

SERVIÇOS PÚBLICOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Alexandre Santos de Aragão¹

"Parece muito difícil sustentar que, em uma democracia constitucional, a omissão do governo seja sempre adequada. Na verdade, parece que o correto é o contrário."

Cass R. Sustein²

I – Direito à Prestação do Serviço Público: Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana. II – Direito à Melhoria das Condições de Prestação do Serviço. III – Direito à Manutenção das Condições de Prestação do Serviço (vedação do retrocesso). IV – Direitos Fundamentais dos Usuários Não Previstos no Marco Regulatório e Garantias dos Concessionários. V – A Questão da Suspensão do Serviço em Razão do Inadimplemento do Usuário.

I – DIREITO À PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO: DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

O fundamento último da qualificação jurídica de determinada atividade como serviço público é ser pressuposto da coesão social e geográfica de determinado país e da dignidade dos seus cidadãos.³ Os serviços públicos constituem prestações sem as quais, em determinada

¹ Atualmente é professor adjunto da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, professor assistente da Universidade Cândido Mendes, é professor visitante do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Procurador da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. Homepage: www.rennoadv.com.br

² SUSTEIN, Cass R. "As Funções das Normas Reguladoras". [trad. Vera Scarpinella], in *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, vol. 03, 2003, p. 50.

³ A dignidade da pessoa humana possui um elemento negativo, de vedação ao Estado e aos particulares da prática de atos a ela atentatórios, e um elemento positivo: "Como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente,

cultura, as pessoas se vêem desvestidas daquele mínimo que se requer para a viabilização adequada de suas vidas.⁴

Como lembra LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "em uma situação em que apenas poucas camadas sociais têm como resolvidos determinados problemas vitais, a idéia de serviço público certamente serve para ampliar a base e se generalizar. É muito presente, então, a nota de solidariedade, tão característica da noção francesa do serviço público, e que oferece claras conotações políticas. Ela só é alcançada mediante um esforço consistente, e para levá-lo adiante é exigida uma decidida determinação social e política. (...) Se trata de um largo processo, custoso e complicado de ser alcançado e mantido, mas que tem como aspiração a generalização do que até um momento anterior apenas poucos podiam desfrutar".⁵

Assim, se "recupera um aspecto da relevância dos serviços públicos para construção de uma solidariedade social e de uma coesão social. Essa nova forma de compreender os serviços públicos implica a recondução desse instituto tipicamente de Direito Administrativo ao plano mais nobre em que um instituto jurídico pode existir: o plano do direito constitucional. Essa ponderação se faz em face da constatação de que os serviços públicos estão umbelicalmente unidos aos princípios emanados constitucionalmente."⁶

Essa abordagem não exclui a acepção cada vez mais mercadológica dos serviços públicos, com ela se combinando ao instrumentalizar os aspectos econômicos dos serviços públicos para que eles contribuam para a realização dos seus fins de interesse público.

Também deve ser frisado que "não há um direito fundamental de acesso aos serviços públicos, mas sim que os serviços públicos são indispensáveis ao exercício de alguns direitos fundamentais: 'a liberdade, compreendida de forma positiva, depende da capacidade da pessoa funcionar, conferindo por isso um valor especial ao acesso a certas atividades e bens específicos, na medida em que condiciona esta capacidade'. O acesso aos serviços públicos é

quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo, portanto, dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, total ou parcialmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria o elemento mutável da dignidade)" (SARLET, Ingo Wolfgang, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 2ª. edição, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2002, pp. 48-49).

⁴ Não pretendemos, naturalmente, esgotar o tema do ponto de vista da teoria dos direitos fundamentais e da eficácia das normas constitucionais, que serão apenas instrumentalizadas para esclarecer alguns pontos da relação dos usuários dos serviços públicos com o Estado e/ou concessionários.

⁵ BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo. *Derecho de Acceso a los Servicios de Interés General (El Artículo 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)*, in *Estudios de Derecho Público Económico: libro en homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 514.

⁶ JUSTEN, Mônica Spezia. *A Noção de Serviço Público no Direito Europeu*, Ed. Dialética, São Paulo, 2003, p. 231.

seguramente importante para a 'capacidade de funcionar' na sociedade. Além disso, é um fator de identidade que contribui para o sentimento de fazer parte de uma comunidade".⁷

O que, de toda sorte, é bastante complexo, principalmente em países com grandes restrições fiscais como o nosso, e com muitas necessidades humanas básicas sem atendimento tanto pelo Estado como pelo mercado, é como dar efetividade à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e aos direitos fundamentais relacionados com a prestação de serviços públicos, já que a sua prestação pressupõe a criação de organizações e infra-estruturas de elevado custo. Entre várias necessidades básicas, se não há dinheiro para todas elas, qual deve ser escolhida? O Poder Judiciário pode se imiscuir nessa escolha? Ao determinar a prestação de determinado serviço público, não estaria o Poder Judiciário invadindo o âmbito de escolhas políticas da competência dos Poderes Legislativo e Executivo?

A esse respeito, merecem ser citadas as lições de RICARDO LOBO TORRES: "Encontram-se sob a reserva do possível e constituem meras diretivas para o Estado, pelo que não se confundem com os direitos da liberdade nem com o mínimo existencial."⁸ (...) **Dependem de escolhas orçamentárias, sempre dramáticas num ambiente de escassez de recursos financeiros, que conduzem inexoravelmente à exclusão de alguns** – a depender das opções por investimentos em hospitais, sanatórios ou postos médicos".⁹

⁷ COHEN, Élie e HENRY, Claude. *Sur les bases et l'évolution récente des services publics industriels et commerciaux en France et dans l'Union Européenne*, in *Service Public – Secteur Public*, Conseil d'Analyse Économique du Premier Ministre, La Documentation Française, Paris, 1997, p. 12.

⁸ "Os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático. Esse é o caminho que leva à superação da tese do primado dos direitos sociais prestacionais (...) sobre os direitos da liberdade, que inviabilizou o Estado social de direito, e ao desfazimento da confusão entre direitos fundamentais e direitos sociais, que não permite a eficácia destes últimos sequer na sua dimensão mínima" (TORRES, Ricardo Lobo. *A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial*, in *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado* [org. Ingo Wolfgang Sarlet], Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 2). O mínimo existencial também é respaldado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, de 1948: Art. 25. *Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família, especialmente para a alimentação, o vestuário, a moradia, a assistência médica e para os serviços sociais necessários*.

⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos*, in *Teoria dos Direitos Fundamentais* (org. Ricardo Lobo Torres), Ed. Renovar, 1999, pp. 279-285, grifamos. Como afirma Sérgio Fernando Moro, os direitos sociais prestacionais enfrentam duas ordens de limites para a possibilidade de sua efetivação jurisdicional: a baixa densidade normativa (reserva de consistência) e o fato de exigirem condições materiais para a sua viabilização (reserva do possível, no fundo uma das expressões da reserva de consistência), que o Judiciário não pode criar e que devem ser aferidas essencialmente pelos órgãos com competências orçamentárias. A reserva do possível não é, porém, um limite intransponível, já que, apesar das dificuldades, pode o Judiciário verificar quais prestações materiais são de possível atendimento. Afinal, embora seja ampla a liberdade do legislador na elaboração do orçamento, este não deve se descuidar das exigências constitucionais mínimas, ou seja, dos direitos sociais mínimos, casos em que a necessidade de argumentação se imporá com especial força. "De um lado, encontrar-se-ia, principalmente, o princípio da liberdade fática (possibilidade real do exercício das liberdades pelos indivíduos); de outro, o argumento democrático e, eventualmente, outros direitos fundamentais que poderiam sofrer restrições no caso de desenvolvimento e efetivação de direitos a prestações materiais (como a liberdade da atividade econômica quando concretizado o salário mínimo). A ponderação restaria favorável aos direitos a prestações materiais no caso dos direitos sociais mínimos" (MORO,

A assertiva também é evidenciada pelo art. 61, § 1º, II, da Constituição Federal, que expressamente confere ao Chefe do Poder Executivo a competência privativa para apresentar projetos de lei que disponham sobre as atribuições dos órgãos da Administração Pública, ou seja, que estabeleçam normas a respeito dos serviços a serem por ela prestados.

