

Walter Ceneviva: Enxovado olhar do STF sobre serviços públicos



Spacca" data-GUID="walter_ceneviva.jpeg">A Constituição do Brasil

[1] é clara ao distinguir entre usuários dos serviços públicos e consumidores (estes, no âmbito da ordem econômica privada):

1. O consumidor é destinatário da defesa pelo Estado (Art. 5º, XXXII), como um ator no contexto da ordem econômica, em ambiente que valoriza a iniciativa privada (Art. 1º, IV e Art. 170, V), com direito a conhecer sobre os impostos que incidem sobre os bens e serviços que consumirem (§ 5º do Art. 150). Para reger os direitos do consumidor, a Constituição determinou a existência de um Código específico (Art. 48 do A.D.C.T.);
2. Já os usuários dos serviços públicos têm assegurada a participação na administração pública direta e indireta, com ênfase para as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos, serviços de atendimento, avaliação periódica da qualidade dos serviços, acesso a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, direito de representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública (§ 3º e incisos do Artigo 37). Esta categoria, constitucionalmente diferenciada, composta pelos usuários, também tem direito ao regramento de seus direitos específicos, no desfrute de serviços públicos (Art. 175, § único, II). Também os usuários têm direito a uma lei específica (§ 3º do Art. 37).

A lei federal é clara o suficiente para separar o universo de direitos e deveres dos consumidores (no âmbito da atividade econômica privada) e os direitos e deveres dos usuários (no âmbito dos serviços públicos).

É verdade que o Código de Defesa do Consumidor [2] trata, por exceção de temas ligados aos serviços públicos:

1. Sua racionalização e melhoria são princípios contidos na alínea VII do Art. 4º;
2. A adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral é assegurada pelo inciso X do Art. 6º;



3. Há penas específicas para concessionárias de serviços públicos (§ 1º, do Art. 59).

Mas o Art. 22 evidencia a aplicabilidade excepcional do CDC aos serviços públicos, pois apenas ordena aos órgãos públicos, suas concessionárias ou permissionárias a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Se o CDC pretendesse sua integral aplicação aos serviços públicos, teria simplesmente determinado: ‘este Código se aplica aos serviços públicos’, mas tal comando, evidentemente, não existe.

Para corroborar o óbvio (a lei federal distingue consumidores de usuários), veio a Lei 8987/95^[3] (Lei Geral de Concessões) tratar dos direitos dos usuários dos serviços públicos. Esta lei manteve os direitos que o CDC já assegurara aos usuários (no Art. 22), mas enumerou o rol de direitos e deveres específicos. No Art. 7º da Lei 8987/95 há evidente diferenciação do usuário de serviço público, da seguinte forma:

1. O usuário tem a obrigação de se envolver com a consecução do bem público, levando ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenha conhecimento (inciso IV); o consumidor não tem qualquer compromisso neste sentido;
2. também deve comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária (inciso V), ao passo que o consumidor é livre para seguir sua vida como queira;
3. Por fim, está legalmente obrigado a contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços (inciso VI), ao passo que, nas relações de consumo, todo o risco da atividade é atribuído ao fornecedor (Arts. 12 e seguintes).

Importante lembrar que, dentro da ordem econômica na qual se estabelecem as relações de consumo, impõe-se o princípio da livre concorrência (C.F., Art. 170, IV), ao passo que o usuário do serviço público pode ser obrigado a um único fornecedor (inciso III do Art. 7º, da Lei 8987/95), como ocorre em energia elétrica, rodovias etc.

Por fim a Lei nº 13.460/2017^[4] (o Código de Defesa do Usuário) terminou por repartir, com maior clareza, o status jurídico dos usuários dos serviços públicos, distintos dos consumidores em geral.

