

Serviços públicos: uma análise da ordem econômica

Public services: an analysis of the economic order

Vinicius de Paula Rezende

Mestre em Direito Público pela UFU. Professor da ESAMC-UBERLÂNDIA.

E-mail: viniciusprezende@yahoo.com.br

Resumo: É sabido que os serviços públicos estão diretamente relacionados à exploração econômica e comercialização de bens e prestações que tem como público-alvo a população em geral. Tais atividades, desempenhadas principalmente por meio de empresas públicas, sociedades de economia mista e respectivas subsidiárias, tiveram seus contornos redefinidos de forma significativa pela Constituição Brasileira de 1988. O objetivo deste trabalho é, portanto, averiguar em que medida ocorreu o redesenho dos serviços públicos a partir da Carta Constitucional, traçando suas principais nuances, a fim de que se possa identificar sua correta extensão, tendo em mira que é crescente o número de demandas judiciais envolvendo concessionárias que exploram os serviços públicos. Busca-se, pois, por meio deste estudo, identificar e propor soluções acerca das principais controvérsias hermenêuticas sobre o tema.

Palavras-chave: Perspectivas econômicas. Serviços públicos. Administração pública.

Abstract: It is known that public services are directly related to the economic exploitation and commercialization of goods and services considering population in general as the target audience. Such activities, mainly performed by public companies, mixed-capital companies and their respective subsidiaries, were significantly redefined by the 1988 Brazilian Constitution. The objective of the work is, therefore, to determine to what extent the redesign of public services occurred based on the Constitutional Charter, outlining its main nuances, so as to identify its correct extension, keeping in mind that there is an increasing number of lawsuits involving concessionaires that exploit public services. Therefore, this study aimed to identify and propose solutions on the main hermeneutical controversies on the subject.

Keywords: Economic perspectives. Public services. Public administration.

1 Introdução

O objetivo do presente trabalho consiste em discorrer sobre os serviços públicos relacionados à exploração econômica e comercialização de bens. Essas atividades, desempenhadas pelas empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, ganharam múltiplas facetas com a Constituição da República de 1988.

Ademais, hodiernamente, observa-se uma crescente demanda judicial envolvendo as concessionárias que exploram os serviços públicos. Diante da essencialidade desses serviços e, portanto, do caráter público deles, aborda-se a prestação desses serviços públicos sob a ótica dos princípios da ordem econômica, em especial da defesa do consumidor.

2 Considerações sobre serviços públicos

Para conceituar serviço público, os autores adotam três critérios: I – o subjetivo, que considera a pessoa jurídica prestadora da atividade – o serviço público seria aquele prestado pelo Estado; II – o material, que considera a atividade exercida – o serviço público seria a atividade que tem por objeto a satisfação de necessidades coletivas; III – o formal, que considera o regime jurídico – o serviço público seria aquele exercido sob o regime de direito público derogatório e exorbitante do direito comum.

No entanto, o Estado, à medida que foi se afastando dos princípios do liberalismo, ampliou seu rol de atividades próprias, definidas como serviços públicos, pois passou a prestigiar determinadas atividades comerciais e industriais que antes eram reservadas à iniciativa privada. Paralelamente, o Poder Público percebeu que não dispunha de organização adequada à realização desse tipo de atividade econômica e, em consequência, delegou a sua execução aos particulares, por meio dos contratos de concessão de serviços públicos e, posteriormente, por meio de pessoas jurídicas de direito privado, criadas para esse fim (empresas públicas e sociedades de economia mista).

Além disso, no Estado contemporâneo, inclusive no Brasil, muitas das atividades que se mantiveram como serviços públicos sofreram uma modificação parcial no seu regime jurídico. Faz-se mister perceber que ocorreu a inserção de mecanismos de concorrência, defesa do consumidor e proteção de direitos fundamentais.

A Carta Constitucional não é precisa na utilização da nomenclatura, que ora se refere aos serviços públicos em sentido apenas econômico, como atividade da titularidade do Estado que pode gerar lucro (CF, arts. 145, II, e 175); ora como sinônimo de Administração Pública (CF, art. 37); ora para tratar do serviço de saúde prestado pelo Estado (CF, art. 198). Segundo Alexandre Santos de Aragão (2007), a Constituição contempla as seguintes concepções de serviços públicos: a Amplíssima, a Ampla, a Restrita, a Restritíssima e a adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

A concepção Amplíssima conceitua serviços públicos como todas as atividades exercidas pelo Estado em regime jurídico de Direito Público por uma decisão política dos órgãos de direção do Estado, ao passo que a Ampla reduz o conceito a atividades prestacionais do Estado (comodidades e utilidades). Serviços Públicos para a Restrita abrangeria apenas as atividades prestacionais que tivessem um liame imediato com os indivíduos, ou seja, identificando os beneficiários e a fruição quantitativa. A corrente da Restritíssima resume-se tão somente os serviços públicos ao o que a Constituição prevê remuneração, excluindo os serviços *uti universi*, os serviços sociais e atividades abertas à iniciativa privada.