A *ratio* do dispositivo se justifica, "de início, porque, dos três Poderes, é o Poder Executivo aquele que tem melhores condições para aquilatar as necessidades do Poder Público e, por decorrência, aquele que pode melhor encaminhar as proposições necessárias para criação, estruturação e atribuições de seus órgãos. Estando o Direito Administrativo e o Direito Financeiro intrinsecamente ligados, não só o aspecto formal dos órgãos necessários à Administração é de melhor avaliação pelo Poder Executivo como a possibilidade de obtenção de recursos para criá-los ou mantê-los".¹⁰

A interpretação sistemática corrobora a vedação da ingerência do Poder Judiciário em seara que aumenta as despesas do Poder Executivo: se não é permitido o aumento de despesas em processos legislativos deflagrados pelo Poder Executivo (art. 63, I, CF), *a fortiori* não o será a criação originária de despesas mediante decisões judiciais, nos quais diuturnamente a Administração Pública se depara com as chamadas "escolhas trágicas", submetidas à reserva do possível.

Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais*, Max Limonad, São Paulo, 2001, pp. 108-110). "O controle jurisdicional, em se tratando de casos em que a verba orçamentária não tem destinação vinculada, far-se-á possível tão-somente nas hipóteses em que a omissão do Executivo, em relação à reserva do montante necessário à implementação de políticas públicas relativas aos direitos sociais, revelar-se evidente e inequívoca" (PORT, Otávio Henrique Martins. *Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública*, RCS Editora, São Paulo, 2005, p. 196).

¹⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva e BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil, Ed. Saraiva, 4º. Vol., T. I, 2ª. Ed., 1999, pp. 464-465. O STF já decidiu a respeito no RE 302803/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, 1º.2.2005: "Ruas de Vilas como Logradouro Público: Inconstitucionalidade. A Turma negou provimento a recurso extraordinário interposto pela Câmara do Município do Rio de Janeiro contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que julgara inconstitucional a Lei municipal 2.645/98, que reconhece como logradouro público as ruas de vila. Preliminarmente, afastou-se a alegação de incompetência do Tribunal de Justiça estadual para realizar o controle concentrado da citada norma perante a Constituição estadual, haja vista a jurisprudência do STF no sentido de que, em se tratando de ação direta de inconstitucionalidade da competência do Tribunal de Justiça local — lei estadual ou municipal em face da Constituição estadual —, a questão de interpretação de norma central da Constituição Federal, de reprodução obrigatória na Constituição estadual, autoriza a admissão do recurso extraordinário. No mérito, entendeu-se que o acórdão recorrido não ofendeu os dispositivos apontados no recurso, já que a referida Lei municipal, ao determinar drásticas alterações na política urbanística do município, convertendo áreas particulares em logradouros públicos e **impondo ao Estado o dever de prestação de serviços públicos nessas áreas, a aumentar a despesa sem indicar a contrapartida orçamentária, de fato usurpou a função administrativa atribuída ao Poder Executivo** local. Precedentes citados: RE 353350 AgR/ES (DJU de 21.5.2004) e ADI 2364 MC/AL" (DJU de 14.12.2001). Os grifos são nossos.

De fato, "a Administração Pública é, por definição, a gestão de meios escassos para atender a necessidades ilimitadas. Há nela, intrinsecamente, uma constante escolha. Ora, suponha-se que em uma dada ocasião o Poder Público se veja ante um dilema: dispõe de um volume de recursos suficientes ou para tratar milhares de doentes vítimas de doenças comuns à pobreza ou para tratar de pequeno número de doentes terminais de doenças raras ou de cura improvável. Nessa circunstância, não seria possível deslocar a apreciação para o Judiciário, pois a legitimidade da pretensão das duas categorias de doentes é igualmente legítima, mas são faticamente excludentes".¹¹

O exposto em nada afeta a configuração do Estado Brasileiro como um Estado social e democrático de Direito, muito pelo contrário, a fortalece ao assegurar-lhe os meios e as opções de atuação. Tanto é assim, que no primeiro e mais tradicional Estado Social do mundo – a Alemanha –, os publicistas e o próprio Tribunal Constitucional Federal, reiteradamente, afirmam que, "devido à impossibilidade de resolver estes problemas por via da aplicação judicial do Direito, os direitos fundamentais se reduzem a programas constitucionais. Vinculam o Legislador e o Poder Executivo apenas objetivamente, como normas de princípio, mas não podem fundamentar nenhuma pretensão reclamável diretamente aos tribunais, salvo a defesa ante uma inatividade extremamente abusiva. Esta consequência é inelutável".¹²

Decisões dessa natureza são uma tentativa de evitar a banalização dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, que correm o risco de se tornarem uma panacéia para a solução de todos os problemas sociais, como se o Judiciário pudesse resolver as carências nacionais através de liminares, postura que, no médio prazo, levaria ao desprestígio essas noções, tão essenciais para o Estado Democrático de Direito.

Não que deva ser descartada de forma absoluta a imposição judicial de prestações de serviço público para assegurar direitos fundamentais, o que só é admissível, contudo, nos casos concretos excepcionais em que a omissão estatal estiver atingindo a dignidade da pessoa humana, o que não se dá simplesmente quando a pessoa não tem como usufruir uma prestação

¹¹ AMARAL, Gustavo. *Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes*, in Teoria dos Direitos Fundamentais (org. Ricardo Lobo Torres), Ed. Renovar, 1999, p. 110. Prosseguindo, o autor afirma: "Deslocar a competência para o Judiciário em hipóteses que envolvam 'escolhas dramáticas' é querer alargar para aquele Poder competências que não são suas. (...) Pretender que as prestações positivas possam pretender, sempre e sempre, ser reivindicáveis, pouco importando as consequências financeiras e eventuais impossibilidades do Erário, é divorciar tais pretensões de qualquer fundamento de justiça, seja porque a falta de recursos provocará discriminações arbitrárias sobre quem receberá a unidade concreta e quem não receberá (e.g., quem teve mais sorte na distribuição da demanda judicial, quem conseguiu divulgação na mídia, quem reivindicou primeiro)... A postura de 'máxima eficácia' (sic) de cada pretensão, sobre o fato de não adentrar no conteúdo do direito a ser dada a eficácia, implica a negação da cidadania, na medida em que leva à falência do Estado pela impossibilidade de cumprir todas as demandas simultaneamente" (in ob. cit., pp. 112-115).

¹² BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Teoria e Interpretación de los Derechos Fundamentales: Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, pp. 67-68.

relevante, mas sim quando a ausência desta colocar em risco o mínimo existencial ou o núcleo essencial do direito fundamental em questão.¹³

Uma boa aplicação jurisprudencial dessa diretriz doutrinária foi feita pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em caso concernente à prestação do serviço público de saúde. Vejamos a sua ementa:

"A norma constitucional que estabelece o direito à saúde tem natureza programática. As normas programáticas, muito embora não possuam eficácia plena, prestam-se a garantir o mínimo existencial ali previsto. Esse mínimo existencial vem a ser o núcleo de cada direito fundamental. O dever de prestar saúde é uma norma programática, que gera em contrapartida o direito ao seu acesso. Embora esse direito não possa ser exercido de maneira plena, cabendo ao 'Estado' estabelecer suas metas de atendimento ao bem comum, há necessidade de garantir-se o seu núcleo, que é o direito à vida. Não garantindo esse mínimo existencial, pode o Judiciário determinar que o Executivo cumpra com o seu dever, pois a Constituição Federal, nesse ponto, possui densidade normativa suficiente para tanto".¹⁴

Com o exposto fica claro que a imposição judicial de prestações em razão da dignidade da pessoa humana não pode se dar através de critérios gerais, aplicáveis a todos os serviços públicos. Há serviços públicos mais conectados com o mínimo existencial das pessoas que outros. A ausência do serviço de telefonia, por exemplo, salvo em casos extremos, não tem como ameaçar o núcleo do que as pessoas precisam para ter uma vida digna. Já as ausências de serviços como o de saúde, de coleta de lixo ou de esgoto, podem

¹³ Se a dignidade da pessoa humana e a figura do mínimo existencial se conectam basicamente apenas às pessoas naturais, o núcleo essencial, diversamente, protege um mínimo de todo e qualquer direito fundamental, seja ele titularizado por pessoa física ou pessoa jurídica. Fazendo o liame entre dignidade da pessoa humana e "a obrigação (dos poderes públicos) de prover ao cidadão um mínimo existencial", ver NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *O Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, in Revista de Direito Administrativo – RDA, vol. 219, 2000, p. 247 e seguintes. "Nem todos os direitos fundamentais possuem um conteúdo em dignidade, mas todos possuem um núcleo essencial" (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 2ª ed., Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2002, p. 120).

