



A IMPORTÂNCIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO DO CONSUMIDOR E A SUA RELAÇÃO COM A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Anderson Araújo de Medeiros¹

RESUMO: Mostra-se a importância dos direitos do consumidor inseridos na CF/1988, regulamentados pela Lei nº 8.078/90, assegurando a sua vulnerabilidade, equilibrando os conflitos de mercado e contribuindo para qualidade de vida. A CF/88 trata-os como direitos fundamentais, nos arts. 5º, XXXII e 170, IV. Acrescenta-se que, de início, explica-se de maneira clara a evolução dos direitos fundamentais, introduzindo-se o direito do consumidor nesse rol, chegando-se a conclusão de sua indispensabilidade. Ao final, analisa-se a definição de serviços públicos, sua relevância social e seus principais aspectos, diferenciando-se sua natureza - relação de consumo ou relação tributária.

Palavras-chave: Constituição. Direitos. Consumidor. Serviços Públicos.

“Que os vossos esforços desafiem as impossibilidades, lembrai-vos de que as grandes coisas do homem foram conquistadas do que parecia impossível.”

(Charles Chaplin)

1 INTRODUÇÃO

A história apresenta uma forte evolução do homem consumidor que sobreviveu a intensas Revoluções e Guerras na busca pelos seus direitos, e como exemplos podemos apresentar a Revolução Industrial, as 1ª e 2ª Guerras Mundiais que tiveram consequências diretas nas relações de consumo e na abertura de mercados.

¹ Docente da graduação do curso de Direito da UNI-RN e pós graduação da Estácio-Natal. Advogado. Especialista em Direito e Cidadania pela FESMP-RN e Direito Processual Civil pela Universidade Potiguar.

Com a globalização e o assente crescimento do capitalismo, o Estado passou a ter interesses em ampliar o mercado consumidor e por consequência foi obrigado pela natural ordem social a garantir os direitos dos consumidores. Essa garantia começou a surgir de forma tímida e hoje assume um papel de destaque dentro do ordenamento jurídico brasileiro, tendo cadeira cativa na própria CF/88.

Após a CF/88 resguardar esses direitos, era preciso uma norma consagrar tal garantia constitucional, então foi necessário a legislação de um grande instrumento normativo, gerando eficácia prática, segurança judiciária, como ocorreu com a criação do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

Começaram a surgir discussões a respeito da valia da normatização jurídica dada aos direitos do consumidor na própria CF/88, essa inserida no rol dos incisos do artigo 5º, especificamente no inc. XXXII, passou a ser considerada como uma norma de direito fundamental, ou seja, reverenciada com *status* de essencialidade na vida humana.

De fato o constituinte acertou, os direitos do consumidor são testados a todo momento na vida do cidadão, independente da sua condição financeira, sendo tanto para o menos favorecidos quanto para o mais abastado dos cidadãos brasileiros.

O Código de Defesa do Consumidor foi mais além, asseverou princípios e garantias que colocam sempre, ou pelo menos na maioria das vezes, o consumidor como parte mais fraca na relação, sendo, por isso, extremamente protecionista, em correção à existência de uma ausência histórica de apoio aos consumidores, principalmente se esse fornecedor for o Estado.

Hoje o Estado percebeu a importância do consumidor, principalmente quanto aos mercados de consumo, quanto à arrecadação de impostos, quanto ao aumento do número de empregos que surgem em razão desse instrumento, etc.

No entanto, o ente estatal ainda tenta se prevalecer de seu poderio quanto a prestação dos serviços públicos, ostentando autoritarismo e, por vezes, desrespeitando os consumidores, sobretudo os princípios norteadores das relações jurídicas de consumo, quando os serviços oferecidos se enquadram entre aqueles subordinados ao Código de Defesa do Consumidor.

Um dos princípios mais violados é o princípio da continuidade dos serviços, vez que por serem fundamentais à sobrevivência humana não poderiam jamais ficar à margem de decisões de gestores detentores de poder temporário da administração indireta. Aí incluem-se os permissionários de serviços públicos, os concessionários de serviços públicos e etc.

Por fim, a pesquisa trata-se de uma revisão sistemática de caráter descritivo e analítico com abordagem qualitativa. Para tanto, utilizou-se o método de abordagem com lastro em estudos doutrinários, embasados na legislação que envolve o tema, e para que o leitor não se espraia na dúvida, abordaremos o posicionamento dominante quando houver divergência, seja no âmbito doutrinário ou jurisprudencial, quando o caso exigir, enriquecendo o presente estudo com conflitos dos mais variados temas.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA E O DIREITO DO CONSUMIDOR

Os direitos fundamentais possuem inspirações e fundamentações no cristianismo e jus-naturalismo. Buscavam inicialmente envolver as liberdades públicas e posteriormente passou a defender também os direitos econômicos, sociais e culturais, ou seja, os direitos sociais como um todo.

