

OS SERVIÇOS PÚBLICOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

ADALBERTO PASQUALOTTO,
Procurador de Justiça/RS.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. I. SERVIÇOS PÚBLICOS E RELAÇÕES DE CONSUMO. A) A Administração e os Serviços Públicos. 1. Conceito e Classificação dos Serviços Públicos. 2. Repartição Constitucional de Competências. B) Fornecimento e Consumo de Serviços Públicos. 1. O Consumidor. 2. O Fornecedor. II. A DISCIPLINA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NO CDC. A) Obrigações do Fornecedor. 1. Fornecimento e Prestação dos Serviços. a) Eficiência e Adequação. b) Segurança. c) Serviços Essenciais. 2. Descumprimento. B) Causas de Exclusão da Responsabilidade. 1. Descumprimento da Obrigação de Segurança. a) O Autor do Dano. b) A Inexistência do Defeito. c) A Culpa do Consumidor ou de Terceiro. 2. Descumprimento das Obrigações de Eficiência, Adequação e Continuidade. 3. Caso Fortuito e Força Maior. **CONCLUSÃO**

INTRODUÇÃO

Os serviços públicos também estão disciplinados no Código de Defesa do Consumidor. Em quatro dispositivos, a lei que rege as relações de consumo refere-se a eles.

O art. 3º, que dá o conceito de fornecedor, contém alusão indireta, pois, no *caput*, inclui nessa categoria as pessoas jurídicas de direito público. Na medida em que prestarem serviço público, poderão ser tidas como fornecedoras específicas.

O art. 4º, VII, elege como princípio da Política Nacional de Relações de Consumo a racionalização e melhoria dos serviços públicos, apontando este como um dos objetivos a ser buscado pela administração pública.

O art. 6º, X, declara como direito básico do consumidor a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

E o art. 22, *caput*, impõe aos órgãos públicos, por si ou por suas empresas, concessionárias, permissionárias ou de qualquer outro revestimento empresarial, a obrigação de fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos serviços essenciais, que sejam também contínuos. O parágrafo

único desse mesmo artigo diz que, em caso de descumprimento de suas obrigações, os fornecedores de serviços públicos serão compelidos a cumpri-las e a reparar os danos que tiverem causado.

Tais dispositivos são de considerável amplitude, mas cumpre que se examine a natureza da prestação dos serviços públicos em geral, sua definição e classificação, e que se cotejem esses elementos com os conceitos fundamentais do Código de Defesa do Consumidor, para verificar em que largura e profundidade eles são abrangidos pelas relações de consumo.

A isso se propõe o presente ensaio, analisando, primeiramente, a inter-relação que se estabelece entre os serviços públicos e as relações de consumo e, posteriormente, a disciplina jurídica dos serviços públicos que são protegidos pelas normas da Lei nº 8.078/90.

I. SERVIÇOS PÚBLICOS E RELAÇÕES DE CONSUMO

Os serviços públicos em geral são objeto de estudo do Direito Administrativo. O Direito do Consumidor, que se ocupa das relações de consumo, é multidisciplinar e, portanto, importa de outras áreas da ciência jurídica, conceitos que adota implicitamente ou que, eventualmente, modifica de modo expresso.

Convém, por conseguinte, ter presentes os conceitos próprios aos serviços públicos. Tal como são reconhecidos em sua sede própria, para depois aplicá-los, no que couberem, às relações específicas de consumo.

A) A Administração e os Serviços Públicos

Os serviços públicos, em princípio, competem à administração pública. Todavia, é sabido que muitos de tais serviços não são prestados diretamente pela administração central e, eventualmente, são prestados até por particulares.

A esse respeito, assim dispõe o art. 175, *caput*, da Constituição Federal:

“Art. 175 — Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Por outro lado, há serviços prestados pela União, outros pelos Estados e outros ainda pelos Municípios. Ou, eventualmente, por mais de uma dessas esferas políticas, concorrentemente ou não.

Recordemos, inicialmente, o que são serviços públicos e como se classificam, e, depois, como se dividem quanto às competências administrativas.

1. Conceito e Classificação dos Serviços Públicos

Segundo a doutrina administrativista, não é fácil precisar o conceito de serviço público, porque ele varia conforme contingências políticas, econômicas, sociais, culturais e históricas. Todavia, HELY LOPES MEIRELLES, em seu clássico “Direito Administrativo Brasileiro”, forneceu o seguinte conceito, que adotamos para os efeitos deste estudo:

“Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado”.(1)

Valendo-nos ainda da lição de MEIRELLES, podemos classificar os serviços públicos em próprios e impróprios. Os primeiros são prestados diretamente pelo Estado, usando do poder de império sobre os administrados. São serviços essenciais à comunidade, que só a Administração deve prestar, sem delegação a terceiros. Como exemplos, são citados os serviços de defesa nacional, de segurança pública, de preservação da saúde pública, calçamento, de iluminação, etc. Geralmente são gratuitos ou de baixa remuneração, para que fiquem ao alcance de todos. São mantidos pelos tributos gerais. Também são chamados de serviços *uti universi*.