¹⁴ TJRJ. Apelação Cível nº. 2004.001.19572, Rel. Antonio César Siqueira.

afetar mais freqüentemente a existência digna das pessoas, ainda mais se estas deixarem de gozá-las por absoluta impossibilidade econômica, não por desídia.¹⁵

Todavia, em um País como o nosso, mesmo o mínimo existencial pode faltar a muitas pessoas e até a comunidades inteiras, não sendo de se imaginar, por exemplo, que o saneamento básico de todas as comunidades pobres do Brasil pudesse ser imposto judicialmente.¹⁶ Assim, até a efetividade do mínimo existencial ou do núcleo fundamental dos direitos fundamentais fica condicionado, como no exemplo dado, à reserva do possível. O Judiciário não pode impor medidas que, de antemão, sabe ser impraticáveis.

Por outro lado, as hipóteses de os cidadãos terem o direito – não apenas um legítimo interesse – à prestação de determinado serviço público não se limitam somente aos casos em que o mínimo existencial de direitos fundamentais estiver ameaçado e for atendida a reserva do possível. Há pelo menos outras duas hipóteses básicas de imposição judicial de prestações de serviço público:

¹⁵ María Mercedes Maldonado Copello expõe que na Colômbia a Corte Constitucional tem admitido a proteção judicial do "direito à água, ao esgoto e à eletricidade, sobretudo em conexão com outros direitos fundamentais, como à vida, à saúde ou ao meio ambiente saudável, e estabeleceu o direito não apenas à existência do serviço, como à qualidade na sua prestação" (COPELLO, *María Mercedes Maldonado. Privatización de los Servicios Públicos Domiciliarios y Transformación del Derecho Estatal en Colombia*, in Anuário 2001 GEDIM – Dez Anos de Mercosul, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, pp. 330-331).

¹⁶ Ao revés, por exemplo, o fornecimento de determinado medicamento vital a dada pessoa não tem, ao nosso ver, tal inviabilidade prática, e, em princípio, pode ser determinado judicialmente.

- (a) Quando as **Normas do Serviço** (legais, regulamentares ou integrantes do contrato de concessão ou respectivo edital de licitação)¹⁷ previrem a prestação do serviço público sob determinadas condições (geográficas, financeiras, temporais, etc.) e o particular, mesmo atendendo a todas elas, não consegue obter o serviço voluntariamente da prestadora (ex., As metas de universalização de contrato de concessão de telefonia prevêm que determinada rua, em determinado lapso de tempo, deve estar provida do serviço. Ultrapassado esse período de tempo sem que o serviço tenha sido implantado, os moradores poderão, individual ou coletivamente, exigí-lo);¹⁸

¹⁷ Não se descarta que essas normas possam, eventualmente, ser normas constitucionais. Em relação ao ensino fundamental, por exemplo, a própria Constituição já estabeleceu a obrigatoriedade do Estado prestá-la (art. 208, D).

¹⁸ Do ponto de vista do Direito Civil, estes contratos entre os usuários e a prestadora do serviço público são considerados como sendo "contratos obrigatórios", seja em razão da obrigação em prestá-los fixada legislativamente ou no contrato de concessão, seja em razão da situação de monopólio que a beneficia. "A obrigação de contratar dos concessionários de serviços públicos deve ser afirmada em todos os casos quando se tratar de prestações à população de bens vitais através de uma empresa criada para esse fim ou que goze de uma concessão estatal para prestar o serviço em um território determinado, no marco do dever estatal de assegurar a prestação de bens vitais (*daseinsvorsorge*), (...) mas o que é decisivo não é a eventual situação monopolística, mas sim a previsão do dever de realizar a prestação" (LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones* (trad. Jaime Santos Briz), Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, 68 e 69). Ver também CHAVES, Antônio. *Responsabilidade Pré-Contratual*, 2ª ed., Ed. Lejus, São Paulo, 1997, pp. 33-35.

- (b) Por força do **Princípio da Igualdade** (art. 5º., *caput*) pode ser determinada a prestação em virtude de o serviço público estar sendo prestado a pessoa que, de acordo com os critérios legítimos para eventuais distinções,¹⁹ se encontra em situação idêntica à do cidadão postergado (Ex., pessoa que, podendo pagar a tarifa e estando se portando adequadamente, é recusada em transporte público que não está lotado; ligação de distribuição de água que é feita a todos os vizinhos de determinada pessoa, menos a ela).²⁰

Em ambos os casos a responsabilidade do prestador do serviço público por sua prestação independe de considerações sobre a relevância da atividade para o núcleo essencial de algum direito fundamental. No caso, ponderando os diversos direitos e valores envolvidos, inclusive a situação financeira do Estado ou do concessionário, as sedes normativas infraconstitucionais deram densidade normativa a direitos constitucionais indo além de apenas garantirem o seu núcleo essencial. A Constituição não determina a proteção apenas do núcleo essencial dos direitos fundamentais, mas sim de toda a sua extensão, mas a proteção do seu núcleo essencial é mais imediata, independentemente, via de regra, de intermediação infraconstitucional para poder ser imposta judicialmente.

II – DIREITO À MELHORIA DAS CONDIÇÕES DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO.

O Princípio da Adaptação dos serviços públicos impõe uma constante atualização, sobretudo tecnológica, na prestação dessas atividades. Entretanto, a baixa densidade normativa desse princípio, somada ao fato de não ser expressamente positivado em nosso Direito, faz com que sejam muito raros os casos em que produza direitos subjetivos para os usuários, servindo, na maior parte dos casos, apenas como uma diretriz a ser observada, com maior ou menor intensidade, na elaboração dos editais de licitação das concessões.

¹⁹ "Mais do que a igualdade na lei, caminhou-se ao norte da igualdade no Direito, valendo, então, o significado de que ao Direito compete promover a igualação dos iguais e o tratamento diversificado apenas daqueles que se diversifiquem segundo critérios de justiça racionalmente postos e suficientemente motivados. (...) Em verdade, o que se pretende é que (...) não crie desigualdades entre pessoas em situação jurídica que permita a igualação e seja este o enfoque a ser relevado para o desate justo da questão normada" (ROCHA, Carmen Lúcia Antunes da. *O Princípio Constitucional da Igualdade*, Ed. Lê, Belo Horizonte, 1990, p. 39).

²⁰ "Os direitos do usuário são, hoje, reconhecidos em qualquer serviço público ou de utilidade pública como fundamento para a exigibilidade de sua prestação nas condições regulamentares e em igualdade com os demais utentes. São direitos cívicos, de conteúdo positivo, consistentes no poder de exigir da Administração ou de seu delegado o serviço que um ou outro se obrigou a prestar individualmente aos usuários. São direitos públicos subjetivos de exercício pessoal quando se tratar de serviço *uti singuli* e o usuário estiver na área de sua prestação" (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 23ª. edição, Ed. Malheiros, São Paulo, 1998, pp. 289-290).

