

REVISTA DE
DIREITO
MERCANTIL
industrial, econômico
e financeiro



132

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
do Departamento de Direito Comercial
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ano XLII (Nova Série)
outubro-dezembro/2003

 **MALHEIROS
EDITORES**

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico e financeiro

Nova Série — Ano XLII — n. 132 — outubro-dezembro de 2003

FUNDADORES

1ª FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: PROF. PHILOMENO J. DA COSTA (†)

PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

SUPERVISOR GERAL: PROF. WALDIRIO BULGARELLI

COMITÊ DE REDAÇÃO: MAURO RODRIGUES PENTEADO,

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA,

RACHEL SZTAJN, ANTONIO MARTIN, MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

publicação trimestral de

MALHEIROS EDITORES LTDA.

Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171

CEP 04531-940

São Paulo, SP - Brasil

Tel. (011) 3078-7205

Fax: (011) 3168-5495

Assinaturas e comercialização:

CATAVENTO DISTRIBUIDORA DE

LIVROS S.A.

Rua Conselheiro Ramalho, 928

CEP 01325-000

São Paulo, SP - Brasil

Tel. (011) 289-0811

Fax: (011) 251-3756

Diretor Responsável: Álvaro Malheiros
Diretora: Suzana Fleury Malheiros

Supervisão Gráfica: Vânia Lúcia Amato
Composição: *Scripta*

SUMÁRIO

DOCTRINA

- FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO: PRIMEIRAS ANOTAÇÕES
— CALIXTO SALOMÃO FILHO 7
- THE SARBANES-OXLEY ACT AND THE RULES APPLICABLE TO
FOREIGN COMPANIES: THE POSSIBLE IMPACTS ON THE CAPITAL
MARKETS
— ANDREA FERNANDES ANDREZO 25

ATUALIDADES

- OS TÍTULOS DE CRÉDITO E O CÓDIGO CIVIL VIGENTE
— JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA 55
- DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE VOTO DAS AÇÕES PREFERENCIAIS
COM DIVIDENDO DIFERENCIADO
— JORGE LOBO 60
- O PROTESTO DE TÍTULO DE CRÉDITO EM QUE CONCORDATÁRIO
FIGURA COMO DEVEDOR DIRETO
— VINÍCIUS JOSE MARQUES GONTIJO 64
- O ACORDO GERAL SOBRE O COMÉRCIO DE SERVIÇOS (GATS) E O
TURISMO SUSTENTÁVEL
— HEE MOON JO 77
- ALIENAÇÃO DA EMPRESA NA FALÊNCIA E SUCESSÃO TRIBUTÁRIA
— HUMBERTO LUCENA PEREIRA DA FONSECA 87
- OS FUNDOS DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS À LUZ
DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA INSTRUÇÃO CVM 393
— JOÃO PAULO F. A. FAGUNDES 96
- O CONTROLE DO ESTADO EM SETORES ESTRATÉGICOS
— LUIS ANTONIO SEMEGHINI DE SOUZA e MARCELO COSAC 106

ESPAÇO DISCENTE

I — Textos Diversos

- CONTRATOS COLIGADOS
— JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEI 111

A SOCIEDADE EUROPÉIA: COMENTÁRIOS E REPRODUÇÃO DO
REGULAMENTO 2.157/2001

— CARLOS EDUARDO VERGUEIRO 129

II — Textos de Direito e Economia

O CONTRATO PRELIMINAR, O NOVO CÓDIGO CIVIL E A ANÁLISE
ECONÔMICA DO DIREITO

— THEREZA MARIA SARFERT FRANCO MONTORO 151

CONTRATO PRELIMINAR — BREVE ANÁLISE DOS ARTS. 462 A 466 DO
CÓDIGO CIVIL

— MARIA BEATRIZ LOUREIRO DE ANDRADE MARQUES 156

TEORIA DOS JOGOS: POR UMA PROPEDÊUTICA À ELABORAÇÃO
RACIONAL DA DECISÃO

— LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO 160

ALGUNS CONCEITOS ELEMENTARES DE TEORIA DOS JOGOS.
Uma análise sucinta de aspectos potencialmente relevantes

— ESTEVAN LO RÉ POUSADA 166

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS (ÁGUA) FORNECIDOS POR EMPRESA
CONCESSIONÁRIA — DIREITO AO CORTE POR FALTA DE PAGAMENTO

— HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA 177

TEXTOS CLÁSSICOS

A ATIVIDADE DO EMPRESÁRIO

— TULLIO ASCARELLI (tradução de ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA) 203

COLABORAM NESTE NÚMERO

ANDREA FERNANDES ANDREZO

Mestre em Contabilidade (USP) e em Direito (*Columbia University*). MBA Gestão Financeira e Risco (FIPECAFI/USP). Mestranda em Direito Comercial (USP). Advogada (PUC/SP). Contadora (USP)

CALIXTO SALOMÃO FILHO

Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP

CARLOS EDUARDO VERGUEIRO

Mestrando em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP

ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA

Professor-Doutor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP

ESTEVAN LO RÉ POUSADA

Mestrando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Mestre e Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Professor de Direito Comercial das Faculdades de Direito da USP e da FAAP. Membro do Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara do Comércio Brasil-Canadá. Consultor

HEE MOON JO

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo — USP. Professor do Curso de Pós-Graduação da Universidade de Franca

(UNIFRAN). Coordenador do NUPAZ (Núcleo de Pesquisa sobre Conflito e Justiça) da Universidade São Francisco (USF). Advogado e Árbitro Comercial do *Korea Commercial Arbitration Board*

HUMBERTO LUCENA PEREIRA DA FONSECA

Mestre em Direito Comercial pela Universidade Federal de Minas Gerais — UFMG. Mestre em Direito pela *New York University*. Ex-Procurador do Banco Central do Brasil. Consultor Legislativo de Direito Comercial e Econômico do Senado Federal

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Professor de Direito Comercial da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro — PUC/RJ. Advogado

JOÃO PAULO F. A. FAGUNDES

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo — PUC/SP. Mestre em Direito (LL.M) pela *Northwestern University School of Law*. Advogado em São Paulo

JORGE LOBO

Livre Docente em Direito Comercial pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro — UERJ. Advogado

JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEI

Mestre em Direito (LL.M) pela Universidade de Virginia, EUA. Mestrando em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo — USP. Advogado em São Paulo

LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO

Professor Titular de Direito Civil na Faculdade de Direito de São Bernardo do

Campo. Mestre em Direito Civil pela
Universidade de São Paulo — USP. Advogado em São Paulo

LUIS ANTONIO SEMEGHINI DE SOUZA

Mestre em Direito Comercial Internacional
pela *Notre Dame University*, Inglaterra

MARCELO COSAC

Advogado

MARIA BEATRIZ LOUREIRO DE ANDRADE
MARQUES

Doutoranda da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP. Advogada em São Paulo

THEREZA MARIA SARFERT FRANCO MONTORO

Mestranda em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP. Advogada em São Paulo

VINÍCIUS JOSE MARQUES GONTIJO

Doutorando e Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais — UFMG. Professor no Mestrado da Faculdade de Direito Milton Campos, na Graduação da Faculdade de Direito da UFMG e na Graduação e Pós-Graduação *Lato Sensu* da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais — PUC/MG. Advogado

Jurisprudência Comentada

SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS (ÁGUA) FORNECIDOS POR EMPRESA CONCESSIONÁRIA — DIREITO AO CORTE POR FALTA DE PAGAMENTO

Comentários de
HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA
ao acórdão do STJ no recurso especial 337.965-MG

REsp 337.956-MG — 2ª Turma do STJ
Rela.: Ministra Eliana Calmon
j. 2.9.2003
DJU 20.10.2003

Serviço público. Fornecimento de água. Corte por falta de pagamento. Admissibilidade. Prestação do serviço por concessionária. Natureza de direito privado. Pagamento feito sob a modalidade de tarifa que não se classifica como taxa. Circunstância em que o valor pago é considerado contraprestação, podendo haver a interrupção em caso de inadimplemento.

Ementa da redação: A relação jurídica, na hipótese de serviço público prestado por concessionária, tem natureza de direito privado, pois o pagamento é feito sob a modalidade de tarifa, que não se classifica como taxa. Nas condições indicadas, o pagamento é contraprestação, e o serviço pode ser interrompido em caso de inadimplemento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os Ministros da 2ª T. do STJ, por maioria, vencido o Sr. Min. Paulo Me-

dina, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Franciulli Neto e Francisco Peçanha Martins votaram com a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Castro Meira.

Brasília-DF, 2 de setembro de 2003.
Eliana Calmon, Relatora.

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do TJMG que entendeu haver permissão legal para a suspensão dos serviços de água por falta de pagamento, vez que a concessionária advertiu a usuária da suspensão do fornecimento caso não quitasse a dívida.

Alega a recorrente, com fulcro nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, violação aos arts. 22 e 42 da Lei 8.078/1990, bem como a ocorrência de dissídio jurisprudencial.

Sustenta que os mencionados dispositivos legais asseguram aos cidadãos servi-

ços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos, bem como, na cobrança de débitos, a não-exposição do consumidor a ridículo e a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

Com as contra-razões, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

A Exma. Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): No suporte fático da ação mandamental que deu origem a esse processo, temos consumidora de água que, embora sem queixas quanto à qualidade do serviço, está sem pagar as contas de consumo, desde maio/1999, em razão de dificuldades financeiras, visto ser viúva e estar desempregada. A empresa concessionária cobrou-a por diversas vezes, até que, em junho/1999, interrompeu o fornecimento.

A consumidora impetrou mandado de segurança alegando agressão a direito líquido e certo, garantido pelos arts. 22 e 42 do CDC, os quais asseguram a continuidade de do serviço.

Com base em precedentes do STJ, a segurança foi concedida em primeiro grau por entender o magistrado ilegal o corte no fornecimento de água, porque, em se tratando de relação de consumo de serviços essenciais, está obrigado o Poder Público a manter o fornecimento de água compulsoriamente, até mesmo a título gratuito, a quem não pode pagar.

Houve recurso e o TJMG reformou o julgamento, ao entendimento de que inexistente regra no Código de Defesa do Consumidor que Autorize o fornecimento gratuito do serviço de água, invocando o art. 6º, § 3º, II, da mesma Lei 8.987/1995, o qual permite a suspensão do fornecimento de serviços em caso de inadimplência.