Dentro dessa evolução, hoje, de maneira tímida a CF/88 dispôs sobre a proteção aos consumidores. O art. 5º, XXXII aduz que “o Estado proverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

2.1 Aspectos ideológicos dos direitos fundamentais

A própria evolução histórica dos direitos fundamentais com todas as transformações atinentes ao tema, provoca uma certa imprecisão quanto ao conceito dessa categoria de direitos.

Convém notar que essa dificuldade se alastrou com o passar do tempo pelo vasto vocabulário de várias expressões para designá-los, são elas: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.

Distinções à parte, não nos é necessário analisar pontualmente cada tipo de direito fundamental ou vocábulo com entendimentos semelhantes, porém é fundamental investigar aquela que consideramos mais importante – os direitos fundamentais do homem como cidadão – constituindo uma das expressões albergadas pela doutrina estando consignada atualmente no próprio texto constitucional.

Ao estudá-los encontra-se diversos princípios ideológicos que norteiam cada ordenamento jurídico servindo também para denotar dentro da norma positivada os institutos e prerrogativas concretizados nas garantias de liberdade e igualdade entre os pares.

Adjetivando-os de “fundamentais” a impressão se torna justamente igual ao significado, pois referem-se à situações jurídicas imprescindíveis à pessoa humana, as quais, sem a eficácia delas, se tornaria improprio ao próprio convívio.

2.2 Características e classificação dos direitos fundamentais

A antiga concepção do direito natural advogava a tese de que os direitos fundamentais eram inatos, absolutos, invioláveis e intransferíveis. Hoje, com a evolução do assunto, ainda é notório o reconhecimento de algumas dessas características, são elas: a) *historicidade*: com qualquer direito, ganham vida, altaram-se e extinguem-se. Eles aparecem e ampliam-se com o passar dos anos; b) *Inalienabilidade*: são direitos inegociáveis, sem a possibilidade de disporem economicamente, assim sendo são indisponíveis; c) *Imprescritibilidade*: em relação a esses direitos jamais se verificará requisitos que importem em prescrição. Serão sempre exigí-

veis por possuírem caráter personalíssimo; d) *Irrenunciabilidade*: o ser humano pode até optar por não exercer tal direito, mas jamais poderá renunciá-lo.

Ao analisar sucintamente e conceitualmente estes caracteres, averiguamos também a classificação desses direitos, pois constitucionalmente temos um agrupamento deles explicado pelos seus conteúdos, pela sua natureza e pela proteção de determinados bens e objetos.

Por essa vertente constitucional, pode-se classificar os direitos fundamentais em: *direitos individuais e direitos coletivos* encontrados no artigo 5º; *direitos sociais* visto nos artigos 6º e 193 e ss; *direitos à nacionalidade* especificados no art. 12; e por último, *os direitos políticos* dispostos nos arts. 14 a 17, todos da CF/88. Vale lembrar que essa classificação se torna ainda mais abrangente, pois cada classe absorve várias subclasses.

Fica bastante claro que o tema possui grande importância no ordenamento jurídico nacional, distribuindo-se ainda pela CF/88 de maneira lógica e precisa.

Objeto desse estudo, os direitos fundamentais será, a partir de agora, em linhas objetivas, importante para revelar o quão é valioso acrescentar o direito dos consumidores, ou pelo menos, mantê-los inseridos nessa categoria de direitos e obrigações.

2.3 O direito do consumidor como direito fundamental

A expressão “na forma de lei” encontrada na CF/88 reprímia a defesa do consumidor a uma lei futura, esta atualmente já promulgada – Lei n. 8078, de 11 de agosto de 1990 – em cumprimento ao artigo 48 das disposições transitórias.

Iniciado com a “lei” da oferta e da procura, o direito do consumidor assumiu um *status* de categorial especial, posto que automaticamente assegurou o consumidor como titular de direitos constitucionais fundamentais. Além do mais, com o crescimento cada vez mais acelerado da chamada “sociedade de consumo”, naturalmente a economia de mercado se estendeu em grande escala para uma maior liberdade mercantil.

O estado tenta acompanhar, juridicamente, esse crescimento, pena que isso também está atrelado à fatores negativos como a inversão de valores e bens essenciais a sobrevivência, ou seja, nessa sociedade atual é mais importante o “ter” do que o “ser”, pois valem mais os bens materiais à própria vida, aumentando com isso os problemas psíco-sociais e as diferenças de classes populacionais em nosso país.

No campo constitucional as mudanças são mais lentas, vez que as alterações são recentes, mesmo assim já podemos notar algumas correções de antigas deficiências em situações indevidas, contribuindo desse modo para proteger a parte menos favorecida da relação, o próprio consumidor.