A Suprema Corte não traça uma sistematização bem elaborada do conceito de serviço público, havendo menções esparsas do conceito ao longo de alguns votos, que variam de acordo com a situação concreta apreciada.

Para Aragão (2007, p. 157), o conceito de serviços públicos é:

Serviços Públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do

Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade.

José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 301) sugere uma definição de forma simples e objetiva, contendo os diversos critérios relativos à atividade pública: “Conceituamos serviço público como toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob o regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade.”

Fernanda Marinela (2011, p. 509) afirma que

o serviço consiste numa ação estatal que produz uma utilidade ou comodidade desfrutável individualmente, representa algo dinâmico, em movimento (ação constante). De outro lado, tem-se a obra pública que [...] consiste em uma reparação, construção, edificação ou ampliação de um bem, portanto, uma vez realizada, independe de ação constante, porquanto se trata de um produto estático, cristalizado pela ação humana. A obra, para ser executada, não presume prévia existência de um serviço, mas o contrário é muito comum, um serviço que depende de uma obra como suporte material.

Tais conceitos selecionados não divergem quanto à titularidade dos serviços públicos, qual seja: pelo Estado ou pelos entes que recebem uma forma de delegação ou concessão. Para tanto, verifica-se que há a atividade prestacional de serviço público, tanto na ordem social quanto na ordem econômica; sendo assim, faz-se necessário utilizar a expressão “serviços públicos” no plural para adequar-se à concepção de que trata a Primeira Carta.

Portanto, combinando-se as conceituações doutrinárias, tem-se que os serviços públicos correspondem a toda uma coletividade, que, por sua vez, é desempenhada direta ou indiretamente pelo Estado, visando a solver necessidades essenciais do cidadão, da coletividade ou do próprio Estado.

Abordar-se no presente trabalho os serviços públicos ligados à exploração econômica, comercialização de bens e de prestação de serviços, atividades essas a serem exercidas pelas empresas pública, sociedades de economia mista e suas subsidiárias (CF, art. 173, § 1º).

2.1 *Espécies*

Os serviços públicos estão classificados de diversas formas pela doutrina. Para Hely Lopes Meirelles (2010, p. 286), eles podem ser agrupados segundo critérios próprios:

- a) Quanto à essencialidade:
 - serviços públicos propriamente ditos;
 - serviços de utilidade pública.
- b) Quanto à adequação:
 - serviços próprios do Estado;

- serviços impróprios do Estado.
 - c) Quanto à finalidade:
 - serviços administrativos;
 - serviços industriais.
 - d) Quanto aos destinatários:
 - serviços gerais ou *uti universi*;
 - serviços individuais ou *uti singuli*.

Sendo assim:

1. Serviços públicos propriamente ditos, ou essenciais, são os imprescindíveis à sobrevivência da sociedade e, por isso, não admitem delegação ou outorga (política, saúde, defesa nacional etc.). São chamados de pró-comunidade.

2. Serviços de utilidade pública, úteis, mas não essenciais, são os que atendem ao interesse da comunidade, podendo ser prestados diretamente pelo Estado, ou por terceiros, mediante remuneração paga pelos usuários e sob constante fiscalização (transporte coletivo, telefonia etc.). São nominados de pró-cidadão.

3. Serviços industriais, ou de fruição geral (*uti universi*), são os que não possuem usuários ou destinatários específicos e são remunerados por tributos (calçamento público, iluminação pública etc.).

4. Serviços individuais, ou de fruição individual (*uti singuli*), são os que possuem de antemão usuários conhecidos e predeterminados, como os serviços de telefonia, de iluminação domiciliar. São remunerados por taxa ou tarifa.

Dessa forma, têm-se os serviços delegáveis (serviços pró-cidadão, de utilidade pública) e os indelegáveis (serviços pró-comunidade, essenciais ou propriamente ditos).

3 Competência para prestação de serviços públicos

Da proposta conceitual extraem-se os pressupostos para que dada atividade material possa ser considerada como “serviços públicos”. Trata-se de atividade a cargo da Administração Pública, criada, regulada e fiscalizada pelo Poder Público e por ele prestada ou delegada a terceiros. Cuida-se, ainda, de atividade orientada à satisfação das necessidades, conveniências ou utilidade da sociedade ou do próprio Estado e, por fim, sujeita à regulação por normas de Direito Público.

Ao Poder Público incumbe a prestação de serviços públicos (CF, art. 175), podendo seu desempenho – ou gestão – ser direto ou indireto. A prestação do serviço público decorre: a) da instituição de pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado criadas com essa finalidade; b) de concessões; c) de permissões e d) autorizações.