Dentre as submissões a que o usuário está adstrito está a “igualdade no tratamento”, “vedado qualquer tipo de discriminação” (Art. 5º, V). Ao contrário do que ocorre nas relações de consumo, em que há clientes ‘ouro’, ‘platina’ (dentre outros ‘discrimen’ de marketing, que privilegiam os mais ricos), no serviço público, todos os clientes são ‘ouro’ (ou ‘fit’, para ser mais próximo da vida real). O cliente pobre, de Porto Walter, no Acre, deve ser tratado da mesma forma que o milionário do Leblon carioca, quando se tratar de serviço público.

Portanto não, caro leitor, consumidor não é usuário e usuário não é consumidor, embora seus direitos possam, muitas vezes ser iguais, ou complementares.

A razão para separar atividade geral no âmbito da livre iniciativa privada da atividade específica no âmbito dos serviços públicos parece óbvia: a atividade privada é livre (C.F., Art. 1º e Art. 170), mas os serviços públicos cumprem finalidades de interesse público e de transcendência, muitas vezes, nacional. Os serviços públicos federais, especialmente, dizem respeito à existência do estado brasileiro, à sua continuidade e à consecução de seus mais relevantes objetivos. Os serviços públicos de transporte (rodoviário, aquaviário, aeronáutico etc.), a operação de infraestruturas como portos, rodovias, ferrovias, a saúde, o sistema de energia elétrica (geração, transmissão e distribuição) assim como o sistema de



educação, não podem ser tratados como fábrica de salsichas. Essa advertência é feita pelo Ministro Eros Grau, na assentada do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade número 1007-7-PE (pg. 50 do acórdão)[5].

A existência dos serviços públicos, sua universalidade e continuidade, têm relevância transcendental, de modo que seu regime jurídico deve privilegiar precisamente estes objetivos: existência, universalidade, continuidade.

A doutrina não é pacífica sobre o tema e um painel das variadas opiniões doutrinárias pode ser encontrado em nossa “Lei Geral de Telecomunicações Anotada”[6]. A confluência das legislações de direito público e de direito privado deve ser a prevalente, de maneira que os usuários e consumidores sigam protegidos, mas consideradas as peculiaridades e os bens jurídicos envolvidos. Certa visão materialista, que identifica dignidade no consumismo, termina por perder a dimensão social dos serviços públicos, o que é inconstitucional.

Já a jurisprudência das cortes superiores estabelece alguma confusão, na medida em que emprega, em alguns casos, as palavras consumidor e usuário como se fossem sinônimas. O STJ e o STF, por vezes afirmam e por vezes desconhecem a distinção que a Constituição Federal estabeleceu.

Bom exemplo de adequada hermenêutica, que faz confluir os regimes de direito público e de direito privado, no STJ, é o Recurso Especial nº 1.396.925/MG, relator para o acórdão o Ministro Herman Benjamin[7], em que o STJ reconhece o regime jurídico especial dos serviços públicos, sem desconsiderar que CDC pode, secundariamente, proteger aos usuários.

No STF, a ADI 5.725/PR[8] reconhece a aplicação das regras de direito público em serviços públicos, se descurar da tutela dos hipossuficientes, com uso secundário do CDC.

Bem por isso, é antiga e pacífica a jurisprudência do Supremo, para proibir que estados elaborassem leis sobre serviços públicos federais[9]. A razão é simples: serviços públicos cuja titularidade foi atribuída à União (C.F., Art. 21, incisos XI e XII) só podem ser objeto de lei federal, o que se confirma pelo comando do inciso IV do Art. 22 da Constituição. A necessidade de legislação e regulação integrada para tais serviços públicos federais, num quadro jurídico autônomo e distinto do direito do consumidor, afasta a possibilidade de cada estado federado ter leis específicas sobre serviços regulados pela União. Mais grave, a interferência dos Estados teria efeitos deletérios.

Entretanto, recentes decisões do STF têm misturado os temas, de forma a gerar grave confusão: passaram a admitir que Estados possam editar regras sobre serviços públicos federais, ao argumento de que há competência concorrente de Estados e União, em matéria de direito do consumidor (C.F., Art. 24, VIII).

