

**COLÓQUIO INTERNACIONAL
ASPECTOS JURÍDICOS DA PROTEÇÃO DOS
CONSUMIDORES
Comparações França – Brasil – Argentina**



PALESTRA: SERVIÇOS PÚBLICOS E O CONSUMIDOR



TEORI ALBINO ZAVASCKI
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Prezado Colega, Ministro Ari Pargendler, prezada Professora Cláudia Lima Marques, a quem especialmente saúdo e parablenizo por mais este importante evento realizado na nossa Faculdade, aproveitando o ensejo para dizer que é sempre uma emoção poder retornar. Estendo minha saudação aos professores franceses e argentinos e a todos os demais participantes deste Colóquio.

Fui encarregado pela Professora Cláudia Lima Marques de dar uma idéia geral, em poucos minutos, do sistema brasileiro de tutela dos consumidores de serviços públicos.

Quando se fala em tutela de direitos, quando se fala em proteção de direitos de modo geral, podemos, aliás, devemos examinar a questão sob dois distintos domínios: primeiro, a proteção no âmbito do Direito Material, examinando as normas de Direito Material que estabelecem objetivamente as relações jurídicas objeto do tratamento; e, segundo, a proteção no âmbito do Direito Processual, porque, sem a efetiva tutela jurisdicional, a tutela do Direito Material fica fortemente prejudicada. Como já dizia Calamandrei, numa lição muito conhecida: "O Estado defende com a jurisdição sua autoridade de legislador". A função legislativa não teria nenhuma importância definitiva se não houvesse por detrás dela a função jurisdicional. Portanto, esses são os dois aspectos da proteção dos direitos.

No que se refere à proteção do serviço público no sistema brasileiro, temos que fazer uma distinção também fundamental: distinguir o serviço público em sentido próprio do serviço público impróprio.

O serviço público em sentido próprio são os serviços públicos gerais, aqueles prestados sem retribuição específica por parte do seu tomador, serviços públicos esses que são, digamos, remunerados de forma indireta e custeados fundamentalmente pelos tributos, como é o caso dos serviços de saúde, educação, segurança, justiça, os quais caracterizam a função essencial do Estado. Esses serviços geram relações jurídicas de caráter institucional, que significa dizer relações jurídicas disciplinadas exclusivamente por lei, sem qualquer margem de atuação da vontade individual. Nesse tipo de relação jurídica, o Estado figura na sua condição de poder, na sua condição de autoridade, na



sua condição de órgão institucional. Isso define uma espécie típica de proteção por parte do legislador, que é muito diferente da outra espécie de serviço público, conhecida doutrinariamente como serviço público impróprio.

O serviço público impróprio são os serviços públicos prestados individualmente, **uti singuli**, mediante o pagamento específico, mediante uma contraprestação específica, formando, portanto, uma relação com caráter nitidamente sinalagmático e que é prestado ou diretamente pelo Estado, pelos órgãos estatais, por pessoas jurídicas de direito público ou pela administração indireta ou em parceria com a iniciativa privada por meio de concessões ou permissões. Esse tipo de serviço público, previsto no art. 175 da nossa Constituição, gera uma relação jurídica de natureza completamente diferente; ela tem fundamentalmente uma relação jurídica de natureza contratual ainda que, na maioria das vezes, por adesão. Trata-se de uma relação jurídica de caráter sinalagmático, justamente porque o serviço é prestado mediante uma contraprestação e nela se realça o papel da vontade do tomador do serviço, inclusive no que se refere à utilização ou não fundamentalmente da faculdade de escolha do serviço.

No que se refere à primeira espécie de serviço, os serviços públicos gerais, serviços públicos próprios, disciplinados em políticas públicas, é exigida a interferência necessária do legislador, que definirá as políticas públicas e estabelecerá as estruturas administrativas, e da administração pública, do administrador público necessariamente como prestador desses serviços.

A nossa Constituição, pródiga no oferecimento de serviços de saúde, educação etc., caracteriza-se por oferecer largamente a promessa desse tipo de serviço. No que se refere especificamente aos serviços de educação e saúde, a nossa Constituição chega a dizer que ambos são direitos de todos e dever do Estado, o que tem gerado, do ponto de vista da tutela jurisdicional, enormes dificuldades, porque esses serviços públicos estão necessariamente vinculados à capacidade do Estado em oferecê-los e prestá-los.

