REVISTA LUSO-BRASILEIRA DE

DIREITO DO CONSUMO

VOL. III | N. 12 | DEZEMBRO 2013

#12

Revista Luso-Brasileira de
DIREITO DO CONSUMO

Presidente do Conselho Diretor
Mário Frota

Editor Responsável
Luiz Fernando de Queiroz

Editora Bonijuris

FICHA TÉCNICA

Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo
Volume III, número 12, dezembro 2013
Periodicidade: trimestral (março, junho, setembro e dezembro)
Capa e projeto gráfico: Priory Comunicação
Coordenação editorial: Geison de Oliveira Rodrigues – Pollyana Elizabethe Pissaia
Revisão: Dulce de Queiroz Piacentini – Luiz Fernando de Queiroz – Noeli do Carmo Faria
Diagramação: Josiane C. L. Martins
Produção gráfica: Jéssica Regina Petersen
Tiragem desta edição: 5 000 exemplares
Local de publicação: Curitiba, Paraná, Brasil

Editora Bonijuris Ltda.
Rua Mal. Deodoro, 344 – 3º andar
80010-010 Curitiba, PR, Brasil
(41) 3323-4020
Assinaturas: 0800-645-4020 – comercial@bonijuris.com.br
Preço de venda a consumidor: R$ 59,90 (Brasil) – € 24,90 (Europa)

REVISTA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO DO CONSUMO – 2011.
Trimestral (março, junho, setembro e dezembro).
Curitiba: Editora Bonijuris Ltda.
Diretor: Mário Frota. Editor Responsável: Luiz Fernando de Queiroz.
Formato 15,4cm x 23cm, 320 páginas, capa: quatro cores (350gm), miolo: duas cores (70gm).
Circula no Brasil e em Portugal (União Europeia).
ISSN 2237-1168
1. DIREITO – periódico. 2. DIREITO DO CONSUMO. Relação de Consumo – periódico.
3. CONSUMIDOR – periódico. 4. Doutrina. Jurisprudência. Pareceres – periódico.
5. DIREITO COMPARADO – periódico.
I. Título

Conselho Diretor
Mário Frota, presidente
Joatan Marcos de Carvalho, vice-presidente
Jorge Pegado Liz, diretor para relações internacionais
Roberto Senise Lisboa, diretor para relações institucionais

Editor Responsável
Luiz Fernando de Queiroz

Conselho Editorial (Brasil)
Ada Pellegrini Grinover, Adalberto Pasqualotto, Adriana Burger
Alcino Oliveira de Moraes, Amélia Rocha, Antonio Joaquim Fernandes Neto
Aurisvaldo Melo Sampaio, Bruno Miragem
Carlos Augusto da Silva Oliveira, Clarissa Costa de Lima, Eduardo Lima de Matos
Fátima Nancy Andrighi, Flávio Citro Vieira de Mello
Fábio de Souza Trajano, Francisco José Moesch, Francisco Glauberto Bezerra
Geraldo de Faria Martins da Costa, Gilberto Giacóia
Gregório Assagra de Almeida, Hector Valverde Santana, Heloísa Carpena
Ilene Patrícia Noronha Najjarian, Igor Rodrigues Britto
Ingrid de Lima Bezerra, James Alberto Siano
José Augusto Peres Filho, Larissa Maria Leal, Luiz Antônio Rizzatto Nunes
Marcelo Gomes Sodré, Marco Antonio Zanellato, Marcus da Costa Ferreira
Markus Samuel Leite Norat, Maria José da Silva Aquino, Marilena Lazzarini
Newton de Lucca, Paulo Arthur Lencioni Góes, Paulo Jorge Scartezzini
Paulo Valério Dal Pai Moraes, Roberto Grassi Neto
Roberto Pfeiffer, Rogério Zuel Gomes, Rosana Grinberg, Sandra Bauermann
Sueli Gandolfi Dallari, Walter Faiad Moura, Werson Rêgo Filho