Ponto importante desse breve relato é perceber que essa proteção está saindo do campo subjetivo para o campo objetivo, da utopia para a realidade, o que nos enche de esperança quanto ao fortalecimento da eficácia jurisdicional e o apoio social-democrático da matéria.

Apesar da aplicação do tema dentro dos direitos fundamentais na nossa CF/88, nada valeria na prática sem força do Código de Defesa do Consumidor que é o verdadeiro cérebro

controlador de todo o organismo do sistema consumerista.

2.4 A proteção do consumidor na CF/88

Como dito alhures, a CF/88 efetivou a tutela do consumidor resguardando a vulnerabilidade nas relações de consumo, fundada na realização do trabalho humano e na livre iniciativa, assegurando todas as pessoas viver com dignidade, promovendo a justiça social e observando-se a diversos princípios, dentre eles a defesa do consumidor.

O estado ganha força na luta pela defesa dos consumidores para intervir na economia e alcançar seus objetivos sociais, vendo a primordial necessidade de investir nessa classe de direitos.

A bem da verdade, a base de todo ordenamento jurídico é a CF/88, e por essa razão a defesa do consumidor consignada textualmente entre suas linhas, implica uma atenção especial a esse grupo da sociedade.

Esse mesmo Estado que antes se mostrava liberal e previa atitudes negativas junto aos cidadãos, hoje evolui para um novo marco, pois se obriga a tomar atitudes positivas, podendo agir contra grupos mais favorecidos na defesa dos mais vulneráveis, por exemplo, na intervenção da atividade privada.

Fazendo uma análise do próprio art. 170, inciso V, da CF/88, encontra-se algo que pode suscitar dúvidas, por exemplo: a defesa do consumidor estaria em posição de igualdade frente a livre concorrência e à livre iniciativa?

Essa pergunta é tema de estudo de vários doutrinadores, um deles, Fábio Conder Comparato (1993, p. 66), alega que “não há, pois, como se negar que o princípio constitucional de proteção ao consumidor tem, pelo menos, a mesma importância hierárquica que é a da livre-iniciativa e atuação empresarial”.

No entanto, considera-se que em um eventual conflito entre esses princípios, a defesa do consumidor estaria em grau hierárquico mais elevado, por que a livre concorrência é garantida pelo Estado priorizando em especial o mercado de consumo.

O direito do consumidor advém da própria democracia atestada no preâmbulo constitucional, destinando assegurar a todos, direitos sociais e individuais, bem como a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, igualdade e a justiça, como valores supremos da sociedade brasileira.

Segundo José Afonso da Silva (1996, p. 118), no que tange a atual conjuntura do Estado democrático, destaca estar fundado na soberania popular impondo a participação do povo na coisa pública. Mas essa participação não se exaure na formação das instituições representativas pois visa garantir os direitos fundamentais da pessoa humana.

Nitidamente, o preâmbulo constitucional amplia o enfoque dado aos direitos sociais frente aos direitos individuais, apresentando o direito das relações de consumo como precioso instrumento de política social.

Contudo, após essa síntese com embasamento constitucional, vale analisar algumas dis-

posições do Código de Defesa do Consumidor com aplicação prática nos serviços públicos aos quais será objeto de estudo.

3 SERVIÇO PÚBLICO E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDORES

Árdua tarefa a de conceituar serviço público, pois o transcorrer dos tempos modificou consideravelmente a noção ideal do que seria este instituto. Ainda hoje encontramos divergências doutrinárias entre diversos autores diferenciando-se quanto a amplitude e restrição de seu conceito.

3.1 Definição de serviço público

Por ser matéria de ordem pública, constitucional e administrativa de todos os países, é sempre bem discutida a sua abrangência. Em nosso direito brasileiro, essa dialética possui destaque entre os principais administrativistas, como exemplo iniciamos com a ampla definição por Mário Masagão (1968, p. 252) em que considerava como sendo “toda atividade que o estado exerce para cumprir os seus fins”. Notemos que o nobre autor não exclui de seu pensamento nenhuma atividade estatal.

José Cretela Jr (1970, p. 55) também em sentido amplo aduz “serviço público é toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para satisfação das necessidades públicas mediante procedimento típico do Direito Público”. Na mesma linha, porém com um pouco mais de restrição, Hely Lopes Meireles (2003, p. 319) entende como sendo “todo aquele prestado pela administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado”.

Vejam que nesta última citação, o renomado autor já exclui as atividades legislativa e jurisdicional ao fazer referência à administração e não ao Estado, no entanto ainda se torna amplo porque abrange todas as atividades exercidas pelo Poder Público.

Por uma ordem de classificação restrita, delinea-se o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (1975, p. 20), pois para ele,

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.