A jurisprudência desta Corte, pela 1ª T., vem entendendo ser indevida a cessação dos serviços essenciais, tais como fornecimento de água, luz e telefone, devendo

as empresas concessionárias procurar cobrar as contas em atraso pelos meios adequados, sem solução de continuidade do serviço essencial. Nesse entendimento foi decidido o REsp 353.796-MA, cuja ementa bem retrata a posição da 1ª T.:

Direito do consumidor. Energia elétrica. Interrupção do fornecimento. Arts. 22 e 42 da Lei 8.078/1990 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor).

1. Recurso especial interposto contra acórdão que entendeu ser ilegal o corte de fornecimento de energia elétrica, em face do não pagamento de fatura vencida.

2. O art. 22 do CDC, assevera que "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". O seu parágrafo único expõe que "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".

3. Já o art. 42 do mesmo diploma legal, não permite, na cobrança de débitos, que o devedor seja exposto ao ridículo, nem que seja submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

4. Caracterização do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* para sustentar deferimento de ação com fim de impedir suspensão de fornecimento de energia a uma empresa.

5. Juízo emitido no âmbito das circunstâncias supra-reveladas que se prestigia.

6. Recurso especial improvido (1ª T., REsp 353.796-MA, Rel. Min. José Delgado, unânime, DJ 4.3.2002).

No mesmo sentido são os julgados que vão transcritos nas ementas:

Corte do fornecimento de água. Inadimplência do consumidor. Ilegalidade.

1. É ilegal a interrupção no fornecimento de energia elétrica, mesmo que

inadimplente o consumidor, à vista das disposições do Código de Defesa do Consumidor que impedem seja o usuário exposto ao ridículo.

2. Deve a concessionária de serviço público utilizar-se dos meios próprios para receber os pagamentos em atrasos.

3. Recurso não conhecido (1ª T., REsp 122.812-ES, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, unânime, DJ 26.3.2001).

Serviço público. Energia elétrica. Corte no fornecimento. Ilicitude.

I — É viável, no processo de ação indenizatória, afirmar-se, incidentemente, a ineficácia de confissão de dívida, à míngua de justa causa.

II — É defeso à concessionária de energia elétrica interromper o suprimento de força, no escopo de compelir o consumidor ao pagamento de tarifa em atraso. O exercício arbitrário das próprias razões não pode substituir a ação de cobrança (1ª T., REsp 223.778-RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, unânime, DJ 13.3.2000).

Administrativo. Agravo regimental. Recurso especial. Energia elétrica. Serviço público essencial. Corte de fornecimento. Consumidor inadimplente. Impossibilidade.

— Esta Corte vem reconhecendo ao consumidor o direito da utilização dos serviços públicos essenciais ao seu cotidiano, como o fornecimento de energia elétrica, em razão do princípio da continuidade (CDC, art. 22).

— O corte de energia, utilizado pela companhia para obrigar o usuário ao pagamento de tarifa em atraso, extrapola os limites da legalidade, existindo outros meios para buscar o adimplemento do débito.

— Precedentes.

— Agravo regimental improvido (1ª T., AgREsp 298.017-MG, Rel. Min. Francisco Falcão, unânime, DJ 27.8.2001).

Agravo regimental contra liminar que determinou à empresa concessionária a continuação da prestação de serviços de fornecimento de energia elétrica. Consumidor, "in casu", o Município, que repas-

sa a energia recebida aos usuários de serviços essenciais.

Consoante jurisprudência iterativa do E. STJ, a energia é 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.

O corte de energia, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade, uma vez que o direito de o cidadão se utilizar dos serviços públicos essenciais para a sua vida em sociedade deve ser interpretado com vistas a beneficiar a quem deles se utiliza.

O corte de energia autorizado pelo Código de Defesa do Consumidor e legislação pertinente é previsto *uti singuli*, vale dizer: da concessionária *versus* o consumidor isolado e inadimplente; previsão inextensível à Administração Pública por força do princípio da continuidade, derivado do cânone maior da supremacia do interesse público.

A mesma razão inspira a interpretação das normas administrativas em prol da Administração, mercê de impedir, no contrato administrativo a alegação da *exceptio inadimplenti contractus* para paralisar serviços essenciais, aliás inalcançáveis até mesmo pelo consagrado direito constitucional de greve.

A sustação do fornecimento previsto nas regras invocadas pressupõe inadimplemento absoluto, fato que não se verifica quando as partes reconhecem relações de débito e crédito, recíprocas e controversas, submetidas à apreciação jurisdicional em ação ordinária travada entre agravante e agravado.

O corte de energia em face do Município e de suas repartições atinge serviços públicos essenciais, gerando expressiva situação de periclitamento para o direito dos municípios. Liminar obstativa da interrupção de serviços essenciais que por si só denota da sua justeza.

Decisão interlocutória gravosa cuja retenção do recurso pode gerar situações

drásticas de *periculum in mora* para a coletividade local.

Agravo desprovido (1ª T., AgRgMC 3.982-AC, Rel. Min. Luiz Fux, unânime, DJ 25.3.2002).

Embora sejam os precedentes relativos a energia elétrica, entendo que se prestam para retratar o entendimento jurisprudencial que se estende à questão do fornecimento de água, também considerado serviço essencial.

Como se vê, o embasamento legal das decisões está nos arts. 22 e 42 do CDC, Lei 8.078, de 11.9.1990.

Para melhor interpretação da matéria, no momento em que a 2ª Turma a examina pela primeira vez, vale a pena transcrever o art. 22:

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.

Os serviços essenciais, na atualidade, são prestados por empresas privadas que recompõem os altos investimentos com o valor recebido dos usuários, através dos preços públicos ou tarifas, sendo certo que há um contrato que se estabelece entre concessionária e usuária, não sendo possível a gratuidade de tais serviços.

Assim como não pode a concessionária deixar de fornecer o serviço, também não pode o usuário negar-se a pagar o que consumiu, sob pena de se admitir o enriquecimento sem causa, com quebra do princípio da igualdade de tratamento das partes.

A paralisação do serviço se impõe quando houver inadimplência, repudiando-se apenas a interrupção abrupta, sem o aviso, como meio de pressão para o pagamen-

to das contas em atraso. Assim, é permitido o corte do serviço, mas com o precedente aviso de advertência.

À prestadora do serviço exige-se fornecimento de serviço continuado e de boa qualidade, respondendo ela pelos defeitos, acidentes ou paralisações, pois é objetiva a sua responsabilidade civil, como claro está no par. ún. do art. 22 do CDC. Como então aceitar-se a paralisação no cumprimento da obrigação por parte dos consumidores? Tal aceitação levaria à idéia de se ter como gratuito o serviço, o que não pode ser suportado por quem fez enormes investimentos e conta com uma receita compatível com o oferecimento dos serviços.

Esta é a interpretação que dou ao art. 22 e não consigo visualizar onde está a chancela legislativa para a tolerância da inadimplência, com a manutenção do serviço.

Por outro ângulo, diz o art. 42:

Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indébita tem direito à 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.

Procurei a interpretação autêntica desse dispositivo na palavra do Dr. Antônio Hermann de Vasconcellos e Benjamin, visto ter ele trabalhado na elaboração legislativa, buscando o real alcance da norma:

“O preceito não constava do texto original da Comissão de Juristas. Foi novidade trazida pelo substituto do Ministério Público — Secretaria de defesa do Consumidor. Na defesa de sua adoção, assim escrevi na justificativa juntada ao Substituto: ‘A tutela do consumidor ocorre antes, durante e após a formação da relação de consumo. São do conhecimento de todos os abusos que são praticados na cobrança de dívidas de consumo. Os artifícios são os

mais distintos e elaborados, não sendo raros, contudo, os casos de ameaças, telefonemas anônimos, cartas fantasiosas e até a utilização de nomes de outras pessoas. No Brasil, infelizmente, não há qualquer proteção contra tais condutas. O consumidor — especialmente o de baixa renda — é exposto ao ridículo, principalmente em seu ambiente de trabalho, tendo, ainda, seu descanso no lar perturbado por telefonemas, muitos deles em cadeia e até em altas horas da madrugada” (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 7ª ed., p. 334).

Aí está, portanto, o entendimento da norma transcrita, o que, em nenhum passo, impede a cobrança corriqueira e legítima, só reprimindo os abusos.

Segundo os comentários dos autores do anteprojeto, o art. 42 tem de ser lido em conjunto com o art. 71, dispositivo assim redigido:

Art. 71. Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas, incorretas ou enganosas, ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer.

Pena — Detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa.

Observe-se, portanto, que nenhum dos dois artigos autoriza a continuidade do serviço de forma gratuita.

O acórdão, para aceitar a cessação do fornecimento do serviço por inadimplemento do usuário, apoiou-se na Lei 8.987, de 13.2.1995, que, dispondo sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos prevê:

Art. 6º. (...).

§ 3º. Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I — motivado por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações;

II — por inadimplimento do usuário, considerado o interesse da coletividade (grifo nosso).

Entendo correto o acórdão impugnado. Efetivamente, não havendo serviço gratuito, é obrigação do usuário dos serviços, mesmo os essenciais, remunerá-los. Com pertinência, o Tribunal de Justiça, ao reformar o julgado, repito, apoiou-se em dispositivo da Lei de Concessão, a qual autoriza a interrupção do serviço, quando houver inadimplência, após prévio aviso (art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/1995).

Não ignoro, entretanto, a jurisprudência da 1ª Turma. Em recente julgado — REsp 430.812-MG — o Ministro José Delgado inaugurou mais um entendimento sobre o tema, ao impor à empresa concessionária indenização pelos constrangimentos sofridos pelo consumidor inadimplente com a suspensão do fornecimento de energia elétrica. O acórdão ficou assim ementado:

Administrativo. Direito do consumidor. Ação de indenização. Ausência de pagamento de tarifa de energia elétrica. Interrupção do fornecimento. Corte. Impossibilidade. Arts. 22 e 42 da Lei 8.078/1990 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor).

1. Recurso especial interposto contra acórdão que entendeu não ser cabível indenização em perdas e danos por corte de energia elétrica quando a concessionária se utiliza de seu direito de interromper o fornecimento a consumidor em débito. O corte de energia, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade.

2. Não resulta em se reconhecer como legítimo o ato administrativo praticado pela empresa concessionária fornecedora de energia e consistente na interrupção do fornecimento da mesma, em face de ausência de pagamento de fatura vencida.