Aos municípios é confiado o dever de prestar a maior gama de serviços públicos, posto ser de sua competência todo aquele que toque o seu “peculiar interesse” ou o “interesse local” (CF, art. 30, V). À União competem, além dos comuns a Estados e Municípios (CF, art. 23), os que lhe são privativos (CF, art. 21). Aos Estados somente os remanescentes podem ser atribuídos (CF, art. 25, § 1º), excetuada uma única hipótese: distribuição de serviço de gás canalizado (CF, art. 25, § 2º).

Dessa forma, os serviços públicos são de titularidade do Poder Público (por suas entidades estatais). Entretanto, o seu exercício, quando admissível, pode ser transferido a outras pessoas jurídicas, sejam as criadas por desejo do próprio Poder Público (que podem ser públicas ou privadas), sejam as criadas por particulares (sempre privadas).

As pessoas jurídicas de direito público vinculadas ao Poder Público são as autarquias e, via de regra, as fundações. As de direito privado são as empresas públicas e sociedades de economia mista. Quando prestados diretamente pela entidade estatal (União, Distrito Federal, Estados-Membros e Municípios), diz-se que há execução direta do serviço; quando, porém, a entidade se vale de pessoas jurídicas a ela vinculadas ou a pessoas jurídicas de direito privado, diz-se haver descentralização do serviço e, por fim, pode haver a mera distribuição da competência para prestação do serviço entre órgãos da própria entidade, que recebe a designação de serviço desconcentrado.

O modo de prestação não se confunde com a forma de execução que pode ser direta ou indireta.

- a) Execução direta: ocorre sempre que o Poder Público emprega meios próprios para a sua prestação, ainda que seja por intermédio de pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado para tal fim instituídas.
- b) Execução indireta: ocorre sempre que o Poder Público concede a pessoas jurídicas ou pessoas físicas estranhas à Entidade Estatal a possibilidade de virem a executar os serviços, como ocorre com as concessões, permissões e autorizações.

Os serviços públicos podem ser prestados em três formas distintas: a) Serviços Centralizados: prestados diretamente pelo Poder Público, em seu próprio nome e sob sua exclusiva responsabilidade; b) Serviços Desconcentrados: prestados pelo Poder Público, por seus órgãos, mantendo para si a responsabilidade na execução; c) Serviços Descentralizados: prestados por terceiros, para os quais o Poder Público transferiu a titularidade ou a possibilidade de execução, seja por outorga (por lei – a pessoas jurídicas criadas pelo Estado), seja por delegação (por contrato – concessão ou ato unilateral – permissão e autorização).

4 Princípios dos serviços públicos

Os princípios são como regras que devem ser observadas juntamente com a aplicação da legislação. Como a prestação dos serviços públicos deve ser voltada aos membros da coletividade, os princípios devem ser como engrenagens para que funcionem em perfeita harmonia, atingindo um fim: uma eficácia máxima.

A continuidade do serviço público, em que todo e qualquer serviço público, exige que haja permanência na sua prestação; generalidade, aliada à impessoalidade – igual ou acessível a todos; isonomia, em que o desigual deve ser tratado na medida de sua desigualdade; eficiência, ou seja, o aperfeiçoamento e melhor técnica na prestação; modicidade significa que o custo do serviço deve ser mantido num patamar acessível aos usuários.

Acrescenta-se também o princípio da cortesia, ou seja, adequado e ótimo atendimento; princípio da atualidade combinado com o da eficiência, quer dizer a adequação técnica do serviço prestado e o princípio da continuidade do serviço público constituem princípios informadores dos serviços públicos.

Entretanto, consideram-se também como princípios norteadores da administração pública os elencados no art. 37, *caput* da Primeira Carta, quais sejam: da legalidade, em que todos os atos do administrador devem estar em conformidade com a legislação, ou seja, com a máxima de que o administrador público somente poderá praticar atos em que lei permita; da impessoalidade, em que os atos do administrador são obrigados a propiciar o bem comum desconsiderando qualquer tipo de promoção pessoal diante dos atos administrativos executados, já que os atos são dos órgãos e não dos agentes públicos; da finalidade, ou seja, os atos da Administração Pública devem focar-se a realizar o interesse público; princípio da moralidade está aliado aos atos do administrador com os cidadãos, exigindo daquele uma convivência ética e moral, observando também a rigorosa e valorizada ética administrativa.

Bem como o princípio da publicidade, que exige que os atos da Administração se tornem públicos para que gerem efeitos jurídicos e o da eficiência, em que a forma de atuação do agente público e o seu modo racional de se organizar, estruturar, disciplinar a administração pública correspondem à satisfação do bem comum e o dever da boa administração, dentre outros princípios implícitos no Ordenamento Pátrio.

Versa-se grande discussão sobre a possibilidade de interrupção na prestação de serviços públicos em razão do não pagamento pelo usuário. Os remunerados por tributos não admitem a paralisação (serviços gerais ou *uti universi*). Os demais podem ou não admiti-la conforme a natureza.