Os serviços impróprios não têm a mesma nota de essencialidade dos próprios. São serviços de utilidade pública, que atendem a conveniência dos cidadãos, e podem ser prestados pelo próprio Estado ou por delegação a terceiros, mediante concessões, permissões ou autorizações. A retribuição é feita através de taxas ou tarifas, que representam remuneração mensurável e correspondente ao uso individual do serviço. Assim, os serviços de telefonia, água, energia elétrica, etc, chamam-se serviços *uti singuli*.(2)

2. Repartição Constitucional de Competências

A Constituição Federal divide as competências administrativas entre a União, os Estados e os Municípios, entregando, a cada uma das esferas de administração ou concorrentemente a duas ou a todas, as tarefas da gestão pública, inclusive os serviços públicos. Embora este aspecto da repartição de competência não seja relevante para efeitos da defesa do consumidor, é por esse meio que se pode saber quais são os serviços públicos ou de utilidade pública a serem prestados à população.

O art. 21, XI, CF, diz competir à União explorar, diretamente ou mediante concessão, a empresas sob controle estatal, os serviços telefônicos, tele-

(1) Hely Lopes Meirelles, “Direito Administrativo Brasileiro”, p. 296.

(2) Meirelles, *op. cit.*, p. 297-300.

gráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações. Esses serviços são de utilidade pública ou serviços públicos impropriamente ditos, conforme a classificação vista acima. O mesmo dispositivo constitucional assegura a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União.

O inc. XII do mesmo art. 21 também entrega à União, mediante exploração direta ou via delegação, uma lista de serviços: a) de radiodifusão sonora, de sons e imagens (televisão) e demais serviços de telecomunicações; b) de energia elétrica (em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos); c) de navegação aérea, aeroespacial e infra-estrutura aeroportuária; d) de transporte ferroviário e aquaviário; e) de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) dos portos marítimos, fluviais e lacustres. Trata-se, também, aqui, de serviços de utilidade pública.

No art. 30, a Constituição Federal traça a competência dos Municípios, prevendo, no inc. V, que lhes cabe organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial.

Como se vê, a Constituição introduz uma nota de essencialidade em serviço que, por sua natureza, não se cataloga entre os propriamente públicos, sendo, portanto, em princípio, desprovido dessa característica: os serviços municipais de transporte coletivo.

Aos Estados fica a competência residual, compreendida entre os serviços não afetados à União e os que não representam interesse peculiar dos Municípios. Ocupa-se dessa regra geral o parágrafo 1º do art. 25: *“São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”*. Mas o parágrafo seguinte introduz uma competência privativa de prestação de serviço pelos Estados: *“Parágrafo 2º — Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão a empresa estatal, os serviços locais de gás canalizado”*.

B) Fornecimento e Consumo de Serviços Públicos

Os conceitos básicos de consumidor e fornecedor balisam o campo de aplicação do Código. Por isso, devem ser sistematicamente interpretados, para possibilitarem a correta aplicação da lei especial — o Código do Consumidor — em detrimento da lei comum — o Código Civil e legislação extravagante.

1. O Consumidor

O art. 2º, CDC, define como consumidor toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

O elemento chave dessa definição é a destinação que é dada aos produ-

tos e serviços. Sendo destinação final, isto é, se o produto ou serviço é utilizado conforme o fim último para o qual foi concebido, teremos uma relação de consumo. Caso contrário, esta não se caracterizará. Tomemos o exemplo de um automóvel. Se adquirido por um particular para seu uso privado como veículo de passeio, não há dúvida de que, em tal compra-e-venda, houve uma relação jurídica de consumo. Entretanto, se a aquisição foi feita por um comerciante de veículos, que pretende revendê-lo, a relação de consumo inexistiu. Terá havido uma relação comercial(3).

Nas mãos de um profissional, um bem de consumo pode se transformar em insumo.

2. Fornecedor

O fornecedor vem conceituado no art. 3º: é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvam as atividades econômicas ali elencadas (ou outras assemelhadas). O parágrafo 1º define o que é produto, e — o que nos interessa agora — o parágrafo 2º cuida dos serviços. Diz que “*serviço é toda atividade fornecida no mercado de consumo mediante remuneração (...)*”. Eis a pedra-de-toque: a remuneração. Daí o requisito da profissionalidade do fornecedor para que se tipifique uma relação de consumo.

