, portanto, sempre se fará presente, noutra ponta, o aspecto legal³⁰. Daí se apanha outro motivo que denota a complexidade do instituto da concessão, a ensejar, como dito, uma

²⁶ Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

²⁷ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

²⁸ A concessão comum de serviços públicos (Lei 8.987/95) pressupõe um sistema misto de remuneração do concessionário, constituindo-se da receita tarifária (o pagamento de tarifas pelos usuários) e de receita alternativas associadas ao negócio da concessão ou proveniente de projetos associados. (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *O regime tarifário na concessão de serviços públicos* in Revista de direito público da economia. Ano 7. n. 27. p. 52)

²⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 524.

³⁰ A Constituição previu a instituição de política tarifária de serviços públicos pelo legislador.

multiplicidade de relações jurídicas para o seu exercício. É o que bem elucida FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES:

A tarifa, assim, deve ser compreendida no entrecruzamento de três relações jurídicas coordenadas: a que se estabelece entre usuário (e não usuários) e o Poder Concedente, quando da concepção e idealização do serviço público e sua tarifação; a que se trava entre concessionário e Poder Concedente, delimitando-se e caracterizando-se no caso concreto a execução do serviço e das tarifas praticáveis, ligando-se estas à remuneração adequada ao custeio da prestação suportada pelo concessionário; e aquele que se realiza entre concessionário e usuário, assumindo a tarifa, aqui, o papel de contraprestação arcada pelo usuário como contrapartida à prestação do serviço pelo concessionário. A fixação da tarifa toca, como se vê, o interesse do usuário, do concessionário e, também, dos não usuários (uma vez que a sua fixação pode provocar a aplicação de subsídios pelo Poder Público)³¹.

Além do desenho legal pelo ente titular do serviço público, a tarifa recebe ainda forte regulamentação pela Administração Pública. A soma destas atividades interventivas do legislador e da Administração sobre a tarifa limita a autonomia negocial e contratual entre usuário e prestador³².

Observe-se que mesmo no âmbito concorrencial da prestação dos serviços públicos, quando então os prestadores dispõem de maior liberdade de atuação tarifária, permanece intacto o seu estabelecimento legal, bem como a atuação estatal fiscalizadora e de abuso de repressão.

Mas não são apenas estas as interferências tutelares da tarifa. A tarifa é ainda objeto de pontual controle administrativo pelo Poder Público no âmbito do contrato de concessão, ou seja, o controle da tarifa é exercido de forma dinâmica por atos administrativos de efeitos específicos e concretos para produzir alterações nos valores tarifários, mantida a equação econômico-financeira do contrato.

A fixação da tarifa assim pressupõe tanto o seu aspecto preço-contraprestação (oriundo da relação contratual da concessionária com o usuário) como o seu aspecto preço-regulado e controlado pelo Poder Público (oriundo da relação contratual da concessionária com o Poder Concedente). Sua natureza é complexa. E nem poderia ser

³¹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *O regime tarifário na concessão de serviços públicos* in Revista de direito público da economia. Ano 7. n. 27. p. 52.

³² Essa definição pressupõe a manipulação de mecanismos de tarifação dos serviços públicos, implementando-se distinções necessárias, usando-se de subsídios cruzados quando conveniente, criando tarifas extra-fiscais, etc. Por isso, a tarifa, dada sua ligação com a realização do serviço público, é, antes de tudo, um aspecto fortemente limitado e delimitado por lei. (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *O regime tarifário na concessão de serviços públicos* in Revista de direito público da economia. Ano 7. n. 27. p. 56).

diferente, dado o liame da tarifa com a essencialidade do serviço público a que corresponde.

A existência da tarifa contempla tanto objetivos financeiros e econômicos, como também objetivos sociais, motivo este suficiente a impedir a incidência das regras dos arts. 6, inciso V, e 42, parágrafo único, do CDC.

Poder-se-ia cogitar a incidência destas regras caso a tarifa ostentasse apenas seus objetivos financeiro e econômico dissociados das demais relações jurídicas com o Poder Público. Contudo, este destaque é possível apenas no plano teórico.

Verifica-se, então, que a tarifa não pode estar submetida a toda e qualquer disciplina punitiva própria da atuação do fornecedor frente ao consumidor. A tarifa de serviço público não pode, portanto, ser considerada abusiva apenas diante da prestação que é recebida pelo usuário, pois a sua composição pressupõe a existência de uma política tarifária destinada à concretização de valores sociais³³.