A eficácia plena do Princípio da Adaptação, em que o usuário pode exigir a melhoria das condições de prestação dos serviços públicos, se restringe, simetricamente, às hipóteses vistas no Tópico anterior em que o usuário pode exigir a sua prestação inicial. Vejamo-las, *mutatis mutandis*:

- (a) Casos em que a não melhoria da prestação do serviço público viola o mínimo existencial de algum direito fundamental, atingindo a própria dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF). Como nesses casos o serviço público já está implantando, pretendendo-se apenas obter a evolução na sua prestação, geralmente o núcleo essencial dos direitos fundamentais correspondentes já estará satisfeito. Não se pode, contudo, descartar, em tese, que surjam casos em que o mínimo existencial deixe de ser atendido, principalmente em setores com significativa evolução tecnológica (p.ex., não é de se considerar impossível que, em algum tempo, o correio eletrônico seja condição essencial da comunicação das pessoas em sociedade), mantendo-se, contudo, em qualquer caso, a exigência de atendimento à reserva do possível para poder ser imposto judicialmente;
- (b) Quando houver melhorias do serviço público apenas para alguns, sem que os outros sejam por elas beneficiados sem qualquer critério distintivo legítimo, gerando o direito subjetivo às mesmas melhorias. Uma ressalva deve ser feita em relação à crescente inserção de mecanismos mercadológicos na prestação dos serviços públicos, o que faz com que a negociação entre usuários e concessionários não só seja possível, como incentivada pelo Poder Público. A autonomia contratual entre as partes visa, geralmente com o corresponsivo de uma tarifa suplementar, a um *plus* de qualidade e/ou quantidade de serviços comparativamente com os serviços básicos, que devem ser sempre prestados (ex., os serviços de valor agregado na telefonia).
- (c) Como visto no início deste Tópico, o Princípio da Adaptação tem importância principalmente no momento da elaboração dos editais de licitação e dos contratos de concessão, ocasião em que o Poder Concedente poderá, dando concretude ao Princípio, estabelecer regras que determinem o constante

aperfeiçoamento do serviço público.²¹ Essas regras constituirão, após celebrado o contrato, cláusulas de serviço que poderão ser invocadas pelos usuários que a elas se subsumirem.

III – DIREITO À MANUTENÇÃO DAS CONDIÇÕES DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO (vedação do retrocesso).

Constituindo os serviços públicos instrumento de efetivação de direitos fundamentais de pessoas físicas e jurídicas,²² deve ser aventado se, uma vez implantados em determinada qualidade e quantidade, poder-se-ia depois diminuir o nível de sua prestação.

Deve-se, com algumas relativizações, aplicar aos serviços públicos a teoria da vedação do retorno ao *status quo ante* ou da vedação do retrocesso na efetivação de direitos fundamentais, aplicável não apenas ao atendimento do mínimo existencial, mas a toda a extensão do direito fundamental que tiver sido legislativa ou administrativamente implementada.

A vedação do retrocesso é uma das expressões da eficácia das normas constitucionais programáticas ou de eficácia limitada, das quais constituem exemplo a maior parte das normas constitucionais de direitos fundamentais prestacionais, que não criam direitos que possam impor ações ao Legislador ou ao Poder Executivo, mas que têm a força de impedir a edição de normas ou comportamentos que lhes sejam contrárias: se a Constituição determina programaticamente dado tipo de prestação e o Estado, após implantá-la, resolve abandoná-la, estaria, nesse segundo momento, violando aquela norma constitucional.²³

A vedação do retrocesso não pode, todavia, levar a um congelamento de todas regras infraconstitucionais que possam ser consideradas densificações, legais ou regulamentares, de direitos fundamentais. Em uma sociedade complexa e dinâmica como a nossa, e com um

²¹ Tais regras também podem constar diretamente de leis, de regulamentos administrativos ou até mesmo de diplomas de auto-regulação (editados, por exemplo, no setor elétrico, pelo ONS).

²² O fato de, como acima exposto, a dignidade da pessoa humana se referir apenas às pessoas físicas, não impede que os direitos fundamentais possam ser titularizados tanto por pessoas físicas como por pessoas jurídicas, merecendo os seus respectivos núcleos essenciais, ainda que no caso dessas não sejam identificáveis com a dignidade da pessoa humana, a mesma tutela do ordenamento jurídico.

²³ "A vedação do retrocesso é uma derivação da eficácia negativa, particularmente ligada aos princípios que envolvem os direitos fundamentais. Ela pressupõe que esses princípios sejam concretizados através de normas infraconstitucionais (...) e que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais" (BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*, in *A Nova Interpretação Constitucional* [org. Luís Roberto Barroso], Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 370).

déficit público crescente,²⁴ a vedação do retrocesso na prestação de serviços públicos implementadores de direitos fundamentais não pode ser considerada em termos absolutos, salvo no que se destinar à preservação dos respectivos núcleos essenciais.²⁵

A violação da vedação de retrocesso e conseqüente inconstitucionalidade da respectiva medida somente "ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar. Não se trata, é bom observar, da substituição de uma forma de atingir o fim constitucional por outra, que se entenda mais apropriada. A questão que se põe é a da revogação pura e simples da norma infraconstitucional, pela qual o legislador esvazia o comando constitucional, exatamente como se dispusesse contra ele diretamente".²⁶

²⁴ "No fundo, foi a crise financeira do Estado Social que reabriu o debate sobre o significado da 'irreversibilidade das prestações', surgindo novamente a discussão quanto ao dever de o Estado assegurar a todos um mínimo de serviços e prestações, ou se, diversamente, ele deve atender apenas aos que tenham a necessidade mas careçam dos meios para atendê-la, razão pela qual deve 'verificar' a carência de recursos. Sem dúvida que esse debate tem a ver com a privatização das funções e responsabilidades do Estado; todavia, na verdade, o alcance das medidas privatizadoras não significa um impossível retorno ao Estado-mínimo, nem o desaparecimento dos serviços públicos, mas sim a recuperação do mercado como mecanismo de distribuição de bens e serviços e a sua aplicabilidade às prestações públicas" (ROJAS, Francisco José Villar. *Privatización de Grandes Servicios Públicos, in Os Caminhos da Privatização da Administração Pública – IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, Ed. Coimbra, Coimbra, 2001, p. 220).

²⁵ "Possibilidade interessante ocorreria quando se extinguisse determinada política pública prioritária para se atender a outra também igualmente prioritária. Ou, ainda, se ocorresse extinção de política pública prioritária, para também se atender a outra política pública prioritária, mas, dessa feita, sem criar um vácuo, ou seja, criando-se política para substituir a extinta, ainda que esta nova política atendesse, em menor grau, à prioridade constitucional. No primeiro caso, entendemos que não seria a completa extinção, mesmo que para atender outro direito fundamental. Dever-se-ia, sim, buscar solução intermediária, haja vista a impossibilidade de se ignorar o núcleo essencial de dado direito fundamental, criando-se, por conseguinte, nova política em seu lugar, ainda que inferior. Já no segundo caso, ainda que possível, haveria de ser, à luz do caso concreto, observado o princípio da proporcionalidade, ocorrendo uma ponderação de bens, e, não havendo violação ao referido princípio, estar-se-ia diante de discricionariedade do administrador" (REIS, Carlos Bernardo Alves Aarão. *Notas acerca da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais como limite à Discricionariedade Administrativa, in A Efetividade dos Direitos Sociais* [coord. Emerson Garcia], Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, p. 374).

²⁶ "O que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente" (BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro, in A Nova Interpretação Constitucional* [org. Luís Roberto Barroso], Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 370). Se assim não fosse, uma legislação que conferisse determinada intensidade de direitos acabaria vinculando o legislador no futuro, tendo uma eficácia semelhante à do constituinte, ou pior, se o direito social fosse implementado diretamente por regulamento administrativo, este vincularia até mesmo o legislador. "Neste contexto verifica-se que o princípio do Estado social apenas impede que o legislador revogue benefícios previdenciários imprescindíveis para sua implementação (do Estado social). Portanto, uma redução de benefícios previdenciários é admitida sempre que isso se revelar necessário para o bem-estar da coletividade ou de 'exigências prioritárias do Estado social'. A jurisprudência alemã, por sua vez, tem entendido pertinentemente que 'não é possível derivar da cláusula do Estado social (...) uma obrigação à preservação generalizada dos ativos sociais consubstanciados em direitos sociais'. Todavia, isto não significa que o legislador possa ser liberado integralmente de suas vinculações às regulamentações já consolidadas, no contexto, portanto, de uma proibição relativa de retrocesso, tal qual vem sendo admitida pela doutrina e jurisprudência constitucional alemãs" (SCHOLLER, Heinrich. *Constituição e Direito no Processo da Globalização: a transição do Estado Social e da economia planificada para uma economia de mercado, in Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado* [org. Ingo Wolfgang Sarlet], Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p.