Sob esse aspecto, especialmente quanto aos serviços de educação e saúde, há demandas judiciais em que não existe ainda um perfil muito claro da posição do Poder Judiciário.

De modo geral, o Poder Judiciário brasileiro tem uma característica de extrema proteção a esse tipo de serviço. Podemos tomar como exemplo o próprio Judiciário do Rio Grande do Sul e o próprio Judiciário Federal, que têm atendido a prestação de certos serviços previstos na Constituição, especialmente no que se refere à saúde, com uma largueza, às vezes até um pouco maior, no meu entender, do que seria razoável. Entende-se, numa corrente jurisprudencial muito representativa nesse aspecto, que quando a Constituição assegura a prestação de serviço de saúde, seria quase que um direito subjetivo, universal e incondicional o acesso a qualquer tratamento de saúde ou a qualquer medicamento gratuitamente em qualquer condição. Temos recebido no Superior Tribunal de Justiça demandas em que se confere o direito ao recebimento de medicamentos ou obtenção de tratamentos de saúde inclusive no exterior a um custo altíssimo para o Estado.

Esse direito a prestação tão incondicional e tão universal não existe sequer nos países economicamente mais vantajosos que o nosso. Na verdade, no nosso sistema constitucional, o direito aos serviços de saúde e educação é um direito aos serviços estabelecidos em políticas públicas; esse é o sentido que tem a Constituição. Então, a dificuldade que temos é justamente a de definir o que é o direito subjetivo à prestação de serviço dessa natureza nos casos em que não há uma política pública perfeitamente definida. Quando há, automaticamente, estão estabelecidos também os direitos subjetivos, que podem ser protegidos imediatamente.

Em função da organização da saúde ser diferente em cada estado, há prestação de serviço no campo da saúde que está regulamentada no estado de Santa Catarina, mas não está regulamentada no estado do Rio Grande do Sul, onde se reclama judicialmente por essa prestação. Há certa dificuldade em saber até que ponto também existe por parte do legislador o dever de estabelecer essa política.

Lembro-me de um caso que enfrentamos no STJ, julgado no âmbito da Turma que participo, em que se discutia se o direito à creche em escola para crianças de 0 a 6 anos era ou não um direito subjetivo, isso em municípios onde não havia um programa, uma política pública estabelecida. Nesse caso específico, aplicamos o princípio da reserva do possível, aliado ao princípio do mínimo essencial. Trata-se do caso de uma empregada doméstica, separada do marido e mãe de dois filhos, que, por não receber auxílio do marido, não tinha como continuar trabalhando sem que recebesse do Estado esse tipo de serviço público. Naquela oportunidade, decidimos que, apesar de não haver política pública estabelecida para esse tipo de situação, qualquer política pública que viesse a ser estabelecida certamente asseguraria a esse tipo de situação o direito subjetivo ao tratamento. De modo que asseguramos esse direito inclusive porque, para a prestação desse tipo de serviço, a Constituição impõe às pessoas de direito público uma vinculação dos recursos orçamentários. Sabemos que, por força de normas constitucionais, determinado percentual da arrecadação tem que ser destinado ao serviço de educação, com prioridade para a educação fundamental.

No que se refere aos mecanismos de tutela jurisdicional para preservação de serviços dessa natureza, o Estado do Brasil é submetido ao sistema judiciário nas mesmas condições a que estiver submetido qualquer outro cidadão. Em outras palavras, podemos utilizar os mesmos mecanismos processuais, comuns ou especiais, que utilizamos em relação às pessoas físicas e às pessoas jurídicas de direito privado em relação à proteção de serviços públicos, sejam eles fornecidos pelo próprio Estado, sejam eles fornecidos em regime de concessão ou permissão.

Porém, o mais importante – creio ser esse o ponto fundamental nesse tipo de discussão – é a segunda espécie de serviço. O consumidor de serviços individuais prestados pelo Estado diretamente ou prestados por via de concessão ou permissão é protegido no sistema brasileiro.

