

## **SERVICO PÚBLICO MUNICIPAL:**

### **Temas controversos envolvendo a incidência do Código de Defesa do Consumidor**

**Fabício Bolzan<sup>1</sup>**  
**Cássia Hoshino<sup>2</sup>**

#### **1 - Introdução.**

O tema Serviço Público Municipal é de grande importância no contexto do novo modelo de Administração Pública, em boa parte descentralizada, após a reforma administrativa do Estado. Este, em razão da insuficiência de recursos, assume o papel de orientador, deixando até para os particulares a função de executar certas atividades estatais.

Em razão da vastidão dos serviços cuja titularidade pertence aos Municípios, faremos um corte metodológico para enfrentarmos as principais controvérsias envolvendo os **serviços de saneamento básico e de transporte coletivo**, no que tange à incidência do Código de Defesa do Consumidor.

De fato, enfrentaremos questões polêmicas, dentre as quais: o serviço público é ou não objeto de relação de consumo? Incide ou não o Código de Defesa do Consumidor? O conceito de consumidor é ou não sinônimo de usuário? Há a necessidade de lei regulamentadora dos direitos dos usuários do serviço público ou o CDC é suficiente? É possível interromper serviço público essencial? A interrupção deste serviço viola o princípio da continuidade? Qual o posicionamento da jurisprudência pátria sobre o assunto? Qual natureza da contraprestação pecuniária dos serviços de saneamento básico à luz da legislação e da jurisprudência pátrias? Quais as consequências do enquadramento dessa contraprestação nas modalidades taxa ou tarifa? É possível o terceiro não usuário do serviço de transporte coletivo invocar a responsabilidade objetiva em face do concessionário?

Com efeito, o propósito deste trabalho é de tentar trazer respostas aos questionamentos levantados à luz do Direito Administrativo e do Direito do Consumidor, conformando as duas disciplinas e tendo por enfoque principal os **serviços municipais citados**.

A última observação introdutória a esse artigo consiste em aclarar nossa proposta de enfrentarmos temas polêmicos nesse contexto de Estado pós reforma, deixando de lado as críticas ufanistas para, de forma lúcida, trazer soluções aos beneficiários do serviço público, muitas vezes ineficiente, enquadrando-os na relação jurídica de consumo como a única forma eficaz de proteger o vulnerável dessa relação.

#### **2 - Aproximações e distinções entre as noções de consumidor e usuário do serviço público**

---

<sup>1</sup> Advogado, Especialista em Direito do Consumidor – ESA/SP, Especialista em Direito Administrativo PUC/SP e Professor da Rede de Ensino LFG

<sup>2</sup> Procuradora Federal e Especialista em Direito Administrativo pela PUC/SP

Muitos foram os administrativistas e consumeristas que estudaram as semelhanças e distinções entre os conceitos de usuário do serviço público e de consumidor. Constatamos em nossas pesquisas que a maior parte dos estudiosos do Direito Público tem uma tendência para ressaltar as diferenças entre os institutos, enquanto os doutrinadores especializados no Direito Privado possuem, em sua maioria, mais capacidade de enxergar a existência de pontos comuns. Na qualidade de entusiasta em ambas disciplinas – direito administrativo e direito do consumidor – tentaremos passar um posicionamento imparcial e à luz das principais repercussões que envolvem esses ramos do direito. Mas, antes, passemos ao entendimento de alguns doutrinadores sobre a matéria.

Antônio Carlos Cintra do Amaral, no artigo “Distinção entre Usuário do Serviço Público e Consumidor”, encontra semelhanças entre as definições de usuário do serviço público e de consumidor apenas no aspecto econômico, “*in verbis*”:

(...) parece-me que se está incorrendo em um equívoco generalizado quando se afirma que o usuário de serviço público é um consumidor. Considerar-se o usuário como consumidor do serviço público a ele prestado pela concessionária talvez seja possível sob a ótica econômica. Mas sob a ótica jurídica o usuário de serviço público e o consumidor estão em situações distintas. Uma coisa é a relação jurídica de serviço público. Outra, a de consumo. (...)<sup>3</sup>

Outro argumento utilizado pelo autor para fundamentar a diferença existente é que a Constituição Federal ao tratar dos dois institutos valeu-se de dispositivos diferentes: (i) a proteção ao usuário do serviço público está prevista no artigo 175, parágrafo único, inciso II; (ii) a defesa do consumidor nos artigos 5º, XXXII e 170, V. Ademais, continua Cintra do Amaral, teria o art. 27 da Emenda Constitucional nº 19/98 determinado ao Congresso Nacional a elaboração de lei de defesa do usuário de serviços públicos, fato que demonstra o reconhecimento implícito de que a defesa deste usuário é juridicamente diversa da defesa do consumidor, já regulada pela Lei nº 8.078/90<sup>4</sup>.

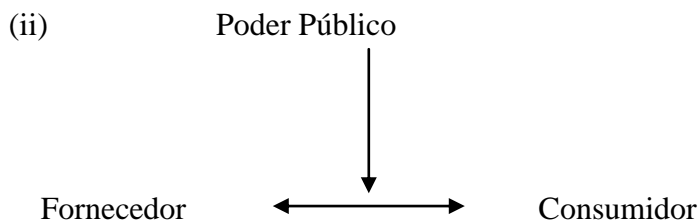
Diante dessa distinção, fundamenta o citado administrativista pela impossibilidade da incidência do Diploma Consumerista ao serviço público em dois gráficos: o primeiro destacando a visão do Poder Concedente diante da prestação do serviço público e o segundo demonstrando como estaria posicionado o Poder Público à luz da relação jurídica de consumo:

(i) Poder Concedente	Concessionária	Usuário
----------------------	----------------	---------

---

<sup>3</sup> CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. *Distinção entre Usuário do Serviço Público e Consumidor*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, mai/jun/jul de 2006, p. 02. Acesso em 31/03/2010. Disponível na Internet em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-6-MAIO-2006-CARLOS%20CINTRA.pdf>

<sup>4</sup> Ibidem. p. 04. Acesso em 31/03/2010. Disponível na Internet em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-6-MAIO-2006-CARLOS%20CINTRA.pdf>



Na situação inicialmente apresentada, conclui Cintra do Amaral que a concessionária é obrigada a prestar o serviço cujo exercício lhe foi atribuído, mas o poder concedente continua com o dever constitucional de prestá-lo, embora escolha a opção de fazê-lo indiretamente sob regime de concessão ou permissão, como lhe é autorizado pelo art. 175 da Constituição. O inadimplemento pela concessionária gera sua responsabilidade perante o usuário, mas também é responsável, solidariamente, o poder concedente na medida em que mantém a titularidade do serviço concedido.

No segundo gráfico, entende o autor que o fornecedor é a pessoa obrigada a prestar o serviço ao consumidor, cabendo ao Poder Público apenas o dever de regular a relação contratual entre eles, protegendo a parte considerada mais fraca. Dessa forma, o inadimplemento por parte do fornecedor gera sua responsabilidade perante o consumidor, não respondendo o Poder Público pelo cumprimento das obrigações nas relações de consumo<sup>5</sup>.

Com a devida vênia, por mais que existam particularidades no conceito de usuário de serviço público, fundadas basicamente na natureza do regime jurídico que alberga essa prestação – o de direito público – entendemos não existirem óbices no seu enquadramento no conceito de consumidor, principalmente, quando figurar na posição de destinatário final de um serviço público remunerado por tarifa, conforme pontuado anteriormente.

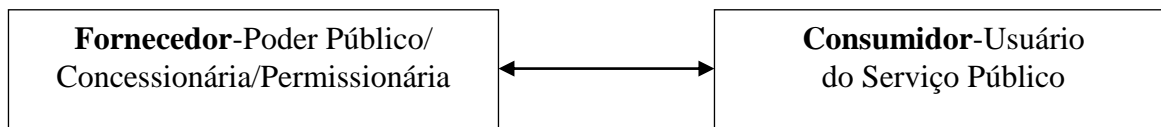
Ademais, Antônio Carlos Cintra do Amaral chegou a essa conclusão porque partiu da premissa de que o Poder Público ou seus delegados jamais poderiam figurar na condição de fornecedores da relação de consumo. Entretanto, concluir desta forma significa ignorar as previsões expressas sobre o tema no CDC. E, desconsiderar as previsões da Lei nº 8.078/90, consiste em renunciar a um direito constitucional fundamental (artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição da República).

Nesse contexto, defendemos em outra oportunidade que nos termos da legislação vigente em nosso ordenamento jurídico é perfeitamente possível o seguinte gráfico<sup>6</sup>:

---

<sup>5</sup> CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. *Distinção entre Usuário do Serviço Público e Consumidor*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, mai/jun/jul de 2006, p. 03. Acesso em 31/03/2010. Disponível na Internet em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-6-MAIO-2006-CARLOS%20CINTRA.pdf>

<sup>6</sup> BOLZAN, Fabrício. *Serviço público e a incidência do Código de Defesa do Consumidor*. Marinela, Fernanda; Bolzan, Fabrício (orgs.). *Leituras complementares de direito administrativo: advocacia pública*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 239.



Com efeito, posicionando-se também pela impossibilidade de aplicação da legislação consumerista à prestação dos serviços públicos, encontramos os ensinamentos de Ana Maria Goffi Flaquer Scartezzini:

Quando o prestador do serviço ingressa no mercado, sua finalidade é a obtenção do lucro, através do serviço, cuja remuneração dará a exata medida desse lucro. Ao prestar o serviço, seja de forma direta, seja indireta, o Estado, no exercício de sua competência, colima atender a determinada necessidade coletiva; o lucro é um componente relevante para o concessionário, para a garantia do equilíbrio de seu contrato, mas não o é para o Estado.