Também a doutrina administrativista sustenta que "as medidas de proteção social são variáveis no tempo, inclusive porque a sua consolidação depende da política econômica geral. (...) Se deve ter em conta o sistema em seu conjunto, sem que se possa prescindir das circunstâncias sociais e econômicas do momento, e sem que se esqueça que se está a administrar recursos econômicos escassos para as grandes necessidades sociais existentes".²⁷

Conclui-se, então, que a prestação de serviços públicos pode ser remodelada, eventualmente até com a piora para parte ou totalidade dos usuários, principalmente nos momentos de precariedade financeira ou de rotatividade das forças políticas no poder, o que, via de regra, gera uma mudança de prioridades na formulação das políticas públicas.²⁸ O que não pode ocorrer é, após determinado serviço público ser implantado, ele simplesmente deixar de ser prestado, salvo, naturalmente, se perder a sua utilidade social pela própria evolução do mercado ou da tecnologia, como, por exemplo, quando os serviços públicos de telégrafo deixaram de existir em razão do advento da telefonia.

Ademais, a vedação da eliminação do serviço público não deve considerar, naturalmente, apenas o País como um todo, mas sim a área geográfica na qual a pessoa se situar, fora da qual não seria razoável supor que, na prática, ainda que com dificuldades, continuaria gozando do serviço (ex., o fechamento do único estabelecimento público de saúde de toda uma região no interior, ainda que, naturalmente, continue existindo o serviço público de saúde em outras regiões do País).

IV – DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS USUÁRIOS NÃO PREVISTOS NO MARCO REGULATÓRIO E GARANTIAS DOS CONCESSIONÁRIOS.

Muitas vezes o exagero na aplicação dos conceitos ligados à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais se dá, não só no aspecto objetivo –situações nas quais não poderiam ser aplicados, já que deve se limitar à preservação do mínimo existencial, observada

100). Ver também SCHULTE, Bernd. *Direitos Fundamentais, Segurança Social e Proibição de retrocesso*, in *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado* (org. Ingo Wolfgang Sarlet), Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, pp. 301-332; e o indispensável artigo de MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. *A Proibição do Retrocesso Social como Fenômeno Jurídico*, in *A Efetividade dos Direitos Sociais* (coord. Emerson Garcia), Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, pp. 379-424.

²⁷ MACHADO, Santiago Muñoz. *Tratado de Derecho Administrativo y de Derecho Público General*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1024-1025. O autor baseia a sua exposição em decisões do Tribunal Constitucional da Espanha, tomadas sobretudo em relação ao sistema público de pensões.

²⁸ ROJAS, Francisco José Villar. *Privatización de Grandes Servicios Públicos*, in *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública – IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, Ed. Coimbra, Coimbra, 2001, p. 220.

a reserva do possível –, como também no aspecto subjetivo, colocando pessoas jurídicas privadas como sujeitos passivos de obrigações decorrentes da aplicação *in concreto* do princípio, ignorando que, em nosso sistema constitucional, o atendimento dessas necessidades é atribuído primariamente ao Estado, não a particulares, em relação aos quais o Estado deve, salvo em caso extremos (requisição de serviços, desapropriações e servidões administrativas), apenas exercer a atividade – exógena – de regulação (art. 174, CF).

Em nosso ordenamento constitucional, no qual a livre iniciativa privada é, além de um dos princípios da ordem econômica (art. 170, CF), também fundamento da República (art. 1º, IV, CF), as obrigações dos particulares com a coletividade são satisfeitas basicamente com o recolhimento dos tributos, repassados ao Estado para que este cumpra a sua responsabilidade em relação aos direitos sociais.²⁹

A inadequada generalização da aplicação da dignidade da pessoa humana não é rara de ocorrer em relação às delegatárias privadas de serviços públicos, pessoas jurídicas da iniciativa privada às quais é delegado o exercício de uma atividade não-privada, um serviço público. A atividade é pública, mas o seu exercício é privado.

De fato, a imposição de prestações oriundas diretamente de direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana muitas vezes recai, em razão de determinações legais ou judiciais um pouco apressadas, na empresa delegatária do serviço público, que apenas o exerce operacionalmente, mediante regras que pressupõem o constante equilíbrio econômico-financeiro da equação econômica inicial. A competência primária para atender a tais interesses coletivos é da pessoa jurídica pública concedente. Eventual particular delegatário só tem obrigações de prestação do serviço nos termos do contrato que assumiu voluntariamente.

É apenas dentro do marco regulatório (constitucional, legal, regulamentar ou contratual) da concessão que o concessionário estará obrigado a cumprir obrigações (ou, simetricamente, ter direitos), salvo repactuamento do trato inicial que mantenha a equação econômica inicial.

É inadmissível que a imposição de obrigações para o concessionário advenha **diretamente** da invocação de direitos fundamentais ou princípios constitucionais. O concessionário só pode estar obrigado a atender direitos fundamentais em razão da **densificação deles previamente feita pelo marco regulatório**.³⁰

²⁹ Mesmo entre os autores que admitem a imposição de direitos fundamentais prestacionais nas relações entre privados, são grandes os condicionamentos e cautelas colocados. *Verbi gratia*, SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, pp. 332-350.

³⁰ O que não obsta, naturalmente, que as regras do marco regulatório devam ser interpretadas à luz das normas constitucionais a elas concernentes, especialmente da exigência de dignidade da pessoa humana. "Uma das mais

Caso essa densificação do marco regulatório não tenha contemplado – por motivos econômicos, políticos ou jurídicos – determinada obrigação que no futuro surja em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, o Estado deverá providenciar o seu atendimento, não o concessionário, pois a obrigação refugiria ao marco regulatório contratualmente pactuado.

É assim que, por exemplo, obrigações de não-suspensão do serviço em casos não admitidos contratualmente, prestação de serviços em outras áreas geográficas, em horários diversos, com prazos diferentes, etc., não podem ser administrativa, legislativa ou judicialmente impostas ao concessionário sem acordo quanto ao equilíbrio econômico-financeiro. O Estado, sim, é, por força da sua configuração constitucional, a pessoa originariamente obrigada à prestação. A escolha do meio para tanto, todavia, é sua prerrogativa discricionária.

O Estado poderá cumprir essa obrigação através do meio que lhe parecer mais conveniente: prestando o serviço diretamente, terceirizando-o ou impondo ao concessionário a assunção da nova obrigação com o concomitante reequilíbrio econômico-financeiro (art. 9, § 4º, Lei nº 8.987/95).³¹

Reciprocamente, o concessionário não terá o direito de exigir do Poder Concedente que a obrigação não prevista no marco regulatório inicial lhe seja necessariamente cometida. Ou seja, não pode impor ao Estado que opte pela última daquelas três opções. Mesmo nas concessões que prevêm um direito de exclusividade do particular, tal exclusividade abrange, naturalmente, apenas o objeto do contrato, não obrigações outras que vieram a ser posteriormente impostas ao Estado.

Não tem o direito, portanto, de exigir que essas novas obrigações passem a integrar o objeto contratual. A afirmativa em sentido contrário decorreria apenas da equivocada percepção de que o objeto da concessão é a "prestação do serviço X ou Y", quando, na verdade, é a "prestação do serviço X ou Y na forma e nas condições estabelecidas no marco regulatório então vigente".

importantes conseqüências da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é o reconhecimento de sua eficácia irradiante. Esta significa que os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o judiciário" (SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, pp. 154-155).