Entretanto, os serviços essenciais à população não autorizam a interrupção no fornecimento, porque indispensáveis e vinculados ao princípio da continuidade. Incidem para as concessionárias de serviços públicos as normas do Código de Defesa do Consumidor (arts. 22 e 42), e o não fornecimento pode constituir-se meio ilegal de cobrança de tarifa ou multa.

Merece apreciação o seguinte acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal:

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário (art. 102, III, a, da Constituição federal) interposto de acórdão proferido por Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul cuja possui o seguinte teor: "APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. CORTE. IMPOSSIBILIDADE. IRREGULARIDADE NO MEDIDOR. AUTORIA. NÃO-DEMONSTRAÇÃO. ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO. CDC. APLICAÇÃO. O fornecimento de energia elétrica é dever da União (CF, art. 21, XII, 'b'), cuja prestação pode ser delegada, mas respeitados os direitos dos usuários e a obrigação de manter serviço adequado (CF, art. 175, IV). **Tratando-se, a energia elétrica, de bem essencial, o princípio é o da continuidade sendo que 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 (CDC, art. 22). O inadimplemento não autoriza o corte no fornecimento, pois tal representa exercício arbitrário das próprias razões, vedada a justiça privada pelo sistema jurídico pátrio, não podendo a credora utilizar-se da suspensão do fornecimento como meio coercitivo para o pagamento de débitos. Precedentes da Câmara. A eventual irregularidade no medidor – que autoriza o corte – não se confunde com o débito dela decorrente. Sanada a irregularidade, a suspensão no fornecimento não pode ser feita por débitos passados, especialmente se tais débitos foram lançados unilateralmente pela concessionária. Não pode a concessionária imputar a responsabilidade à autora pela violação no medidor de energia elétrica com base em vistoria realizada por seus próprios prepostos e sem a observância, quando da efetivação da vistoria, do devido contraditório. Concessionária que dispõe de recursos técnicos necessários à comprovação de suas alegações. Hipossuficiência do consumidor. Aplicação do princípio da inversão do ônus da prova. Exegese do art. 6º, inciso VIII, do CDC. Em se tratando de serviços públicos prestados por empresas privadas aplica-se o Código de Defesa do Consumidor. RECURSO DESPROVIDO." (fls. 301). Alega-se violação do disposto nos arts. 21, XII, b; 37, § 3º, e 175, IV, da Constituição Federal. O recurso não merece seguimento. Verifico que concluir diversamente do Tribunal de origem demandaria o prévio exame da legislação infraconstitucional e do quadro fático-probatório, o que é vedado na via estreita do recurso extraordinário (Súmulas 279 e 636/STF). Do exposto, nego seguimento ao presente agravo. (Supremo Tribunal Federal, Ag. nº. 626860 RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Julg. 13/10/2010, Public. DJe-201 22/10/2010). (Grifos nossos).

Não obstante, tem-se admitida a interrupção com fundamento no art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/95 (que estabelece normas gerais para as concessões e permissões). A Lei nº 11.445/2007 – Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico, prevê que o inadimplemento do usuário do serviço do abastecimento de água pode gerar a interrupção, mas desde que o usuário tenha sido previamente notificado (art. 40, V).

5 Formas e meios de prestação

O serviço é outorgado por lei e delegado por contrato. Invariavelmente a lei outorga ao Poder Público (entidade estatal) a titularidade do serviço público e somente por lei se admite a mutação da titularidade (princípio do paralelismo das formas). Nos serviços delegados, há transferência de execução do serviço por contrato (concessão) ou ato negocial (permissão e autorização). A outorga possui contornos de definitividade, posto emergir de lei; a delegação, ao contrário, sugere termo final prefixado, visto decorrer de contrato.

Empresas públicas e sociedades de economia mista recebem a titularidade do serviço público (quando constituídas para esse fim), mas também podem ser meras executoras dos serviços que lhes sejam transferidos (quando celebram contrato de concessão, por exemplo). Assim, se uma empresa pública prestadora de serviço público constituída pelo Estado celebrar contrato de concessão com a União, ela não receberá a titularidade (que não se transfere por contrato), mas será mera concessionária ou delegatária da prestação do serviço contratado.

5.1 Concessão

Concessão de serviço público “é a transferência da prestação de serviço público, feita pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, mediante concorrência, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas, que demonstre capacidade para o seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.”, segundo o artigo 2º, II, da Lei nº 8.987/95

Por força da Lei nº 11.079/95, foi instituído o regime de contratação denominado “parceria público-privada”, e as concessões de serviços registradas pela Lei nº 8.987/95 passaram a ser denominadas “concessões comuns”, desde que não envolvam a realização de qualquer contraprestação pecuniária advinda do Poder concedente.