Como se viu acima, os serviços públicos próprios não são pagos direta

(3) O conceito de consumidor não é pacífico. Na definição do art. 2º há dois pontos nevrálgicos: o elemento subjetivo (inclusão das pessoas jurídicas como comunicadoras) e o elemento teleológico (destinação final). Quanto ao primeiro, defendemos uma interpretação restritiva, com fundamento na teoria alemã do tipo: a relação típica de consumo implica uma situação de hipossuficiência do consumidor frente ao fornecedor. Para que se reconheça a relação de consumo, é preciso que a relação em análise reproduza esse modelo empírico. Normalmente, o fornecedor é pessoa jurídica e o consumidor, pessoa física. Só excepcionalmente o consumidor-pessoa jurídica será hipossuficiente. CARLOS FERREIRA ALMEIDA noticia as resistências encontradas na Europa à contemplação das pessoas coletivas como consumidoras (“Os Direitos dos Consumidores”, Coimbra, Almedina, 1982, p. 208). Quanto ao elemento teleológico, serve para afastar as relações intermediárias ou profissionais, como o exemplo que mencionamos, do comerciante que adquire um automóvel para revender. Ocorre que, relacionado com o elemento subjetivo, nos termos da lei brasileira, o elemento teleológico cria alguns embaraços. Se uma grande empresa adquire máquinas de escrever, mesas de escritório, ou se serve da atividade de um autônomo para reparar as máquinas, haverá relação de consumo? Conforme TUPINAMBÁ MIGUEL CASTRO DO NASCIMENTO (de quem aproveitamos os exemplos), sim (“Comentários ao Código do Consumidor”, Rio de Janeiro, AIDE, 1991, p. 21). No mesmo sentido, TOSHIO MUKAI (“Comentários ao Código de Proteção do Consumidor”, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 6). Mas há respeitáveis entendimentos em contrário. JEAN CALAIS-AULOY assevera que comprar para utilizar não é um ato de consumo, se a utilização é profissional, como acontece com um agricultor que compra um arado. E há casos de uso misto, como o de um médico que adquire um automóvel, com o qual, tanto atende os pacientes, quanto passeia com a família. Nesses casos, deverá prevalecer o uso principal (“Droit de la Consommation”, Paris, Dalloz, 1986, p. 3). Forçoso é reconhecer que a lei brasileira foi objetivista, mas um conceito restritivo de relações de consumo presta-se melhor a preservar os interesses dos consumidores. Sobre o tema, v. ANTONIO HERMEN BENJAMIN, “O Conceito Jurídico de Consumidor”, RT 628/69. No âmbito dos serviços, pode-se imaginar atuações profissionais que não configuram relações de consumo, desde que se aceite a frota de caminhões de uma transportadora está envolvida numa relação entre fornecedores. Assim também os serviços bancários de desconto de títulos de crédito ou de financiamento à produção. Nos serviços de utilidade pública, o fornecimento de energia elétrica à indústria. Note-se, a propósito, que os serviços público nem sempre são puramente serviços, podendo revestir característica mista, do ponto de vista da divisão das atividades econômicas (primárias — agricultura; secundárias — indústria; terciária — comércio e serviços). No caso da energia elétrica, são serviços industriais.

mente pelos cidadãos ao Estado. Eles são mantidos mediante os tributos gerais. Embora preste os serviços, o Estado não se caracteriza como fornecedor, porque falta-lhe o requisito da profissionalidade. Daí não se dever enquadrar os serviços públicos propriamente ditos (*uti universi*) na categoria de serviços de consumo.

II. A DISCIPLINA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NO CDC

Basicamente, a disciplina dos serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor encontra-se no art. 22. Os outros dispositivos acima mencionados (artigos 4.º, VII, e 6.º, X), cuidam, respectivamente, de diretriz administrativa (norma programática) e de um direito geral do consumidor frente à administração pública.

A) Obrigações do Fornecedor

O *caput* do art. 22 contém as obrigações dos fornecedores de serviços públicos. E o parágrafo único prevê as sanções para a hipótese de descumprimento. Assim, a lei dispõe:

“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 — No caso 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.”

1. Fornecimento e Prestação dos Serviços

Para elucidar o nosso raciocínio, torna-se necessário fazer um discrimen entre fornecer e prestar serviços.

O fornecimento tange a extensão de um serviço existente a usuários que dele ainda não dispunham. Por hipótese, a extensão de rede elétrica rural.

A prestação propriamente dita refere-se à manutenção do serviço em adequado funcionamento, atendendo às necessidades do usuários/consumidores: a energia elétrica que não pode faltar, assim como a água, os serviços telefônicos, etc.

Antecede a essas etapas, contudo, a criação do serviço, ou seja, a con-

cepção e o estabelecimento de um serviço público inédito, que ainda não era prestado. Suponhamos a ligação Rio-São Paulo através de uma linha de trem-bala.

Quanto a esta hipótese, a administração pública será livre na criação desse novo meio de transporte, orientando-se apenas pelos seus próprios critérios de conveniência e oportunidade. Não será possível compeli-la a criar o serviço (4).

Não se passa o mesmo com o fornecimento. Atendendo ao princípio da igualdade, uma vez instalado o serviço, é possível exigir-se da administração o seu fornecimento a título individual se, em semelhantes circunstâncias de fato, ele foi prestado a outrem. Trata-se do princípio da autovinculação da administração, desenvolvido de modo especial no direito alemão. A praxe administrativa, tipificando um determinado comportamento costumeiro, gera direitos subjetivos aos cidadãos e a sua conseqüente exigibilidade(5). Se há condições de estender a rede elétrica a uma determinada propriedade rural, cujos lindeiros já estão sendo atendidos, ao proprietário discriminado será possível exigir da administração pública igualdade de tratamento.