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. O art. 22 do CDC, assevera que "os órgãos públicos por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigadas a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos". O seu parágrafo único expõe que "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". Já o art. 42, do mesmo diploma legal, não permite, na cobrança de débitos, que o devedor seja exposto ao ridículo, nem que seja submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. Os referidos dispositivos legais aplicam-se às empresas concessionárias de serviço público.

5. 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, os princípios constitucionais da inocência presumida e da ampla defesa.

6. 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.

7. É devida indenização pelos constrangimentos sofridos com a suspensão no fornecimento de energia elétrica.

8. Recurso especial provido para determinar o retorno dos autos ao juízo de origem a fim de que, e nada mais, o MM. Juiz aprecie a questão do *quantum* a ser indenizado (1ª T., REsp 430.812-MG, Rel. Min. José Delgado, unânime, DJ 23.9.2002).

Peço vênha para discordar do posicionamento da 1ª T. e ponderar sobre alguns aspectos:

1) o Brasil é um país com um contingente de pobres e excluídos em número

assustador, o que leva a população merecedora de direito líquido e certo a não pagar porque é pobre e está desempregada, como alegou a impetrante, assumida inadimplente;

2) a continuidade da atividade empresarial só será viável dentro de uma economia de livre mercado, se houver retorno nos investimentos econômicos;

3) se parte dos consumidores tem razão social para não pagar o consumo, este deverá ser suportado pelo contingente populacional que paga as suas contas, por via do aumento das tarifas, o que é profundamente injusto;

4) o inadimplemento por parte dos pobres e excluídos não pode ser solucionado pelos normais meios de cobrança, porque de nada vale executar quem não possui bens para garantir a execução; e

5) quando a inadimplência vem de empresa, pode-se ver a absurda hipótese dela incluir o valor das tarifas públicas como insumo, no preço do produto ou do serviço, recebendo-o dos adquirentes, sem repassar tais custos à concessionária.

Enfim, a conclusão a que se chega é a de que sob o aspecto legal, inexiste nos arts. 22 e 42 do CDC impedimento à paralisação do serviço, se há inadimplência e está o consumidor avisado de que será interrompido o fornecimento.

Sob o aspecto da norma específica, estão as concessionárias autorizadas a suspender os serviços, quando não pagas as tarifas (art. 6º, § 3º, Lei 8.987/1995); sob o aspecto ontológico, não se conhece contrato de prestação de serviço público, firmado com empresa pública, cujo não-pagamento seja irrelevante para o contratado; sob o ângulo da lógica capitalista, é impossível a manutenção de serviço gratuito por parte de grandes empresas que fazem altos investimentos.

Com estas considerações, nego provimento ao recurso, mantendo o acórdão.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Min. Paulo Medina: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do TJMG, que julgou possível a suspensão dos serviços de abastecimento de água a usuária inadimplente, entendendo não haver regra no Código de Defesa do Consumidor autorizativa do fornecimento gratuito do serviço. A suspensão estaria autorizada, ademais, pelo art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/1995, tendo a concessionária procedido ao aviso de suspensão do fornecimento, como exigido pela Lei de Concessões.

Aduz a recorrente, com fulcro nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, estar o acórdão vergastado a violar os arts. 22 e 42 do CDC, Lei 8.078/1990, bem como ocorrer divergência deste em relação a julgados de outros tribunais.

Sustenta que os mencionados dispositivos legais assegurariam aos cidadãos serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos, bem como a não exposição do consumidor a ridículo e a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça, na cobrança de débitos.

Contra-razões às *f*.

A Ministra-Relatora Eliana Calmon entendeu por negar provimento ao recurso, fundando o seu posicionamento nas seguintes razões:

— serem os serviços essenciais prestados por empresas privadas que estabelecem relação contratual com o usuário, não sendo possível a gratuidade dos serviços, mormente porque os investimentos realizados pelas primeiras são recompostos pelas tarifas recebidas dos últimos, contando as empresas com receita compatibilizada com o consumo dos serviços;

— não poder o usuário negar-se a pagar o que consumiu sob pena de admissão de enriquecimento ilícito e quebra do princípio da igualdade de tratamento das partes;

— ser possível o corte do serviço, com o precedente aviso de advertência;

— não haver chancela legislativa para o inadimplemento, não se extraindo dos arts. 22 e 42 do CDC tal inteligência;

— ser correto entendimento do Tribunal de origem, aplicando adequadamente o art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/1995.

Conclui a eminente Ministra:

Peço vênha para discordar do posicionamento da 1ª T. e ponderar sobre alguns aspectos:

1) o Brasil é um país com um contingente de pobres e excluídos em número assustador, o que torna a população merecedora de direito líquido e certo a não pagar porque é pobre e está desempregada, como alegou a impetrante, assumida inadimplente;

2) a continuidade da atividade empresarial só será viável dentro de uma economia de mercado aberto, se houver retorno nos investimentos econômicos;

3) se parte dos consumidores tem razão social para não pagar o consumo, este deverá ser suportado pelo contingente populacional que paga as suas contas, por via do aumento das tarifas, o que é profundamente injusto;

4) o inadimplemento por parte dos pobres e excluídos não pode ser solucionado pelos normais meios de cobrança, porque de nada vale executar quem não possui bens para garantir a execução;

5) quando a inadimplência vem de empresa, pode-se ter a absurda hipótese da mesma incluir o valor das tarifas públicas como insumo, no preço do produto ou do serviço, recebendo-o dos adquirentes, sem repassar tais custos à concessionária.

Enfim, a conclusão a que se chega é a de que sob o aspecto legal, inexistem os arts. 22 e 42 do CDC, impedimento à paralisação do serviço, se há inadimplência e está o consumidor avisado de que será interrompido o fornecimento.

Sob o aspecto da norma específica, estão as concessionárias autorizadas a sus-

pender os serviços, quando não pagas as tarifas (art. 6º, § 3º, Lei 8.987/1995); sob o aspecto antológico, não se conhece contrato de prestação de serviço, firmado com empresa pública, cujo não pagamento seja irrelevante para o contratado; sob o ângulo da lógica capitalista, é impossível a manutenção de serviço gratuito por parte de grandes empresas que fazem altos investimentos.

Pedi vista dos autos para exame mais aprofundado da matéria.

A controvérsia cinge-se à definição da possibilidade ou não de a empresa concessionária de serviço público de abastecimento de água e esgotamento sanitário interromper os serviços prestados ao usuário, por inadimplência deste.

A adequada solução da questão impescinde de análise detida dos serviços públicos, das formas de prestação destes, bem como da fixação dos caracteres e especificidades da *concessão de serviços públicos* e do regime jurídico a que o instituto está submetido.

Muito já se produziu, na doutrina administrativista, sobre a noção ou conceito de serviço público. Desde Duguit e sua concepção, então revolucionária, até os dias de hoje, o serviço público nunca deixou de ser "centro de atenção, contestação e revelação de tendências do Direito Público e, mais ainda, do *próprio modelo de Estado eleito em diferentes momentos e lugares*" (Cármem Lúcia Antunes Rocha, *Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 9).

Tem-se, dessa forma, que a noção de serviço público é cambiante. A fixação do conceito depende de variantes diversas como "o tempo e o meio, o direito positivo e a política vigente", como já asseverava Ruy de Souza, em 1952 ("Serviço do Estado e seu regime jurídico", *RDA* 28/10-37).

Assim, "definir serviço público", na sempre precisa lição de Marçal Justen Filho, "pressupõe definir e dimensionar o Estado e os *valores jurídicos fundamentais*"

(*Concessões de Serviços Públicos*, São Paulo, Dialética, 1997, p. 58).

Nesse diapasão, o conceito de serviço público deriva do modelo constitucional assumido. A Constituição, sendo a expressão primária e fundamental da vontade coletiva, organiza o Estado e *estabelece os fins a serem realizados*. Para consecução desses fins, organiza-se o poder político e se atribuem poderes jurídicos. A partir daí, *configuram-se os serviços públicos, meio de realização dos fins últimos do Estado*.

A Constituição brasileira de 1988 erige logo no art. 1º, *caput*, a República Federativa do Brasil em Estado Democrático de Direito, arrolando, nos incisos I a V, seus *princípios fundantes*, entre os quais se destacam o *da dignidade da pessoa humana* e do *valor social do trabalho*. O art. 170, por seu turno, que trata dos princípios regentes da "ordem econômica", após afirmar a valorização do trabalho humano como um de seus fundamentos, estatui, como um dos *fins* dessa ordem, a garantia de todos à *existência digna e a realização da justiça social*.

Desde logo, verifica-se a importância fundamental, a exemplo das Cartas Constitucionais mais avançadas (como a alemã, por exemplo) do respeito ao princípio da *dignidade da pessoa humana*, tomado como *fundamento* da República — art. 1º, III —, e como *fim* da ordem econômica — art. 170, *caput*.

Acentua Konrad Hesse que o art. 1º da Lei Fundamental da Alemanha "normaliza o princípio superior, incondicional e, na maneira de sua realização, indisponível, da ordem constitucional: *a inviolabilidade da dignidade do homem e a obrigação de todo o poder estatal de respeitá-la e protegê-la*" (Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, trad. da 20ª ed. alemã Dr. Luís Afonso Heck, Porto Alegre, Fabris, 1998, p. 109).

O princípio serve de referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, sendo de observância im-

sitiva, tanto no âmbito de atuação do setor público, quanto do setor privado. Como bem acentua Eros Roberto Grau: “Nesta sua segunda consagração constitucional, a *dignidade da pessoa humana assume a mais pronunciada relevância, visto comprometer todo o exercício da atividade econômica, em sentido amplo — e em especial, o exercício da atividade econômica em sentido estrito — com o programa de promoção da existência digna, de que, repito, todos devem gozar*. Daí por que se encontram constitucionalmente empenhados na realização desse programa — dessa política pública maior — tanto o setor público quanto o setor privado. Logo, *o exercício de qualquer parcela da atividade econômica de modo não adequado àquela promoção expressará violação do princípio duplamente contemplado na Constituição*” (*A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1998, p. 218).

A apreensão do conteúdo dos dispositivos legais pertinentes à controvérsia deve ser pautada, na esteira do aduzido, por uma ótica protecionista, assentada no primado dos princípios da dignidade da pessoa humana e da defesa do usuário dos serviços públicos (identificado o conceito deste, em linhas gerais, como o de “consumidor — que é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, seja ele particular ou ente público” — AgRg no REsp 298.017, Rel. Ministro Francisco Falcão).