O Estado pode ser equiparado a fornecedor, muito embora com ele não se identifique, tão-somente para fins de responsabilização; a relação jurídica, contudo, instituída com a prestação do serviço não se reveste das características e da natureza de uma relação de consumo.<sup>7</sup>

Realmente, quando o Estado presta um serviço público diretamente, seu objetivo não é o lucro, mas sim concretizar necessidades coletivas. Contudo, o mesmo raciocínio não poderá ser feito quando a prestação do serviço público é delegada a particular. Em nossa opinião, o lucro não consiste apenas num “componente relevante para o concessionário, para a garantia do equilíbrio de seu contrato”<sup>8</sup>, mas sim elemento a ser considerado no momento da formulação da proposta quando da participação na respectiva licitação. “*Data venia*”; pensar de modo diverso ou defender que não há lucro na prestação do serviço público, mas sim superávit, é interpretar o instituto com excesso de romantismo, incompatível com a nossa atual realidade.

Em consonância com nosso pensamento, Joana Paula Batista expõe que:

“não se pode esquecer que na prestação de serviços públicos por particulares, mediante concessão ou permissão, o elemento lucro é considerado no oferecimento da proposta e garantido ao longo do ajuste pela regra de intangibilidade da equação econômico-financeira inicialmente pactuada, nos termos do art. 37, XXI, da CF.

A tarifa que remunera o concessionário, portanto, é o resultado da soma de pelo menos dois elementos, quais sejam, o custo da atividade e a margem de efetivo ganho, o lucro.<sup>9</sup>”

Assim, fazendo um paralelo com as empresas estatais prestadoras de serviços públicos que devem aplicar na própria prestação do serviço o excedente alcançado, conclui Joana Paula Batista que “os concessionários, por sua vez, podem dispor livremente do lucro auferido na prestação do serviço público, inclusive na aplicação em investimentos totalmente estranhos

<sup>7</sup> SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. *O Princípio da Continuidade do Serviço Público*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 98.

<sup>8</sup> Ibidem. p. 98.

<sup>9</sup> BATISTA, Joana Paula. *Remuneração dos Serviços Públicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.76.

à atividade que exercem.<sup>10</sup>”

Ademais, essa discussão foi atenuada pelo CDC quando tratou da definição de serviço objeto na relação de consumo, na medida em que exigiu como requisito para a sua caracterização apenas a remuneração (direta ou indireta), dispensando a obtenção de lucro.

Nessa linha de pesquisa, autor que muito bem estudou as semelhanças e distinções existentes entre os conceitos de consumidor e de usuário do serviço público foi Cesar A. Guimarães Pereira que ressalta a proximidade dos dois conceitos, na medida em que ambos são destinatários de prestações realizadas por outrem no âmbito de uma relação de conteúdo econômico de caráter massificado<sup>11</sup>. Destaca, ainda, que nos casos das prestações executadas por “concessionários de serviço público – e mediante uma contrapartida pecuniária (tarifa), a semelhança é tão intensa que a distinção se torna difícil.<sup>12</sup>” Entretanto, conclui o autor que as diferenças existem e sintetiza suas idéias acerca do cotejo entre usuário do serviço público e consumidor da seguinte forma:

- “(a) usuário, ao contrário do consumidor, não é necessariamente o destinatário final do serviço público;
- (b) o usuário, ao contrário do consumidor, não está necessariamente envolvido em uma prestação onerosa do serviço público;
- (c) o usuário, ao contrário do consumidor, detém direitos relativos à organização e à gestão do serviço público, delas podendo participar de modo ativo, independentemente até da efetiva fruição do serviço;
- (d) a vulnerabilidade, que integra o conceito jurídico de consumidor, não é característica essencial do usuário;
- (e) a vulnerabilidade, especialmente a técnica, está frequentemente (ou praticamente sempre) presente nas relações de serviço público e deve ser levada em conta na aplicação das normas de direito público, conduzindo ao reconhecimento do dever do prestador de, sendo o principal detentor das informações pertinentes, comprovar a regularidade de sua conduta em certos casos;
- (f) a relação de serviço público, por envolver o desempenho de função administrativa, é protegida pelo regime jurídico de direito público, que assegura deveres-poderes ao Poder Público e, se houver, ao delegatário da prestação do serviço (embora os *poderes de autoridade* estejam reservados ao Poder Público, atribuindo-se ao prestador privado apenas prerrogativas limitadas e compatíveis com a sua natureza);
- (g) o usuário não é um agente da economia de mercado porquanto o serviço público está, por definição, fora do mercado da economia privada (art. 173 da Constituição); o usuário está ligado a uma atividade econômica apenas em sentido amplo, uma vez que o serviço público submete-se ao regramento especial do art. 175 da Constituição;
- (h) o CDC contém disciplina específica para o serviço público em geral (arts. 22 e 59, §1º), cuja aplicação independe da parte remanescente do CDC e não pressupõe nem acarreta a caracterização de uma relação de consumo;

---

<sup>10</sup> Ibidem. p. 77.

<sup>11</sup> PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 134.

<sup>12</sup> Ibidem. p. 134.

(i) *o modo de pensar* consagrado no CDC é fundamental para a evolução nas relações administrativas atinentes ao serviço público, proporcionando novas perspectivas de interpretação e aplicação do regime de direito público em face da similaridade das situações de *consumidores e usuários*;

(j) a aplicação do CDC nos espaços de liberdade deixados pela regulação pública, especialmente nos serviços públicos prestados em regime competitivo (p. ex., alguns serviços de telecomunicações, transportes e operações portuárias), não transforma *usuário* em *consumidor*, pois mesmo nestes campos prevalece a disciplina de direito público em caso de conflito – o que reafirma a distinção original entre essas figuras.<sup>13</sup>

Em que pese a propriedade com que fundamentou cada um dos argumentos citados, permitimo-nos discordar de alguns pontos da posição em comento, levando em consideração o raciocínio já esposado nesse trabalho de que o conceito de usuário do serviço público pode sim enquadrar-se na definição de consumidor e de que o Diploma Consumerista incide sobre os serviços “*uti singuli*” remunerados por tarifas, desde que não haja conflito com o regime de direito público. Senão vejamos:

Entendemos inicialmente que o usuário pode ser destinatário final de um serviço público, situação corriqueira e facilmente constatada nos serviços de transporte coletivo, de energia elétrica, de telefonia, de saneamento básico, dentre outros, quer na condição de destinatário fático do produto – ao retirar o serviço do mercado de consumo – na visão da Teoria Maximalista, quer na qualidade de destinatário econômico, que utiliza o serviço público diretamente ou por meio de seus familiares, segundo posicionam-se os seguidores da Teoria Finalista.

Ademais, a Lei 8.078/90 considera consumidor por equiparação pessoas ou grupo de pessoas que não são destinatários finais de produtos ou serviços (no art. 2º, parágrafo único, a coletividade de pessoas que haja intervindo na relação de consumo; no art. 17, as vítimas do evento danoso; e, no art. 29, as pessoas expostas às práticas comerciais e contratuais abusivas). Desta forma, ser ou não destinatário final não é requisito imprescindível para a definição de consumidor, podendo, portanto, enquadrar-se em seu alcance a figura do usuário.

Igualmente, não nos convence a alegação de que o usuário não está necessariamente envolvido em uma prestação onerosa como critério que diferencie o consumidor. Conforme cediço, o serviço público é remunerado por tributos ou preços públicos, sendo que somente na última modalidade de remuneração citada - tarifa, em razão de seu caráter negocial, admite-se a incidência do CDC. Nesse sentido, cabe recordar que a remuneração exigida pela lei para caracterizar o serviço na relação de consumo pode ser a direta e a indireta. Assim, mesmo na hipótese de serviço de transporte coletivo “gratuito” para idosos, cabíveis as regras da Lei 8.078/90 ante a evidente remuneração indireta, “pelo preço pago por toda a coletividade e pelo benefício da manutenção da concessão pública daquele fornecedor de

---

<sup>13</sup> PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 202-203.

serviços.<sup>14</sup>»

Outrossim, ressalta-se que a vulnerabilidade (fragilidade) do consumidor pode ser configurada nos aspectos: (i) técnico (fornecedor é o detentor do monopólio dos meios de produção e das informações na prestação de um serviço); (ii) econômico (fornecedor, em regra, é a parte mais forte no quesito financeiro); (iii) jurídico/científico (consumidor, em regra, é a parte mais frágil na análise de questões jurídicas da contratação ou de qualquer outro ramo da ciência). Neste contexto, concordamos com a tese de que a vulnerabilidade não é uma característica essencial do usuário, mas subsiste nas relações de serviços públicos, especialmente na modalidade técnica, cabendo ao respectivo prestador o dever de comprovar a regularidade de sua conduta em certos casos. Tal posicionamento reforça nosso entendimento de que o usuário pode enquadrar-se perfeitamente no alcance do conceito de consumidor, mesmo porque a característica maior deste está presente, qual seja: a vulnerabilidade.

Com efeito, corroboramos com Cesar A. Guimarães Pereira ao levantar a questão do regime jurídico de direito público para fundamentar os direitos dos usuários relativos à organização e à gestão do serviço público, bem como os deveres-poderes assegurados ao Poder Público e aos seus delegatários quando da sua prestação. Mas dissentimos que tal regime seja capaz de obstar a incidência do CDC. Condicionar sim, impedir jamais. O condicionamento é inevitável em razão da natureza dessa comodidade, além da importância que representa para a coletividade. Portanto, em caso de conflito entre norma de direito administrativo e lei do consumidor, aquela prevalecerá. Como exemplo do prevalecimento do regime de direito público, citamos a responsabilidade *subsidiária* do Poder Concedente em face da responsabilidade *solidária* prevista no CDC (arts. 7º, parágrafo único e 25, §1º).