O exemplo mencionado configura uma situação extracontratual. Havendo contrato, com maior razão, a obrigação de fornecer no prazo e nas condições pactuadas é irrecusável, ainda que se aleguem dificuldades administrativas ou, mesmo, impossibilidade. Como afirma MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *"a impossibilidade subjetiva pode não desfazer a relação e nem desconstituir as obrigações. Validamente formada a relação, a impossibilidade subjetiva diante do objeto antes possível, não afeta o direito obrigacional, porquanto se houver inaptidão a questão é de avaliação da lesividade, e, nas hipóteses comuns, de apuração da responsabilidade"* (6). Assim, se a companhia telefônica obrigou-se por contrato a instalar no prazo de 24 meses o terminal adquirido, não poderá eximir-se de fazê-lo, alegando que desapareceram as condições favoráveis existentes anteriormente.

As obrigações da administração tornam-se ainda mais nítidas no âmbito da prestação propriamente dita dos serviços. E são delas que cuida o Código do Consumidor.

a) Eficiência e Adequação

O art. 22 enuncia as obrigações fundamentais dos órgãos públicos ou das empresas fornecedoras de serviços públicos: os serviços devem ser adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

(4) *Desse teor a afirmação de BENJAMIN, de que o art. 22 "não obriga o Poder Público a prestar o serviço"* ("Comentários ao Código de Proteção do Consumidor", São Paulo, Saraiva, 1991, p. 110). "Pres-tar", certamente, está empregado no sentido em que usamos "criar".

(5) Conforme ALMIRO DO COUTO E SILVA, "Problemas Jurídicos do Planejamento", RDA, 170/14.

(6) "Obrigações Administrativas", n.º 5, p. 104. Em conseqüência, o autor adverte que *"a impossibilidade não constitui um problema de fácil denunciação, pois depende de fatores outros que não dizem com a relação e com as obrigações"*. Evidentemente, as dificuldades são de ordem prática.

Ressalte-se, inicialmente, uma co-relação entre as obrigações de prestar serviços eficientes, adequados e contínuos, e a doutrina, consagrada no Direito Administrativo, da culpa ou falta de serviço (*faute de service*). Ocorre a chamada falta do serviço, gerando a responsabilidade da administração pública, quando o serviço não funciona, devendo funcionar (falta de eficiência); funciona mal (falta de adequação); ou funciona tardiamente (falta de continuidade).

O que fazer se o serviço prestado não é eficiente (não funciona) ou não é adequado (funciona mal)? A solução poderá variar conforme a natureza do serviço. O parágrafo único do art. 22, contudo, determina que os fornecedores sejam compelidos a cumprir suas obrigações, na forma prevista no Código. Tanto poderá haver tutela específica ou determinação de providências que assegurem o resultado prático equivalente à obrigação (art. 84, *caput*), incluindo multa cominatória (parágrafo 5º), como, v.g., o abatimento proporcional do preço ou a restituição da quantia paga monetariamente atualizada, pois há de se entender aplicáveis, conforme o caso concreto, as alternativas do art. 20.

Qual o regime dessa responsabilidade?

O Código de Defesa do Consumidor adotou dois regimes de responsabilidade perfeitamente distintos: responsabilidade independente da existência de culpa para os fatos dos produtos e serviços (art. 12 e ss.) e um regime baseado na garantia contra vícios de ineficiência e inadequação dos produtos e serviços (art. 18 e ss.)(7). Este regime é, fundamentalmente, responsabilidade culposa, muito embora culpa presumida, em face da inversão do Ônus da prova (art. 6º, VIII), que desonera o consumidor de provar a conduta desidiosa ou imperita do fornecedor.

Os vícios de ineficiência e inadequação(8) dos serviços públicos também obedecem à segunda disciplina, sem dúvida, mesmo porque decorrem de típicas relações contratuais. Ademais, é a mesma disciplina observada no Direito Administrativo, que define a responsabilidade do Estado por falta do serviço.

Segundo Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, a responsabilidade por falta de serviço, “*não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello*”(9) Ocorre que, nos casos de falta do serviço, o dano provém de uma omissão do Esta-

(7) Considere-se, ainda, o regime próprio, fundamentado na culpa, para a responsabilidade dos profissionais liberais (parágrafo 4º do art. 14).

(8) O termo “adequado”, no art. 22, tem sentido estrito, posto que, em sentido amplo, adequação significa a ausência de vícios do produto e do serviço, conforme o conceito que se depreende do art. 18. Em outras palavras, adequação, em sentido amplo, protege a utilidade dos produtos e serviços. A esse propósito, v. BENJAMIN, “Comentários”, *op. cit.*, p. 30.

(9) Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, “Ato Administrativo e Direitos dos Administrados”, p. 134.

do — e não de uma ação positiva, como se requer na responsabilidade objetiva. Elucida o festeado administrativista: “Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E se não foi ele o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz muito sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar o evento lesivo”(10).

b) Segurança

A obrigação de segurança, que ignora qualquer relação contratual, remete o fornecedor ao regime instituído no art. 14: responsabilidade independente da existência de culpa. O que ali se protege não é mais a simples eficiência e adequação do serviço, mas a segurança com que é prestado, não apenas em relação ao usuário/consumidor, mas igualmente quanto a quem quer que com o serviço tenha contato, por isso que protegidas estão todas as vítimas de um evento danoso (art. 17).(11)

c) Serviços Essenciais

Conceito a ser esmiuçado é o de serviços essenciais, posto que a estes, segundo o art. 22, exige-se que a prestação seja contínua.