Em acórdão publicado em 20/03/2020, o STF julgou constitucional uma lei fluminense sobre telecomunicações e o voto do Relator[10], Min. Edson Fachin, afirma propor ‘...um novo olhar...’ sobre as competências dos entes federados. Por este dito ‘olhar’, o Min. Fachin afirma que os estados federados só não poderiam legislar sobre serviços públicos, se a lei federal os proibisse de fazê-lo (pg. 5 do voto).

Mas o que aconteceu? Não há mudança na Constituição ou nas leis; a regulação dos setores enumerados nos incisos XI e XII da Constituição está estabilizada, não há tensões sociais extraordinárias



relacionadas a tais serviços federais. Por que haveria o STF criar um ‘novo olhar’? O acórdão não explica, de modo que sua legitimidade é muito pequena.

Os poucos novos julgados que acolhem esse novo pensar, proposto pelo Min. Edson Fachin, são orientados a aumentar a atuação dos estados federados. Mas há falha lógica no argumento, pois os Estados federados devem cooperar no que é de sua atribuição; os Estados já não dando conta de seus desafios nas áreas da saúde, da segurança pública, dentre outros, por que teriam uma contribuição a dar nas relações jurídicas dos usuários de serviços públicos federais? Em legislação de serviço público, São Paulo, ou o Acre, têm algo melhor a prover, do que o Congresso Nacional e as Agências reguladoras setoriais? Nos parece evidente que não.

É positivo que a Min. Rosa Weber tenha tido o cuidado de firmar sua discordância contra esse ‘novo olhar’, no julgamento da ADI 6204-SC[11]. Weber esclarece que a competência está constitucionalmente estabelecida em função do regime de exploração (federal) de tais serviços públicos; aponta o risco de “...medidas bem intencionadas, por desconsiderarem o funcionamento do sistema no nível mais amplo, se revelarem não apenas ineficazes, mas verdadeiramente contraproducentes na consecução dos fins a que se propõem.” (pg. 5 de seu voto). E enumera inúmeros julgados do STF neste sentido.

Mas a preocupação maior é quanto à ordem constitucional: se os serviços públicos não geram relações de consumo típicas, se os usuários de serviços públicos têm um regime constitucional especial, que está excluído da esfera de competência dos Estados, conforme dezenas de julgados do STF, a nova orientação corresponde a uma equivocada iniciativa legislativa do Supremo, para emendar a Constituição e atribuir aos estados federados poder de legislar sobre serviços públicos federais.

O STF não tem razão, como provam dezenas de julgados do... próprio Supremo!

[1] Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

[2] Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm .

[3] Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm .

[4] Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13460.htm .

[5] Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266615> .

[6] Walter Vieira Ceneviva, “Lei Geral de Telecomunicações Anotada: Lei nº 9472/97”, Editora Libex, São Paulo, 2017, nota 50 ao Art. 3º, pg. 27.

[7] Recorrente: Ana Antônia da Silva, Recorrido: Companhia de Saneamento de Minas Gerais – Copasa



MG, Corte Especial do STJ, DJe 26/02/2015.

[8] Relator, Min. Luiz Fux, Reqtes: Associação Nacional das Operadoras Celulares – ACEL e ABRAFIX – Associação Brasileira de Concessionárias de Serviço Telefônico Fixo Comutado, Intdo: Assembleia Legislativa do Estado do Paraná, julgado em 06/12/2018, votação unânime.

[9] para uma listagem das ADIs, especificamente no campo das telecomunicações, vide Walter Vieira Ceneviva, “Lei Geral de Telecomunicações Anotada: Lei n° 9472/97”, Editora Libex, São Paulo, 2017, nota 9, pg. 9.

[10] ADI 6094-RJ, Plenário do STF.

[11] Relator, Min. Edson Fachin, DJe de 25/03/2020.

Date Created

06/04/2020