³¹ Art. 9º - A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. § 4º - Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá

Consigne-se, por derradeiro, que a opção entre aquelas três formas de satisfação do direito fundamental insurgente no caso concreto é competência discricionária da Administração Pública, não podendo o Poder Judiciário determinar a adoção de uma delas. Pode, nos casos excepcionais de ameaça de núcleo essencial de direitos e atendimento à reserva do possível, determinar ao Estado/Poder Concedente que de alguma forma supra aquela necessidade, sem predeterminar o meio a ser adotado para tanto.

Portanto, não é dado ao Judiciário obrigar diretamente o concessionário a fazer uma prestação não prevista no seu marco regulatório, pois estaria invadindo a competência discricionária do Poder Executivo de escolher o meio para satisfazer a necessidade em questão, o que fica ainda mais grave porque também estaria desrespeitando o equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

É até possível ao Estado alterar o marco regulatório inicial e impor ao concessionário a prestação de novas obrigações, mas desde que, concomitantemente, ou seja, no mesmo ato, readapte a equação econômica (art. 9, § 4º, Lei nº 8.987/95). Se o Poder Executivo não pode descumprir essa regra, *a fortiori* não o poderá o Poder Judiciário.³² A competência do Judiciário para impor novas obrigações só poderia ser admitida se também fosse admitida a sua competência para, concomitantemente, isto é, na mesma liminar, sentença ou acórdão, recompor a equação econômico-financeira, o que é de todo impensável por constituir matéria tipicamente discricionária do órgão regulador, face aos múltiplos meios de re-equilíbrio sempre existentes (aumento da tarifa, do prazo contratual, mudança das metas, redução dos investimentos, etc.).

V – A QUESTÃO DA SUSPENSÃO DO SERVIÇO EM RAZÃO DO INADIMPLEMENTO DO USUÁRIO.

Muita celeuma tem provocado a possibilidade ou não de a prestadora do serviço público suspender a sua prestação em virtude do inadimplemento do usuário.

restabelecê-lo, concomitantemente à alteração. Existe, assim, a possibilidade de imposição unilateral de novas obrigações ao concessionário, mas desde que concomitantemente recomposta a equação econômico-financeira.

³² "É importante, neste particular, manter o equilíbrio e a sensatez, para evitar tanto o conservadorismo, que imuniza a esfera privada dos valores solidaristas emergentes da Constituição, como o 'populismo' jurídico, que, a pretexto de fazer justiça material, pode acabar, em nome da incidência dos direitos sociais nas relações entre particulares, destruindo mercados e agravando ainda mais a situação dos excluídos" (SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, p. 350).

De um lado, temos os que, com base na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e no art. 22 do CDC³³ – que determina que os serviços essenciais³⁴ devem ser contínuos –,³⁵ defendem de maneira genérica a impossibilidade da dita suspensão, afirmando ainda que o corte do fornecimento seria uma execução privada do próprio direito por parte da prestadora do serviço público.³⁶

Por outro lado, há os que afirmam a possibilidade de não-prestação do serviço público enquanto viger a inadimplência, e o fazem com base na necessidade do equilíbrio sistêmico na prestação do serviço, que não pode conviver com sucessivas inadimplências, cobráveis apenas em longos processos judiciais, que muitas vezes não compensam o baixo valor de cada ação individualmente considerada.³⁷

Além disso, o valor da tarifa acabaria tendo que ser de alguma maneira arcado: ou por um subsídio interno, onerando-se os usuários adimplentes, ou por um subsídio externo, com o Erário Público, ou seja, toda sociedade cobrindo os prejuízos do concessionário com o inadimplemento, que legitimariam o reequilíbrio econômico-financeiro por serem excepcionais, já que no marco regulatório é previsto o direito de o concessionário suspender o serviço nessas hipóteses.

³³ Art. 22. *Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.*

³⁴ Quanto às atividades econômicas *lato sensu* qualificadas como serviços públicos, entendemos que todas elas devem ser consideradas como "essenciais", até porque, se não o fossem, seria inconstitucional a sua qualificação como tal, que de regra implica inclusive em sua retirada da livre iniciativa, violando os princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade (cf. GRINOVER, Ada Pellegrini *et alli*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 8ª. edição, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2004, p. 215).

³⁵ Invoca-se também, acessoriamente, o art. 42 do CDC: Art. 42. *Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. Parágrafo único – O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito a repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.*

³⁶ Veja-se, por exemplo, o seguinte acórdão da Primeira Turma do STJ no RMS 8.915: "1. É condenável o ato praticado pelo usuário que desvia energia elétrica, sujeitando-se até a responder penalmente. 2. Essa violação, contudo, não resulta em reconhecer como legítimo ato administrativo praticado pela empresa concessionária fornecedora de energia e consistente na interrupção do fornecimento da mesma. 3. A energia é, na atualidade, um bem essencial à população, constituindo-se serviço público indispensável subordinado ao princípio da continuidade de sua prestação, pelo que se torna impossível a sua interrupção. 4. Os arts. 22 e 42 do Código de Defesa do Consumidor aplicam-se às empresas concessionárias de serviço público. 5. O corte de energia, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa extrapola os limites da legalidade. 6. Não há de se prestigiar atuação da Justiça privada no Brasil, especialmente, quando exercida por credor econômica e financeiramente mais forte, em largas proporções, do que o devedor. Afronta, se assim fosse admitido, aos princípios constitucionais da inocência presumida e da ampla defesa. 7. O direito do cidadão de se utilizar dos serviços públicos essenciais para a sua vida em sociedade deve ser interpretado com vistas a beneficiar a quem deles se utiliza."

³⁷ Para uma ampla exposição dessa posição, ver ROCHA, Fábio Amorim da. *A Legalidade da Suspensão do Fornecimento de Energia Elétrica aos Consumidores Inadimplentes*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004.

Os dispositivos legais e regulamentares integrantes dos marcos regulatórios são, com efeito, outros fortes argumentos em favor dessa tese. O art. 6º, § 3º, II, da Lei das Concessões e Permissões de Serviços Públicos – Lei nº. 8.987/95 não caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção, após prévio aviso, quando se der "por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade". Há ainda as legislações setoriais que fixam o prazo do referido aviso prévio e especificam algumas cautelas com o interesse da coletividade (ex., art. 17, Lei nº. 9427/96 e Resolução ANEEL nº. 456/00).

Independentemente de qual tese se adote, uma distinção prévia há de ser feita entre os serviços públicos obrigatórios e os facultativos: todos os serviços públicos são de elevado interesse público, mas alguns deles possuem tamanho interesse para a coletividade que o particular não é apenas um beneficiário da sua prestação, mas também um sujeito obrigado a fruí-lo, ou seja, deve se abster de satisfazer aquela determinada necessidade humana através de outro meio que não seja o serviço público. Na maioria dos municípios brasileiros, por exemplo, o serviço de coleta de lixo domiciliar é obrigatório, isto é, se a pessoa gerar o lixo só pode dele se livrar pelo serviço público de coleta, não podendo incinerá-lo, enterrá-lo, etc. Por determinação legal, não tem autonomia de vontade para tanto.

Esses serviços públicos obrigatórios são diferentes dos facultativos, em que o cidadão está livre para satisfazer a sua necessidade por outros meios (ex., pode-se ter o serviço público de energia elétrica ou usar gerador próprio, ou um lampião; via de regra se pode usar a água distribuída pelo serviço público ou se lançar mão de um carro-pipa, de um poço artesiano, etc.).