Serviço essencial é conceito indeterminado dentro do Código. Cumpre pesquisá-lo em outras áreas do direito.

Os serviços públicos propriamente ditos, tal como entendidos pela doutrina, são essenciais por definição, por isso que prestados diretamente pelo Estado e indelegáveis. Mas não são serviços de consumo, porque não são prestados mediante remuneração. Dentre os chamados serviços públicos impróprios é que se irá buscar o conceito de essencialidade que interessa ao Código do Consumidor.

A Constituição traz uma primeira indicação quando trata do direito de greve. Ao assegurá-lo (art. 9º, *caput*), a Carta determina que lei complementar defina quais são os serviços essenciais, dispondo sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da população.

Esse diploma regulamentador foi editado através da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, que dispôs sobre o exercício do direito de greve, definiu as atividades essenciais e regulou o atendimento das necessidades inadiáveis

(10) BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 145. O art. 37, parágrafo 6º, c, comporta as duas modalidades de responsabilidade estatal: objetiva e por falta do serviço (culpa presumida), segundo a doutrina esposada por BANDEIRA DE MELLO, que acreditamos acertada. Naturalmente, o tema transcende os limites da defesa do consumidor.

(11) *Maiores comentários sobre a natureza da responsabilidade do fornecedor pelo fato do serviço*, in B, I, b.

da comunidade. Cremos ser essa a melhor fonte para estabelecer-se o conceito de serviços públicos essenciais à luz do Código de Defesa do Consumidor.

O art. 10 da mencionada Lei nº 7.783/89 assim reza:

“Art. 10 — São considerados serviços ou atividades essenciais:

- I — tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;*
- II — assistência médica e hospitalar;*
- III — distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;*
- IV — funerários;*
- V — transporte coletivo;*
- VI — captação e tratamento de esgoto e lixo;*
- VII — telecomunicações;*
- VIII — guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;*
- IX — processamento de dados ligados a serviços essenciais;*
- X — controle de tráfego aéreo;*
- XI — compensação bancária”.*

Note-se que nem todas as atividades definidas como essenciais pela Lei nº 7.783 são serviços públicos. A lei regulamenta dispositivo constitucional que trata de greve em geral. Contudo, a maior parte dessas atividades é exercida através da administração pública direta ou indireta, ou, ainda, por meio de concessão, autorização ou permissão. Outros serviços podem ser públicos ou privados, como os de assistências médica e hospitalar. Já os serviços funerários (exceto os de cemitério) são privados.

Para se saber quais são os serviços públicos que devem atender o requisito da continuidade, para o efeito de aplicação do art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, serão averiguadas, dentre essas atividades, aquelas que são prestadas por Órgão públicos ou equivalentes. Isso pode variar conforme a esfera de competência administrativa. Estados e Municípios prestam alguns serviços em caráter público, que nem sempre coincidem comparativamente a outros Estados e Municípios.

O rol da Lei nº 7.783 contempla o transporte coletivo, cujo caráter de essencialidade, como visto anteriormente, provém da própria Constituição. Ao definir as competências legislativa e administrativa dos Municípios, o inciso V do art. 30, CF, autoriza a organização e prestação dos serviços públicos de interesse local, incluído, necessariamente, o transporte coletivo, *“que terá caráter essencial”*.

O transporte coletivo é serviço público impróprio, via de regra presta-

do através de empresas concessionárias e, menos freqüentemente, por empresas públicas. Diante da conceituação constitucional, deve ser contínuo, conforme exige o art. 22, CDC.

A par dessa importação de critérios, é curial que o Código de Defesa do Consumidor tenha a sua própria semântica de serviços públicos essenciais. Tratando-se de uma lei que protege as relações de consumo, ontologicamente explicada pela contextualização social em que se insere, é natural que sejam essenciais todos os serviços considerados indispensáveis em uma sociedade de consumo(12).

Como conceito indeterminado que é, o caráter essencial de um serviço público no âmbito das relações específicas de consumo, afora o que seja importado de outras searas jurídicas, especialmente do Direito Constitucional e do Direito Administrativo, será dado pela interpretação do caso concreto, até que se firme uma jurisprudência segura, a qual, no entanto, será mutável conforme a dinâmica da sociedade de consumo.

2. Descumprimento

O parágrafo Único do art. 22 dispõe sobre a hipótese de descumprimento das obrigações dos fornecedores de serviços públicos. O consumidor poderá compelir o fornecedor ao cumprimento e exigir reparação de perdas e danos, nas formas previstas no Código.

E quais são as formas Código previstas no Código, aptas a satisfazer o Consumidor/usuário de serviços públicos ?

A mais adequada, provavelmente, é a ação prevista no art. 84, que objetiva o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, especialmente com a cominação de multa, como autorizado pelo parágrafo 4º. Tal ação tanto poderá ser individual quanto coletiva. O descumprimento, via de regra, será inadimplemento contratual. Deverá vigorar o regime de inversão do ônus da prova a favor do consumidor (art. 6º, VIII), com o fornecedor respondendo por presunção de culpa(13), tal como ocorre na responsabilidade civil do Estado nos casos de falta do serviço, como visto acima.