Cogite-se, p. ex., a utilização da tarifa especial ou sobretarifa imposta ao consumo de energia elétrica a teor da Medida Provisória n. 2.152/2001³⁴. A cobrança das tarifas pela concessionária se dá nos limites ajustados no contrato de concessão firmado com o Poder Concedente e, ainda, na hipótese, a mando de uma política regulatória extrafiscal. Supondo-se que nesse contexto o Poder Judiciário entendesse indevida a cobrança perpetrada, impondo o regime punitivo do parágrafo único do art. 42 do CDC contra a concessionária. A decisão mostrar-se-ia manifestamente equivocada.

O caso é de afastamento do CDC. A cobrança da tarifa no exemplo tinha supedâneo em regulamentação específica do Poder Concedente, de modo que não havia espaço de liberdade para a concessionária. Na hipótese, a concessionária não poderia ser constrangida a restituir o valor das tarifas cobradas e muito menos a devolvê-lo em dobro. A punição representaria, em última análise, ônus a toda coletividade.

³³ “Não é possível dissociar a disciplina do serviço público da questão tarifária que cumpre função central na política do serviço público, servindo como instrumento à disciplina do uso de bens escassos (mediante tarifação extrafiscalidade), de socialização do acesso ao serviço público (mediante o acolhimento de tarifas sociais) etc”. (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *O regime tarifário na concessão de serviços públicos* in Revista de direito público da economia. Ano 7. n. 27. p. 68).

³⁴ A medida provisória tomada para o exemplo foi objeto de ação declaratória de constitucionalidade que, julgada procedente por maioria de votos pelo STF, recebeu a seguinte ementa: “O valor arrecadado como tarifa especial ou sobretarifa imposta ao consumo de energia elétrica acima das metas estabelecidas pela MP em exame será utilizado para custear despesas adicionais, decorrentes da implementação do próprio plano de racionamento, além de beneficiar os consumidores mais poupadores, que serão merecedores de bônus. Este acréscimo não descaracteriza a tarifa como tal, tratando-se de um mecanismo que permite a continuidade da prestação do serviço, com a captação de recursos que têm como destinatários os fornecedores/concessionários do serviço. Implementação, em momento de escassez da oferta do serviço, de política tarifária, por meios de regras com força de lei, conforme previsto no artigo 175, II, da Constituição Federal”. Ação declaratória de constitucionalidade n 9-6, julgada em 13 de dezembro de 2001.

Segue-se com um segundo exemplo prático. No ano de 2007, o Supremo Tribunal Federal analisou a instituição da gratuidade do transporte urbano para os maiores de sessenta e cinco anos e a sua relação com o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos³⁵. A realização do direito deste grupo de pessoas, previsto expressamente no *caput* do art. 39 do Estatuto do Idoso³⁶, demandava prévia alocação de custos, pois a gratuidade tarifária na hipótese reduziria o universo de usuários pagantes em favor da concessionária ferindo a equação econômico-financeira inicial.

No caso, o STF apresentou a seguinte solução, afastando - acertadamente - qualquer alegação de inconstitucionalidade sobre o direito ao transporte gratuito aos maiores de sessenta e cinco anos de idade: (a) na hipótese de delegação firmada antes da Constituição caberá a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, compensando-se o impacto financeiro da gratuidade; (b) na hipótese de delegação firmada depois da Constituição, o concessionário já deveria prever em sua proposta uma estrutura tarifária que contemplasse a gratuidade para os maiores de sessenta e cinco anos de idade³⁷.

Embora não tenha sido uma das soluções observadas na decisão do STF, há também a possibilidade de política tarifária onde o Poder Público assumo o ônus da gratuidade por meio de subsídios públicos e, portanto, com o repasse do seu custo a um universo mais amplo de contribuintes. Apesar desta informação, suponha-se que uma concessionária obtenha a revisão do seu contrato com o restabelecimento do equilíbrio econômico financeiro, de modo que o custo da gratuidade da tarifa para os maiores de

³⁵ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 39 DA LEI N. 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003 (ESTATUTO DO IDOSO), QUE ASSEGURA GRATUIDADE DOS TRANSPORTES PÚBLICOS URBANOS E SEMI-URBANOS AOS QUE TÊM MAIS DE 65 (SESSENTA E CINCO) ANOS. DIREITO CONSTITUCIONAL. NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATO. NORMA LEGAL QUE REPETE A NORMA CONSTITUCIONAL GARANTIDORA DO DIREITO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. O art. 39 da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) apenas repete o que dispõe o § 2º do art. 230 da Constituição do Brasil. A norma constitucional é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, pelo que não há eiva de invalidade jurídica na norma legal que repete os seus termos e determina que se concretize o quanto constitucionalmente disposto. 2. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADIN n. 3.768/DF, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJU 26.10/2007).

