

Curso Regulação e Defesa do Consumidor

Módulo I: Democracia e Participação Social em Regulação

Realização e Apoio:



Ministério da Justiça
Secretaria de Direito Econômico
Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor
Conselho Federal do Fundos de Direitos Difusos



Banco Interamericano
de Desenvolvimento



FORD FOUNDATION

Reflexões sobre concessões e permissões da prestação de Serviços Públicos e os Direitos do consumidor

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer

Correntes acerca da aplicação

- 1) Aplica-se o CDC a qualquer serviço público, pois o Estado pode ser conceituado como fornecedor, nos termos do art. 3º do CDC.
- 2) O Código de Defesa do Consumidor aplica-se exclusivamente aos serviços públicos remunerados mediante tarifa ou preço público e prestados uti singuli. Os serviços públicos gerais, custeados pelos impostos, não comportando remuneração específica, não se incluem nas relações de consumo.
- STJ: Resp 525500. 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon.
- 3) O CDC aplica-se também aos serviços públicos específicos e divisíveis remunerados por taxa.

Teorias sobre o conceito de consumidor

- Teoria **maximalista**: consumidor é o destinatário final fático, ou seja, aquele que retira o produto ou serviço do mercado, sem transformação ou revenda. Todos os usuários de serviços públicos seriam consumidores.
- Teoria **finalista**: consumidor é apenas o destinatário final fático e econômico, não podendo utilizar o bem ou serviço no âmbito de uma atividade profissional ou empresarial. (STF – SEC 5847 Relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA - Tribunal Pleno e STJ - Rel. p/ o acórdão Ministro BARROS MONTEIRO 2ª SEÇÃO - DJ 16.05.2005)
- Teoria **finalista ampliada**: apenas o destinatário final fático e econômico, exceto quando provada a sua vulnerabilidade no caso concreto (STJ – RESP 660026 e RESP 661145, ambos da 4ª T. e Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI).

Conclusão

- 1. Nem todo usuário de serviço público pode ser considerado consumidor.
- 2. Apenas será considerado consumidor o destinatário final econômico do serviço, ou seja, aquele que o utilizar para uma finalidade própria. Excepcionalmente, poderá ser aplicado o CDC para o uso profissional caso esteja presente, **no caso concreto**, uma situação de vulnerabilidade.
- 3. Os demais usuários não terão ao seu favor as normas do CDC. Mas terão outras normas, tais como a lei de concessões.
- 4. No entanto, os consumidores possuem, além das normas do CDC, também as disposições concernentes aos usuários em geral, em nítido DIÁLOGO DAS FONTES.

Normas específicas do CDC acerca de serviços públicos

- **Art. 4º, VII** - racionalização e melhoria dos serviços públicos;
- **Art. 6º, X**- a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.
- **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.

Normas específicas do CDC acerca de serviços públicos

- A Lei n. 8.987, de 13 .02.95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, estabelecendo em seu art. 7º, o seguinte elenco de direitos dos usuários:
- receber serviço adequado;
- receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;
- obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha, observadas as normas do poder concedente;
- A Lei n. 8.987/95 (lei geral do regime de concessões) estabelece que as suas normas não excluem a aplicação das normas da lei de proteção dos consumidores.

Normas específicas do CDC acerca de serviços públicos

- **Serviço adequado:** discriminação no art. 6º, § 1º da Lei de concessões (Lei nº 8987/95 : “é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.
- **Essencialidade:** apurável segundo as características da sociedade à época. O rol mínimo é o estabelecido no art. 10 da Lei de Greve (Lei nº 7783/89).
- **Continuidade:** pressupõe a normal e ininterrupta prestação do serviço público.
- Não há a imposição de implementação do serviço, mas sim a impossibilidade de, uma vez implementado, ser descontinuada a sua prestação.
- Lei Geral de Telecomunicações: impõe deveres de universalização.