Apenas os serviços de utilidade pública podem ser objeto do contrato de concessão; serviços propriamente ditos ou essenciais à coletividade não admitem a transferência de execução, devendo permanecer em mãos do Poder Público. Os serviços concedidos são os delegados a pessoas jurídicas de direito privado, por contrato administrativo, que os executam em seu nome, conta e risco.

A prática administrativa, porém, registra hipóteses de concessão de serviços públicos a pessoas jurídicas de direito público (autarquias e fundações), que recebem o nome de concessão legal de serviços públicos. Em qualquer hipótese, diga-se, que a titularidade do serviço continuará em mãos do Poder Público. A transferência da titularidade do serviço somente se opera nas hipóteses de outorga ou transferência em decorrência de lei.

À União compete legislar sobre normas gerais (CF, art. 22, XXVII), cumprindo às demais entidades o dever de adequação das normas gerais à realidade local. As normas gerais fixadas pela Lei nº 8.987/95 são aplicáveis à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que conservam competência legiferante para também disciplinar a matéria.

Ante o conceito ofertado pelo legislador e com apoio na doutrina majoritária, têm-se:

a) Poder concedente: União, Estados, Distrito Federal e Municípios – pessoa jurídica de direito público – entidades estatais.

b) Concessionário: pessoa jurídica ou consórcio de empresas, admitindo a legislação a contratação de empresa individual. A pessoa física não pode ser concessionária de serviços públicos.

c) Contrato: o contrato administrativo deve ser precedido de licitação. Em regra, a modalidade obrigatória é a concorrência, admitindo-se, porém, o leilão para determinados serviços (Lei nº 9491/97 – Programa Nacional de Desestatização).

Há duas espécies de contratos de concessão: a concessão de serviços precedidos de obra pública e a concessão de serviços públicos em um sentido amplo.

A remuneração é paga, usualmente, pelos usuários dos serviços públicos. A responsabilidade é por conta e risco do concessionário que atua em seu nome, incidindo a regra do art. 37, § 6º da Constituição (responsabilidade objetiva). A Lei nº 8.987/95 expressamente consagra a responsabilidade do concessionário (art. 25). De tal modo que a responsabilidade de concedente pode ser responsabilizada se exaurida as possibilidades de reparação dos prejuízos causados pelo concessionário, sendo, pois,

subsidiária a responsabilidade estatal. Pode-se cogitar da responsabilização do poder concedente também em razão da má escolha do concessionário ou de ausência de fiscalização.

Os atos de concessionário são passíveis de mandados de segurança, porquanto revestidos dos atributos de atos administrativos, salvo os que não se relacionem com o serviço contratado.

Ao concessionário não é aplicável a imunidade tributária (CF, art. 150, § 3º) e a tarifa inicial é fixada segundo a proposta vencedora da concorrência, admitindo-se a revisão permanente na forma disposta no edital e contrato.

O contrato pode admitir formas outras de obtenção de receita; Intervenção: é possível a intervenção realizada pelo poder concedente. A intervenção há de ser provisória, visto ser a definitiva equiparada à encampação. Em até trinta dias contados da data do decreto da intervenção, deverá o Poder Público iniciar o processo administrativo, assegurando ampla defesa e contraditório. O processo administrativo deverá ter-se encerrado em até cento e oitenta dias (Lei nº 8.997/95, art. 32 e s.); Extinção da concessão: pode ocorrer em razão do vencimento do prazo, encampação, caducidade, rescisão, anulação e falência ou extinção da empresa concessionária (Lei nº 8.987/95, art. 35, I a VI).

5.2 Permissão

Permissão de serviço público é o ato unilateral, precário e discricionário, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço público, proporcionando ao permissionário a possibilidade de cobrança de tarifa aos usuários.

A permissão pode ser unilateralmente revogada, a qualquer tempo, pela Administração, sem que deva pagar ao permissionário qualquer indenização, exceto se se tratar de permissão condicionada que é aquela em que o Poder Público se autolimita na faculdade discricionária de revogá-la a qualquer tempo, fixando em lei o prazo de sua vigência.

A permissão condicionada é usada geralmente para transportes coletivos. Nesse caso, se revogada ou alterada, dá causas à indenização. Deve ser precedida de licitação para escolha do permissionário, assim como os atos praticados pelos permissionários revestem-se de certa autoridade em virtude da delegação recebida.

São características da permissão:

- unilateralidade (é ato administrativo e não contrato);
- discricionariedade;
- precariedade;
- *intuitu personae*.

A revogação da permissão pela Administração pode ser a qualquer momento, sem que o particular se oponha, exceto se for permissão condicionada. O controle do serviço é por conta da Administração, que pode intervir no serviço. A permissão não assegura exclusividade ao permissionário, exceto se constar de cláusula expressa.

Os riscos do serviço são por conta do permissionário e, por isso, o permissionário é responsável pelos danos causados a terceiros. Apenas

subsidiariamente a Administração pode ser responsabilizada pela culpa na escolha ou na fiscalização do executor dos serviços.