³⁶ Art. 39. Aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares.

³⁷ A decisão tem supedâneo no art. 35 da Lei 90.74/95 - A estipulação de novos benefícios tarifários pelo poder concedente, fica condicionada à previsão, em lei, da origem dos recursos ou da simultânea revisão da estrutura tarifária do concessionário ou permissionário, de forma a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Parágrafo único. A concessão de qualquer benefício tarifário somente poderá ser atribuída a uma classe ou coletividade de usuários dos serviços, vedado, sob qualquer pretexto, o benefício singular -, de onde são auferíveis medidas de compensação da redução da remuneração (por meio de subsídios públicos) e medidas de revisão da estrutura tarifária (por meio de subsídios internos ou cruzados).

sessenta e cinco anos tenha se recomposto com o aumento da tarifa dos demais usuários daquele mesmo serviço. Questiona-se, então, se nesta hipótese os usuários que sofreram o aumento no custo da tarifa poderiam pleitear a sua revisão, pois que houve uma modificação superveniente do contrato a teor do inciso V do art. 6º do CDC. Outra vez a resposta é de afastamento do CDC. A tarifa, repita-se, não representa puramente uma contraprestação, mas exerce a função de impor contra esses usuários o financiamento da utilização do serviço pelos usuários com mais de sessenta e cinco anos de idade. Trata-se da *tarifa social*.

Os mesmos motivos que impedem a incidência da regra punitiva do parágrafo único do art. 42, do CDC, impedem também a modificação ou revisão das cláusulas contratuais a teor da regra disposta no inciso V do art. 6, do CDC. O mesmo mecanismo regulatório da tarifa funciona sobre os demais aspectos da relação concessionária.

Daí a necessidade de estabelecerem-se limites na aplicação do regime do CDC às relações concessionárias, pois nem sempre o pressuposto da prestação do serviço público é o mesmo que autorizaria a incidência do CDC.

Contudo, a jurisprudência tende a dar ampla e irrestrita aplicação do CDC à relação concessionária, por vezes ultrapassando o próprio regime do serviço público.

5. Conclusão

Aguarda-se ainda por uma regulação específica dos serviços públicos que confira proteção ao usuário plenamente compatível com o regime das concessões. Por ora, o CDC poderá substituir esta regulação tão-somente na medida em que for compatível com o direito público, pois este é o regime supremo da relação concessionária. Do contrário, estar-se-á pondo a risco a própria coletividade, que, ao final deste processo, suportará o ônus da má interpretação e aplicação da lei.

E a ordem jurídica não é estanque. O Direito Administrativo caminha em mutação, pois que a economia segue reclamando formatações jurídicas que se renovem constantemente, seja para assegurar os interesses da iniciativa privada, seja para contemplar novos projetos políticos tocantes à temática do financiamento do serviço público. Os contratos administrativos, a atividade regulamentar e a lei evoluem alinhando-se às exigências da sociedade e de sua economia.

E este contexto deve necessariamente afastar a utilização de modelos prontos, pré-concebidos de resolução de conflitos na relação concessionária. O tratamento desta relação deverá ocorrer sempre a partir do equacionamento de todos os diplomas jurídicos

disponíveis, conservando-se híidas todas as relações jurídicas que se instauram em função da prestação do serviço público pelo particular: usuários (e não usuários) e Poder Concedente, concessionária e Poder Concedente e, afinal, concessionária e usuários.

Bibliografia

AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle Social de serviços públicos*. São Paulo. Ed. Max Limonad: 1999.

AMARAL, Antonio Carlos Cintra. *Distinção entre usuário de serviço público e consumidor*. In: Amaral, Antonio Carlos Cintra. *Concessão de serviço público*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 113/118.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo. RT: 1999, 2 ed.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *O regime tarifário na concessão de serviços públicos* in Revista de direito público da economia. Ano 7. n. 27.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. Comentários às Leis 8.987 e 9.074, de 1995. São Paulo: Dialética, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 4 ed. ver e amp., São Paulo: RT, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviços públicos: A inteligência da parte geral da Lei 8.987/1995*. Curitiba: Artes & textos, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Ed. Saraiva. 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.