Lapidar, neste aspecto, a lição de Juares Freitas, que transcrevo:

“A concretização dos valores jurídicos fundamentais, bem observada, opera como processo único. Entretanto, de modo inegavelmente matizado, as normas de ordem pública destinam-se a proteger determinados bens indisponíveis, cumprindo interpretá-las de sorte a conferir a máxima *efetividade* à tutela dos mais elevados elementos constitutivos do sistema. Neste quadro, apresentam-se como de ordem pública os princípios e as regras que disciplinam,

especificamente, as relações de consumo, observados incontornáveis parâmetros de matriz constitucional, donde segue que reclamam hermenêutica nuançada e rigorosamente peculiar. Avulta, sobremaneira, o *princípio constitucional da defesa ou proteção do consumidor de serviços públicos, que implica, antes de mais, o reconhecimento da vulnerabilidade dos usuários*. (...) Assim, *impõem-se que sejam fornecidos e fiscalizados sob a ótica da preservação deste vetor basilar, dado que o mesmo se inclui entre as inarredáveis finalidades cimeiras do nosso Estado Democrático, o qual, no cerne, somente experimenta sentido se voltado para a cidadania ativa, que, de sua vez, apenas se legitima quando imantada pelo interesse geral. Qualquer inversão de semelhante ordem representa a negação da idéia de democracia e dos núcleos fortes do Estado Fundamental*.

“Em outras palavras, a compreensão dos diplomas atuais e, sobretudo, daquele exigido pela EC 19/1998, deve radicar na *defesa positiva da proteção do consumidor dos serviços públicos como diretriz suprema de ordem pública, superposta, em face disso, às regras e aos ajustes contratuais* (...). Destarte, no estudo das relações de consumo de serviços atinentes ao Poder Públicos (ainda aquelas entretecidas por delegação, nos casos de execução indireta), ale de sobrepassar o fragmentarismo normativo vigente, urge fazer com que a *dignidade da pessoa do consumidor seja o prisma hierarquizado como vitorioso*, por se tratar, de modo insofismável, de imperativa derivação do princípio da intervenção essencial do Estado, seja em virtude do assento constitucional expresso e abrangente (CF, arts. 5º, XXXII, 170 e 175), seja por força da larga, embora dispersa e precária, regência infraconstitucional (v.g., Lei 8.987/1995, art. 7º; Lei 8.078/1990, art. 6º, X; Lei 9.472, art. 3º, e Lei 9.478, art. 1º, III), seja à *mercê da intrínseca nota de essencialidade de tais serviços*, os quais, por definição, mesmo os supostamente contingentes, assumem os tons dimanantes do

caráter irrenunciável de sua titularidade (sempre pertencente ao Poder Público, nada obstante transferível a execução)” (Juarez Freitas, “Proteção do consumidor de serviços públicos e o novo regime em face da EC 19/1998”, *Ciência Jurídica* 84/40 *et seq.*).

Em relação aos aspectos aqui encarados, o conceito de serviço público fixado pelo autor é especialmente adequado ao modelo constitucional brasileiro de 1988. Para ele, “serviço público é todo aquele essencial para a realização dos objetivos fundamentais do Estado Democrático, devendo, por isso mesmo, ser prestado sob regime peculiar juspublicista” (*Estudos de Direito Administrativo*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1997, p. 33).

Extrai-se, como primeira conclusão, que a solução de qualquer controvérsia que gire em torno da prestação de serviços públicos, deve observar os princípios fundantes do ordenamento jurídico constitucional brasileiro, *dotados de caráter impositivo e conformador*, especificamente o da dignidade da pessoa humana e da proteção do usuário.

Assentada a definição de serviço público, com as notas essenciais que lhe fornece a Constituição Federal, cumpre perquirir acerca das formas de prestação desses serviços, bem como sobre o regime jurídico a que estão submetidos.

A intervenção direta do Estado no domínio econômico faz-se sob duas modalidades. Ou o Estado desempenha atividade econômica ou presta serviços públicos.

A distinção apresenta enorme relevância porque retrata a *existência de dois regimes jurídicos distintos*. A atividade de natureza econômica sujeita-se a regime próprio do direito privado, ainda que os princípios gerais do direito público continuem aplicáveis e encontra tratamento, em sede constitucional, no art. 173. Já o desempenho de serviço público submete-se a regras inerentes ao direito público, especialmente, a disciplina do art. 175 da CF.

Assim é que o artigo constitucional mencionado possibilita ao Estado a prestação dos serviços públicos, *direta ou indiretamente*, neste último caso sob o regime de concessão ou permissão.

A titularidade do serviço público pertence, irrenunciavelmente, ao Poder Público. A execução é que tanto pode ser realizada pela Administração direta quanto conferida por lei específica às autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, assim como delegadas a entes privados por contrato (concessão ou permissão).

Em todos os casos, *o regime jurídico a que se submete a prestação do serviço é o de direito público*, ainda quando privados os métodos de gestão. Por razões óbvias. Não obstante se valha o Estado de *técnica de gestão de delegação do serviço*, este não deixa de ser público, *não se afastando a obrigação estatal de prestá-lo e nem a responsabilidade pela adequada prestação do mesmo*.

No sentido apontado, a lição de Odete Medauar:

“Mediante a concessão de serviço público, a Administração atribui a um particular encargos que lhe são próprios. Assim, *o concessionário realiza incumbência que o ordenamento destina ao órgão público*; a concessão envolve, portanto, atividades ou interesses que não podem ficar no âmbito da autonomia privada porque são reservados aos Poderes Públicos. Daí a fórmula contida no *caput* do art. 175 da Constituição Federal de 1988: ‘Incumbe ao Poder Público (...) a prestação dos serviços públicos’.

“No entanto, a Administração não pode se desvincular do serviço público, quando concedido. *O serviço é concedido, mas permanece serviço público*; a concessão não configura abandono, desligamento total. O estado continua o ‘fiador’ da execução perante a coletividade” (“A figura da concessão”, in Odete Medauar (coord.),

Concessão de Serviço Público, São Paulo, Ed. RT, p. 13).

A submissão da prestação de serviços públicos a regime jurídico de direito público importa na configuração de alguns traços específicos na disciplina destes, como enumera, em caráter não exaustivo, Celso Antônio Bandeira de Mello:

“1) dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação, seja diretamente, nos casos em que é prevista a prestação direta, seja indiretamente, mediante autorização, concessão ou permissão (...);

“2) princípio da supremacia do interesse público, em razão de que, tanto no concernente à sua organização quanto no relativo a seu funcionamento, o norte obrigatório de quaisquer decisões atinentes ao serviço serão as conveniências da coletividade; *jamaís os interesses secundários do Estado ou dos que hajam sido investidos no direito de prestá-los (...)*;

“3. princípio da adaptabilidade (...); 4) princípio da universalidade (...); 5) princípio da impessoalidade (...); 6) princípio da continuidade, significando isto a impossibilidade de sua interrupção e o pleno direito dos administrados a que não seja suspenso ou interrompido (...)” (*Curso de Direito Administrativo*, 14^a ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2002, p. 604).

Sobre a peculiaridade do regime jurídico a que se submetem os serviços públicos, consigna, a seu turno, o mestre argentino Luis R. Pérez Sanchez:

“Las necesidades colectivas que se satisfacen por el procedimiento — técnica — del servicio público conducen a la instauración de un régimen jurídico peculiar, que no es otra cosa que un aspecto del llamado ‘régimen exorbitante’ propio del derecho administrativo y que se constituye con una serie de prerrogativas, obligaciones y garantías. (...) Hay acuerdo generalizado en considerar como caracteres del servicio público: *a la continuidad, regularidad, uniformidad, generalidad y obligatoriedad* y estos nos han sufrido merma alguna raíz del

proceso de reforma del Estado y de la Constitución Nacional, por el contrario, a partir de que esta última ha instituido expresamente al usuario como titular del interés público o colectivo que justifica el sometimiento de una determinada actividad al régimen del servicio público, han alcanzado una dimensión que durante muchos años fue desconocida en la realidad.”

“As necessidades coletivas que satisfazem pelo procedimento — técnica — do serviço público conduzem à instauração de um regime jurídico peculiar, que não é outra coisa que um aspecto do chamado ‘regime exorbitante’ próprio do direito administrativo e que se constitui em uma série de prerrogativas, obrigações e garantias. (...) Há um consenso em considerar como características do serviço público: *a continuidade, regularidade, uniformidade ou universalidade, generalidade e obligatoriedade* e elas não sofreram diminuição alguma com o processo de reforma do Estado e da Constituição Nacional, pelo contrário, a partir desta última instituiu expressamente o usuário como titular do interesse público coletivo que justifica a submissão de uma determinada atividade ao regime do serviço público, eles alcançaram uma dimensão que durante muitos anos foi desconhecida na realidade.”

Sobre a continuidade do serviço público deixa assentado o referido autor:

“La continuidad: ésta indica que el servicio debe prestarse toda vez que la necesidad que satisfase se haga presente, ahora bien, que el servicio público deba prestarse sin interrupciones no implica obviamente, en todos los casos continuidad física — *no obstante para los casos del gas, electricidad, telefonía e agua esa continuidad reviste carácter absoluto* — cuestión que se explica por la *necesidad vital* que revisten en la vida moderna y que pone de manifiesto una vez más la vigencia del ‘Estado de la procura existencial’ como señalamos en otra parte del trabajo y, que ahí también el gran acierto de dotar al usuario — beneficiario o víctima de la presta-

ción o de la falta de ella — de verdadera capacidad jurídica para demandar — en sentido amplio — la prestación” (“Servicio público. Técnica de protección al usuario”, *Cuadernos de la Universidad Austral*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pp. 84-85).

“A continuidade: esta indica que o serviço deve prestar-se toda vez que a necessidade que satisfaz se faça presente, sendo certo que o serviço público deva prestar-se sem interrupções, não implica obviamente, em todos os casos continuidade física — *não obstante para os casos do gás, eletricidade, telefonia e água esta continuidade revestir caráter absoluto* — questão que se explica pela *necessidade vital* que revestem na vida moderna e que expõe a público mais uma vez a vigência do ‘Estado de procura existencial’, como assinalamos em outra parte do trabalho e, de também, com grande acerto, de dotar o usuário — beneficiário ou vítima da prestação ou da falta dela — de verdadeira capacidade jurídica de demandar — em sentido amplo — a prestação.”