Sobre o tema, coadunamos com o pensamento de Sergio Cavalieri Filho de que as “entidades de Direito Privado, prestadoras de serviços públicos, *respondem em nome próprio, com o seu patrimônio*, e não o Estado por elas e nem com elas.<sup>15</sup>”, fazendo uma alusão à responsabilidade *subsidiária* do Poder Concedente. O autor fundamenta sua tese em três aspectos a seguir resumidos: (i) trata-se de objetivo da norma constitucional e, quem tem o ônus, deve suportar o ônus; (ii) as prestadoras de serviços públicos têm personalidade jurídica, patrimônios e capacidade próprios, atuam por sua conta e risco e, conseqüentemente, devem responder por suas obrigações; (iii) no caso, não há falar em responsabilidade *solidária*, pois a solidariedade decorre de lei ou de contrato, inexistindo norma legal capaz de fundamentar tal teoria. Ressalta ainda a existência da Lei 8.987/95 que, em seu artigo 25, dispõe exatamente o contrário, pois fixa a responsabilidade direta e pessoal da concessionária por todos os prejuízos causados ao Poder Concedente, aos usuários ou a terceiros. Conclui o autor que se poderia falar no máximo em responsabilidade subsidiária do Estado à luz do art. 242 da Lei das Sociedades por Ações<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 452.

<sup>15</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 267.

<sup>16</sup> *Ibidem*. p. 267.

Constata-se com o exemplo que regra de Direito Público – responsabilidade *subsidiária* do Poder Concedente – prevalece sobre a regra de Direito Privado – responsabilidade *solidária* prevista no CDC. Nessa linha de raciocínio, não aceitamos as lições em sentido contrário de Gustavo Tepedino que, com base no Código do Consumidor, sustenta que a prestação dos serviços públicos atrai para tais hipóteses a solidariedade dos diversos entes públicos e privados que se apresentem como fornecedores dos respectivos serviços, prestados (direta ou indiretamente) pela atividade estatal<sup>17</sup>.

Também discordamos da posição já citada de Cesar Guimarães que entende formarem os artigos 22 e 59, §1º, da lei do consumidor uma sistematização estanque, independente e autônoma referente aos serviços públicos em relação às demais determinações constantes na Lei 8.078/90. Tal assertiva busca amparo no fato de o artigo 4º do referido diploma, ao tratar dos Princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, citar no inciso VII a racionalização e melhoria dos serviços públicos como sendo um de seus preceitos fundamentais. No mesmo sentido, o artigo 6º do CDC, ao disciplinar os direitos básicos dos consumidores, estabeleceu no inciso X a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral. Também não poderíamos deixar de lembrar o disposto no artigo 3º, *caput*, do Diploma Consumerista, que ao definir fornecedor nas relações de consumo incluiu expressamente as pessoas jurídicas de direito público. Diante desse contexto, incabível a alegação de existência de um sistema independente dentro do CDC referente única e exclusivamente à prestação dos serviços públicos visto que eles também foram disciplinados por outras disposições gerais ligadas à relação jurídica de consumo.

Finalmente, concordamos que a filosofia consagrada na Lei 8.078/90 é fundamental para a evolução das relações administrativas atinentes ao serviço público, assim também com a necessidade da incidência de suas regras nas lacunas deixadas pela regulação pública. Nesse sentido, reiteramos o posicionamento de que nem o regramento especial previsto no artigo 175, da Constituição da República, nem as peculiaridades inerentes à definição de usuário do serviço público são suficientes para afastar a sua tipificação no conceito de consumidor.

Portanto, enquadrar o usuário na definição de consumidor, o Poder Público e seus agentes delegados no conceito de fornecedor, além de alguns serviços públicos como objeto da relação jurídica de consumo, é imprescindível para legitimar a incidência do CDC. Tal aplicação é de extrema importância hoje ante a ausência de legislação específica de defesa do usuário do serviço público, visto que o advento do regramento especial não será óbice absoluto da incidência da lei do consumidor, em razão da possibilidade de aplicação simultânea de ambos os diplomas, aplicando-se a Teoria do Diálogo das Fontes.

### **3 - Diferenças principais entre tarifas e taxas**

Assim, numa visão superficial sobre o tema, constatamos que se a Constituição define como fundamento jurídico da taxa o exercício das aludidas atividades estatais, trata-se de espécie tributária que não se confunde com o imposto (cujo fato gerador independe de

---

<sup>17</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 268 *apud* TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Renovar, 1999. p. 197.



qualquer atividade estatal específica), nem com a contribuição de melhoria (que tem por fato gerador a valorização imobiliária em razão de obra pública).

Entretanto, como espécie do gênero tributo, não podemos esquecer que a taxa consiste numa prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada (art. 3º, do CTN).

Após a contextualização do tema, trabalharemos com as características essenciais da taxa para os fins desse trabalho:

#### I – Prestação Pecuniária:

A taxa traduz-se numa prestação pecuniária em moeda ou cujo valor nela possa se exprimir. Conforme ensinamentos de Guido Zanobini, o direito moderno aboliu a prestação de bens *in natura* para o Poder Público<sup>18</sup>. A assertiva é muito apropriada, pois quando o Estado quer adquirir coativamente um bem móvel ou imóvel, este vale-se da desapropriação, instituto diferente do tributo.

#### II – Prestação Compulsória:

Sobre esta característica traz-se à colação os ensinamentos de Bernardo Ribeiro de Moraes: A taxa, como tributo, é devida em razão da obrigação jurídica, instituída unilateralmente pelo Estado, como emanção da sua soberania. O poder tributante, dentro de sua competência tributária, unilateralmente, institui a taxa, obrigando a todos que estejam ligados à situação de fato prevista em lei<sup>19</sup>.

#### III – Instituída por Lei:

O princípio da legalidade deve nortear toda a atuação fiscal, quer no tocante à instituição do tributo, quer em relação à sua majoração. Nesse sentido, prevê a Constituição da República: Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

**I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; (G.N.)**

#### IV – Cobrada mediante Atividade Administrativa Vinculada:

Isso significa dizer que a arrecadação tributária não se caracteriza como atividade discricionária, ou seja, não cabe ao administrador realizar um juízo de oportunidade e conveniência no tocante à cobrança da taxa. Assim, concretizado o fato gerador previsto em lei, a taxa deverá ser exigida.

#### V – Atividade Específica do Estado:

Conforme visto, a taxa difere do imposto, pois, enquanto este envolve um serviço geral, aquela tem por fato gerador um serviço específico - exercício do poder de polícia ou utilização efetiva ou potencial de um serviço público divisível – relacionado diretamente com a pessoa do contribuinte.

---

<sup>18</sup> ZANOBINI, Guido, *Curso de Direito Administrativo*, Milano, Giuffrè, 5ª ed., 1958, vol. 4, pág. 352.

<sup>19</sup> MORAES, Bernardo Ribeiro de, *Doutrina e Prática das Taxas*, São Paulo, Quartier Latin, 2ª ed., 2007, pág. 88.

Concluída a análise das principais características da taxa para as finalidades desta monografia, acrescentamos que tarifa significa tábua, catálogo ou pauta, ou seja, trata-se de uma lista em que se fixam quotas<sup>20</sup>. A tarifa é espécie de preço público, ou seja, tem natureza negocial, razão pela qual o vocábulo será utilizado como sinônimo de preço público, a despeito de existir doutrina autorizada que se vale da terminologia para conceituar o preço cobrado pelas empresas concessionárias e permissionárias dos serviços públicos.<sup>21</sup>

Outrossim, duas são as características essenciais do preço público – tarifa para os fins desse trabalho:

#### I – Ausência de Compulsoriedade:

Na instituição da tarifa, o Estado não se vale do seu poder de império, isto é, da soberania que possui em relação aos particulares. Muito pelo contrário. Na hipótese o Estado atua como o particular no objetivo de auferir receitas com a exploração de bens ou com a prestação de certos serviços públicos.

#### II – Natureza Negocial:

No preço público a obrigação de pagar tem natureza contratual, ficando seu adimplemento à vontade do interessado. Neste caso não há a imposição legal que existe na cobrança da taxa.

Sobre essas características, existe súmula do STF:

Enunciado da Súmula 545: 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.

Assim, a principal diferença entre taxa e tarifa decorre da voluntariedade presente nesta e ausente na espécie tributária. Sobre o tema, alguns questionamentos são levantados pela doutrina, como: a abrangência do conceito de voluntariedade; se, basta uma liberdade formal, existente no momento da formação do vínculo obrigacional ou se há necessidade de uma liberdade material, liberdade efetiva de fruir ou não fruir um serviço?

Nesse tocante, Fabiano Verli entende que:

continuamos apegados a conceitos formais de liberdade de escolha do usuário a respeito de serviços públicos fundamentais à própria dignidade humana. Tratando-se de atividades essenciais como os serviços públicos, é necessário um novo conceito de liberdade no Direito brasileiro. Conceito que seja adequado à efetivação dos princípios cardeais da Constituição Federal de 1988, pois ele se mostra cada vez mais necessário ao cidadão em face da modernização da economia e das relações do Estado com a sociedade<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> MORAES, Bernardo Ribeiro de, ob. cit. p. 126

<sup>21</sup> Ibidem, p. 126.

<sup>22</sup> VERLI, Fabiano, *Taxas e preços públicos*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 206/207.

O aludido autor demonstra a preocupação de que tão importante quanto a voluntariedade vista sob a ótica formal – liberdade para dizer sim ou não – é a pesquisa sobre as reais condições de fruição e de não fruição de qualquer serviço público ou prestação<sup>23</sup>.

Entretanto, em que pese a respeitável argumentação jurídica acima mencionada, prevalece em nossa jurisprudência (Súmula 545 do STF) que é suficiente para a configuração do preço público a livre vontade em sentido formal, ou seja, a liberdade necessária não é a absoluta, mas aquela de dizer sim ou não, ainda que esse não signifique a negativa na prestação do serviço público. Desta forma, se o usuário não paga a contraprestação pecuniária, não terá direito a usufruir do serviço remunerado por tarifa, por mais essencial que seja.