Conselho Editorial (Portugal/Europa)
Ana Filipa Conceição, Ângela Frota
Ângela Maria Marini Simão Portugal Frota, Cátia Marques Cebola
Cristina Rodrigues de Freitas, David Falcão, Emília Santos, Fernando Gravato Morais
François Chabas (França), Guillermo Orozco Pardo (Espanha), Henri Temple (França)
João Cardoso Alves, Júlio Reis Silva
Maria de los Ángeles Zurilla Cariñana (Espanha), Marisa Dinis
M. Januário da Costa Gomes, Paulo Duarte, Paulo Ferreira da Cunha
Paulo Morais, Paulo Teixeira, Rafael Augusto Moura Paiva
Rute Couto, Susana Almeida
Susana Ferreira dos Santos, Telmo Cadavez

Sumário

EDITORIAL

09 **Serviços Essenciais, Serviços Vitais**
MÁRIO FROTA

DOUTRINA

11 **Novas Perspectivas do Direito do Consumidor**
FÁTIMA NANCY ANDRIGHI

23 **Os Limites da Incidência do Código de Defesa do Consumidor nos Serviços Públicos**
GISELE CRISTIANE PRUDÊNCIO DA SILVA

41 **Regulação Social, Mercado e o Princípio da Dignidade Humana: Quais as Novas Perspectivas da Regulação Estatal?**
FREDERICO ANTONIO LIMA DE OLIVEIRA

71 **Os Serviços de Interesse Geral no Quadro Jurídico-político da União Europeia**
JORGE PEGADO LIZ

111 **A Tutela Administrativa do Consumidor de Serviços Públicos Essenciais: Experiências do Programa de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado do Rio Grande do Sul**
DIEGO GHIRINGHELLI DE AZEVEDO

135 **Serviços Públicos Essenciais e Conflitos de Consumo: Os Tribunais Arbitrais Necessários**
CÁTIA MARQUES CEBOLA

147 **A Suspensão dos Serviços Públicos Essenciais: O Estado da Questão**
RIZZATTO NUNES

161 **A Proibição dos Consumos Mínimos nos Serviços Públicos Essenciais**
CRISTINA RODRIGUES DE FREITAS

177 **Contrato de Fornecimento de Água no Ordenamento Português**
SOFIA PITA E COSTA

205 **O Contrato de Comunicações Eletrónicas e seu Regime em Portugal**
TERESA MADEIRA

229 **Da Prescrição e da Caducidade nos Serviços Públicos Essenciais**
MARISA DINIS

PARECER

251 **Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a Preparação para um Mundo Audiovisual Plenamente Convergente: Crescimento, Criação e Valores (Livro Verde) COM(2013) 231 Final**
JORGE PEGADO LIZ

LEGISLAÇÃO

261 **Regulamento (UE) 524/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2013 sobre a Resolução de Litígios de Consumo em Linha, que Altera o Regulamento (CE) 2006/2004 e a Diretiva 2009/22/CE (Regulamento RLL)**

JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

283 **Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais**
Relator: Tibúrcio Marques

285 **Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais**
Relator: Evandro Lopes da Costa Teixeira

289 **Ementário**
Julgados do TJ/RS

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

295 **Acórdão do Tribunal de Justiça**
Relator: A. Tizzano

302 **Acórdão do Tribunal de Justiça**
Relator: J. J. Kasel

EM DESTAQUE

311 **Entrevista concedida por Mário Frota à *Revista do Balcão do Consumidor* da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo**

EDITORIAL

Serviços Essenciais, Serviços Vitais

Os serviços públicos essenciais (serviços de interesse geral na União Europeia) constituem tema fundamental de debate e reflexão.

Os serviços públicos essenciais estão em voga no Brasil, como na Europa. Como, em particular, nos países do sul da Europa, profundamente afetados por uma crise sem precedentes. E em que, de par com as necessidades cada vez mais instantes e mais amplas das populações, o Estado parece eximir-se de intervir na economia, demitindo-se da sua ancestral vocação ajustada às exigências pós-modernas, desmantelando o casco de serviços inalienáveis que prestava a cada um e a todos e convertendo algo que representava incomensurável comum em fragmentos de negócio às mãos de interesses privados nada coincidentes com o interesse geral que há que prosseguir indefectivelmente.