Não há de se cogitar de suspensão em razão do inadimplemento quando se tratar de serviço público obrigatório. Imaginemos se o Estado ou a concessionária deixasse de recolher esgoto de uma residência em razão de o usuário não estar com o seu pagamento em dia. Se o serviço é obrigatório, não poderá o inadimplemento do usuário, que não deixa de ser uma forma de expressão da sua vontade, ilidir a prestação.³⁸

Feita essa ressalva, tocante apenas aos serviços públicos obrigatórios, entendemos que a obrigação de continuidade pressupõe a lealdade e a boa-fé entre as partes e, conseqüentemente, o adimplemento contratual mútuo. A equidade restaria violada se uma

³⁸ Seria inclusive plausível interpretação que defendesse que os serviços essenciais, tal como referidos no art. 22 do CDC, equivalem apenas aos acima descritos serviços públicos obrigatórios. A dificuldade de tal posição é que a continuidade sempre foi considerada uma característica não apenas dos serviços públicos, mas de todas as atividades estatais. A questão não se põe, portanto, em que serviços públicos devem ou não ser contínuos. Todos

parte fosse obrigada a continuar a sua prestação mesmo se a outra parte simplesmente resolvesse não mais pagar o que lhe deve. Se o concessionário fosse obrigado a tanto, nem estaríamos mais diante de uma concessão de serviço público, mas de requisição de serviços, pois a empresa estaria simplesmente sendo forçada a prestar serviços gratuitamente em razão do interesse público, o que escapa a qualquer idéia de marco contratual de concessão.³⁹

CLÁUDIO GIRARDI sustenta que a continuidade deve ser entendida como a impossibilidade de "cessar, por ato unilateral e arbitrário, a prestação do serviço. Em outras palavras, uma vez estabelecido o serviço, não pode haver solução de continuidade na sua execução, em detrimento dos usuários. Assim, por exemplo, não é dado à concessionária deixar de prestar o serviço a um logradouro ou a um conjunto de consumidores, ou mesmo a um usuário singular, apenas porque tal fornecimento não lhe é mais comercialmente favorável".⁴⁰

Após longo debate doutrinário e jurisprudencial, com muitos julgados em ambos os sentidos, inclusive no STJ,⁴¹ esse Tribunal, como intérprete último das leis federais, resolveu encerrar a discussão⁴² reunindo as suas duas Turmas de Direito Público, componentes da Primeira Sessão, para julgar o Recurso Especial nº. 363.943 - MG (2001/0121073-3), em que

devem sê-lo. O que se coloca são os efeitos jurídicos de tal continuidade. Trata-se de uma continuidade a qualquer custo, ainda que o usuário não pague o que deve por ele?

³⁹ "O princípio da continuidade do serviço público tem quer ser interpretado em uma dimensão democrática, com observância aos direitos e garantias individuais. Não se pode produzir o sacrifício do interesse do concessionário sob a invocação do bem coletivo. Somente em um Estado Totalitário é que se poderia conceber que o concessionário fosse obrigado a manter o desempenho do serviço público e nada receber em contrapartida. Isso transformaria o serviço público numa modalidade de servidão ou escravidão, situação incompatível com os princípios fundamentais consagrados na CF/88" (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das Concessões de Serviço Público*, Ed. Dialética, São Paulo, 2003, p. 506).

⁴⁰ GIRARDI, Cláudio. *Regulação da Energia Elétrica: uma visão prática*, in *Regulação Pública no Brasil* (coord. Rogério Emílio de Andrade), Edicamp, Campinas, 2003, p. 188.

⁴¹ A Jurisprudência da Primeira Seção estava dividida: a Primeira Turma proclamava a impossibilidade, enquanto a Segunda afirma ser possível o corte. A Quarta Turma, que também aprecia eventualmente o tema, afirmava a licitude do corte. Ver o levantamento feito por GROTTI, Dinorá Mussetti. *O Serviço Público e a Constituição Federal de 1988*, Malheiros Editores, São Paulo, 2003. pp. 242-3: "STJ – RESP 39.652-2 – MG. T. 1. rel. Min. Garcia Vieira, v.u., j. 29-11-93 (DJ 21-02-94, p. 2.137); STJ – RESP 20.741 – DF. T. 2. rel. Min. Ari Pargendler, v. u., j. 09-05-96 (RT 732/176); STJ – RESP 150.137 – MG. T. 1. rel. Min. Garcia Vieira, v.u., j. 17-02-98 (DJ 27-04-98, p. 93); STJ RESP 95.920 – SC T. 1. rel. Min. Garcia Vieira, v. u., j. 17-04-98 (DJ 08-06-98); STJ – EDRESP 95.920 – SC T. 1. rel. Min. Garcia Vieira, v.u., j. 06-08-98 (DJ 14-09-98, p. 9); STJ – RESP 214.758 – RJ, T. 1. rel. Min. Humberto Gomes de Barros, v.u., j. 21-03-00 (DJ 02-05-00, p. 104); STJ – RESP 209.067 – RJ, T. 1. rel. Min. Humberto Gomes de Barros, v. u., j. 21-03-00 (DJ 08-05-00, p. 62); STJ – RESP 239.525 – ES, T. 1. rel. Min. José Delgado, j. 11-04-00 (DJ 11-04-00). No mesmo sentido, STF – RE 207.609 – DF, rel. Min. Néri da Silveira, j. 16-04-99 (DJ 19-05-99, p. 67); TJRJ - Ap. 7.195-97 – Capital, 8ª Câmara Cível, rel. desig. Des. Carpena Amorim, m.v. (DO 13-08-98)."

⁴² Não pode ser descartada, contudo, a possibilidade de a questão ainda vir a ser submetida ao STF, sobretudo por alegação de violação da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF).

a legitimidade ou não do corte de luz por inadimplemento era a questão a ser decidida, e o foi em sentido positivo.⁴³

O Ministro-Relator HUMBERTO GOMES DE BARROS, demonstrando como a hermenêutica jurídica deve ter especial atenção com os resultados práticos da interpretação a ser adotada, chamou a atenção, em primeiro lugar, para os efeitos sistêmicos da eventual adoção da tese da impossibilidade de suspensão da prestação do serviço: "acarretaria aquilo a que se denomina 'efeito dominó'. Com efeito, ao saber que o vizinho está recebendo energia de graça, o cidadão tenderá a trazer para si o tentador benefício. Em pouco tempo, ninguém mais honrará a conta de luz. Ora, se ninguém paga pelo fornecimento, a empresa distribuidora de energia não terá renda. Em não tendo renda, a distribuidora não poderá adquirir os insumos necessários à execução dos serviços concedidos e, finalmente, entrará em insolvência. Falida, a concessionária, interromperia o fornecimento a todo o município, deixando às escuras até a iluminação pública."

Em seguida, tratando da invocação do artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor, observou que, nos casos em que o serviço público é prestado mediante concessão, há a regra específica do art. 6º, § 3º, II, da Lei das Concessões e Permissões de Serviços Públicos – Lei nº. 8.987/95: "Como se percebe, o § 3º. permite, expressamente, a interrupção do fornecimento, quando o usuário deixa de cumprir sua obrigação de pagar. O dispositivo é sábio. Com efeito, a distribuição de energia é feita, em grande maioria, por empresas privadas que não estão obrigadas a fazer benemerência em favor de pessoas desempregadas. A circunstância de elas prestarem serviços de primeira necessidade não as obriga ao fornecimento gratuito. Ninguém se anima em afirmar que as grandes redes de supermercados e as farmácias – fornecedoras de alimentos e medicamentos – devem entregar gratuitamente suas mercadorias aos desempregados."⁴⁴

Quanto ao art. 42 do CDC, que veda a cobrança vexaminosa, afirmou que "o corte é doloroso, mas não acarreta vexame. Vergonha maior é o desemprego e a miséria que ele acarreta. Em linha de coerência, deveríamos proibir o patrão de despedir empregados. O fornecimento gratuito de bens da vida constitui esmola. Negamos empregos a nosso povo e o

⁴³ A ementa foi a seguinte: "ADMINISTRATIVO - ENERGIA ELÉTRICA - CORTE – FALTA DE PAGAMENTO. - É lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica, se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta (Lei nº. 8.987/95, Art. 6º, § 3º, II)."

⁴⁴ O Ministro José Delgado, em voto-vencido contesta a invocação da Lei das Concessões afirmando que os artigos 22 e 42 do CDC têm valor de princípio, calcados nos valores constitucionais da dignidade da pessoa humana e da cidadania, não podendo ser violados por uma simples regra legal.

apascentamos com esmolos. Nenhuma sociedade pode sobreviver, com seus integrantes vivendo de esmolos."