5.3 Autorização

É o ato administrativo discricionário e precário pelo qual o Poder Público torna possível ao particular a realização de certa atividade, serviço ou utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo ou predominante interesse, que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração. Como se observa no serviço de táxi, serviço de despachante, serviço de segurança particular.

É caracterizado por ato unilateral da Administração:

- precário;
- discricionário;
- no interesse do particular;
- *intuitu personae*.

A cessação pode dar-se a qualquer momento, sem que a Administração tenha que indenizar. E a remuneração dá-se por tarifas.

Desse modo, a prestação de serviço público se dará por forma de outorga de norma, em que cabe somente à Entidade Estatal a titularidade do serviço público e conseguinte por meio de transferência de execução do serviço pela realização de contrato, como ocorre quando há a Concessão, ou pelo ato negocial, concretizando as hipóteses de Permissão ou Autorização.

6 A prestação de serviço público frente à ordem econômica

O tema da atuação do Estado no domínio econômico exige prévia distinção entre serviços públicos, especialmente os de conteúdo econômico e social, e atividades econômicas, respectivamente os artigos 21, XI e XII e arts. 173 e 174.

O Estado, por critérios jurídicos, técnicos e econômicos, define e estabelece quais os serviços deverão ser públicos ou de utilidade pública. Alguns dos serviços não poderão ser delegados a terceiros pela sua complexidade ou vinculação direta com a administração pública, contudo, outros tipos de serviços não devem ser prestados e, por consequência, sempre serão transferidos à iniciativa privada, obedecidas certas condições e normas.

A atividade econômica no Capitalismo, como é a baseada a nossa economia, desenvolve-se no regime da livre iniciativa sob a orientação de empresas privadas. Em uma ordem econômica destinada a realizar a justiça social, a liberdade de iniciativa econômica privada não pode significar mais do que liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo Poder Público. É, sim, um direito fundamental, enquanto exercido no interesse de realização da justiça social, da valorização do trabalho e do desenvolvimento nacional.

O serviço público é, por natureza, estatal. Tem como titular uma entidade pública. Por conseguinte, fica sempre sob o regime jurídico de Direito Público. O que, portanto, se tem que destacar, é que não cabe titularidade privada nem mesmo sobre

os serviços públicos de conteúdo econômico, como são, por exemplo, aqueles referidos no art. 21, XI e XII.

Tenham-se presentes essas distinções para a compreensão da natureza e dos limites das empresas estatais; pois, sob o ponto de vista de sua função, diferenciam-se em dois tipos: as prestadoras ou exploradoras de serviços públicos (como a CEMIG, a Cia. de Metrô, a Telebrás, a Rede Ferroviária Federal etc.) e as exploradoras de atividade econômica (como a Petrobras, o Banco do Brasil, a Embraer, o BNDS).

O regime jurídico dessas empresas é diferente. As primeiras entram no conceito de descentralização de serviços pela personificação da entidade prestadora – art. 21, XI e diz, ainda, que compete à União explorar diretamente mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de radiodifusão e os demais de telecomunicação, os de energia elétrica etc.

São princípios da ordem econômica: a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país – art. 170 CF/88.

Todos esses princípios que regem a ordem econômica também devem ser igualmente observados quando há exploração de serviços públicos essenciais, bem como das atividades econômicas em concomitância com os princípios dos serviços públicos.

Hodiernamente, a efetividade e a eficácia dos serviços de energia elétrica têm tido reclamações tanto na esfera administrativa quanto na judicial. O fornecimento da energia elétrica, como é uma espécie imprescindível à sobrevivência, vem colecionando infinitos processos judiciais por todo o país, diante da não observância nos princípios e regras básicos dos serviços públicos.

Pontuam-se, como algumas das causas motivadoras dos litígios no Poder Judiciário, a interrupção arbitrária do fornecimento de energia, o processamento administrativo de infrações do consumidor sem a observância dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, dentre outros.

Sendo assim, verifica-se que, diante da exploração de um recurso essencial para a sobrevivência da população brasileira e também como instrumento necessário e vital para que a economia se desenvolva e prospere, o fornecimento de energia elétrica pelas prestadoras e exploradoras de serviços públicos deve se pautar pela aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, para que, enfim, se alcance a eficiência e eficácia dos serviços públicos.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) equipara o prestador de serviços públicos a “fornecedor” e o serviço a “produto”, dispondo que “Os órgãos políticos, 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” (art. 22, *caput*).

A Lei nº 8.987/95, que fixa normas gerais sobre concessões e permissões de serviços públicos, também arrola os direitos dos usuários, dentre eles: a) receber serviço adequado; b) receber do concedente e da concessionária informações para a

defesa de interesses individuais ou coletivos; c) direito de escolha, quando possível, do prestador de serviço.