Em outra produção, Celso Antônio B. de Mello (2004, p. 619), comenta seguindo o mesmo raciocínio:

no momento em que se destaca o regime de direito público consagrado pelas prerrogativas de supremacia do interesse coletivo e de restrições especiais, bem como instituído pelo Estado favorecendo os interesses dentro de um *sistema normativo*

próprio, verificamos que o Estado, ao sabor do Poder Legislativo, domina ou não tal ou qual atividade pública (ostensório nosso).

Seguindo essa ordem cronológica, Maria Sylvia Zanella di Pietro (2006, p. 114) conceitua como sendo “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente as necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”.

Em conclusão a todas as definições, verifica-se que a noção de serviço público não se paralisou no tempo, havendo sempre uma ampliação abrangente de suas atividades de várias naturezas.

O Estado, aproveitando-se do Poder Legislativo, mediante tal lei, decide momentaneamente, quais as atividades podem-se considerar serviços públicos, em nossa CF/88 encontramos diversos dispositivos distinguindo por critérios objetivos, o serviço público da atividade privada, e permanecerá assim até o Estado assumir posição contrária.

Retirando das entrelinhas dos conceitos, não se pode dizer dentre os mais amplos e os mais restritos, qual seria o mais correto, convém apenas analisar interpretando-os de maneira que uns incluem todas as atividades de máquina estatal (como o poder de legislar, de jurisdicionar, e de executar), e os que entendem atividades administrativas, excluindo o poder legislativo e jurisdicional, sem diferenciar o serviço público do poder de polícia, fomento e intervenção.

A bem da verdade, muitas atividades de interesse coletivo são praticados por particulares, no entanto seus próprios interesses os impedem de objetivar outros ideais, a exemplo do interesse público, este considerado fim maior na prestação da atividade estatal.

Porém, mesmo reconhecendo o interesse dos particulares gestores de atividades públicas estatais totalmente desvinculados do fim maior – interesse público – compreende-se como serviços públicos todas as atividades ofertadas à coletividade.

3.2 A criação do conceito de serviço público essencial

Acentua-se a cada dia a discussão sobre que tipo de serviço o Código de Defesa do Consumidor tem considerado como serviço essencial. Especificamente o art. 22 desta lei (8.078/90) impõe até o cumprimento forçado da obrigação de fazer, de fornecer a referida prestação essencial, e ainda impõe reparação dos danos causados pela interrupção deste serviço.

Ao buscar-se uma compreensão lógica no que se entende por serviço essencial, chega-se a conclusão de que existe uma verdadeira lacuna no próprio Código de Defesa do Consumidor, pois este não convencionou quais seriam estes serviços.

O caminho percorrido foi longo, pois foi necessário retroagir aos anos 50 do século passado para se encontrar na jurisprudência um esforço em definir tais serviços. O Relator

Ministro Edgar Costa² em que prolatou o seguinte significado de serviços essenciais: “tudo quanto constitui objeto de comércio, tudo quanto tenha um sentido de utilidade pública”.

Posteriormente, o Governo Federal inovou com a Lei Delegada 04/62, de 27 de setembro de 1962, com retificação em 02 de outubro do mesmo ano, “dispunha sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo”.

Acompanhado a evolução jurisprudencial, após a CF/88, o STJ interpretou que “conferir a união o poder de intervir no domínio econômico a fim de garantir a livre distribuição de mercadorias e serviços essenciais ao consumo e uso do povo”³.

Mesmo assim o estigma continuava, pois nenhuma lei havia estipulado de maneira clara quais seriam os serviços essenciais, e esta norma em branco foi percorrendo por todos os tribunais sem maiores definições. Era necessário aclarar o princípio da continuidade dos serviços públicos.

Finalmente, surgiu a luz. Uma lei que fora criada com o objetivo de regular o exercício do direito de greve (Lei n. 7.783/1989), definia que “os serviços essenciais regulavam o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade”. Esta lei comumente era chamada de ‘Lei de Greve’, buscou, então, a responsabilidade de definir quais eram esses serviços.

A referência jurídica começava a ganhar mais valia e veio integrar a regulamentação do art. 9, §1º da Constituição Federal vigente. O art. 11, parágrafo único da Lei 7.783/89, aduz o seguinte: “são necessidades inadiáveis, da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população”.

No art. 10 desse mesmo diploma normativo, os serviços e atividades essenciais ficaram considerados como sendo: a) tratamento e abastecimento de água, produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; b) assistência médica e hospitalar; c) distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; d) funerários; e) transporte coletivo; f) captação e tratamento de esgoto e lixo; g) telecomunicações; h) guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; i) processamento de dados ligados a serviços essenciais; j) controle de tráfego aéreo; e, k) compensação bancária.