Outros doutrinadores entendiam que se não fosse oferecido um serviço alternativo ao usuário, caracterizada estava a compulsoriedade. Atualmente essa tese parece estar superada, mesmo porque a Lei nº 8.987/95 em seu artigo 9º, §1º, com redação dada pela Lei nº 9.648/98 estabelece que somente nos casos expressamente previstos em lei, a cobrança da tarifa poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário.

Sobre a divergência a respeito da natureza da contraprestação pecuniária do serviço público como critério para definir a incidência do CDC, Leonardo Roscoe Bessa sintetiza:

Não há portanto dúvida a respeito da possibilidade de incidência do CDC aos serviços públicos. As polêmicas dizem respeito à necessidade de a atividade ser remunerada diretamente (tarifa, preço público ou taxa) ou a suficiência de que a remuneração seja indireta e remota (impostos).

Existem, a respeito, três posições: 1) interpretação extensiva (todos os serviços públicos estão sujeitos ao CDC); 2) a prestação do serviço deve ser remunerada (art. 3º, §2º); 3) somente os serviços remunerados por tarifa ou preço público estariam sujeitos ao CDC: os serviços custeados por tributos não estariam sob a incidência do CDC, pois não há uma remuneração específica.

(...)

A conclusão, portanto, é que estão sujeitos ao CDC os serviços públicos cuja remuneração, independentemente de sua natureza, seja feita diretamente pelo consumidor<sup>24</sup>.

Entretanto, por mais que defendamos a incidência do CDC para o serviço público *uti singuli*, tal aplicação não recairá sobre todos os serviços individualizados, mas somente sobre aqueles cuja contraprestação pecuniária seja por meio de tarifa, quer em razão de se tratar de uma remuneração facultativa, quer em razão da natureza contratual onde impera a manifestação da vontade e a possibilidade da interrupção deste contrato a qualquer tempo

---

<sup>23</sup> Ibidem. p. 155.

<sup>24</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. pp. 171 e 173.

pelo consumidor-usuário. No mesmo sentido, REsp. nº 793422/RS, DJ 17/8/2006, relatado pela Ministra Eliana Calmon<sup>25</sup>.

## **4 – Princípio da Continuidade do Serviço Público**

### **4.1 – Visão geral sobre o tema**

Outro assunto que relaciona o Direito Administrativo ao Direito do Consumidor é o **princípio da continuidade do serviço público**.

O referido princípio traz direitos, garantias e consequências para aqueles que desempenham ou são beneficiários da atividade administrativa (exemplos: legitima a intervenção da Administração para utilizar equipamentos e instalações da empresa, visando assegurar a continuidade do serviço; com a mesma finalidade admite a encampação da concessão; restringe a aplicação da exceção do contrato não cumprido; condiciona o direito de greve no setor público; admite institutos como suplência, delegação e substituição para não deixar vagas as funções públicas).

Em suma, o princípio da continuidade do serviço público no entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello “é um subprincípio, ou, se se quiser, princípio derivado, que decorre da obrigatoriedade do desempenho da atividade administrativa<sup>26</sup>”.

Para os fins deste trabalho, concentraremos-nos na possibilidade ou não da interrupção de serviço público essencial em razão do inadimplemento do usuário-consumidor em face do princípio da continuidade.

### **4.2 - Inadimplemento do Usuário e Interrupção do Serviço – Doutrina**

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello o princípio da continuidade compõe, como os demais princípios, o elemento formal caracterizador do serviço público, qual seja, o seu regime jurídico administrativo<sup>27</sup>.

No entender do aludido doutrinador, princípio da continuidade do serviço público significa “a impossibilidade de sua interrupção e o pleno direito dos administrados a que não seja suspenso ou interrompido<sup>28</sup>”.

Com efeito, a grande questão sobre o assunto envolve o princípio ora em apreço e a possibilidade da interrupção do serviço público em razão do inadimplemento do usuário. A polêmica resulta das disposições expressas em dois diplomas legais, quais sejam, Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e Lei nº 8.987/90 (Lei das Concessões e Permissões do Serviço Público).

---

<sup>25</sup> STJ: REsp. nº 739422, acessado em 15/03/09. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200501790550&dt\\_publicacao=17/08/2006](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200501790550&dt_publicacao=17/08/2006)>

<sup>26</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de, op.cit, p. 78.

<sup>27</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de, op.cit, pp. 661-663.

<sup>28</sup> Ibidem. p. 663.

O art. 22, do CDC, prevê:

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.

Já o art. 6º, § 3º, Inciso II, da Lei nº 8.987/95, determina que:

Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

Os posicionamentos da doutrina a respeito da possibilidade ou não da interrupção do serviço público em razão do inadimplemento do consumidor-usuário se resumem a: 1º) aqueles que admitem a interrupção; 2º) aqueles que não admitem; 3º) aqueles que, dependendo da natureza do serviço – compulsório ou não compulsório – podem ou não admitir a sua interrupção.

A corrente que admite a interrupção traz os seguintes fundamentos: a) existência de dispositivo legal legitimando essa prática (Lei nº 8.987/95, art. 6º, §3º, inciso II); b) aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado (a continuidade na prestação dos serviços para usuários inadimplentes comprometeria a sua prestação perante a coletividade); violação do princípio da isonomia (tratamento igual – manutenção do serviço – aos desiguais – adimplentes e inadimplentes); gratuidade não se presume (decorre de lei ou de contrato).

Dentre os autores que admitem a suspensão, citamos: Caio Tácito, Luiz Alberto Blanchet e José Geraldo Brito Filomeno (apud, GROTTI, 2003, pp. 267-269). Representando os defensores desse posicionamento, ensina Zelmo Denari:

Pacífica-se, na doutrina, o entendimento de que a gratuidade não se presume e que as concessionárias de serviço público não podem ser compelidas a prestar serviços ininterruptos se o usuário deixa de satisfazer suas obrigações relativas ao pagamento. Assim como o particular, no contrato *facio ut des*, pode recusar o cumprimento da obrigação de fazer, na ausência do correspectivo, assim também não há negar às concessionárias a mesma faculdade, nos contratos de Direito Público. Do contrário, seria admitir, de um lado, o enriquecimento sem causa do usuário e, de outro, o desvio de recursos públicos por mera inatividade da concessionária, sem prejuízo da ofensa ao princípio da igualdade de tratamento entre os destinatários do serviço público.<sup>29</sup>

Por outro lado, existem aqueles que defendem a impossibilidade da interrupção do serviço público em razão do inadimplemento do usuário-consumidor, com os seguintes argumentos: a) viola o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (cláusula pétrea que garante aos cidadãos a utilização de serviços públicos essenciais para a manutenção da vida); b) afronta ao princípio da continuidade inserto no art. 22, do CDC (se

---

<sup>29</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, *et. al.* Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, pp. 215-216.

serviços essenciais são contínuos, significa que não podem ser interrompidos); c) extrapola os limites legais de cobrança (ao violar o art. 42, do CDC que impede o constrangimento do consumidor na cobrança de dívidas); d) viola o preceito de que a responsabilidade por dívidas deverá incidir sobre o patrimônio do devedor e não sobre a sua pessoa ou sobre sua família.

Não se trata de apologia ao inadimplemento, porém o direito de crédito do fornecedor, nos casos especiais de prestação de serviço público, deverá ser concretizado por meio dos instrumentos processuais hábeis, como a ação de cobrança.

Dentre os doutrinadores que defendem essa tese, traz-se à colação entendimento de Luis Antônio Rizzatto Nunes:

Infelizmente alguns juristas, de forma equivocada, têm se manifestado no sentido contrário à norma (e mesmo com sua clara letra expressa), admitindo que o prestador do serviço público corte o fornecimento do serviço essencial em caso de inadimplemento.

(...)

A Carta Constitucional proíbe que terminantemente isso ocorra:

a) O meio ambiente no qual vive o cidadão – sua residência, seu local de trabalho, sua cidade etc. – deve ser equilibrado e sadio.

(...)

c) Se para a manutenção desse meio ambiente e da saúde e vida sadia do indivíduo têm de ser fornecidos serviços públicos essenciais, eles só podem ser ininterruptos<sup>30</sup>.

Em outra passagem, conclui o consumerista:

É plenamente aceitável que seja fornecido ao cidadão um serviço público gratuito. Aliás, em última instância é essa a função do Estado, que deve distribuir serviços de qualidade e gratuitos a partir dos tributos arrecadados<sup>31</sup>.

Por fim, a terceira corrente defende a necessidade de diferenciar serviços compulsórios dos facultativos. Somente os últimos poderiam ser interrompidos em caso de inadimplemento em razão da facultatividade na sua obtenção. Defendendo este raciocínio, encontramos Marçal Justen Filho, Hely Lopes Meirelles (apud, GROTTI, 2003, p. 265) e, sobre o assunto, trazemos os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho:

Entendemos que se deva distinguir os serviços compulsórios e os facultativos. Se o serviço for facultativo, o Poder Público pode suspender-lhe a prestação no caso de não pagamento, o que guarda coerência com a facultatividade em sua obtenção. É o que sucede, por exemplo, com os serviços prestados por concessionários, cuja suspensão é expressamente autorizada pela Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre concessões de serviços públicos (art. 6º, §3º, II). Tratando-se, no entanto, de serviço compulsório, não será permitida a suspensão, e isso não somente porque o Estado o impõe coercitivamente, como também porque, sendo

---

<sup>30</sup> NUNES, Luis Antônio Rizzatto. ob. cit. pp. 109 e 113.

<sup>31</sup> Ibidem. p. 111.

remunerado por taxa, tem a Fazenda mecanismos privilegiados para a cobrança da dívida. Tais soluções são as que nos parecem mais compatíveis na relação Estado-usuário<sup>32</sup>.

Diante desse contexto e, cientes dos três posicionamentos da doutrina a respeito da interrupção do serviço público vs. princípio da continuidade, passemos a analisar o entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

### 4.3 - Inadimplemento do Usuário e Interrupção do Serviço - Jurisprudência STJ

O Superior Tribunal de Justiça já chegou a se posicionar pela impossibilidade da interrupção do serviço público em razão do inadimplemento do usuário-consumidor, conforme REsp nº 442814<sup>33</sup>.