Inadimplemento e cessação da prestação do serviço

- Evolução da jurisprudência do STJ:
- 1) No início: impossibilidade de corte na prestação de serviços essenciais, tais como fornecimento de água e energia elétrica, mesmo na hipótese de inadimplemento, por dispor o fornecedor de outros meios para efetivar a cobrança. Aplicavam os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, da CF) e os artigos 22 e 42 do CDC (Resps 298017; 223778; 430812 e 209652).

Posição atual da 1ª. Seção do STJ

- 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 (L.8.987/95, Art. 6º, 3º, II). (RESP 363943 / MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros- DJU de 01.03.2004 – Primeira Seção- maioria de votos) .
- Ressalvas
- 1) “Sensibilidade às situações de hiposuficiência” (RESP 510478 - DJ DATA:08/09/2003 PG:00312 Min. FRANCIULLI NETTO SEGUNDA TURMA)
- Necessidade de prévia notificação
- Impossibilidade quando o débito for litigioso
- Restrições a cortes em municípios

Reflexão

- Especialidade do CDC, uma vez que nem todo usuário é consumidor.
- Hipervulnerabilidade: necessidade em razão de tratamento de saúde (inaladores, etc.) ou em situações de impossibilidade momentânea de pagamento (desemprego) com o cotejo do princípio da dignidade da pessoa humana.
- Exploração do conceito de “no interesse da coletividade” em razão dos princípios da dignidade e da solidariedade.

Incidência de responsabilidade civil

- Conseqüência do descumprimento do dever de continuidade: ação para compelir o seu cumprimento e reparação de danos.
- Art. 37, 6º da Constituição Federal.
- Falta de serviço: hipótese de “culpa presumida”.
- Exemplos: 1) reparação de danos materiais decorrentes da cessação da prestação de energia elétrica (perda da safra) (RESP 506443 – 3ª T. – Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO).
- 2) Danos morais por suspensão do fornecimento sem prévio aviso (RESP 285262 / MG Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR QUARTA TURMA DJ 17.02.2003 p. 282)
- 3) Resolução Normativa ANEEL n. 061, de 29 de abril de 2004 .:

Incidência de responsabilidade civil

- Devolução em dobro: Art. 42, parágrafo único do CDC. Aplicação para tarifa cobrada a mais por concessionário do serviço de fornecimento de água (RESP 263229 / SP Ministro JOSÉ DELGADO PRIMEIRA TURMA DJ 09.04.2001 p. 332 JBCC vol. 190 p. 245).
- A ilegal redação do art. 65 da Resolução nº 85 da Anatel.
- Atendimento pessoal aos consumidores, como componente do serviço “adequado”. Determinação de reabertura de postos de atendimento de distribuidora de energia elétrica fechados em cidades do RS (RESP 644845 - Ministro JOSÉ DELGADO - PRIMEIRA TURMA - DJ 04.04.2005 p. 201).

Multa por inadimplemento

- Limitada a 2% sobre o valor do débito (art. 52 do CDC).
- É aplicável aos serviços públicos?

Exemplos da importância da informação nas telecomunicações

- Art. 30 c/c art. 35 do CDC
- Serviço de telefonia móvel e novas tecnologias: informação sobre as suas características e adequação ao perfil do consumidor (ex: TDMA x CDMA; utilização de chip, proposta de troca de aparelho, pré-pago X pós-pago, etc.)
- Correta informação sobre os contratos em planos de fidelidade.
- Detalhamento das ligações locais: informação essencial para averiguar a adequação da cobrança.

Conflito entre normas setoriais e do CDC

- Princípio da especialidade: qual a norma especial?
- Diálogo das fontes
- Exemplo:
- Transporte aéreo Conflito de normas entre o CDC, Tratados Internacionais e o Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA).

Jurisprudência

Editada lei específica, em atenção à Constituição (Art. 5º, XXXII), destinada a tutelar os direitos do consumidor, e mostrando-se irrecusável o reconhecimento da existência da relação de consumo, suas disposições devem prevalecer. Havendo antinomia, o **previsto em tratado perde eficácia, prevalecendo a lei interna posterior que se revela com ele incompatível**. Recurso conhecido e não provido. (RESP 169000/RJ; RECURSO ESPECIAL 1998/00221786)- DJ 14/08/2000 Relator(a) Min. PAULO COSTA LEITE.