O excerto permite a conclusão de que aqui, como alhures, os serviços públicos essenciais, erigidos em necessidade vital não podem ser suprimidos, em virtude do regime jurídico específico a que estão submetidos, mormente em decorrência de questões e relações atinentes exclusivamente ao âmbito do direito privado e contratual, em evidente detrimento do interesse público.

Conclui, com acerto, o mestre argentino:

“Si la actividad del particular ‘concesionario o licenciatario’ queda sometida a un régimen de derecho público, con plena vigencia de los caracteres del servicio público, es decir con importantes limitaciones al principio de la libertad de comercio, bajo un severo control de la administración concedente, la lógica consecuencia es que la relación entre concesionario y usuario se rijan también por el derecho público” (ob. cit., p. 97).

“Se a atividade do particular ‘concessionário ou licenciatário’ resta submetida a um regime de direito público, com plena vigência das características do serviço público, é dizer com importantes limitações ao princípio da liberdade de comércio, baixo um severo controle da administração concedente, a consequência lógica é que a relação entre concessionário e usuário seja regida também pelo direito público.”

A submissão dos serviços públicos a regime específico, caracterizado pela continuidade vai importar, dessa forma, na inoponibilidade da cláusula de *exceptio non adimpleti contractus*, prevista no art. 1.092 do CC, seja na relação concedente x concessionário, seja na relação concessionário x usuário, em se tratando de serviços essenciais.

A propósito da inoponibilidade da “exceção de contrato não cumprido”, extensível às relações entre concessionária e usuário, como ressaltado, deixou assentado o Min. Luiz Fux, com apoio de Márcio Fernando Elias Rosa e Hely Lopes Meirelles, no julgamento do AgRg na MC 3.982-AC, DJ 25.3.2002:

“(…) Também por força desse princípio, ao menos em tese, não pode o contrato administrativo não ser cumprido pelo contratado, ainda que a Administração — contratante — tenha deixado de satisfazer suas obrigações contratuais. Não é aplicável aos contratos administrativos, via de regra, a chamada exceção de contrato não cumprido (art. 1.092 do CC), ou *exceptio non adimpleti contractus*, assim como, por força desse princípio, admite-se a encampação da concessão de serviço público” (Márcio Fernando Elias Rosa, *Direito Administrativo — Sinopses Jurídicas*, São Paulo, Saraiva, pp. 18-19).

No mesmo diapasão o insuperável Hely Lopes Meirelles ao abordar a interpretação das normas de direito administrativo e a denominada *exceptio non adimpleti contractus*:

“(…)”

“O direito administrativo não é refratário, em linhas gerais, à aplicação analógicas das regras de direito privado, mesmo porque já não se pode mais considerá-lo um direito excepcional. Mas, sendo um ramo do direito público, nem todos os princípios de hermenêutica do direito privado lhe são adequados. *A diversidade de seu objeto, a natureza específica de suas normas, os fins sociais a que elas se dirigem, o interesse público que elas visam sempre a tutelar, exigem regras próprias de interpretação e aplicação das leis, atos e contratos administrativos.*

“(…) Ao aplicador da lei compete interpretá-la de modo a estabelecer o equilíbrio entre os privilégios estatais e os direitos individuais, sem perder de vista aquela supremacia. (…)

“Com efeito, enquanto nos contratos entre particulares é lícito a qualquer das partes cessar a execução do avençado quando a outra não cumpre a sua obrigação (CC, art. 1.092), nos ajustes de direito público o particular não pode usar dessa faculdade contra a Administração. *Impede-o o princípio maior da continuidade do serviço público, que veda a paralisação da execução do contrato mesmo diante da omissão ou atraso da Administração no cumprimento das prestações a seu cargo.* Nos contratos administrativos a execução é substituída pela subsequente indenização dos prejuízos suportados pelo particular ou, ainda, pela rescisão por culpa da Administração. O que não se admite é a paralisação sumária da execução, pena de inadimplência do particular, contratado, ensejadora da rescisão unilateral” (*Direito Administrativo Brasileiro*, 24^ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, pp. 43 e 198-199).

O entendimento foi positivado na Lei 8.987/1995, que previu no par. ún. do art. 39, o seguinte:

Art. 39. (…)

Parágrafo único. Na hipótese prevista no caput deste artigo, os serviços prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado.

Comentando o dispositivo, consigna Marçal Justen Filho: “O parágrafo único consagra a impossibilidade de o concessionário invocar a exceção de contrato não cumprido. Portanto, o inadimplemento do poder concedente não autoriza a recusa do concessionário em cumprir seus deveres. Estará obrigado a dar seqüência à prestação dos serviços públicos, não obstante as falhas do Estado. Respeita-se, desse modo, o postulado da continuidade dos serviços públicos e assegura-se o interesse da coletividade” (ob. cit., p. 364).

Acertadamente, o par. ún. do art. 39 da Lei de Concessões, permite a interrupção da prestação do serviço, *única e exclusivamente*, após o *trânsito em julgado de decisão judicial*, a demonstrar o necessário e imprescindível respeito aos primados da legalidade e da jurisdição uma, tal como configurados no Estado de Direito brasileiro. Em outras palavras, o artigo exclui a utilização arbitrária das próprias razões ou o uso da força sem o respaldo do Poder Judiciário, para obtenção, por quem quer que seja, de suposto crédito ou direito.

Fixadas as diretrizes para o adequado tratamento da matéria, tem-se que o entendimento pacificado desta E. Corte, atende, com inegável razão, aos imperativos constitucionais legais.

O posicionamento firmado por este STJ, remansoso, é o da impossibilidade de interrupção de serviço público essencial. Nesse sentido, colaciono os seguintes julgados:

a) AgRg no REsp 298.017, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 27.8.2001:

Administrativo. Agravo regimental. Recurso especial. Energia elétrica. Serviço público essencial. Corte de fornecimento. Consumidor inadimplente. Impossibilidade.

— Esta Corte vem reconhecendo ao consumidor o direito da utilização dos serviços públicos essenciais ao seu cotidiano, como o fornecimento de energia

elétrica, em razão do princípio da continuidade (CDC, art. 22).

— O corte de energia, utilizado pela companhia para obrigar o usuário ao pagamento de tarifa em atraso, extrapola os limites da legalidade, existindo outros meios para buscar o adimplimento do débito.

— Precedentes.

— Agravo regimental improvido.

b) RMS 8915-MA, Rel. Min. José Delgado, DJ 17.8.1998:

(...) 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 CDC, aplicam-se às empresas concessionárias de serviço público.

5. O corte de energia, como forma de compelir o usuário ao pagamento da 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.

c) AgRg na MC 3.982-AC, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 25.3.2002:

Agravo regimental contra liminar que determinou à empresa concessionária a continuação da prestação de serviços de fornecimento de energia elétrica. Consumidor, "in casu", o Município, que repassa a energia recebida aos usuários de serviços essenciais.

Consoante jurisprudência iterativa do E. STJ, a energia é um bem essencial à população, constituindo-se serviço públi-

co indispensável, subordinado ao princípio da continuidade de sua prestação, pelo que se torna impossível a sua interrupção.

O corte de energia, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade, uma vez que o direito de o cidadão se utilizar dos serviços públicos essenciais para a sua vida em sociedade deve ser interpretado com vistas a beneficiar a quem deles se utiliza.

d) REsp 223.778-RJ, Rel. Min. Gomes de Barros, DJ 13.3.2000:

Serviço público. Energia elétrica. Corte no fornecimento. Ilícitude.

I — É viável, no processo de ação indenizatória, afirmar-se, incidentemente, a ineficácia de confissão de dívida, à míngua de justa causa.

II — É defeso à concessionária de energia elétrica interromper o suprimento de força, no escopo de compelir o consumidor ao pagamento da tarifa em atraso. O exercício arbitrário das próprias razões não pode substituir a ação de cobrança.

Nesse diapasão, a inteligência do art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987, reputado violado pela recorrente, só pode ser a fixada por Marçal Justen Filho que, a respeito, afirmou:

"A hipótese do inc II não autoriza, porém, a suspensão de serviços obrigatórios, cuja prestação se faz no interesse público ou é essencial à dignidade da pessoa humana. Essa é a situação específica do fornecimento de água tratada e de coleta de esgotos. A instalação da rede de distribuição de água tratada e de coleta de esgotos não se faz como meio de satisfação do interesse individual dos usuários. Trata-se de instrumento de saúde pública. Através desses serviços eliminaram-se quase totalmente as epidemias, transmitidas anteriormente através da contaminação da água. A suspensão dos serviços de água e esgoto representaria risco à saúde pública, na medida em que alguns dos integrantes da comunidade poderiam adquirir doenças, evitável através do tratamento de água e esgoto.

“(…).

“Em suma, quando a Constituição Federal assegurou a dignidade da pessoa humana e reconheceu o direito de todos à seguridade, introduziu obstáculo invencível à suspensão de serviços públicos essenciais” (*Concessões de Serviços Públicos*, São Paulo, Dialética, 1997, p. 130).

As razões aduzidas estão a justificar também a prevalência do contido nos arts. 22 e 42 do CDC sobre as demais normas pertinentes, pelo menos até a edição da legislação específica, prevista pelas alterações introduzidas pela Emenda 19/1998.

Ressalte-se que a interpretação sistêmica do ordenamento jurídico não elide a incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor ao caso, sob suposto fundamento de tratarem-se de normas gerais, a serem desprezadas quando em confronto com a legislação específica das concessões, precisamente, o art. 6º, § 3º, II.

Com efeito, dispõe a última norma citada:

Art. 6º. Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º. Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

(...).

§ 3º. Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I — (...);

II — por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

Como ressaltado acima, o dispositivo não faz referência expressa aos serviços essenciais, sendo impositiva a exclusão destes da autorização de suspensão do serviço por inadimplemento do usuário.

O art. 22 do CDC, ao revés, faz expressa remissão aos serviços essenciais. Tenha-se do artigo:

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.

Já o art. 7º da Lei de Concessões — Lei 8.987/1995, ressalva, com todas as letras, a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, no tocante aos direitos dos usuários. Consigna o dispositivo:

Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

I — receber serviço adequado.

Verifica-se que, no concernente aos serviços essenciais, a norma específica, asseguradora do direito à continuidade do serviço público ao usuário, é do art. 22 do CDC, não existindo razão a determinar suposta prevalência do inc. II do § 3º do art. 6º da Lei de Concessões.