Contudo, tal posicionamento não mais prevalece no STJ, isto é, o entendimento majoritário passou a ser pela legalidade da interrupção (REsp nº 596320<sup>34</sup>).

Entretanto, o próprio Superior Tribunal faz algumas ressalvas quanto à possibilidade da interrupção. Quando essa conduta afetar unidades públicas essenciais como hospital, escola e logradouro público, não será admitida a interrupção, em razão de existirem interesses maiores que o direito de crédito do fornecedor, como os direitos à vida, saúde, educação e segurança (REsp 791713<sup>35</sup>, REsp 649746<sup>36</sup>).

Trata-se de posicionamento que busca amparo na proteção de direitos inadiáveis da coletividade e não no fato de ser o Poder Público um consumidor, mesmo porque entendemos que este não é considerado o vulnerável da relação em nenhuma de suas hipóteses (técnica, jurídica/científica ou econômica).

Também é vedada a interrupção no entendimento do STJ quando comprovada a situação de miserabilidade do usuário-consumidor. Chegamos a essa conclusão interpretando *a contrario sensu* o EDcl no AgRg no Ag 46612<sup>37</sup>.

---

<sup>32</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, pp. 296-297.

<sup>33</sup> STJ: REsp nº 298017, julgamento em 03/09/2002, acessado em 15/03/2009. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&processo=442814&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=442814&b=ACOR)>

<sup>34</sup> STJ: REsp nº 596320, julgamento em 12/12/2006, acessado em 15/03/2009. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&processo=596320&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=596320&b=ACOR)>

<sup>35</sup> STJ: REsp 791713, julgamento em 06/12/2005, acessado em 15/03/2009. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&processo=791713&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=791713&b=ACOR)>

<sup>36</sup> STJ: REsp 649746, julgamento em 21/09/2006, acessado em 15/03/2009. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&processo=649746&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=649746&b=ACOR)>

<sup>37</sup> STJ: EDcl no AgRg no Ag 46612, julgamento em 03/05/2005, acessado em 15/03/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=466122&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>

Portanto, a visão da jurisprudência é pela legalidade da interrupção do serviço público em razão do inadimplemento do usuário, salvo quando afetar unidades públicas essenciais ou consumidor em situação de miserabilidade.

Diante de todo o exposto, defendemos a incidência do CDC na relação envolvendo a prestação de serviço público *uti singuli* remunerado por tarifa, inclusive quanto à aplicação do princípio da continuidade.

Nossa posição sobre o tema sempre foi a da impossibilidade da interrupção do serviço público em razão do inadimplemento do usuário-consumidor, sob os fundamentos da violação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, afronta ao princípio da continuidade inserto no art. 22, do CDC, extrapolação dos limites legais de cobrança (art. 42, do CDC) e desrespeito ao preceito de que a responsabilidade por dívidas deverá incidir sobre o patrimônio do devedor e não sobre a sua pessoa ou sobre sua família.

Por outro lado, não podemos esquecer que boa parte dos serviços públicos tem a respectiva execução delegada a particulares, geralmente por contratos administrativos de concessão e de permissão. E, conforme já demonstrado, o lucro é elemento presente na formulação das propostas oferecidas em licitação pelas concessionárias e permissionárias do serviço público. Diante deste contexto, confessamos que, caso prevalecesse nossa posição, o desinteresse das empresas privadas em participar de licitação para a prestação do serviço público seria evidente.

Nesse diapasão, continuamos a defender a impossibilidade da interrupção do serviço público em razão do inadimplemento do usuário pelas razões acima demonstradas, salvo quando o particular prestador desse serviço demonstrar efetivamente e, diante do caso concreto, o desequilíbrio econômico-financeiro no seu contrato.

Assim, caso o concessionário prove que o número de usuários inadimplentes é suficiente para afetar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a partir de então será possível a interrupção. Trata-se de raciocínio pautado no regime jurídico de direito público e, portanto, escoimado de qualquer incompatibilidade jurídica com o instituto serviço público. Ademais, este critério serviria de importante “divisor de águas” na tão banalizada interrupção do serviço público em razão do inadimplemento do usuário-consumidor, com raríssimas exceções de usuários que tiveram acesso ao Poder Judiciário.

A comprovação do desequilíbrio deverá ser realizada perante o Poder Concedente – nos mesmos moldes quando o contratado pela Administração busca a revisão ou repactuação do valor contratado, demonstrando que um percentual de inadimplemento afetou a proposta oferecida e consagrada vencedora no momento da licitação –, bem como perante um conselho de usuários.

Ademais, a prova do desequilíbrio econômico-financeiro não poderá deixar de levar em consideração a condição particular de cada usuário. Assim, em se tratando de usuário em situação de miserabilidade ou de proteção de direitos inadiáveis da coletividade (exemplos: direito à vida, à saúde, à educação e à segurança), ainda que houvesse a prova do desequilíbrio, não seria possível a interrupção, cabendo ao concessionário ou



permissionário buscarem, nestes casos, os instrumentos da revisão ou da repactuação do contrato para reequilibrarem a equação econômica-financeira.

Logo, é imprescindível a aplicação do CDC como forma de melhor proteger o usuário-consumidor, mesmo porque a própria Lei das Concessões e Permissões admite essa possibilidade<sup>38</sup>. Entretanto, não será de forma irrestrita essa incidência, em razão do regime especial que norteia a prestação do serviço público – regime de Direito Público. O Diploma Consumerista deverá ser aplicado até o advento de lei especial de defesa dos seus usuários capaz de conformar as regras do regime de Direito Administrativo com as regras de Defesa do Consumidor, assim como fez o Estado de São Paulo na Lei nº 10.294/99, que dispõe sobre a proteção e defesa do usuário do serviço público.

## **5 - A natureza da contraprestação pecuniária à luz da legislação e da jurisprudência pátrias**

A Lei nº 11.445, de 5.1.2007, revogou a Lei nº 6.528/78 e passou a estabelecer as diretrizes nacionais acerca o saneamento básico. Dentre os seus sessenta artigos, tratou em diversos deles sobre a natureza da contraprestação pecuniária desse tipo de serviço de forma um tanto quanto genérica (art. 11, inciso III e § 2º, inciso IV; art. 12, §§1º, 2º e 4º).

No entanto, no Capítulo IV – Dos Aspectos Econômicos e Sociais, a Lei nº 11.445 definiu com maior precisão a natureza da contraprestação pecuniária em relação a cada um dos serviços que compõem os de saneamento básico:

Art. 29. Os serviços públicos de saneamento básico terão a sustentabilidade econômico-financeira assegurada, sempre que possível, mediante remuneração pela cobrança dos serviços:

*I - de abastecimento de água e esgotamento sanitário: preferencialmente na forma de tarifas e outros preços públicos, que poderão ser estabelecidos para cada um dos serviços ou para ambos conjuntamente;*

*II - de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos urbanos: taxas ou tarifas e outros preços públicos, em conformidade com o regime de prestação do serviço ou de suas atividades;*

*III - de manejo de águas pluviais urbanas: na forma de tributos, inclusive taxas, em conformidade com o regime de prestação do serviço ou de suas atividades. (grifos nossos)*

Colocada a visão do legislador infraconstitucional sobre o tema, analisaremos a partir de agora a adequação da natureza da contraprestação inserta na lei à luz da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Iniciaremos pelos serviços de abastecimento de água e de esgoto sanitário. Para esses serviços públicos a Lei nº 11.445/07 estabeleceu que a natureza da contraprestação

---

<sup>38</sup> Lei nº 8.987/95, Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

pecuniária será preferencialmente na forma de tarifas e outros preços públicos. Neste dispositivo a legislação andou em consonância com a jurisprudência do Pretório Excelso que, aliás, entende dessa forma desde o ano de 1963. Senão vejamos:

*A contraprestação pela utilização da rede de águas e esgotos corresponde à utilização de um bem e serviço instalado e operado pelo Estado. A renda dessas contraprestações não vem de taxa, mas de um pagamento que, na técnica fiscal e administrativa, se denomina preço público.* Além disso, a cobrança determinada pelo Departamento de Saneamento do Estado estava autorizada pela Lei nº 3.821, de 21.12.60. (RE nº 54.491. Rel. Min. Hermes Lima. Julg. 15.10.1963. Grifos nossos)

Tal posicionamento persiste no STF até os dias atuais (RE-AgR nº 201.630 e RE nº 464.952/MS), fato que forçou a mudança de entendimento do Superior Tribunal de Justiça que, durante muito tempo, relutou em reconhecer a natureza de preço público da contraprestação dos serviços de água e esgoto:

Processual civil. Recurso especial. Ausência de prequestionamento. Súmula nº 282, do STF. *Contraprestação pelos serviços de água e esgoto. Natureza jurídica. Não-tributária. Preço público. Jurisprudência do STJ contrária à do STF. Revisão que se impõe.*

1. A natureza jurídica da contraprestação pelos serviços de fornecimento de água e esgoto por concessionária do Poder Público, sobre se caracteriza como tarifa ou taxa, constitui-se a matéria controvertida nos presentes autos.

2. *A jurisprudência do E. STJ é no sentido de que a natureza jurídica do valor cobrado pelas concessionárias de serviço público de água e esgoto é tributária*, motivo pelo qual a sua instituição está adstrita ao Princípio da Estrita Legalidade, por isso que somente por meio de “lei em sentido estrito” pode exsurgir a exação e seus consectários. Nesse sentido os seguintes arestos: RESP nº 848.287/RS, Rel. Min. José Delgado, *DJ* de 14.09.2006; RESP nº 830.375/MS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* de 30.06.2006; RESP nº 782270/MS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* de 07.11.2005; RESP nº 818.649/MS, Rel. Min. José Delgado, *DJ* de 02.05.2006; RESP nº 690.609/RS, Rel. Min. José Delgado, *DJ* de 19.12.2005.