A questão passou a ser: esses serviços considerados essenciais na Lei de Greve podem ser interpretados extensivamente ao Código de Defesa do Consumidor? Através dessa resposta, soluciona-se qualquer controvérsia quanto a continuidade ou não desses serviços e a segurança que deles se tem a necessidade como algo essencial.

Na Lei de Greve, nenhum interessado ou órgão que faça parte qualquer dessas atividades tidas essenciais poderá paralisar totalmente sua atividade sem o devido respeito à norma e a sociedade.

Se for interpretado da mesma forma quanto à prestação dos serviços públicos, estes

2 Publicado em 30-04-1956, o Acórdão do STF – 2ª Turma, CT 17536.

3 Acórdão unânime do STJ – 1ª Turma, RESP 199762/PE, Relator Ministro José Delgado, publicado no DJ DE 01.07.99

não poderão ser suspensos, nem paralisados em nenhum momento, seja por falta de pagamento do consumidor ou por necessidade da administração, pois, como o próprio nome diz, são essenciais.

Sobre a natureza dos serviços essenciais versa Ada Pellegrini Grinover (1995, p. 140) que:

É sempre muito complicado investigar a natureza do serviço público, para tentar surpreender, neste ou naquele, o traço da sua essencialidade. Com efeito, cotejados, em seus aspectos multifacetários, os serviços de comunicação telefônica, de fornecimento de energia elétrica, água, coleta de esgoto ou de lixo domiciliar, todos passam por uma gradação de essencialidade, que se exacerba justamente quando estão em causa os serviços públicos difusos (ut universi) relativos à segurança, saúde e educação.

Acresce ainda, que, para ela, parece ser mais razoável sustentar a imanência desse requisito em todos os serviços prestados pelo Poder Público.

Continuando-se nessa doutrina, pode-se crer que todo serviço público tem em sua natureza caráter de essencialidade, caso contrário, não seria público, com isso, chega-se à conclusão de que a Lei de Greve apenas exemplificou alguns serviços tidos como essenciais, mas esse rol é ainda mais ampliativo.

Discorrendo sobre essa visão, retira-se do publicista Luis Antônio Rizzato Nunes (2000, p. 306) o seguinte:

Em medida amplíssima todo serviço, exatamente pelo fato de sê-lo (público), somente pode ser essencial. Não poderia a sociedade funcionar sem um mínimo de segurança pública, sem a exigência do serviço do Poder Judiciário, sem algum serviço de saúde etc. Nesse sentido então é que se diz que todo serviço público é essencial. Assim, também o são os serviços de fornecimento de energia elétrica, de água e esgoto, de coleta de lixo, de telefonia etc.

Continua seu discurso dizendo que há no serviço considerado essencial um aspecto real e concreto de urgência, isto é, necessidade concreta e efetiva de sua prestação.

Com isso, pode-se concluir que os serviços essenciais são serviços indispensáveis à vida a aos direitos, algo que reforça ainda mais a tese de impossibilidade de sua interrupção. Ademais, ao serem serviços por natureza públicos, não se admitem proprietários e sim meros gestores temporários, atuando para manutenção e preservação da utilidade destes.

3.3 A diferença entre o usuário e o consumidor de serviço público

O direito do consumidor é hoje um importante instrumento de mercado e a sua aplicabilidade junto aos serviços públicos é muito estudada doutrinariamente e jurisprudencialmente dentre os operadores da área.

Diante de muitas controvérsias temáticas, não há dúvida de que o Código de Defesa

do Consumidor aponta algumas garantias do usuário frente aos órgãos públicos prestadores de serviços por si mesmo ou por concessionárias, permissionárias da atividade pública estatal.

Essas garantias, sobre qualquer forma de atividade, vinculam a uma prestação de serviço adequado, eficiente, seguro e contínuo. Nesse diapasão, o Código de Defesa do Consumidor investe em um consumidor que acima de tudo utiliza o serviço, não só adquirindo e comprando, mas participando do mercado no contrato entre prestador-consumidor⁴.

Se for analisado conceitualmente a definição de serviço avalizada pelo Código de Defesa do Consumidor, descobriremos que é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo mediante remuneração. Conquanto, a prestação de serviços não remunerada, “a priori”, está isenta da incidência do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido lato, todos os serviços públicos prestados com remuneração estão submetidos e tutelados aos princípios e ao Código de Defesa do Consumidor.

No entanto, há divergência se essa remuneração deve ser direta ou indireta por parte do consumidor-usuário. Conquanto, o próprio Código de Defesa do Consumidor clareia qualquer ponto obscuro através do seu art. 2º não exigindo que o consumidor seja parte contratante, razão pela qual, o usuário mesmo que não seja adquirente do bem ou serviço pode ser considerado consumidor.