Em síntese: a impossibilidade de supressão dos serviços públicos essenciais por inadimplemento do usuário, seja pessoa física ou jurídica, ressaí evidente de uma análise aprofundada do ordenamento jurídico pátrio.

Admitir-se a utilização do corte do fornecimento de energia elétrica, como forma de coação ao pagamento pelo inadimplente, importa evidente agressão aos princípios fundantes do ordenamento constitucional. Fere-se, a toda evidência, o princípio da dignidade da pessoa humana e o da proteção do usuário. Por evidente que suposto interesse financeiro da concessionária não pode ser oposto aos princípios elencados.

A vedação da supressão do serviço público decorre também do regime de direito público — administrativo — a que o mesmo está submetido. O regime resguarda a continuidade do serviço público e a

inoponibilidade da *exceptio non adimpleti contractus* pela concessionária ao usuário, características que estão a determinar, necessariamente, a conclusão aqui inferida.

O serviço essencial, mesmo quando delegado, continua público, não afastando a obrigação estatal de prestá-lo. De maneira correlata, não resta suprimido o direito público subjetivo do usuário de exigir a sua prestação.

A afirmação está a demonstrar que a questão do eventual inadimplemento do usuário, no caso dos serviços essenciais, não encontra solução na relação usuário x concessionária, como pretendido pela corrente.

A inafastabilidade do dever estatal em relação ao serviço público essencial determina que a solução da questão efetue-se entre o poder concedente e o concessionário. Como bem ressaltado por Marçal Justen Filho:

“Nesses casos, o Estado dispõe de duas escolhas. A primeira é promover a cobrança compulsória do valor correspondente à tarifa, para haver do usuário o montante correspondente aos serviços que continuam a ser prestados. A segunda é, verificando a carência de recursos, custear a manutenção da prestação dos serviços (inclusive e se for o caso, através da elevação das tarifas) cobradas dos demais usuários. Nesta última alternativa, a comunidade arcará com o custo dos serviços. A carência de recursos não autoriza a supressão da existência e da dignidade da pessoa humana” (ob. cit., p. 130).

A eventual transferência do ônus financeiro ao Poder Público não é descabida e não ofende ao direito, ao revés, dá pleno atendimento aos ditames constitucionais, materializando, outrossim, o princípio da solidariedade social.

A lição de Marcello Caetano é precisa:

“O direito dado ao concessionário de cobrar taxas, segundo as tarifas que forem fixadas, não é o único elemento financeiro nas relações entre concedente e concessio-

nário. Pode, na verdade, a insuficiência dos preços ser suprida pela assistência do concedente.

“Ao fazer-se a concessão pode verificar-se que mesmo fixando taxas muito altas será pouco provável que, ao menos nos primeiros anos de exploração, o rendimento do serviço cubra o seu custo. Assim, uma via férrea, por exemplo, pode ser projectada para promover o fomento de uma região ainda pouco produtiva e pobre, prevendo-se que antes de um período longo não se conseguirá nela o tráfego suficiente para tornar remuneradora a exploração. O serviço público destina-se justamente a realizar aquilo que a iniciativa privada não faria só por si à míngua do estímulo do lucro: conveniências políticas e sociais impõem que se beneficiem regiões e comunidades atrasadas, independentemente da rentabilidade da exploração do serviço.

“Nesses casos, como em geral naqueles em que o concedente pretenda praticar preços políticos, este deve tomar o encargo de pagar tal benefício social ou conveniência política.

“(…).

“Nasce assim a assistência financeira do concedente ao concessionário, traduzida por subvenções, subsídios, garantias de rendimento.

“Umaz vezes trata-se de prestações certas e regulares a pagar ao concessionário durante certo número de anos (uma subvenção fixa anual, por exemplo). Outras vezes trata-se de prestações eventuais que o concedente só pagará se os rendimentos da exploração do ano não permitirem a remuneração do capital investido (garantia de dividendo) ou só do capital obtido por empréstimo (garantia de juros). Noutros casos, ainda, o subsídio é eventual e extraordinário destinando-se a compensar certos prejuízos que se hajam verificados por motivos imprevistos ou certas despesas anormais” (*Direito Administrativo*, v. II, 10^a ed., Coimbra, Almedina, pp. 1.126-1.127).

Interessante sugestão é trazida por Marcos Juruena Villela Souto, no sentido apontado: “Uma sugestão, para conciliar entendimentos, é no sentido de que o concedente ressarça o concessionário, após um período fixado no contrato, para que não haja quebra do equilíbrio contratual, sub-rogando-se nos direitos deste em face do usuário, dele cobrando em juízo; assim, atende-se o interesse público e a dignidade do consumidor, sem afastar os investidores” (*Desestatização — Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulação*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2001, p. 425).

Acresça-se que a Lei 8.987/1995, no art. 13, prevê a possibilidade de diferenciação de tarifas, em função das características técnicas, dos custos específicos e dos distintos segmentos de usuários. Transcrevo o dispositivo:

Art. 13. As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários.

O artigo em comento permite, dessa forma, a fixação de tarifa social ou subvencionada, em virtude da ausência de recursos do usuário. A possibilidade vem a corroborar o entendimento defendido. A propósito, tenha-se de Marçal Justen Filho, comentando a norma:

“O primeiro tópico a discutir refere-se à admissibilidade da vinculação das tarifas a circunstâncias subjetivas patrimoniais dos usuários. Aplicar-se-ia uma modalidade do princípio da capacidade contributiva, de molde a que os desvalidos do destino recebessem tratamento mais favorecido. Não parece questionável a validade (aliás, obrigatoriedade) dessa solução, em face dos princípios constitucionais fundamentais. (...) A solidariedade consagrada constitucionalmente significa, como inúmeras vezes afirmado, que a *ausência de recursos não pode constituir obstáculo à fruição de serviços públicos*. Aliás, muito ao contrário, a pobreza exige intervenção

protetora do Estado e pressupõe necessidade muito mais intensa de receber serviços aos quais o indivíduo não tem acesso por outra via” (ob. cit., p. 164).

Outrossim, o art. 11, também da Lei de Concessões, possibilita que o Poder Concedente preveja, em favor da concessionária, outras fontes de receitas, o que estaria a viabilizar a transferência dos encargos mencionados. Dispõe o art. 11:

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de *outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas*, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Os argumentos de ordem capitalista não impressionam. O Estado e as concessionárias, ou os fornecedores de serviços públicos, é que existem para o cidadão-usuário, não o reverso, sendo esta a tônica a nortear as relações estabelecidas, como suficientemente demonstrado.

Todo entendimento exposto adquire caráter de maior relevância quando se verifica que os serviços de água e esgotamento sanitário são de natureza compulsória, consistindo em instrumento de salubridade e de saúde públicas, não havendo, dessa forma, faculdade do usuário de aderir ou não ao serviço.

Quanto ao caráter impositivo do serviço de água, assentou este Tribunal, no julgamento do REsp 167.498-SP, Rel. Min. José Delgado, DJ 24.8.1998:

Tributário. Serviço de fornecimento de água. Taxa. Natureza tributária.

1. O serviço de fornecimento de água e esgoto é cobrado do usuário pela entidade fornecedora como sendo taxa, quando tem compulsoriedade.

2. Trata-se, no caso em exame, de serviço público concedido, de natureza compulsória, visando atender necessidades coletivas ou públicas.

3. (...).

4. Prevalência no ordenamento jurídico das conclusões do X Simpósio Nacional de Direito Tributário, no sentido de que "a natureza jurídica da remuneração decorre da essência da atividade realizadora, não sendo afetada pela existência da concessão. O concessionário recebe remuneração da mesma natureza daquela que o Poder Concedente receberia, se prestasse diretamente o serviço" (RF 299/40, jul.-set. 1987).

5. O art. 11 da Lei 2.312, de 3.9.1994 (Código Nacional de Saúde) determina: "É obrigatória a ligação de toda construção considerada habitável à rede de canalização de esgoto, cujo afluente terá destino fixado pela autoridade competente".

6. (...).

7. Obrigatoriedade do serviço de água e esgoto. Atividade pública (serviço) essencial posta à disposição da coletividade para o seu bem-estar e proteção à saúde, no Município de Santo André.

8. "A remuneração dos serviços de água e esgoto normalmente é feita por taxa, em face da obrigatoriedade da ligação domiciliar à rede pública" (Hely Lopes Meirelles, *Direito Municipal Brasileiro*, 3ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1977, p. 492).

9. "Se a ordem jurídica obriga a utilização de determinado serviço, não permitindo o atendimento da respectiva necessidade por outro meio, então é justo que a remuneração correspondente, cobrada pelo poder Público, sofra as limitações próprias do tributo" (Hugo de Brito Machado, "Regime tributário da venda de água", *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral da Fazenda Estadual/Minas Gerais* 5/11).

10. (...).

11. Recurso especial provido.

Por fim, vale transcrever o entendimento de Luis Sanchez:

"(...) El mercado libre, y el libre juego de la oferta e demanda son un instrumento económico necesario o utilísimos, pero de sí no producen justicia, ni por consiguiente solidaridad. (...) En definitiva, nos guía una visión en la que por un lado, el hombre sigue siendo la medida, porque el Estado es para el hombre y non el hombre para el Estado, y por el otro lado tampoco compartimos la postura de los que entronizan la utilidad y la convierten en el rector de la gestión de gobierno, los que confunden bien común con superávit, los que priorizan la balanza comercial por sobre la balanza de la justicia distributiva. Vamos llegando así al nudo gordiano de nuestras reflexiones en torno al servicio público, instituto que, como ya hemos adelantado, se encuentra necesariamente imbricado con los fines del Estado, dado que, si el bien común es la meta del Estado, la autoridad su herramienta y la solidaridad su camino (...)" (Luis R. Pérez Sánchez, ob. cit., p. 54).

"(...) O mercado livre, o livre jogo da oferta e demanda são um instrumento econômico necessário ou utilíssimo, mas de si não produzem justiça, nem por conseguinte solidariedade. (...) Em definitivo, nos guia uma visão de que, por um lado, o homem segue sendo a medida, porque o Estado é para o homem e não o homem para o Estado, e por outro lado, tampouco compartilhamos da postura dos que entronizam a utilidade e a convertem no retor da gestão de governo, os que confundem bem comum com superávit, os que priorizam a balança comercial sobre a balança da justiça distributiva. Vamos chegando assim ao nó górdio de nossas reflexões em torno do serviço público, instituto, que como já temos adiantado, se encontra necessariamente imbricado com os fins do Estado, dado que, se o bem comum é a meta do Estado, a au-

toridade sua ferramenta e a solidariedade seu caminho (...)."