**Data da Decisão 04/04/2000 Órgão Julgador
TERCEIRA TURMA-STJ)**

- Firme orientação do STJ neste sentido:
- “I - Prevalece o entendimento na Seção de Direito Privado “de que tratando-se de relação de consumo, em que as autoras figuram inquestionavelmente como destinatárias finais dos serviços de transporte, aplicável é à espécie o Código de Defesa do Consumidor” (REsp 538.685, Min. Raphael de Barros Monteiro, DJ de 16/2/2004).
- II - De igual forma, subsiste orientação da E. Segunda Seção, na linha de que “a ocorrência de problema técnico é fato previsível, não caracterizando hipótese de caso fortuito ou de força maior”, de modo que “cabe indenização a título de dano moral pelo atraso de vôo e extravio de bagagem. O dano decorre da demora, desconforto, aflição e dos transtornos suportados pelo passageiro, não se exigindo prova de tais fatores” (Ag. Reg. No Agravo n. 442.487-RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 09/10/2006).

- “III - Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido também em parte, para restabelecer-se a sentença de primeiro grau, fixada a indenização por dano material em R\$194,90 e, por seu turno, a relativa ao dano moral na quantia de R\$5.000,00, atualizáveis a contar da data da decisão do recurso especial”. (REsp 612817- QUARTA TURMA – Rel. Ministro HELIO QUAGLIA BARBOSA - 20/09/2007).

STF 1

- **PRAZO PRESCRICIONAL. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.** 1. O art. 5º, § 2º, da Constituição Federal se refere a tratados internacionais relativos a direitos e garantias fundamentais, matéria não objeto da Convenção de Varsóvia, que trata da limitação da responsabilidade civil do transportador aéreo internacional (RE 214.349, rel. Min. Moreira Alves, DJ 11.6.99). 2. Embora válida a norma do Código de Defesa do Consumidor quanto aos consumidores em geral, no caso específico de contrato de transporte internacional aéreo, com base no art. 178 da Constituição Federal de 1988, prevalece a Convenção de Varsóvia, que determina prazo prescricional de dois anos. 3. Recurso provido. RE 297901 - Min. ELLEN GRACIE - Segunda Turma.

STF 2

- INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - EXTRAVIO DE MALA EM VIAGEM AÉREA - CONVENÇÃO DE
- VARSÓVIA - OBSERVAÇÃO MITIGADA - CONSTITUIÇÃO FEDERAL - SUPREMACIA. O fato de a Convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais não exclui a relativa aos danos morais. Configurados esses pelo sentimento de desconforto, de constrangimento, aborrecimento e humilhação decorrentes do extravio de mala, cumpre observar a Carta Política da República incisos V e X do artigo 5º, no que se sobrepõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil.

Participação dos usuários no processo decisório

- A questão da “mais valia política”
- Princípio da participação
- Consultas e audiências públicas: o perigo da falácia.
- Formas de superar a “assimetria de informações” e a “assimetria de participação”.
- PL 3337 de 2004: obrigatoriedade de consultas públicas antes da edição de normas gerais de interesses dos consumidores.
- Indicação de até três representantes com notória especialização para assessoria de associações de defesa dos consumidores em consultas públicas.

Intervenção na LGT

- *“Art. 110. Poderá ser decretada intervenção na concessionária, por ato da Agência, em caso de:*
- *I - paralisação injustificada dos serviços;*
- *II - inadequação ou insuficiência dos serviços prestados, não resolvidas em prazo razoável;*
- *III - desequilíbrio econômico-financeiro decorrente de má administração que coloque em risco a continuidade dos serviços;*
- *IV - prática de infrações graves;*
- *V - inobservância de atendimento das metas de universalização;*
- *VI - recusa injustificada de interconexão*
- *VII - infração da ordem econômica nos termos da legislação própria.”*