As soluções poderão variar conforme as hipóteses sejam de fornecimento ou de prestação, de acordo com o *discrímen* que fizemos acima. Tratando-se de fornecimento, não é desarrazoado invocar o art. 20(14). Imagine-se

(12) Conforme BENJAMIN, "Comentários", op. cit., p. 111.

(13) Nesse sentido, BENJAMIN, "Comentários", op. cit., p. 112.

(14) Em sentido contrário, BENJAMIN, "Comentários", op. cit., p. 111. Pensamos, entretanto, que o parágrafo único do art. 22 não institui regime isolado, posto que remete a reparação às "formas previstas no Código", sem excluir qualquer uma. Não fosse assim, não se poderia invocar o art. 14 para o descumprimento das obrigações de segurança, com o que, todavia, concorda o nosso estimado colega e Mestre de São Paulo (*idem*, *ib.*).

a hipótese de descumprimento de instalação de terminal telefônico ao cabo do prazo contratual. Se o serviço não interessa mais ao consumidor, v.g., porque mudou de domicílio, a solução mais favorável será a restituição da quantia paga, monetariamente atualizada.

Havendo danos pessoais (acidente de consumo), o fundamento desloca-se para o art. 14, que versa sobre a responsabilidade do fornecedor por danos causados por defeitos relativos à prestação de serviços. Trata-se de descumprimento da obrigação de segurança. O fornecedor responderá independentemente da exigência de culpa. No processo serão aplicáveis as regras do art. 101.

B) Causas de Exclusão da Responsabilidade

Como visto, os fornecedores de serviços públicos respondem a dois regimes diversos de responsabilidade civil: a) independentemente de culpa, por descumprimento da obrigação de segurança; b) com presunção de culpa, por descumprimento das obrigações de eficiência, adequação e continuidade dos serviços. Em consequência, as causas de exclusão de responsabilidade devem atender a essa mesma diversidade.

1. Descumprimento da Obrigação de Segurança

Neste caso, são aplicáveis as causas liberatórias mencionadas no art. 14, parágrafo 3º: o fornecedor não será responsabilizado quando, (a) embora tendo prestado o serviço, não existe o defeito ao qual se atribuiu a causação dos danos, ou (b) houve culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

a) O Autor do Dano

Essas duas excludentes repetem as que constam do parágrafo 3º do art. 12, que dizem respeito à exclusão de responsabilidade dos fornecedores de produtos. Lá, todavia, há uma terceira hipótese (a primeira na ordem de enunciação), qual seja, a de o fornecedor não haver colocado o produto no mercado (inc. I).

Esta hipótese não seria aplicável ao fornecedor de serviços ?

Acreditamos que sim. Em primeiro lugar porque, do ponto de vista sistêmico, não há razão para excluí-la. Ao contrário, a lógica interna do Código aconselha a sua inclusão, posto que o tratamento dispensado aos fornecedores de produtos e de serviços em tudo o mais é correlato. Em segundo lugar porque, implicitamente, ela já está contemplada no inc. I do parágrafo 3º do art. 14, que diz:

“Parágrafo 3º — O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I — que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistiu;

II — (...).”

“Tendo prestado o serviço”, na expressão legal, funciona como verdadeiro pressuposto da verificação da imputação do defeito. Ainda que o serviço tenha sido prestado pelo fornecedor demandado, ele não será responsabilizado se o defeito não existe. Com muito maior razão deixará de ser responsabilizado se estiver ausente o pressuposto de haver prestado o serviço. Tendo o serviço sido prestado por outrem, irrelevante será a prova do defeito. O fornecedor demandado, nesse caso, se eximirá por autêntica negativa de autoria, ou seja, por falta de nexo de causalidade entre o dano e a sua atividade.

b) A Inexistência do Defeito

O fornecedor exonera-se, desde que prove a inexistência do defeito. É causa muito ampla, considerando-se que a responsabilidade independe da existência de culpa.

Como é concebido, o dever de indenizar tem por fundamento a culpa ou o risco. Quando se diz que a responsabilidade independe de culpa, o seu fundamento, naturalmente, é o risco. Fosse, no Código, o fundamento da responsabilidade do fornecedor o risco da sua atividade, o dever de indenizar decorreria do lançamento do produto (o critério de pôr em circulação), uma vez produzido o dano. Todavia, não é assim. A possibilidade dada ao fornecedor de provar a inexistência do defeito como causa liberatória reverte o fundamento da responsabilidade à forma culposa, pois coloca a exigência de uma conduta ilícita (a de ter lançado um produto defeituoso). Responderá por culpa presumida, que pode ser elidida por prova em contrário.

Em trabalho ainda inédito, Cláudia Lima MARQUES anota que, no Código Brasileiro, a responsabilidade do fornecedor exige *“tanto o lançamento no mercado do produto, a prova do dano, quanto também um terceiro elemento: o defeito do produto lançado no mercado”*. E adiante: *“Mas, se a inexistência de defeito exclui a responsabilidade, o fundamento desta não pode ser somente o risco da atividade, isto é, o risco de colocar um produto no mercado”*.