Sabemos que a Constituição Federal tem várias referências à proteção do direito do consumidor de um modo geral. Tal proteção está colocada no título dos direitos e

garantias fundamentais do cidadão e também no capítulo dos princípios da ordem econômica e financeira, no art. 170.

No que se refere especificamente aos consumidores de serviço público, é importante salientar, em primeiro lugar, o próprio regime da responsabilidade civil, inserto no art. 37 da Constituição, que prevê a responsabilidade dos prestadores de serviço público, o Estado diretamente ou os concessionários e municípios, pelos atos praticados pelos seus agentes, cuja responsabilidade é de natureza objetiva.

O mesmo art. 37, em seu § 3º, que trata da administração pública, estabeleceu, em emenda constitucional superveniente, que a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta.

O Código do Consumidor, por sua vez, tem também várias referências explícitas à proteção do serviço público, por exemplo, ao definir o que é um fornecedor de serviço público. No seu art. 3º, diz que "Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços".

Em tese, o Estado, as pessoas jurídicas de direito público, sob esse aspecto, podem, sim, também ser considerados fornecedores; o Código, no § 2º, ao tratar de serviço, assim o define: "Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista". Aqui, é a característica justamente que distingue o serviço público geral do serviço público especial, esse individual, que tem regime próprio. Para que seja caracterizada a relação protegida pelo Código do Consumidor, é preciso que se trate de serviço remunerado diretamente e não indiretamente. Aliás, essa característica está bem clara na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Na Turma que integro, tivemos oportunidade de enfrentar essa questão várias vezes, principalmente no que se refere a serviço objeto de concessão. Em relação a esse serviço, objeto de concessão ou de permissão, há no nosso sistema, ainda do ponto de vista do Direito Material, uma disciplina na Lei nº 8.987, que estabelece o regime desses serviços públicos, ao dizer em seu art. 6º: "Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço, e ele está se referindo a esses serviços concedidos ou permitidos, serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato". E considera serviço adequado o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

No art. 7º, ao tratar dos direitos dos consumidores, dos usuários, diz: "... são direitos dos usuários: I - receber serviço adequado; II - receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos; III -

obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente...”

No que se refere à segunda espécie de serviço público: os serviços individuais, os serviços públicos ditos impróprios, esses remunerados, com caráter sinalagmático, podemos dizer que a proteção despendida pelo nosso direito é semelhante a qualquer outro serviço público disciplinado pelas normas que regulam as relações de consumo.

No que se refere ao sistema de tutela jurisdicional, penso que o nosso Código do Consumidor, que certamente se aplica à tutela jurisdicional dos serviços públicos concedidos e permitidos, contenha mecanismos processuais que nada deixam a desejar a qualquer outro sistema de tutela jurisdicional. Sob esse aspecto, ocorre um fenômeno de inversão de *bears*, porque sabemos que o nosso sistema processual foi substancialmente importado do sistema continental europeu, fundamentalmente do sistema italiano. Agora, o nosso sistema de tutela coletiva do direito está sendo copiado por alguns países europeus, como, por exemplo, o sistema português. As reformas portuguesas editadas mais recentemente, no que se refere a tutela das ações coletivas de direitos individuais homogêneos, inclusive de consumidor, contêm um modelo muito parecido com o nosso sistema de tutela jurisdicional previsto no nosso Código do Consumidor.

Podemos dizer que o sistema de tutela jurisdicional está dividido também em duas espécies: a tutela individual, prestada individualmente ao consumidor, inclusive de serviço público, através do regime comum, e o nosso sistema processual comum contém avanços significativos. Nos últimos anos, as reformas do sistema processual brasileiro caracterizaram-se por uma preocupação com a outorga de tutela específica, amparada por meios executivos importantes, que não existia no sistema original do Código. Refiro-me especialmente à multa diária e ao sistema das astreintes, do direito francês, hoje utilizado em qualquer obrigação de fazer ou não fazer, portanto, mecanismo típico de coerção para prestação adequada de serviços e também de serviços públicos, além de outros mecanismos de tutela jurisdicional. Então, a proteção buscada individualmente hoje tem essas características.