De monopólios de fato a oligopólios mal regulados, os interesses privados sobrepujam o interesse geral e, em domínios em que a noção de vantagem, de interesse económico, de lucro se esbatia, avulta de novo o apetite dos grandes grupos empresariais, nacionais ou transnacionais (sobretudo os transnacionais), em manifesto detrimento dos direitos reconhecidos internacionalmente e *intra muros* por instrumentos normativos dotados de uma carga própria, emergente quer das constituições quer de leis de valor reforçado.

O Estado demite-se.

As entidades regulatórias, amiúde capturadas pelos regulados, fenómeno que ocorre um pouco por toda a parte neste jogo desigual em que os consumidores são fragmentários, desagregados, uma massa informe sem voz, pela sua ineficiência ou comprometimento consentem, por ação ou omissão, nos ominosos crimes que se cometem em todas as latitudes contra as vítimas de sempre, mas a quem cumpre "pagar a fatura" de todos os desacertos, dos desatinos sem freios a que se assiste.

O presente volume consagra-se ao tratamento, ainda que parcelar, de um tema que merece profunda reflexão e um tratamento institucional mais adequado.

Do que se carece é de uma Carta dos Consumidores dos Serviços Públicos Essenciais (ou de interesse geral) com regras bem definidas e a imposição aos fornecedores de estreitos quadros que, a inobservarem-se, poderão conduzir à perda do privilégio de servir em qualquer dos quadrantes os consumidores. Sem apelo nem agravo.

Que o debate principie agora.

Os tumultos em razão dos acréscimos tarifários em São Paulo são, aliás, em nosso entender, o mote para o debate por que de há muito se anseia.

Oxalá a comunidade jurídica, numa e noutra riba do Atlântico, não o ignore!

Coimbra e Villa Cortez, dezembro de 2013.
Mário Frota
Presidente do Conselho Diretor

PALESTRA PROFERIDA NO IX CONGRESSO DO SISTEMA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Ministério da Justiça

Brasília, 26 de setembro de 2013

NOVAS PERSPECTIVAS DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Fátima Nancy Andrighi
Ministra do Superior Tribunal de Justiça

EXCERTOS

"Embora a reforma do CDC seja útil para confirmar e reforçar as regras e princípios gerais aplicáveis aos contratos de crédito, a verdade é que nosso ordenamento jurídico já contém regras gerais aptas a combater o superendividamento"

"Em relação ao superendividamento, mais importante do que uma legislação específica, deve haver consciência e sensibilidade do juiz na sua aplicação, ciente da nova realidade social que o cerca, inclusive para identificar situações corriqueiras de mera inadimplência contratual, não sujeitas ao regime jurídico aplicável aos superendividados"

"Deve-se avaliar o endividamento global do consumidor, tratando o processo como uma espécie de revisão concursal, na qual prevalecerá a dignidade do devedor, sem desconsiderar, no entanto, os direitos e interesses da totalidade de credores"

"Cumpre ao Poder Executivo desenvolver políticas de governo visando à educação financeira da população, de sorte a que tenham condição de planejar o seu orçamento, bem como identificar situações que possam vir a se tornar uma fonte futura de endividamento descontrolado"

"Há de se exigir a boa-fé do consumidor na assunção de dívidas, coibindo a tomada de empréstimos ou financiamentos em que fique claro o intuito deliberado de inadimplência"

"Deve-se reprimir a concessão de financiamentos de forma temerária, em que a instituição financeira – geralmente mediante utilização de contratos de adesão – tolhe o direito de informação do consumidor e conclui a celebração do contrato sem expor ao mutuário as reais condições e os riscos do negócio"

"Cabe ao Poder Judiciário coibir a contratação de empréstimos baseados em encargos abusivos, que, além de prejudicar o próprio mutuário contratante, induzem a elevação das taxas"

"Não há como imaginar um código moderno e atual para defesa do consumidor que não contemple em detalhes as relações comerciais via internet"

Poucas iniciativas legislativas foram tão bem recebidas pela sociedade como o Código de Defesa do Consumidor. Em poucos momentos nacionais se conseguiu promover, de maneira tão eficiente, a conscientização da população de modo geral e definitivo a respeito da importância de sua participação no desenvolvimento social, da necessidade de resguardo de seus direitos e, principalmente, da sua força como agente de uma relação jurídica de consumo.