Em se tratando de serviço geral (de fruição geral ou *uti universi*), o Ministério Público estará legitimado a defender seus destinatários indeterminados (tratar-se-ia de interesse coletivos ou difuso); versando sobre direito individual, pode o usuário valer-se, conforme a hipótese, de instrumento processual adequado e até do mandado de segurança (desde que ocorra a violação de direito individual líquido e certo). O usuário, assente nos seus direitos, poderá buscar a concreção dos princípios informadores dos serviços (generalidade, continuidade etc.). Excepcionalmente se reconhece a legitimidade do Ministério Público para a ação civil pública em defesa de interesses individuais, desde que homogêneos.

Não é todo serviço público que permite o reconhecimento da aplicação do sistema protetivo dos direitos do consumidor, porque há serviços cuja prestação é obrigatória e independe de remuneração pelo usuário (como os serviços, *uti universi* propriamente ditos – exemplos: saúde, segurança pública etc.). Nestes a relação estabelecida entre o usuário e o Poder Público não pode ser caracterizada como de “consumo”, diferentemente do que ocorre em relação aos serviços cuja utilização é determinada pela remuneração paga pelo usuário (como os de utilidade pública – exemplo: transportes coletivos, telefonia etc.). Mas, seja ou não decorrente de relação de consumo, pode o usuário ou cidadão exigir do Estado a prestação do serviço, como também pode buscar a reparação de eventual dano que tenha sofrido, e a responsabilidade civil será objetiva.

Como é o caso das demandas judiciais envolvendo a Concessionária Elétrica e os Consumidores. Infelizmente, para muitos cidadãos brasileiros para esse tipo de serviço público não poderia caber reclamação e muito menos os direitos inerentes aos consumidores codificado na Lei nº 8.078/90.

É discutível a relação que envolve as pessoas e as Concessionárias de prestação de energia elétrica, prevalecendo o reconhecimento da relação consumerista e os direitos estabelecidos pela legislação especial. Para tanto, prelecionam-se algumas jurisprudências de Tribunais Superiores para ilustrar melhor a afirmação:

REPETIÇÃO DE INDÉBITO - ENERGIA ELÉTRICA DEVOLUÇÃO EM DOBRO
CÓDIGO DO CONSUMIDOR.

Indevida a restituição em dobro da tarifa de energia elétrica declarada inexigível, pois somente quando caracteriza a má-fé da concessionária pela cobrança indevida é cabível aplicação do artigo 42, parágrafo único do CDC. Recurso parcialmente provido.

TJSP. 35ª Câmara de Direito Privado: Ap. C. 0022772-84.2008.8.26.0451, Rel. Des. Clóvis Castelo, j. 29.08.2011.

(Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20316438/apelacao-apl-227728420088260451-sp-0022772-8420088260451-tjsp>. Acesso em: 20 abr. 2012).

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO -
COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL PARA PROCESSAR E JULGAR
FEITOS EM QUE SE DISCUTE A RELAÇÃO JURÍDICA EXISTENTE ENTRE

CONSUMIDOR E CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA - PRELIMINAR REJEITADA - PRELIMINAR SUSCITADA DE OFÍCIO - NULIDADE DA SENTENÇA - JULGAMENTO *EXTRA PETITA* - ACOLHIDA PARCIALMENTE - MÉRITO - REVISÃO TARIFÁRIA - COBRANÇA INDEVIDA - FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA - RESTITUIÇÃO DE UMA ÚNICA VEZ - APLICAÇÃO DO CDC - PIS E COFINS A SEREM INCLUÍDOS NA DEVOLUÇÃO DE VALORES - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

TJMS. 3ª Câmara Cível: Ap. C. AC 37229 MS 2011 037229-7, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, j. 31.01.2012.

(Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21223536/apelacao-civil-ac-37229-ms-2011037229-7-tjms> Acesso em: 20 abr. 2012).