E conclui, com vistas à responsabilidade do importador (idêntica, neste passo, à dos demais fornecedores):

“Na hipótese de não existir defeito no produto importado, pode haver dano e não será este indenizável. Ora, se o legislador estivesse pensando na divisão dos riscos em virtude do lucro da atividade exercida pelo importador, e se o dano realmente ocorreu, deveria res-

ponsabilizar o fornecedor e não obrigar o consumidor neste hipótese a suportá-lo. A resposta realmente poderia estar na ausência de conduta antijurídica do fornecedor.

“Exigir uma conduta antijurídica própria para se impor a responsabilidade é, efetivamente, uma das características principais da teoria subjetiva (“nenhuma responsabilidade sem culpa”).”(15)

O sistema de responsabilidade civil no Código Nacional inspirou-se na Diretiva 85/374, da Comunidade Econômica Européia, que trata da responsabilidade por danos causados por produtos defeituosos. Em seu art. 1º, a Diretiva dispõe que “*o produtor será responsável pelos danos causados por defeitos de seus produtos*”. A linguagem lacônica foi interpretada por muitos como manifestação de responsabilidade objetiva. É isso que afirma a própria exposição de motivos:

“*Considerando que unicamente o critério da responsabilidade objetiva do produtor permite resolver o problema, tão próprio de uma época de crescente tecnicismo como a nossa, da justa repartição dos riscos inerentes à produção técnica moderna; (...)*”.

Não obstante, o art. 7º prevê normas muito amplas de exoneração do produtor, que vão desde a prova de que não colocou o produto no mercado, até a existência do defeito em decorrência de atendimento de normas técnicas do poder público; ou de peças incorporadas que traziam o defeito da origem; passando, também, pelos riscos de desenvolvimento, de modo que igualmente se exonerará, provando que o estágio dos conhecimentos científicos no momento em que o produto foi posto em circulação não permitia descobrir a existência do defeito.

A Diretiva é mais liberal do que o Código Brasileiro, pois ainda impõe ao consumidor o ônus de provar o dano, o defeito e a relação causal entre o defeito e o dano (art. 4º).

Sem embargo desse regime, entendem alguns que “*o texto comunitário introduz no direito europeu o princípio da responsabilidade objetiva*”(16), embora esse princípio seja matizado ou concretado em seu alcance pelas causas de exclusão da responsabilidade.(17)

(15) Cláudia Lima MARQUES, “A Responsabilidade do Importador pelo Fato do Produto Segundo o Código de Defesa do Consumidor”, inédito.

(16) Assim, Guillermo Alcover GARAU, “La Responsabilidad Civil del Fabricante: Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español”, p. 132. Dessa obra extraímos os excertos da Diretiva 85/374/CEE, em tradução livre.

(17) GARAU, *op. cit.*, p. 49.

Comparando o sistema do CDC brasileiro com a Diretiva 85/374/CEE, Cláudia Lima Marques relata o debate travado na doutrina alemã sobre a natureza da responsabilidade do produtor. Segundo a autora, para Taschner, a Diretiva opta por uma responsabilidade “não culposa”, que ele considera do tipo objetivo. Dessa opinião, entretanto, divergem Schmidt-Salzer-Hollmann, para os quais a Diretiva instituiu um novo tipo de responsabilidade subjetiva. “*A culpa concretizar-se-ia no defeito do produto, no descumprimento de um dever legal, e objetiva seria somente a imputação deste defeito a qualquer dos fornecedores mencionados na Diretiva*”.(18)

Este debate transfere-se agora para o nosso Código. Sem pretender alongá-lo aqui, o que se pode desde logo afirmar é que a excludente da inexistência do defeito constitui escalavrada mitigação ao regime de “responsabilidade independente de culpa, adotado similarmente à diretiva comunitária europeia.

c) A Culpa do Consumidor ou de Terceiro

A última causa de exclusão diz com a culpa do consumidor ou de terceiro. Este terceiro, naturalmente, deve ser pessoa inteiramente alheia à relação de consumo, em qualquer de seus polos. Não pode ser *bystander*, pois estaria compreendido no art. 17, sendo, portanto, consumidor. Não pode estar relacionado com o fornecedor, como, v.g., seu pressuposto, pois comprometeria o proponente.

A culpa, entretanto, deve ser excluída.

Estaria admitida ou não a concorrência de culpas entre fornecedor e consumidor ?

Não há como deixar de ser rigoroso na interpretação do texto. O fornecedor só poderá exonerar-se caso a responsabilidade pelo evento danoso for unilateralmente do consumidor ou terceiro desinteressado. O sentido de culpa exclusiva tem esse poder de repelimento de qualquer responsabilidade do fornecedor. Como ele responde “independentemente da existência de culpa”, ainda que a sua culpa seja leve, bastará para impor-lhe o dever de indenizar, não obstante possa o consumidor concorrer com parcela de contribuição — ainda que maior que a do fornecedor — na formação a causa do evento. (19)

2. Descumprimento das Obrigações de Eficiência, Adequação e Continuidade

Havendo, neste âmbito, plena correlação com a disciplina da responsabilidade civil do Estado, os órgãos públicos ou privados que prestam serviços

(18) *op. cit.*

(19) Neste sentido, BENJAMIN, “Comentários”, *op. cit.*, p. 66, e NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 79.

públicos, sob o regime do Código de Defesa do Consumidor, exonerar-se-ão de responsabilidade de provarem cumpridamente que agiram com prudência, diligência e perícia, e que não ocorreu qualquer omissão que originasse falta do serviço capaz de causar dano. Trata-se, como se disse, de presunção de culpa (20), o que implica na automática inversão do ônus da prova (independentemente da faculdade concedida ao juiz no art. 6º, VIII, de modo que o fornecedor terá que demonstrar a excludente.