O Poder Público contesta a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas suas relações jurídicas frente aos usuários do serviço. Não se pode negar que o Poder Público possui uma “certa coerência”, pois alega que mantendo-se o controle feito pelo Código de Defesa do Consumidor aos contratos em que são parte, estariam sendo discriminados pela total confortabilidade jurídica dos consumidores.

Essa discriminação em favor do consumidor, fica acentuada no art. 4º do CDC, nestes termos

A política nacional de relações de consumo, tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, respeito a sua dignidade, saúde segurança, e proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e a harmonia das relações de consumo[...]

O complemento desse dispositivo também revela algo importante no contexto das relações de consumo, reconhecendo que o consumidor é parte vulnerável na relação, bastando apenas que este mantenha uma relação funcional e econômica junto ao fornecedor, e aponta essa vulnerabilidade como uma presunção estritamente legal, ou seja, decorrente da própria lei.

Sabendo da existência dessa presunção o Estado possui o dever de promover o equilíbrio das relações contratuais, das relações de consumo, baseando-se também nos princípios da

4 SANT’ ANNA, Alayde Avelar Freire. **Direito do Consumidor: Importante Instrumento de Regulação de Mercado**. Disponível em: <http://www2.anac.gov.br/arquivos/pdf/notaTecnica03.pdf>. Acessado em 07/04/2016.

igualdade e do livre mercado, ambos consagrados pela CF/88.

Diante desse quadro, como estabelecer a diferença entre o usuário e o consumidor do serviço público? A resposta se inicia com o esclarecimento das espécies de remuneração dessas atividades. Os serviços públicos podem ser remunerados por taxa ou tarifa, os remunerados por taxas encerram, na verdade, uma relação tributária, em que o contribuinte é submetido ao poder de império do Estado, que terá o condão de determinar a conduta do particular. Já os serviços remunerados por tarifas se referem a relações de consumo, baseados na liberdade e na vontade de contratar. A legislação aplicada neste caso será sempre o Código de Defesa do Consumidor .

O Código de Defesa do Consumidor (Lei federal n. 8.072/90) é uma norma cogente, de ordem pública e de interesse social, portanto os direitos contidos e tutelados nele são considerados indisponíveis, prevalecendo independente da vontade das partes. É também uma legislação especial, ou seja, prevalece sobre outras normas gerais objetivando disciplinar as relações de consumo, quando as houver.

O Estado sempre praticou muitos abusos acobertados pela inexistência de um ordenamento jurídico capaz de defender o usuário-consumidor de suas atrocidades. A maioria das concessionárias prestadoras de serviços públicos essenciais preferem desconhecer as normas do Código de Defesa do Consumidor, ou então, as conhecem e fazem “vista grossa”.

É sabido que com o surgimento do código, o consumidor passou a contar com um instrumento poderoso na sua defesa em face aos abusos praticados por esses entes estatais, garantindo-lhes uma prestação mais eficiente dos serviços coletivos considerados essenciais.

Esses serviços, quando tarifados, encerram relação de consumo, sendo regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, que coíbe uma série de práticas abusivas perpetradas por estas empresas fornecedoras, e que mesmo sob a égide do Código tentam se prevalecer de seu poderio econômico e da necessidade vital humana desses serviços, obrigando o pagamento de consumos mínimos, tarifas de reaviso, religação e outras práticas tão ilegais e inaceitáveis quanto essas.

Na verdade, se for dada a atenção ao delineado no Código de Defesa do Consumidor, o consumidor não deveria ser compelido a tais insurgências, pois só deveria pagar pela obrigação quando devidamente consumida e usufruída. Não aceita-se essa hipótese, por exemplo, da obrigação de se pagar uma tarifa de consumo mínimo de telefone, pois as ligações utilizadas pelo consumidor já são devidamente cobradas em sua conta telefônica, de maneira que entende-se ser uma cobrança dúplice ao serem exigidas tanto pelas ligações consumidas quanto pelo consumo mínimo regulado.

Vejam no caso concreto: se determinado consumidor resolvesse, por um mês, não efetuar nenhuma ligação de seu telefone, ainda assim seria ele obrigado a pagar a tarifa de consumo mínimo, mesmo essa sendo totalmente ilegal diante do Código de Defesa do Consumidor.

Suponha-se que esse mesmo consumidor tivesse que pagar essa tarifa mínima de consumo com relação aos serviços de fornecimento de água em sua residência, porém, digamos

que no mês de janeiro esse consumidor decidisse viajar e passar o mês inteiro ausente. Veja que mesmo sem consumir nada durante esse mês teria obrigação de pagar a referida tarifa.

Aproveitando esse exemplo, questiona-se, se esse consumidor por algum motivo não pagasse essa tarifa de consumo mínimo, teria a empresa concessionária de serviço público direito a paralisação do fornecimento de água na residência desse cidadão?