3. *O Colendo STF, não obstante, vem decidindo, reiteradamente, tratar-se de tarifa ou preço público, consubstanciando, assim, contraprestação de caráter não-tributário* (Acórdãos: RE-ED nº 447.536/SC - Relator(a): Min. Carlos Velloso, *DJ* 26.08.2005, EDcl no RE nº 456.048/SC, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 06.09.2005, e Decisões monocráticas: AG nº 225.143/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 23.02.1999; RE nº 207.609/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ* de 19.09.1999, RE nº 424.664/SC, Rel. Min. César Peluso, *DJ* de 04.10.2004, RE nº 330.353/RS, Rel. Min. Carlos Brito, *DJ* de 10.05.2004, AG nº 409.693/SC, Rel. Min. César Peluso, *DJ* de 19.05.2004, AG nº 480.559/SC, Rel. Min. César Peluso, *DJ* de 19.05.2004, RE nº 488.200/MS, Rel. Min. Eros Grau, *DJ* de 13.09.2006, RE nº 484.692/MS, Rel. Min. Eros Grau, *DJ* de 29.05.2006, RE nº 464.952/MS, Rel. Min.<sup>a</sup> Ellen Gracie, *DJ* de 23.03.2006).

4. “... não obstante a sua obrigatoriedade, a contraprestação ao serviço de esgotamento sanitário não tem caráter tributário. Trata-se, na realidade, de tarifa, não dependendo, portanto, da edição de lei específica para sua instituição ou majoração (RE nº 464.952/MS, Rel. Min.<sup>a</sup> Ellen Gracie, *DJ* de 23.03.2006). É inviável o processamento do Recurso Especial quando ausente o prequestionamento da questão nele versada.

5. A jurisprudência do E. STF uniformizou-se no sentido de considerar a remuneração paga pelos serviços de água e esgoto como tarifa, afastando, portanto, seu caráter tributário, ainda quando vigente a Constituição anterior (RE nº 54.491/PE, Rel. Min. Hermes Lima, DJ de 15.10.1963).

6. A interposição do recurso especial impõe que o dispositivo de Lei Federal tido por violado, como meio de se aferir a admissão da impugnação, tenha sido ventilado no acórdão recorrido, sob pena de padecer o recurso da imposição jurisprudencial do prequestionamento, requisito essencial à admissão do mesmo, o que atrai a incidência do enunciado nº 282 da Súmula do STF. Ausência de prequestionamento do art. 13 da Lei nº 8.987/95.

7. Recurso especial provido, em razão da necessária revisão da jurisprudência desta Corte Superior para adequá-la ao entendimento do E. STF, afastando-se o caráter tributário da contraprestação pelos serviços de água e esgoto, com inversão dos ônus sucumbenciais. (REsp nº 887.908/MS. Rel. Min. Luiz Fux. Julg. 14.8.2007. Grifos nossos)

No tocante à natureza da contraprestação pelos serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos urbanos a lei de saneamento básico define como sendo de taxas ou de tarifas e outros preços públicos. Sobre o tema, a discussão que se levanta diz respeito à possibilidade destes serviços serem remunerados por taxas. Seriam eles serviços públicos divisíveis a ponto de admitir como remuneração o pagamento de taxa? Ou se tratam de serviços indivisíveis cuja contraprestação só poderia advir de imposto?

Toshio Mukai já se posicionou sobre o tema ensinando que “limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos só podem ser custeados por recursos hauridos por imposto”.<sup>39</sup>

O STF se posicionou recentemente sobre o tema “taxa de coleta de lixo” da seguinte forma:

Ementa: Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. *Taxa de coleta de lixo. Constitucionalidade*. Débitos da Fazenda Pública. Juros e correção monetária. Necessidade de legislação que discipline a matéria. Sucumbência. Juízo da execução.

1. A taxa de limpeza pública, quando não vinculada a limpeza de ruas e de logradouros públicos, constitui tributo divisível e específico, atendido ao disposto no artigo 145, II, da CB/88. Precedentes.

2. O fato de um dos elementos utilizados na fixação da base de cálculo do IPTU ser considerado quando da determinação da alíquota da taxa de coleta de lixo não significa que ambos tenham a mesma base de cálculo. Precedentes.

3. A correção monetária e a incidência de juros sobre os débitos da Fazenda Pública dependem de lei que regulamente a matéria. Precedentes.

4. Os honorários de sucumbência devem ser decididos no juízo da execução. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE-AgR nº 532.940/PR. Rel. Min. Eros Grau. Julg. 24.6.2008. Grifos nossos)

Com efeito, o aludido julgado merece dois destaques. O primeiro diz respeito à constitucionalidade da exigência da taxa de limpeza pública, quando o serviço não estiver vinculado à limpeza de ruas e de logradouros públicos. Nestas hipóteses estaremos diante

---

<sup>39</sup> MUKAI (Coord.). *Saneamento básico*: diretrizes gerais: comentários à Lei 11.445 de 2007, p. 73.

de serviços públicos indivisíveis (*uti universi*) que exige como contraprestação pecuniária o pagamento de imposto. Nesse sentido:

Ementa: Tributário. Município do Rio de Janeiro. *Ilegalidade da taxa de coleta de lixo e limpeza pública. Art. 145, II, da Constituição Federal.*

*Tributo vinculado não apenas à coleta de lixo domiciliar, mas também à limpeza de logradouros públicos*, hipótese em que os serviços são executados em benefício da população em geral (*uti universi*), sem possibilidade de individualização dos respectivos usuários e, conseqüentemente, da referibilidade a contribuintes determinados, *não se prestando para custeio mediante taxa*. Impossibilidade, no caso, de separação das duas parcelas. Agravo regimental improvido. (AI-AgR nº 245.539/RJ. Rel. Min. Ilmar Galvão. Julg. 14.12.1999. Grifos nossos)

A outra observação a ser realizada sobre o julgado no RE-AgR nº 532.940/PR, refere-se basicamente ao disposto no §2º do art. 145 da Constituição Federal: “As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos”.

Para o Supremo, a utilização de um dos elementos da base de cálculo do IPTU para a fixação da alíquota da taxa de coleta de lixo não significa que ambos tenham a mesma base de cálculo. Assim, a cobrança da citada taxa com base na metragem do imóvel (um dos elementos utilizados no IPTU) está em consonância com nosso ordenamento jurídico.

O Superior Tribunal de Justiça também, em recente julgado, posicionou-se sobre o tema:

Tributário – Taxa de Remoção de Lixo – Lei Municipal 1.471/96 e Decreto 6.280/90 do Município de Franca/SP – Violação dos arts. 458, III e 535, II, do CPC: Inexistência – Recurso Especial interposto pelas alíneas “a” e “b” do permissivo constitucional parcialmente conhecido.

1. Acórdão suficientemente fundamentado e que rejeitou, ao menos implicitamente, as teses defendidas no especial não viola os arts. 458, III e 535, II, do CPC.

2. Não restando suficientemente atacado o fundamento do acórdão recorrido, considera-se deficiente o recurso (Súmula 284/STF).

3. *A jurisprudência desta Corte, na linha de entendimento do STF, já decidiu que a cobrança da Taxa de Remoção de Lixo com base na metragem do imóvel (um dos elementos da base de cálculo do IPTU) é legal.*

4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido. (REsp nº 722.281/SP. Rel. Min. Eliana Calmon. Julg. 6.5.2008. Grifos nossos)

Referido posicionamento foi consolidado pelo Supremo na súmula vinculante de nº 19: *A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, não viola o artigo 145, II, da Constituição Federal.*

Por fim, cumpre tecermos alguns comentários a respeito da natureza da contraprestação pecuniária dos serviços de manejo de águas pluviais urbanas. Nos termos da Lei nº 11.445, a contraprestação destes serviços dar-se-á por meio de tributos, inclusive taxas.

Conforme analisado em outras oportunidades nesse trabalho, o fato gerador da taxa consiste em serviço estatal específico e divisível. Desta forma, para o aludido serviço de saneamento, não conseguimos enxergar beneficiários determinados.

Geralmente lembramos desse serviço, ou da falha na sua prestação, quando estudamos a “Responsabilidade Civil Subjetiva do Estado por Omissão”. Costumo citar em minhas aulas que em algumas regiões da cidade de São Paulo, município onde resido, as águas de março vão levando o verão, os móveis e os eletrodomésticos das comunidades mais carentes. Ademais, a inundação das vias públicas em razão das fortes chuvas e da má prestação desse serviço de saneamento não afeta apenas as periferias da capital paulista. Também as regiões centrais e até áreas nobres são atingidas, tornando o já caótico trânsito de veículos de São Paulo ainda pior.

Imprescindível esse parênteses para demonstrar que, de fato, o bom serviço de limpeza das vias de escoamento de águas pluviais urbanas beneficia toda a coletividade, razão pela qual a única contraprestação cabível é por meio de imposto.

Na mesma linha de raciocínio, trago à colação mais uma vez os ensinamentos do Professor Toshio Mukai: “Os serviços de manejo de águas pluviais urbanas só podem ser custeados com recursos hauridos de impostos, por ser genérico”.<sup>40</sup>

A referida posição encontra respaldo, ainda, do Supremo Tribunal Federal que assim entendeu sobre o tema:

Despacho: 1. Trata-se de agravo de instrumento em que se busca a admissão de recurso extraordinário interposto contra acórdão proferido pelo 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, que julgou ilegítima a cobrança das taxas de iluminação pública, de conservação e limpeza de logradouros públicos e de remoção de lixo pelo Município de Santos. Alega o agravante ofensa aos arts. 30, III e 145, II e §1º da Constituição Federal. (...) 3. *Quanto às demais taxas, esta Corte tem afirmado que a limpeza pública — prestação que envolve, por exemplo, a varrição de ruas, a limpeza de bueiros ou o escoamento de águas pluviais — é serviço de caráter universal e indivisível, ao contrário da coleta domiciliar de lixo, este sim, serviço individualizável e, portanto, passível de custeio mediante taxa.* (...) (Nesse sentido AI nº 439.132/SP) (AI nº 476.364/SP. Rel. Min. Ellen Gracie. Julg. 13.10.2004. Grifos nossos)

Ante o exposto, destaca-se que, salvo na hipótese da remuneração dos serviços de água e esgoto, a Lei nº 11.445/07 não tratou o tema em consonância com os posicionamentos majoritários do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Entendemos então, que o legislador perdeu a oportunidade de colocar um ponto final em tema tão discutível e contribuiu para elaboração de mais capítulos na “novela” serviços de saneamento básico e a natureza da respectiva contraprestação.