Assinalo que a missão institucional deste E. STJ é, por imposição constitucional, a de uniformização do direito federal. Cumpre-nos, dessa forma, firmar o entendimento acerca da questão federal suscitada, entregando ao jurisdicionado, em casos idênticos, resposta firme, certa e homogênea. Entendo, na esteira do aduzido, que o posicionamento deste Tribunal, na hipótese tratada, deve ser em relação à tese jurídica submetida à apreciação, concluindo pela possibilidade ou não do corte de fornecimento de serviço essencial, descabidas considerações casuísticas.

Posto isso, dou provimento ao recurso.

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Min. Francisco Peçanha Martins: Na República, não há falar nos cofres ou jóias da Coroa. O Estado tem cofre vazio e o enche com a cobrança de impostos, taxas, contribuições, enfim, tributos. Os serviços públicos, essenciais ou necessários, são custeados diretamente pelo Estado mediante verbas públicas orçamentárias ou por terceiros, concessionários e permissionários, remunerados pelos usuários dos bens ou serviços prestados. Assim temos, por exemplo, o pagamento de pedágio para remunerar o custo de construção e manutenção de estradas, e tarifas para pagar o custo do fornecimento de bens e serviços, como, por exemplo, água, luz, telefone e até serviços bancários.

Temos, então, que todos os bens e serviços essenciais ou necessários são custeados diretamente pelos cidadãos, seja mediante recolhimento do tributo, seja pelo pagamento de tarifas e preços públicos.

Assim é no regime democrático, capitalista ou socialista. Nada acontece de graça, e hoje, com a pilha, não o relógio trabalha de graça.

As empresas concessionárias, sejam de que natureza for (de economia mista ou privada) têm custos e despesas e devem re-

munerar os seus investidores. Por isso, devem perseguir o lucro, ainda que limitado no âmbito razoável no ramo da prestação dos chamados serviços públicos.

Não há, pois, como escapar dessa realidade. Não há serviços gratuitos. Mesmo aqueles em que o beneficiário nada depende, alguém está pagando por ele, ou seja, a coletividade dos contribuintes tributários, financiadores do Estado Democrático.

Em se tratando de usuários de serviços públicos de água, luz e telefone, a Lei de Regência dos contratos travados entre eles e os prestadores concessionários é a de n. 8.078/1990.

Mas não encontrei entre os seus artigos as definições dos deveres dos usuários e consumidores, e sim dos deveres e obrigações para os prestadores, fornecedores de serviços e vendedores de bens.

Ocorre, porém, que os contratos de venda ou de prestação de serviços são de natureza comutativa, vale dizer, impõem deveres e obrigações às partes contratantes.

E sendo os contratos de trato sucessivo? Imporá a lei a continuação na prestação do serviço sem a contrapartida de pagamento do devido preço?

O eminente Min. Medina, calcado na lição de mestres administrativistas e não menos ilustres julgadores, defende a inflexibilidade do princípio da continuidade do serviço público com fulcro no art. 39 da Lei 8.987/1995, conhecida como Lei das Concessões, submetida só à sentença trânsita em julgado.

De notar-se que a Lei 8.987/1995 regula a relação entre o Poder concedente e as concessionárias, e expressamente autoriza no art. 6º, § 3º, II, a suspensão da prestação do serviço após o devido aviso ao usuário.

Os arts. 22 e 42 do CDC não autorizam o inadimplemento do contrato, caracterizador, sim, do ilícito contratual. Após a configuração da mora mediante *aviso* de corte do fornecimento, pode a concessio-

nária suspender a prestação do serviço. A lei não consagra o ilícito, nem poderia o Judiciário agasalhá-lo.

É certo que, cogitando de serviço público e até dito essencial, deve merecer cuidados do legislador e do administrador da concessionária.

De qualquer modo, não pode ser considerado ilegal, ilegítimo ou abusivo o agir dentro nos limites traçados pela lei, nem se pode consagrar o ilícito contratual.

À vista do exposto, pedindo vênia ao Min. Medina, acompanho o voto da Relatora, negando provimento ao recurso.

Comentários de

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa

O acórdão sob comentário foi proferido pela 2ª Turma do STJ, havendo prevalido por maioria o voto da Ministra-Relatora Eliana Calmon, com a adesão dos Ministros Franciulli Neto e Francisco Peçanha Martins. Voto contrário, vencido, foi dado pelo Ministro Paulo Medina.

Trata-se da tão discutida questão do direito que tem o concessionário de interromper o fornecimento de bem essencial em razão do inadimplemento do destinatário. A decisão da 2ª Turma foi dada em sentido contrário àquele que, no Superior Tribunal de Justiça, tem sido adotado pela 1ª Turma.

A matéria no âmbito do Judiciário, portanto, comportará desdobramentos posteriores até que se chegue a uma posição definitiva do Plenário. Isto se o tema não vier a ser necessariamente submetido ao crivo do Superior Tribunal de Justiça em vista de eventuais discussões sobre aspectos constitucionais da prestação de serviços essenciais e de direitos dos seus consumidores, que estariam resguardados pela Magna Carta.

Em casos como este o operador do direito fica na difícil situação de ter de chegar a uma solução baseado na razão, enquanto o coração pode tender para um resultado oposto.

1. O regime jurídico da prestação de bens essenciais (água, no caso)

A vida moderna, passada no ambiente da cidade, dentro da qual os particulares não poderiam produzir ou buscar certos tipos de bens considerados essenciais, faz com que por eles se responsabilize o Estado, efetuando a sua disponibilidade na modalidade de *serviço público*. Este é o caso da água, da eletricidade, do gás de rua (a ser utilizado em prédios de apartamentos, nos quais o uso de botijões é proibido) etc. Observe-se que o transporte, considerado serviço público, apresenta um caráter diferenciado na medida em que dele é obrigada a utilizar-se somente a parcela da população que não tem condições financeiras de arcar com um sistema privado (automóvel, motocicleta, bicicleta etc.).

O conceito de essencialidade é relativo. No campo, a água pode ser providenciada no córrego próximo ou em poços. A luz poderá vir do lampião a querosene ou de velas. O transporte pode ser feito a cavalo. Ou seja, são bens colocados no âmbito do interesse privado. Mas nas cidades, as condições são bem diversas e exigem uma solução por conta do Estado. Tais bens passam para o campo do interesse público.

O fornecimento de tais bens apresenta um custo financeiro elevado e, para prestá-los, o Estado vale-se de mecanismos de exploração direta financiada por meio de impostos, ou da concessão do serviço a terceiros, que os fornecerão mediante a cobrança dos custos pelos usuários. Neste último caso, embora a natureza do serviço remanesça como pública, o fornecimento dos bens correspondentes passa a ser feito pela iniciativa privada, a qual requererá remuneração suficiente para o pagamento dos seus custos e geração de lucros para os titulares da atividade. Chega-se, então, a um embate de interesses contrários, quais sejam, o direito a bens essenciais pelos destinatários e o direito a ser pago em função do exercício de uma atividade remunerada por parte dos fornecedores.

Em resumo, podem ser recolhidas as seguintes posições básicas em discussão na doutrina e na jurisprudência sobre o tema em pauta:

(i) Ao Estado cabe o fornecimento gratuito dos serviços essenciais, considerando-se que o acesso aos mesmos é um requisito para uma vida digna

Esta é uma situação extrema que somente teria lugar em economias plenamente socialistas, cuja fonte de recursos viria da população em geral, além das receitas auferidas pelo setor produtivo estatal. O sistema está desaparecido ou francamente em declínio.

(ii) Ao Estado cabe o fornecimento direto e remunerado dos serviços essenciais

Neste caso, o Estado deverá obrigatoriamente providenciar por si mesmo o fornecimento de tais bens, cobrando o seu custo, mas sem visar lucro. Este sistema é ainda encontrado em algumas economias nitidamente socialistas.

(iii) Ao Estado cabe o fornecimento remunerado dos serviços essenciais, o que pode ser feito por meio de concessões a empresas privadas

Ora, conforme dito acima, agentes privados, de natureza empresária segundo os termos do novo Código Civil, irão buscar a realização de lucro no exercício de sua atividade. Caberá ao Estado concedente da autorização para o exercício da atividade regular o montante da remuneração do concessionário dentro de parâmetros não abusivos. A fiscalização das empresas privadas em tais situações fica a cargo de Agências

Reguladoras estatais. Como se sabe, este é o modelo da maioria dos Estados capitalistas.

Duas vertentes podem ser aferidas dentro deste último esquema: no primeiro caso, inadimplente o destinatário, o serviço não poderia ser interrompido, cabendo a cobrança dos custos correspondentes segundo as regras do direito comum, ou a transferência de tal responsabilidade ao Estado concedente, ressarcida a empresa concessionária. A segunda solução estaria na permissão da interrupção do serviço por falta de pagamento, tendo em conta que o fornecedor é uma empresa privada.

(iv) Os serviços essenciais são fornecidos pelos particulares dentro de um esquema de economia de mercado

Esta seria a situação de uma economia estritamente capitalista hipotética, dentro da qual os particulares poderiam assumir por sua conta e risco a prestação de serviços essenciais dentro das regras da livre concorrência.

Vejamos, à luz dos parâmetros acima, como a matéria tem sido colocada no Direito brasileiro, verificando-se que, na grande maioria dos casos, a forma de acesso aos serviços essenciais dá-se por meio do instituto da concessão.