Na linha da tese defendida, não. Acredita-se que em nenhuma hipótese poderia haver paralisação dos serviços considerados essenciais, pois são imprescindíveis à vida humana. Aceitar esse tipo de ilegalidade seria desconsiderar totalmente o princípio da continuidade dos serviços, insculpido no Código de Defesa do Consumidor, pois esses tipos de serviços são essenciais e submetidos ao rol da dignidade humana constitucional.

Então, passando-se adiante e retomando o tema pontual, para compreender bem a diferença entre ser um usuário de serviço público e ser um consumidor de serviço público, é necessário formarmos uma consciência única, a de cidadão, em que acima de tudo, merece o devido respeito, para não acatar a continuidade de alguns atos e imposições arbitrárias do Poder Público, pois o que esse cidadão quer e deseja, é apenas usufruir de seus direitos.

3.4 Do princípio da vulnerabilidade do consumidor

Sem dúvida nenhuma, o princípio em análise merece posição de destaque nesse estudo, pois é possível considerar este o principal princípio informativo do microsistema das relações de consumo, foi este o motivo criador da defesa do consumidor na CF/88.

Como já antes avaliado, essa proteção conferida ao consumidor se torna diferente posto que existe justamente um sistema jurídico próprio para alcançar a justiça social e equilibrar todas as relações de consumo.

O art. 4º, I, da Lei 8.078/90 é bastante elucidativo, deixando claro ser o consumidor a parte mais fraca da relação de consumo, tornando-o, conseqüentemente, mais fortalecido e objetivando fazer valer o princípio da igualdade.

Em sentido comum Roberto Senise Lisboa (2001, p. 89) enfatiza

para identificar a vulnerabilidade do consumidor, não é necessário submeter o caso concreto ao critério da razoabilidade, pois o código de defesa do consumidor presumiu “iure et de iure” sua existência em uma relação de consumo.

Importante ressaltar que a vulnerabilidade do consumidor pode ocorrer de três formas: “técnica”, “jurídica” e “fática”. A respeito do tema, conceitua de forma objetiva a consagrada doutrinadora Gaúcha Claudia Lima Marques (2001, p. 270) o seguinte:

a *vulnerabilidade técnica*, presumida para o consumidor não-profissional, exsurge quando o consumidor não possui conhecimentos específicos sobre o que está adquirindo ou utilizando, podendo ser enganado quanto as características ou utilidade do bem. Já a *vulnerabilidade jurídica ou científica* reside na ausência de conhecimentos científicos específicos exigidos para a adequada percepção das circunstâncias do caso concreto, sejam ditos conhecimentos relativos à

Economia, à Contabilidade ou Direito. Nesse caso, também prevalece a presunção de vulnerabilidade para o consumidor não-profissional e pessoa física, vigorando para as pessoas jurídicas profissionais o contrário. Por fim, a *vulnerabilidade fática ou sócio-econômica* atinge aqueles que contratam com parte detentora de grande poder econômico e acabam por se submeter a superioridade dessas, atacando, por exemplo, contratos de adesão com cláusulas previamente elaboradas pela empresa. Em situações desse jaez, a presunção atinge só o consumidor não profissional. (ostensórios nosso)

Percebe-se que a vulnerabilidade é inerente a condição de consumidor e pode ser tanto física quanto jurídica, no entanto, não podemos jamais confundir com a hipossuficiência, pois enquanto a aquela corresponde ao direito material intrínseco a relação de consumo, esta relaciona-se com a defesa do consumidor no aspecto processual.

Conquanto, o próprio Código de Defesa do Consumidor distingue bem esses princípios. O art. 4º, inciso I, reconhece a vulnerabilidade do consumidor nas suas relações, já o art. 6º, inciso VIII, prevê a facilitação da defesa dos consumidores, orientando este sobre a possibilidade de inversão do ônus da prova a seu favor, dando margem ao juiz de optar após análise de verossimilhança da alegação ou hipossuficiência do consumidor. Contudo, pode-se dizer que todo consumidor é vulnerável, porém nem sempre é hipossuficiente.

Pondo fim a esta diferenciação, vale conferir o conceito de hipossuficiência, sendo esta “fática” ou “técnica”, e na visão do já citado autor Roberto Senise Lisboa (2001, p. 89) encontramos o entendimento:

pode ser fática, quando parte, levando-se em conta aspectos sócio-econômicos, não tem condições de custear a realização de prova no processo; ou técnica, hipótese em que a parte não tem condições materiais de provar o nexo de causalidade, pois é o fornecedor quem possui todas as informações e o conhecimento técnico acerca do produto ou serviço.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Historicamente notamos uma evolução imensa do homem como consumidor que precisou emancipar o mercado frente a democracia para poder atingir seus direitos e interesses, enfrentando revoluções, como a Revolução Industrial, e as Guerras Mundiais.