3. Caso Fortuito e Força Maior

Esses dois fatores são geralmente reconhecidos como causas gerais de exclusão da responsabilidade civil. Não estão expressamente contemplados no Código, que todavia, não os nega, como observa BENJAMIN. (21)

Não obstante, cremos útil rememorar a lição de Agostinho ALVIM. Segundo escreveu em sua clássica obra “Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências”, existe caso fortuito interno e externo. Caso fortuito interno é o que se liga à pessoa do responsável, mesmo que não tenha obrado culposamente. Apesar de todas as cautelas que tenham sido adotadas, um animal, uma máquina, uma pessoa a serviço de alguém, pode causar dano a terceiro. Se esses fatores estão ligados à organização do responsável, haverá obrigação de indenizar, porque o fundamento não é a culpa, mas o risco. A eventualidade do dano é inerente ao risco assumido e o caso fortuito interno está nele compreendido. Caso fortuito externo é o que se chama de força maior e significa a ocorrência de um fato sem ligação alguma com a empresa ou a organização do responsável, tais como fenômenos naturais (terremoto, geada), ordens emanadas do Poder Público (*fait du prince*)(22).

Conforme a lição de Alvim, portanto, o controle dos fatores internos de risco cabe a quem tem o comando da organização e, neste caso, o caso fortuito propriamente dito ou caso fortuito interno não pode ser reconhecido como excludente.

A aplicação desse conceito retoma a discussão sobre a natureza da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço. A entender-se que se trata, efetivamente, de responsabilidade objetiva, deve ser excluído o caso fortuito como causa de exoneração, restando apenas a força maior com esse efeito.

Diversa é a questão quando se trata de presunção de culpa. Nesta, embora a inversão do ônus da prova, o regime é o da culpa. Cabem aí, portanto, as duas excludentes gerais. É o que se deve reconhecer ocorrente quanto às faltas do serviço público ou, na linguagem do Código de Defesa do Consumidor, descumprimento das obrigações específicas de eficiência, adequação e continuidade.

(20) V. *ucima*, II, A, 1, a.

(22) *Op. cit.*, p. 246.

CONCLUSÃO

A disciplina correta dos serviços públicos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor deve considerar a inter-relação existente com a disciplina desses mesmos serviços no Direito Constitucional e no Direito Administrativo. Segundo esses parâmetros, não são abrangidos no CDC os serviços públicos próprios, prestados *uti universi* diretamente pelo Estado, mantido pelos tributos gerais, porque falta-lhes, sob a ótica do Código do Consumidor, o requisito da remuneração específica. Segundo esse mesmo critério, os serviços públicos impróprios, prestados direta ou indiretamente pelo Estado ou, ainda, por meio de concessão, autorização ou permissão, estão sob a tutela do Código de Defesa do Consumidor, porque remunerados pelo pagamento específico de taxas ou tarifas.

As obrigações básicas do fornecedor de serviços públicos são as de fornecer e prestar serviço eficiente, adequado, seguro e, sendo essencial, também contínuo.

O conceito de serviço essencial pode ser buscado na Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve, e define as atividades essenciais, regulando o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Mas também deverão ser considerados essenciais outros serviços próprios da sociedade de consumo. Tratando-se de conceito indeterminado, a doutrina e a jurisprudência o integrarão.

Em vista da diversidade de obrigações dos fornecedores de serviços públicos, aplicam-se a eles os dois regimes de responsabilidade civil disciplinados no Código: a) quanto à segurança, com base em defeito do serviço; b) quanto à adequação (*lato senso*), que compreende as obrigações específicas de eficiência, adequação (*estricto senso*) e continuidade.

Essas obrigações específicas são a correspondência da falta do serviço que, no Direito Administrativo, acarretam a responsabilidade do Estado quando o serviço não funciona, funciona mal ou tardiamente.

Tanto no Direito Administrativo quanto no Código do Consumidor, nos casos de falta do serviço ou descumprimento das obrigações específicas, o regime de responsabilidade dos fornecedores é de culpa presumida.

Quanto ao descumprimento da obrigação de segurança, o aparente regime de responsabilidade objetiva instituído no art. 14 é duvidoso, diante da larga possibilidade de exoneração através da prova de inexistência do defeito.

Embora não esteja expressamente contemplada no Código, a força maior também exclui a responsabilidade dos fornecedores. Já o caso fortuito exonerará apenas em face de presunção de culpa. Nas questões de segurança não, desde que se reconheça, nestes casos, a responsabilidade objetiva, fundamentada no risco da atividade, porque, em tal hipótese, cabe a quem detém o comando da organização controlar os fatores internos de risco.