2. Argumentos contra o corte da prestação dos serviços essenciais

São alinhavados abaixo os argumentos que surgem da leitura do acórdão cujo comentário ora se faz, contrários ao corte dos serviços essenciais:

a) Trata-se de relação de consumo em serviços essenciais e, por isto, o Estado deve mantê-lo compulsoriamente, até mesmo a título gratuito a quem não pode pagar;

b) Tendo em conta a essencialidade dos bens correspondentes a serviços públicos prestados, seu fornecimento não pode ser interrompido, cabendo ao fornecedor procurar receber a contraprestação pelos mecanismos do direito comum;

c) Nos termos do art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, as entidades responsáveis pelo fornecimento de serviços públicos devem fazê-lo de forma adequada, eficiente, segura e, quando se trata de serviços essenciais, de forma contínua, devendo reparar os danos causados pelo descumprimento destes requisitos;

d) Na cobrança de débitos relacionados aos serviços essenciais, os consumidores não podem ser expostos ao ridículo, nem submetidos a qualquer tipo de constrangimento, nos termos do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor;

e) O corte do fornecimento de bem essencial caracterizaria uso arbitrário das próprias razões, extravasando o limite da legalidade, sendo proibido por tal meio substituir a ação adequada de cobrança;

f) O corte de energia (no caso do bem eletricidade considerado essencial, por exemplo), mesmo autorizado pelo Código de Defesa do Consumidor é previsto *uti singuli*, ou seja, da concessionária *versus* o consumidor isolado e inadimplente. Esta previsão não seria extensível à Administração Pública por força do princípio da continuidade, derivado da supremacia do interesse público;

g) O direito não pode prestigiar a atuação da justiça privada (corte do fornecimento de bem essencial) especialmente quando exercida por credor econômica e financeiramente mais forte do que o devedor, em largas proporções. A admissão de tal direito afrontaria os princípios constitucionais da inocência presumida e da ampla defesa;

h) O direito do cidadão de utilizar-se dos serviços públicos essenciais para a sua vida em sociedade deve ser interpretado

com vistas a beneficiar a quem deles se utiliza (e não do fornecedor, conseqüentemente);

i) O corte do fornecimento de bens essenciais afronta os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da realização da justiça social, superiores em eficácia a preceitos contratuais (voto-vista);

j) Serviço público concedido permanece sempre como serviço público e assim deve ser interpretado no tocante aos direitos e deveres originados de sua prestação, não podendo ser suprimido quando se caracteriza como essencial (voto-vista);

l) Não sendo possível ao fornecedor de serviços públicos essenciais cobrar seu custo do usuário em razão da carência econômica deste, cabe ao Estado custear a sua manutenção, se for o caso mediante a elevação das tarifas devidas pelos usuários não carentes. Nesta última hipótese, a comunidade arcará com tal custo, atendendo-se o princípio da solidariedade social, utilizando-se também de subvenções, subsídios ou garantias de rendimento. De acordo com o art. 13 da Lei 8.987/1995, as tarifas podem ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários, do que resultaria a fixação de tarifa social ou subvencionada em virtude da ausência de recursos do usuário (cf. Marçal Justen Filho e Marcello Caetano, citados no voto-vista);

m) a pobreza exige intervenção protetora do Estado e pressupõe necessidade muito mais intensa de receber serviços aos quais o indivíduo não tem acesso se depender de poder pagá-los;

n) O concedente pode prever em favor do concessionário a possibilidade de acesso a fontes de receita alternativas, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas (Lei 8.987/1995, art. 11); e

o) O Estado e as concessionárias fornecedores de serviços públicos é que existem para o cidadão usuário e não o contrá-

rio, considerando que o mercado livre, o jogo da oferta e demanda são um instrumento econômico necessário e utilíssimo, mas de si não produzem justiça, nem solidariedade (cf. Luis Sanchez, citado no voto-vista).

3. Argumentos favoráveis ao corte da prestação dos serviços essenciais em vista da inadimplência

a) Os serviços essenciais são prestados por empresas privadas, as quais repõem os elevados investimentos com o valor recebido dos usuários, dentro dos preços permitidos pelo poder concedente. Há um contrato evidentemente oneroso entre a concessionária e o usuário. No sistema vigente, não se trata de gratuidade. De um lado, a concessionária não pode deixar de prestar o serviço; do outro, o usuário não pode deixar de pagar, sob pena de enriquecer-se indevidamente às custas da primeira em relação à qual se apropria de uma vantagem patrimonial. O corte fundado no inadimplemento do usuário é considerado o interesse da coletividade é regulado pelo art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987, de 13.2.1995;

b) A lei apenas proíbe o corte abrupto, sem precedente aviso de advertência;

c) Desde que a cobrança se faça pelos meios legítimos, não se pode falar de procedimento vexatório para com o consumidor;

d) O Brasil é um país com um contingente de pobres e excluídos em número assustador, estando a inadimplência na pobreza generalizada e no desemprego (voto da Relatora);

e) Em uma economia de livre mercado, a continuidade da atividade empresarial na prestação dos serviços essenciais somente será viável se houver retorno dos investimentos econômicos (voto da Relatora);

f) O inadimplemento dos consumidores pobres não pode ser resolvido pelos meios normais de cobrança porque os devedores não têm bens para viabilizá-la, de forma a garantir a execução (voto da Relatora).

4. Análise crítica dos argumentos apresentados contra e a favor do corte do fornecimento pelo concedente

No fundo, afastados alguns erros de interpretação dos princípios constitucionais e da legislação ordinária aplicável aos serviços públicos, as duas posições se aproximam. Em primeiro lugar, é reconhecido que o Estado, no atendimento dos princípios da dignidade da pessoa humana e da justiça social deve proporcionar o acesso aos bens essenciais por parte da população que por eles não pode pagar. De outro lado, o regime adotado para a disponibilização de tais bens no Direito brasileiro é o capitalista, tratando-se de serviço pago segundo a medida do seu uso.

Aqueles que negam o direito de corte dos serviços em causa nas situações de inadimplência, apoiados nos argumentos acima, se esquecem que, muitas vezes, o legislador baixa normas programáticas cuja realização efetiva não foi concomitantemente instrumentalizada tratando-se de regras não auto-aplicáveis. Por mais valioso que seja o bem jurídico a atender de forma plena, este resultado somente dar-se-á em um momento futuro, quando o caminho possível para chegar a tal objetivo puder ser construído.

A visão mais coerente dos defensores do direito de corte dos serviços não pagos reconhece a injustiça social presente na perda do direito de uso de bens essenciais por motivo do não pagamento correspondente, mas alega que não pode deixar de lado o fato de que as empresas concessionárias têm custos e por eles devem ser remuneradas, sabedora também que não se pode de forma indiscriminada socializar tais custos, fazendo o resto da sociedade pagar por eles.

Ao dizer o art. 22 do Código de Defesa do Consumidor que os serviços devem ser contínuos, a regra aplica-se às concessionárias no sentido de que o acesso pelos usuários deve dar-se sem solução de continuidade, sob um aspecto genérico, ou seja,

a cada momento que de tais serviços alguém necessitar, eles devem estar disponíveis. Assim sendo, é errada a interpretação segundo a qual o usuário inadimplente mesmo assim deve manter o direito de utilizá-los de forma contínua. Houve uma inversão do entendimento do texto.

Não é verdade que o corte no fornecimento dos bens essenciais represente uso arbitrário das próprias razões, somente cabendo ao credor valer-se da ação de cobrança. Como se explica, então, que o locatário inadimplente possa ser despejado do imóvel ao invés do locador tão-somente contentar-se com a ação judicial para recebimento dos aluguéis atrasados? Se a moda deste argumento pegar, vai ser uma verdadeira festa no setor da locação imobiliária.

O argumento correspondente à situação de hipersuficiente em relação ao concessionário dos serviços públicos e de hipossuficiente quanto ao usuário de baixa renda não pode prosperar na medida em que há uma imensa quantidade de hipossuficientes, resultando que a soma não paga dos seus débitos levaria o fornecedor à ruína, com conseqüências extremamente negativas para toda a comunidade.

Não se verifica ofensa ao princípio da inocência presumida e ao direito de plena defesa considerando que a conta não paga é prova suficiente do inadimplemento do devedor, fato que somente pode ser afastado pela prova de erro no lançamento.

O repasse pela concessionária ao Estado do valor a receber dos usuários pobres inadimplentes não tem previsão legal e, caso feito, geraria despesas extra orçamentárias vultosas e imprevisíveis. A elevação de tarifas para os demais usuários representaria injustiça para aqueles que mantêm suas contas em dia relativamente ao pagamento dos serviços públicos fornecedores de bens essenciais com enorme sacrifício e renúncia ao consumo de outros bens. Não é este o caminho a trilhar.

É evidente que a existência de pobreza em um país exige uma forte intervenção

do Estado para minorá-la (ou extingui-la, em um modelo econômico ideal), mas não se pode quebrar o equilíbrio econômico segundo o qual foi construído o sistema de prestação de serviços públicos essenciais sob pena de ruptura total.

O recursos a fontes de receita alternativas com o objetivo de tornar módicos os custos de tais serviços não pode levar à aceitação de uma inadimplência generalizada, que resultaria como estímulo ao reconhecimento da proibição de seu corte pelo concessionário.

O art. 13 da Lei 8.987/1995 refere-se a custos diferenciados de produção e de fornecimento segundo os destinatários. Existirão custos mais baratos e custos mais elevados em relação, por exemplo, à menor ou à maior proximidade das fontes produtoras. Nestes casos, é justo que pague menos quem tem custo menor e pague mais quem tem custo maior.

Conclusão

Os argumentos favoráveis ao corte dos serviços falam por si mesmos, dentro das realidades econômica e jurídica que afetam esta matéria.

Do ponto de vista estritamente jurídico não podia chegar o Superior Tribunal de Justiça à solução diversa da exposta no voto da Ministra Relatora e acompanhado pela maioria.

Este fato não afasta a necessidade de se repensar o modelo econômico, de maneira a que o processo de inclusão social possa levar as pessoas hoje carentes a se tornarem consumidores capazes de honrarem as suas contas. Muitas vezes o fornecimento gratuito do bem poderá ser a condição da superação da situação de marginalidade econômica como, por exemplo, o acesso à eletricidade para o funcionamento de uma microempresa. Mas tal uso deveria ser concedido por tempo limitado e dentro de um projeto econômico de viabilidade da atividade do usuário assim favorecido.

Medidas legislativas e judiciais demagógicas terminam por causar rombos às finanças do Estado, dando margem ao surgimento dos conhecidos “*esqueletos financeiros*”, que, criados por governantes anteriores, levam os futuros a ter que “*enterrá-los*”, à custa de toda a sociedade e, o que é pior, sem levar à solução do problema da pobreza que se perpetua e aumenta cada vez mais.

Do ponto de vista social, o Governo deve armar-se de instrumentos destinados à inclusão de comunidades afastadas no

mercado de produção (são pessoas eternamente desempregadas), proporcionando que venham a entrar dignamente depois no mercado de consumo. A esmola é paliativo para a fome mas não tira o esmoler da rua.

E, caso o Governo venha a criar mecanismos artificiais para fazer doação de serviços públicos a pessoas carentes, a partir de receitas orçamentárias dirigidas, todo cuidado será pouco para que não surjam as costumeiras fraudes, com muitas raposas passando-se por galinhas.