A globalização e o crescimento do capitalismo dentro de uma visão neo-liberal moderna, fizeram com que naturalmente o Estado tivesse que intervir na regulação das relações de consumo. Porém o controle que antes era só do Estado passou a ser também do próprio consumidor, que buscou, ou que pelo menos tenta, igualar forças com Poder Público, fazendo uso de seus instrumentos na fiscalização de seus serviços considerados como de natureza consumerista.

A maior dificuldade desse conflito se impõe pela força e autoritarismo do Estado

frente ao cidadão, principalmente aos verdadeiramente hipossuficientes. No entanto, percebe-se um esforço importante dos legisladores e do judiciário, em geral, na proteção dos direitos fundamentais relacionados ao assunto.

Nesse sentido, encontramos o direito do consumidor resguardado pela CF/88, revelando “status” de primordialidade, de essencialidade e de necessidade, o qual o adjetivo “fundamental” o torna realmente necessário, pois se refere à situação jurídica imprescindível à pessoa humana.

Quanto aos serviços essenciais de consumo, entende-se que são serviços indispensáveis à vida e aos direitos, algo que reforça ainda mais a tese de impossibilidade de sua interrupção, cumprindo-se o dever legal do princípio da continuidade dos serviços e o constitucional da dignidade da pessoa humana. Dentro dessa lógica, pode-se enquadrá-los como contínuos e ininterruptos, já que genericamente inseridos no Código de Defesa do Consumidor.

É também dialético nesse estudo a relação jurídica dos serviços públicos oferecidos pelo Estado e quais tipos de serviços podemos realmente considerar dentro de uma relação de consumo. Encontrando respaldo na doutrina e jurisprudência verifica-se que os serviços públicos caracterizados como de consumo são os apresentados pelo Estado com espécie de remuneração por tarifa, ou seja, são tratados pelo Código de Defesa do Consumidor, generalizados em seu art. 22.

Entretanto, os serviços remunerados pela espécie taxa não podem ser considerados de consumo, eis que possuem natureza tributária e, diferentemente das tarifas, são criadas mediante lei e o pagamento por elas é imposto pelo Estado. Conquanto, impera nesse caso, o autoritarismo estatal e impositivo, devendo o cidadão, independentemente de uso ou não dos serviços, cumprir com a obrigação de pagar. Nota-se, porém, que a discussão é ampla, mas o entendimento majoritário atual é o de que os serviços públicos oferecidos e remunerados por tarifa pertencem a natureza de consumo, enquanto os serviços oferecidos e remunerados por taxa possuem natureza tributária.

É importante saber que o ente estatal percebeu a presença do consumidor na contemporaneidade, e ver seus direitos não mais como uma opção, mas sim como uma necessidade, como um Direito Fundamental. Ademais, espera-se que os serviços públicos sejam prestados, independentemente da natureza que queiram dar a eles, de forma segura e, ao menos razoável, pois todo serviço público prestado à coletividade será sempre essencial.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

COMPARATO, Fabio Konder. A proteção do consumidor na Constituição Brasileira de 1988. **Revista de Direito Mercantil Industrial, econômico e financeiro**. São Paulo. Nº 89, 1993.

- CRETELLA JÚNIOR, José. **Administração indireta brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2006.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, e outros. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas relações de Consumo**. São Paulo: 2001.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Responsabilidade Civil nas relações de Consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MASAGÃO, Mario. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1968.
- MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Prestação de serviços públicos e administração indireta**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1975.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- NOVAIS, Elaine Cardoso De Matos. **Serviços Públicos & Relação de Consumo: aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor**. Curitiba: Juruá, 2006.
- NUNES, Luis Antônio Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- PAULA, Adriano Perácio de. O Código do Consumidor e o Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos Comerciais e Industriais. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a.30n. 118, p. 403-417, abr/jun. 1993.
- SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. Caracteres distintivos da taxa e do preço público. **Revista dos Tribunais – Cadernos Tributários e Finanças Públicas**. São Paulo, n.3, 1998.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

THE IMPORTANCE OF CONSTITUTIONAL CONSUMER LAW AND ITS RELATIONSHIP WITH THE PUBLIC SERVICE

ABSTRACT: Show the importance of the consumer rights description in the Federal Constitution of 1988. Ruled by the regulatory provision of the Law no. 8.078/90, considering their vulnerability, in order appease the commercial conflicts, orienting a better life. The Federal Constitution treated these prerogatives as fundamental rights, in the 5th article, XXXII and 170, VI. Moreover, it's clearly explained the general evolution of the fundamental rights, it's analyzed the consumer's as fundamental rights, concluding that nowadays it's essentiality. At the end of the treatise, as well as analyze the public services, your relevance for coletivity, distinguishing its natures between consumption or tribute (taxes).

Keywords: Constitution. Rights. Consumer. Public Services.