No voto do Relator não foi feita qualquer exceção quanto aos usuários em grave estado de miserabilidade ou que sejam pessoas jurídicas de Direito Público. Ao contrário, em relação aos primeiros o Relator, como transcrito acima, afirmou que a concessionária não é obrigada a fazer caridade para desempregados;⁴⁵ e, quanto às segundas, citou em sua fundamentação o precedente do RESP n°. 400.909: "Há expressa previsão normativa no sentido da possibilidade de suspensão do fornecimento de energia elétrica ao usuário que deixa de efetuar a contraprestação ajustada, mesmo quando se tratar de consumidor que preste serviço público (art. 6º., § 3º., da Lei n°. 8.987/95 e art. 17 da Lei n°. 9.427/96)."

Além de a dignidade da pessoa humana não ser um princípio isento de ponderação com outros princípios constitucionais, é comum também haver a necessidade de ponderação entre a dignidade de pessoas distintas. No caso dos serviços públicos, por exemplo, a priorização da dignidade de parte dos consumidores atuais pode comprometer o sistema de prestação do serviço público como um todo, sendo prejudicial à dignidade de muito mais consumidores, atuais e futuros.⁴⁶ A mera hipossuficiência não pode ser justificativa para a

⁴⁵ O relato da situação da autora no caso julgado pelo STJ nesse Recurso Especial n°. 363.943 – MG, constante do voto-vencido do Ministro José Delgado, deixa patente a difícil situação em que se encontrava: "Que a impetrante é possuidora de um imóvel residencial, situado à Rua Guanabara, 171 - Centro, na Cidade de Frei Inocêncio, e, é consumidora de energia elétrica fornecida pela Companhia Energética do Estado de Minas Gerais – CEMIG. 1.2 - Que nos últimos 6 (seis) meses, a impetrante vem passando por sérias dificuldades de ordem econômica e financeira, visto que além de estar desempregada há vários meses, ainda vem cuidando de sua genitora, a qual é parálitica; o que, evidentemente, impossibilitou-lhe de efetuar o pagamento da conta de consumo de energia elétrica". Do voto-vencido do Ministro LUIZ FUX constam interessantes reflexões sobre esse aspecto: "Não estamos tratando de uma empresa que precisa da energia para insumo, tampouco de pessoas jurídicas portentosas, mas de uma pessoa miserável e desempregada, de sorte que a ótica tem que ser outra. Como disse o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins noutra ocasião, temos que enunciar o direito aplicável ao caso concreto, não o direito em tese. Penso que tínhamos, em primeiro lugar, que distinguir entre o inadimplemento de uma pessoa jurídica portentosa e o de uma pessoa física que está vivendo no limite da sobrevivência biológica. É mister fazer tal distinção, *data maxima venia*. Em segundo lugar, a Lei de Concessões estabelece que é possível o corte considerado o interesse da coletividade, que significa não fazer o corte de energia de um hospital ou de uma universidade, não o de uma pessoa que não possui 40 reais para pagar sua conta de luz, quando a empresa tem os meios jurídicos legais da ação de cobrança. A responsabilidade patrimonial no direito brasileiro incide sobre patrimônio devedor e, neste caso, está incidindo sobre a própria pessoa! No meu modo de ver, *data maxima venia* das opiniões cultíssimas em contrário e sensibílimas sob o ângulo humano, entendo que 'interesse da coletividade' refere-se aos municípios, às universidades, hospitais, onde se atinge interesse plurissubjetivos. Por outro lado, é preciso analisar que tais empresas têm um percentual de inadimplemento na sua avaliação de perdas, evidentemente." Em julgado anterior (RESP n°. 510.478-PB), o STJ, através do Ministro-Relator Franciulli Netto, afirmou, após afirmar a legitimidade da suspensão de serviço público prestado a uma empresa, que "não será o Judiciário, entretanto, insensível relativamente às situações peculiares em que o usuário deixar de honrar seus compromissos em razão de sua hipossuficiência, circunstância que não se amolda ao caso em exame. Aliás, como regra geral, há previsão de que as concessionárias mantenham um fornecimento mínimo de energia à unidade consumidora, suficiente para manter em funcionamento equipamentos essenciais à unidade residencial".

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 2ª. ed., Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2002, p. 130 e seguintes.

imposição de obrigações *ex novo* ao concessionário com base no princípio do respeito da dignidade da pessoa humana, até porque, em um país como o Brasil, que tem grande parte da sua população composta por pessoas que podem ser consideradas como hipossuficientes, tal postura inviabilizaria qualquer forma racional de gestão de serviço público pela iniciativa privada.

Entendemos, contudo, à luz da necessária ponderação dos valores constitucionais envolvidos em cada caso concreto e da própria parte final do art. 6º., § 3º., II, da Lei nº. 8.987/95, no sentido de que no corte do serviço deve ser "considerado o interesse da coletividade", que a jurisprudência da Corte, após um primeiro momento de necessária afirmação genérica do princípio da possibilidade de suspensão do serviço público em caso de inadimplemento, deva, caso a caso, ir matizando a sua aplicação em consideração aos demais valores que estiverem envolvidos em cada caso.

Todavia, ter como "considerado o interesse da coletividade" (art. 6º., § 3º., II, *in fine*, Lei nº. 8.987/95) nos casos em que se imponha uma ponderação não equivale necessariamente a admitir-se o inadimplemento sem a suspensão. Essa é uma opção extrema, que, conquanto não possa ser *a priori* descartada (não se pode, por exemplo, imaginar o desligamento da luz de um presídio, por mais que o Estado esteja inadimplente), deve ser evitada por deixar em segundo plano os direitos da concessionária e o equilíbrio sistêmico do serviço. Em um mandado de otimização, deve-se, em casos que envolvam pessoas miseráveis ou o Poder Público, buscar a maior conciliação possível entre os interesses em jogo, havendo uma série de soluções intermediárias (ex., maior prazo de aviso prévio da suspensão dos serviços, manutenção apenas de um mínimo do serviço, imposição de parcelamento da dívida, etc.) que podem, a depender do caso concreto, alcançar uma ponderação mais equilibrada que a simples admissão da inadimplência sem a suspensão do serviço.⁴⁷

De toda sorte, se, quer em razão de ponderação no caso concreto, quer por tratar-se de serviço público obrigatório, vier a se determinar a não-suspensão dos serviços, não é a concessionária que deve arcar com essas despesas, mas sim o Poder Concedente mediante o reequilíbrio da equação econômico-financeira.

Hipótese totalmente distinta é a de suspensão do serviço em razão de suspeitas ou indícios de fraude do consumidor na obtenção do serviço (geralmente os chamados "gatos"), casos em que a suspensão do serviço, assim como a aplicação de penalidades é condicionada

⁴⁷ "É indispensável, antes de tudo, diferenciar a essencialidade dos serviços públicos para a satisfação da dignidade da pessoa humana. Quanto mais essenciais esses serviços forem, menos cogitável será a interrupção da sua prestação" (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das Concessões de Serviço Público*, Ed. Dialética, São Paulo, 2003, p. 506)

ao prévio devido processo legal, que as concessionárias de serviço público, como exercentes de uma função que não deixa de ser pública, devem cumprir da mesma forma que se imporia ao próprio Estado. As garantias fundamentais que existem em relação ao Estado não podem deixar de existir pelo fato de ele ter delegado o exercício de uma das suas atividades à iniciativa privada.

A assertiva, além de decorrer do Estado democrático de Direito, se impõe por força do art. 1º, § 2º, da Lei do Processo Administrativo Federal, aplicável ao exercício de atividades administrativas, sendo indiferente para esse efeito que essas sejam prestadas por concessionário privado: "O critério de incidência da Lei nº. 9.784/99 é material e exsurge em função do exercício de função administrativa, mesmo que para além das previsões expressas deste § 2º. (...) Não se pode pretender que a incidência da Lei de processo esteja sujeita a considerações bizantinas a respeito de elementos de classificação da atividade administrativa em função de critérios meramente subjetivos".⁴⁸

⁴⁸ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. *Âmbito de Validade da Lei de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99) – para além da Administração Federal, uma Proposta de Interpretação conforme a Constituição de seu art. 1º*, in *Revista de Direito Administrativo – RDA*, vol. 236, 2004, p. 300.