## **6 - Conseqüências da natureza da contraprestação pecuniária dos serviços de água e de esgoto no âmbito do Direito do Consumidor**

---

<sup>40</sup> MUKAI (Coord.). *Saneamento básico*: diretrizes gerais: comentários à Lei 11.445 de 2007, p. 73.

Sobre o tema cumpre ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos serviços de saneamento básico, quando remunerados por tarifas. Isso ocorrerá sem discussão nos serviços de abastecimento de água e esgoto sanitário em que a própria Lei nº 11.445/07 entende pela natureza preferencial de tarifa da contraprestação, além da existência de vasta jurisprudência a esse respeito.

Assim, aplicaremos a estes serviços institutos do CDC como a obrigatoriedade da devolução em dobro da quantia cobrada e paga indevidamente; a nulidade de cláusulas abusivas; o reconhecimento da vítima do evento danoso como sendo consumidor por equiparação; a facilitação da defesa do consumidor em juízo, inclusive com a inversão do ônus da prova, entre outros.

A restituição em dobro da quantia paga em excesso e decorrente de cobrança indevida nos serviços de água e de esgoto, nos termos do art. 42, parágrafo único do CDC, encontra amplo respaldo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Processual Civil e Tributário. Recurso Especial. Ausência de prequestionamento. Súmula nº 282/STF. Deficiência na fundamentação. Súmula nº 284/STF. *Tarifa de esgoto. Restituição de quantias pagas antes da propositura da ação. Art. 173 do CTN. Devolução em dobro. Art. 42 do CDC. (...)*

3. *No que toca à apontada ofensa ao art. 42, parágrafo único, do CDC, esta Corte já apreciou casos análogos, nos quais restou assentada a obrigatoriedade de a CEDAE restituir, em dobro, o valor indevidamente cobrado, uma vez que não configura engano justificável a cobrança de taxa de esgoto em local onde o serviço não é prestado.*

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, no ponto, provido. (REsp nº 821.634/RJ. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. Julg. 11.3.2008. Grifos nossos)

Processual Civil e Administrativo. Preliminar. Art. 535 do CPC. Omissão afastada. Prejudicial de mérito. Prescrição. Fundamentação deficiente. Súmula nº 284/STF. Ausência de prequestionamento. Súmula nº 211/STJ. Tarifa de esgoto. Mérito. Ausência de prequestionamento. Lei local. Súmula nº 280/STF. (...)

4. Se o acórdão recorrido firmou a premissa de que a CEDAE não dispõe de sistema de tratamento de *esgoto* que atenda ao imóvel da autora, torna-se indevida qualquer contraprestação, em virtude, inclusive, de suposta utilização potencial do *serviço*.

5. Recurso especial conhecido em parte e não provido. (REsp nº 1.032.975/RJ. Rel. Min. Castro Meira. Julg. 1º.4.2008. Grifos nossos)

Percebam, uma vez mais, que a contraprestação pelo serviço de água e esgoto não possui natureza de taxa, pois, se assim fosse, bastaria o serviço ser colocado à disposição do usuário para restar configurado o fato gerador do tributo (art. 145, II, CF). O STJ nos julgados acima citados deixou bem claro tal posicionamento ao exigir a restituição em dobro do valor cobrado e pago indevidamente, uma vez que não basta a alegação de estar o serviço colocado à disposição para legitimar a cobrança da tarifa.

Nesse tocante, destaca-se a recente súmula do Superior Tribunal de Justiça que entende ser de 20 ou de 10 anos o prazo prescricional da pretensão para a repetição do indébito, nos do Código Civil e não o prazo quinquenal previstos no artigo 27 do CDC. Tal consolidação de

posicionamento decorre do fato de inexistir acidente de consumo na aludida repetição do indébito, somado à circunstância do Diploma Consumerista silenciar em relação a outro prazo prescricional. *In verbis* a súmula nº 412 do STJ: *A ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto sujeita-se ao prazo prescricional estabelecido no Código Civil.*

Com efeito, trazemos à baila a discussão envolvendo o tema cobrança da tarifa mínima em razão da prestação de determinados serviços públicos. O serviço de abastecimento de água é um bom exemplo desta prática e a dúvida que se levanta envolve o condomínio edilício comercial ou residencial cujo consumo total de água é medido por um único hidrômetro. Nesse caso, o faturamento deverá ser realizado com base na única medição aferida pelo hidrômetro ou com base na multiplicação da tarifa mínima pelo número de unidades autônomas? O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou sobre o tema:

Processual Civil. Administrativo. Recurso Especial. Ação declaratória cumulada com anulação de cobrança e repetição de indébito. Fornecimento de água e esgoto. Condomínio edilício comercial. Tarifa mínima. Legalidade (Lei 6.528/78, art. 4º; Lei 11.445/2007, art. 30). Multiplicação do consumo mínimo pelo número de unidades autônomas (salas comerciais). Impossibilidade. Violação dos arts. 39, V e X, do CDC, e 6º, §1º, da Lei 8.987/95. Restituição dos valores cobrados indevidamente. (...)

2. *É lícito o faturamento do serviço de fornecimento de água com base na tarifa mínima, desde que o consumo seja inferior aos limites mínimos definidos para cada categoria de consumidores.*

3. A Lei 6.528/78 não foi ab-rogada nem derogada pela superveniência da Lei 8.987/95. Sua revogação somente ocorreu, expressamente, pela recente Lei 11.445/2007, que, contudo, não extinguiu a tarifa mínima, mas reafirmou sua utilização (art. 30).

4. *Nos condomínios edifícios comerciais e/ou residenciais, onde o consumo total de água é medido por um único hidrômetro, a fornecedora não pode multiplicar o consumo mínimo pelo número de unidades autônomas, devendo ser observado, no faturamento do serviço, o volume real aferido.*

5. O cálculo da CEDAE desconsidera a ‘ratio legis’ subjacente à finalidade da tarifa mínima, instituída no escopo de se assegurar a viabilidade econômico-financeira do sistema, e não para proporcionar lucros abusivos à custa dos usuários.

6. *São direitos básicos do consumidor a proteção contra práticas abusivas no fornecimento de serviços e a efetiva prevenção/reparação de danos patrimoniais (CDC, art. 6º, IV e VI), sendo vedado ao fornecedor condicionar o fornecimento de serviço, sem justa causa, a limites quantitativos, exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva, bem como elevar sem justa causa o preço de serviços (CDC, art. 39, I, V e X).*

7. Os usuários têm direito ao serviço público adequado, assim entendido aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas (Lei 8.987/95, arts. 6º, §1º, e 7º, I).

8. *A remuneração pelo fornecimento de água e esgotamento sanitário não tem natureza jurídica tributária (taxa), mas constitui tarifa cujo valor deve guardar relação de proporcionalidade com o serviço efetivamente prestado, sob pena de enriquecimento sem causa.*

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido, apenas para se determinar a restituição simples dos valores indevidamente recolhidos pela CEDAE, acrescidos de juros moratórios legais e correção monetária. (REsp nº 655130/RJ. Rel. Min.

Denise Arruda. Julg. 3.5.2007. Grifos nossos). No mesmo sentido, REsp nº 1.006.403/RJ. Rel. Min. José Delgado. Julg. 20.5.2008.

## **7 - Repercussões da responsabilidade civil objetiva como direito a ser invocado também pelo terceiro não usuário do serviço público**

A principal repercussão, em nosso entendimento, a respeito da inclusão do usuário na definição de consumidor para fins de responsabilização do Estado, consiste em saber se o direito de invocar a responsabilidade objetiva pode ser considerado uma prerrogativa exclusiva do usuário do serviço público ou se tal direito alcança também ao terceiro não usuário.<sup>41</sup>

A polêmica surgiu em 16 de novembro de 2004 quando o Supremo Tribunal Federal entendeu no Recurso Extraordinário nº 262.651 que a exegese do artigo 37, § 6º, da Constituição da República traduz-se no sentido de que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente aos usuários do serviço, não se estendendo a pessoas outras que não ostentem a condição de usuários<sup>42</sup>.

O julgamento resultou de um acidente automobilístico envolvendo um ônibus pertencente a uma concessionária de transporte coletivo e um particular que sofreu prejuízos em razão de ter a traseira de seu veículo abalroada pelo prestador do serviço público. Assim, o lesado ingressou com uma ação de reparação de danos, fundada na responsabilidade objetiva, segundo o disposto no artigo 37, §6º, da CF, na medida em que o causador dos prejuízos era pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público de transporte coletivo por delegação.

A questão chegou ao STF que, nos termos do voto do relator Carlos Velloso, entendeu por maioria pela impossibilidade do terceiro não usuário do serviço público invocar a responsabilidade objetiva, sob o argumento de que apenas “o usuário é detentor do direito subjetivo de receber um serviço público ideal.”<sup>43</sup> Segundo o Relator, sua posição decorreu da interpretação que fez à época das lições de Romeu Felipe Bacellar Filho.