O segundo modelo de prestação jurisdicional é mediante tutela coletiva, naquilo que conhecemos hoje como sistema ou subsistema de processo coletivo.

Aqui, distinguimos então, a tutela do Direito Material como característica transindividual, inclusive dos consumidores que podem ser tutelados pela Ação Civil Pública da Lei nº 7.347, de 1985, ou pelo Regime do Código do Consumidor a partir do art. 81 e seguintes.

Nesse ponto, destacamos a importância do Ministério Público, em primeiro lugar, porque temos uma tradição bem significativa da atuação do Ministério Público como agente principal na tutela dos consumidores e dos usuários de serviços públicos e também a participação dos órgãos de defesa do consumidor da sociedade civil em geral.

A segunda modalidade de tutela coletiva é a que diz respeito aos chamados direitos individuais homogêneos, que são direitos subjetivos individuais semelhantes a outros direitos subjetivos individuais de outras pessoas. São direitos subjetivos de

consumidores oriundos de um fato comum, de uma origem comum. Esses direitos subjetivos se caracterizam, do ponto de vista material, por terem estrutura material interessante, que dá ensejo justamente a essa proteção coletiva, que não é a mesma coisa que o litisconsórcio ativo. A característica desses direitos materiais é que eles contêm um núcleo de homogeneidade, que é comum a todos os titulares e contêm uma margem de heterogeneidade, que é o que distingue cada um dos direitos subjetivos individuais em relação a cada um dos seus titulares. A estrutura da ação coletiva se caracteriza justamente por levar em consideração essa especial característica dos direitos subjetivos individuais homogêneos.

De modo que também a ação coletiva é repartida em duas fases distintas: numa primeira fase, em que se faz um juízo sobre o núcleo de homogeneidade, ou seja, em que se faz um juízo sobre aquilo que é comum a todos os direitos subjetivos, independentemente de quem seja o titular. Nessa primeira fase, não se leva em consideração nenhuma situação individual. Por isso, mesmo nessa primeira fase, legitimam-se, do ponto de vista processual, substitutos processuais: o Ministério Público, novamente; os órgãos de defesa do consumidor; e assim por diante. E, na segunda fase, no caso de procedência da primeira parte, é que vai, se for o caso, caso não haja atendimento espontâneo dessa sentença de procedência da primeira fase, examinar a situação individual de cada um dos titulares do direito. Para criar esse modelo no Brasil, que veio justamente com o Código de Defesa do Consumidor, nos inspiramos no modelo norte-americano, com uma diferença importante, e que talvez seja a questão mais delicada no regime do processo coletivo: no sistema americano, uma vez caracterizada a adequada legitimação de quem propõe a ação, a sentença, seja ela de procedência, seja ela de improcedência, é vinculativa para todas as pessoas, para todos os destinatários, para todos os integrantes dessa multiforme relação de direitos individuais homogêneos. No Brasil, ao contrário, estabelecemos como característica do sistema uma liberdade de adesão, de modo que não existe uma vinculação obrigatória. Com isso, convivemos com a tutela coletiva e com a tutela individual, e, portanto, temos que estabelecer relações, às vezes difíceis de serem compatibilizadas na prática, entre uma ação coletiva e uma ação individual.

No nosso regime, se o consumidor, o titular do direito individual, pretender acionar o fornecedor individualmente, poderá manter, poderá propor sua ação e ficará vinculado ao resultado da sua própria ação.

Sobre esse aspecto – vamos dizer assim –, não se alcança um objetivo importante desse sistema de tutela coletiva, que seria o de diminuir a quantidade de ações no Judiciário. Para se ter uma idéia, o último fenômeno ocorrido no Brasil que resultou em grande número de ações com o mesmo objeto é o relativo ao serviço de telefonia, em que, para se discutir a legitimidade ou não de um determinado valor cobrado de tarifa básica, há em torno de um milhão de ações com o mesmo objeto, repetidos pelos tribunais no Brasil afora.

Agradecendo a todos pela atenção e agradecendo, mais uma vez, pela honra de poder participar deste evento, creio que, com essas ligeiras palavras, tenha dado uma idéia geral do que é o sistema brasileiro de tutela dos consumidores dos serviços públicos.

Obrigado.