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO de indenização. POR DANOS MATERIAIS. ENERGIA ELÉTRICA. OSCILAÇÃO DA REDE. QUEIMA DE MÁQUINA ELÉTRICA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. APLICAÇÃO DO CDC. VULNERABILIDADE TÉCNICA DA AUTORA. A expressão destinatário final, de que trata o art. 2º, *caput*, do código de defesa do consumidor, abrange quem adquire produtos e serviços para fins não econômicos, e também aqueles que, destinando-os a fins econômicos, enfrentam o mercado de consumo em condições de vulnerabilidade. A vulnerabilidade referida no CDC não é apenas a econômica, mas, entre outras, também a técnica. Hipótese em que a autora, embora pessoa jurídica, é tecnicamente vulnerável perante a requerida, sendo caso de aplicação do CDC à espécie. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. NEXO CAUSAL EVIDENCIADO. DEVER DE INDENIZAR. É cediço que, sendo a empresa demandada concessionária de serviço público, responde objetivamente, a teor do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, pelos danos que, na consecução de seu *mister*, por ação ou omissão, houver dado causa, bastando à vítima a comprovação do evento lesivo e do nexo etiológico entre este e a conduta do agente. Hipótese em que restou comprovada nos autos a relação de causa e efeito entre os danos suportados pela parte autora e a falha do serviço prestado pela ré, consistente na oscilação da tensão da rede, que acarretou a queima de uma máquina, sendo impositivo o reconhecimento do dever de indenizar. DANOS MATERIAIS EMERGENTES. COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. Hipótese em que a autora evidenciou a avaria em seu maquinário, em decorrência da oscilação da tensão da rede de energia elétrica. Os danos materiais emergentes, no caso, devem corresponder ao valor do menor orçamento de conserto da máquina. Sentença mantida, no ponto. LUCROS CESSANTES. CONFIGURAÇÃO. Tendo restado evidenciado que, em virtude da inoperância temporária da máquina, por cerca de dois meses, a requerida ficou impossibilitada de produzir e comercializar peças, deve ser indenizada pelo que deixou de lucrar no período, estando o montante do prejuízo suficientemente evidenciado nos autos. CORREÇÃO MONETÁRIA. DANO MATERIAL. *DIES A QUO*. A correção monetária relativa aos danos materiais deve incidir desde a data do efetivo prejuízo, já que visa apenas à manutenção do poder de aquisição do capital. Precedentes jurisprudenciais. Manutenção da sentença, no tópico. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. Em se tratando de responsabilidade civil contratual, os juros de mora são devidos a

contar da citação, nos termos do art. 405 do Código Civil. Alteração do marco inicial dos juros.

TJRS. 10ª Câmara Cível: Ap. C. 70046304549, Rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz, j. 16.02.2012.

(Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21378588/apelacao-civil-ac-70046304549-rs-tjrs>. Acesso em: 20 abr. 2012).

FORNECIMENTO ENERGIA ELÉTRICA - APLICAÇÃO DO CDC.

Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor às relações de consumo entre a Cemig e o usuário, por força do art. 22 do Código do Consumidor, pelo menos até que haja legislação especial que regulamente de forma específica tais questões.

TJMG. Ag. 1.0024.06.995078.0/001(1), Rel(a). Des(a). Vanessa Verdolim H. Andrade, j. 29.07.2008.

(Disponível em:

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5961963/100240699507800011-mg-1002406995078-0-001-1-tjmg/inteiro-teor> Acesso em: 20 abr. 2012).

É notório que os serviços públicos guardam uma ordem publicística, em que enfoca o cidadão-usuário como integrante de um sistema social de garantia de proteção de determinada atividade essencial para toda a coletividade. Tanto é que a Constituição Federal, cronologicamente, declara que o regime político brasileiro é republicano do tipo federalista e o Estado brasileiro é o Estado Democrático de Direito.

A singularidade não escapou à observação crítica de Alexandre Santos Aragão (2007, p. 529):

A legislação consumerista tem por objetivo a proteção do consumidor conceitualmente hipossuficiente face ao poder econômico da empresa prestadora de serviços, produtora ou comercializadora de bens, ao passo que na prestação de serviços públicos muitos dos usuários são chamados de “grandes consumidores”, empresas muitas vezes maiores que as próprias concessionárias, geralmente utilizando os serviços como insumos para as suas próprias atividades econômicas.

Portanto, aliar as políticas das Concessionárias de energia elétrica à lei principiológica do Estatuto de Defesa do Consumidor, é a melhor e mais justa medida do Poder Público para que os cidadãos-usuários possam ter um serviço eficiente e eficaz, beneficiando também toda a população brasileira.

Não é objetivo de o presente trabalho esgotar o tema, tendo em vista a necessidade de estudos que aprofundem e esclareça as características do serviço público para a aplicabilidade integral do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Enquanto legislações autorizam a interrupção da prestação de serviços públicos, como a Lei nº 8.987/95, que estabelece normas gerais para as concessões e permissões, o CDC traz uma gama de direitos e deveres tanto aos cidadãos-usuários quanto ao Poder Público, que esbarra frontalmente na Lei de Concessões e Permissões.

Um recurso essencial, como a água e a energia elétrica, para a sobrevivência da população brasileira é também um instrumento necessário e vital para que a economia

se desenvolva e prospere. Entretanto essas Concessionárias veem colecionando reclamações dos usuários que acabam por acionar o Judiciário, ações essas que se multiplicam a cada ano.

Portanto, diante da exploração dos serviços públicos, tanto os princípios regem os serviços públicos quanto a os da ordem econômica sugerem a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Nota-se que os Tribunais Superiores têm reconhecido a relação consumerista entre os usuários e as Concessionárias, aplicando, conseqüente, todos os direitos estabelecidos pela legislação especial.

Em análise última, a aplicabilidade da legislação consumerista às exploradoras de serviços públicos consiste na forma e meio pelos quais o Estado disponibiliza aos cidadãos-usuários um serviço eficiente e eficaz, beneficiando também toda a coletividade.

Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.
- MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.