Sobre o julgado, anotamos duas observações antes de pontuarmos nosso entendimento. Inicialmente, destaca-se a carta dirigida pelo Ministro relator a Celso Antônio Bandeira de Mello solicitando um pronunciamento a respeito do tema. O administrativista, com muita propriedade, deixou claro que o artigo 37, § 6º, do texto constitucional exige dois requisitos

---

<sup>41</sup> PIRES, Luis Manuel Fonseca (coord.). *Responsabilidade Civil do Estado - Desafios Contemporâneos*. BOLZAN, Fabrício. *Aproximações e distinções entre as noções de consumidor e usuário na responsabilidade civil do Estado na prestação de serviços*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

<sup>42</sup> STF: RE nº 262.651, acessado em 31/03/2010. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(262651.NUMER.262651.ACMS.\)&base=baseAcordaos publicação=06/06/2005](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(262651.NUMER.262651.ACMS.)&base=baseAcordaos publicação=06/06/2005). OU

<sup>43</sup> STF: RE nº 262.651, acessado em 31/03/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=258931> p. 10-voto do Relator.



apenas para a configuração da responsabilidade objetiva:

“(1) que se trate de pessoa prestadora de serviço público; (b) que seus agentes (causadores do dano) estejam a atuar na qualidade de prestadores de serviços públicos. Ou seja: **nada se exige quanto à qualificação do sujeito passivo** do dano; isto é: não se exige que sejam usuários, nesta qualidade atingidos pelo dano. <sup>44</sup>”

Ressalta-se ainda, o voto-vista do Ministro Joaquim Barbosa que relembrou à Corte o fato de o Brasil adotar, desde 1946, um regime de responsabilidade que figura entre os mais liberais, propício a atender aos interesses da vítima em razão de atos praticados pelo Estado ou por seus prepostos, agentes ou colaboradores<sup>45</sup>. Fundamenta sua tese nos ensinamentos oriundos da escola de Direito Francês, citando expoentes como René Chapus, Maurici Hauriou, Leon Duguit, Georges Vedel e Dominique Phillip<sup>46</sup>. E, conclui seu raciocínio, sob o entendimento de que “introduzir uma distinção adicional entre os usuários e não-usuários do serviço significa um perigoso enfraquecimento do princípio da responsabilidade objetiva, cujo alcance o constituinte de 1988 quis o mais amplo possível. <sup>47</sup>”

Concordamos com as duas últimas posições apontadas, mesmo porque a Constituição da República não faz qualquer distinção entre usuários e não usuários como beneficiários do direito de invocar a responsabilidade objetiva do Estado, bem como a da pessoa jurídica de direito privado quando prestadora de serviço público. Importante perceber que o legislador constituinte originário valeu-se no parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição da expressão *terceiros* para identificar os lesados por um ato estatal ou de seus delegados. Assim, inconcebível a posição do Supremo Tribunal Federal no citado julgamento.

Ademais, a lei geral que dispõe sobre o regime de concessões e permissão dos serviços públicos, Lei 8.987/95, em seu art. 25, *caput*, é clara ao definir a responsabilidade objetiva por todos os prejuízos causados ao Poder Concedente, aos usuários ou a *terceiros*, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuar essa responsabilidade. Diante desse contexto, pergunta-se: a quem se refere a lei como *terceiro*, senão ao particular que teve seu veículo abalroado na traseira por um concessionário do serviço público?

Inegável que a disposição constitucional, bem como a aludida previsão infraconstitucional são fundamentos para considerar os usuários e os terceiros não usuários do serviço público como beneficiários da responsabilidade objetiva. Entretanto, se dúvidas existissem, sempre defendemos a análise do tema também sob o enfoque do Código de Defesa do Consumidor. Vejamos:

Posicionamo-nos ao longo desse trabalho pela necessidade da incidência do CDC a alguns

---

<sup>44</sup> STF: RE nº 262.651, acessado em 31/03/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=258931> p. 06-voto do Relator.

<sup>45</sup> Ibidem. p. 03-voto vista Min. Joaquim Barbosa.

<sup>46</sup> Ibidem. p. 03-08-voto vista Min. Joaquim Barbosa.

<sup>47</sup> Ibidem. p. 09-10-voto vista Min. Joaquim Barbosa.

serviços públicos, em razão do perfeito enquadramento dos seus elementos (subjctivos = usuário/consumidor e Poder Público ou delegatários/fornecedor; objetivo = serviço público “*uti singuli*”, remunerado por tarifa) na relação jurídica de consumo. Logo, perfeitamente cabível a responsabilidade objetiva prevista no artigo 14 da referida lei, que determina a responsabilização do fornecedor, independentemente da existência de culpa, pelos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços. Assim, equiparando-se a consumidor o particular que sofreu prejuízos decorrentes da colisão provocada pelo concessionário do serviço de transporte coletivo, nos termos do artigo 17, da Lei 8.078/90, plenamente viável a invocação da responsabilidade objetiva por esse terceiro não usuário do serviço público.

Destacamos ainda, a interessante visão de Sergio Cavaliere Filho, ao comentar a polêmica decisão do STF no RE nº 262.651:

“O entendimento é surpreendente, porque a norma constitucional fala expressamente em *terceiros*. E *terceiro* indica alguém estranho ao prestador de serviços públicos, alguém com o qual não tem relação jurídica preexistente. Logo, o §6º do art. 37 da Constituição só se aplica à responsabilidade extracontratual. Ora, o usuário do serviço de transporte tem contrato com o transportador, pelo quê não pode ser considerado *terceiro*. A responsabilidade deste para com aquele é contratual.

(...)

Em conclusão, os prestadores de serviços públicos respondem objetivamente pela mesma razão do Estado – o risco administrativo –, e não pela eficiência do serviço, que é objeto da legislação consumerista.

Preocupante, por derradeiro, porque o entendimento que prevaleceu contraria a jurisprudência cristalizada em todos os Tribunais ao longo de quase duas décadas de vigência da Constituição.<sup>48</sup>”

O Supremo Tribunal Federal, no dia 08 de março de 2007, quando da apreciação do RE nº 459.749, manifestou quatro votos (Ministros Joaquim Barbosa – o Relator, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Carlos Britto) pelo reconhecimento da responsabilidade objetiva como sendo um direito do terceiro não usuário, mas o pedido de vista do Ministro Eros Grau interrompeu a decisão na oportunidade. No entanto, o STF não chegou a mudar de posicionamento nesse recurso extraordinário, pois em 31 de outubro de 2007 foi informado o acordo celebrado entre as partes.

Somente no dia 26 de agosto de 2009, o Pretório Excelso, sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, mudou por maioria seu entendimento e passou a admitir o direito de invocar a responsabilidade objetiva como sendo também prerrogativa dos terceiros não usuários do serviço público, ao julgar o RE 951.874 pelo regime de repercussão geral. Prevaleceu a tese de que “o nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao não usuário do serviço público, é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado.”

---

<sup>48</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 266-267.

## 8 - Conclusão

Ante a ausência de legislação específica de defesa dos usuários dos serviços públicos, imperiosa faz-se a incidência do Código de Defesa do Consumidor para regulamentar esse tipo de relação jurídica. Tal aplicação decorre, em suma, das semelhanças existentes entre os conceitos de usuário e de consumidor, além do perfeito enquadramento do Poder Público ou de seus delegatários na definição de fornecedor no mercado de consumo. Nesse sentido, mesmo com o advento do regramento especial, entendemos perfeitamente possível a observância de ambos os diplomas, num verdadeiro diálogo entre as fontes.

Entretanto, a incidência do CDC deverá recair apenas nos serviços *“uti singuli”*, remunerados por tarifas, na medida em que possuem natureza de preço público e, portanto, caráter negocial, bem diferente da coercibilidade inerente às espécies tributárias. Ademais, a Lei 8.078/90 não pode ser aplicada de forma irrestrita, devendo-se respeitar o regime de direito administrativo que regulamenta a prestação dos serviços públicos. Assim, existindo conflito com regra de direito administrativo, esta prevalecerá.

Por fim, demonstramos que a principal repercussão a respeito da inclusão do usuário na definição de consumidor para fins de responsabilização estatal, consiste em saber se o direito de invocar a responsabilidade objetiva traduz-se numa prerrogativa exclusiva do usuário do serviço público ou se tal direito é estendido também ao terceiro não usuário. Portanto, trata-se sim de um direito do terceiro não usuário, quer pela ausência de tratamento discriminatório conferido pela Constituição da República, quer pelo disposto na lei geral de concessões e permissões do serviço público, quer pelo fato de poder ser o terceiro não usuário uma vítima do evento danoso, equiparado a consumidor, nos termos do CDC.

## Bibliografia

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968
- BATISTA, Joana Paula. *Remuneração dos Serviços Públicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005
- BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006
- CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. *Distinção entre Usuário do Serviço Público e Consumidor*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto

de Direito Público da Bahia, nº 6, mai/jun/jul de 2006. Disponível na Internet em <<http://www.direitodoestado.com.br>> . Acesso em 15/03/09

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública. Concessão. Permissão. Franquia. Terceirização e outras formas*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1.999

DUGUIT, Pierre Marie Nicola Léon. *Las Transformaciones del Derecho Público*. [Tradução da 2ª edição francesa por Adolfo Posada e Ramon Jaen]. Madrid: Francisco Beltran Librería Española y Extranjera Principe

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1989

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor Código Comentado e Jurisprudência*. 3ªed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2007

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007

GRINOVER, Ada Pellegrini, et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003

JÈZE, Gaston. *Los Principios Generales Del Derecho Administrativo*. [Tradução da 2ª edição francesa por Carlos Garcia Oviedo]. Madrid: Ed Reus, 1928

MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

MARINELLA, Fernanda. *Direito Administrativo*, Salvador: Ed. Podivm, 2006

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 8ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 15ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2004

MORAES, Bernardo Ribeiro de, *Doutrina e Prática das Taxas*, São Paulo, Quartier Latin, 2ª ed., 2007

NUNES, Luis Antônio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009

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

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009

SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. *O Princípio da Continuidade do Serviço Público*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*, 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004

VERLI, Fabiano, *Taxas e preços públicos*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005

ZANOBINI, Guido, *Corso de Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 5ª ed., 1958, vol. 4