Desde o advento do CDC, as decisões judiciais tomadas com base nesse diploma legal trouxeram e ainda trazem sérias consequências sociais e econômicas para a vida dos jurisdicionados.

Todavia, desde a promulgação do CDC já se vão mais de 23 anos, sendo certo que neste período o mundo passou por enormes e significativas transformações, inclusive no âmbito das relações de consumo, que se tornaram muito mais complexas.

Daí a bem-vinda iniciativa de reforma do CDC, cujos trabalhos foram distribuídos em três grandes áreas de relevância: (i) disposições gerais e comércio eletrônico; (ii) ações coletivas; e (iii) superendividamento, objeto, respectivamente, dos Projetos de Lei do Senado 281/12, 282/12 e 283/12.

No que tange ao superendividamento, a reforma aborda fenômeno praticamente inexistente à época da concepção do CDC, mas que, desde então, tornou-se uma realidade, fruto da maior estabilidade econômica do país, da ascensão social de boa parte da população brasileira e do crescimento exponencial da oferta de bens de consumo.

Diante disso, o crédito – cuja oferta também experimentou enorme crescimento, não apenas em volume, mas também em modalidades – assumiu papel fundamental para a denominada "sociedade de consumo".

Ao longo do tempo, porém, a oferta desmedida – e irresponsável – de crédito foi acentuando o endividamento dos consumidores, tornando-se um fenômeno social crônico, hoje conhecido como superendividamento, ou seja, a impossibilidade geral do devedor, pessoa física, consumidor e de boa-fé, de honrar as suas dívidas atuais e futuras.

Não se trata, pois, de uma inadimplência pontual e passageira, mas da impossibilidade permanente do consumidor de quitar suas dívidas, que tendem a crescer de maneira desmedida, criando um ciclo vicioso que, no limite, resulta em verdadeira exclusão social, dada a impossibilidade de suprimento de necessidades básicas como alimentação, vestuário e moradia.

Por isso a relevância não apenas jurídica, mas também social de se estudar e combater esse fenômeno que ameaça inclusive direitos constitucionalmente assegurados, de dignidade da pessoa humana e de acesso ao crédito. Na realidade, o superendividamento põe esses dois direitos fundamentais em rota de colisão, exigindo que se proceda a uma ponderação dos interesses envolvidos, de maneira a não esvaziar, mas equilibrar os valores em conflito.

Atualmente, constata-se no Brasil o desvirtuamento completo da função social do crédito. A lucratividade das instituições financeiras alcança patamares elevadíssimos. Mesmo após a intervenção estatal verificada no último ano, os juros continuam em percentuais exagerados para os padrões internacionais, tendo sido verificada, ainda, a elevação das taxas bancárias para fazer frente a essa queda do custo financeiro.

Houve, é bem verdade, grande avanço na facilitação de acesso ao crédito: hoje é possível contratar um empréstimo no caixa eletrônico ou pedir um cartão de crédito por telefone, muitas vezes sequer sem análise da situação financeira do mutuário, bastando apenas prévio cadastro. Essa facilitação também se deu nas formas de contratação: o crédito consignado, por exemplo.

Todavia, o cumprimento da função social do crédito não se resume em se lhe facilitar o acesso. Essa iniciativa deve ser acompanhada de políticas econômico-financeiras concretas, que assegurem a oferta de crédito a custos razoáveis.

A situação realmente inspira cuidados, tanto que o legislador se movimentou para regular expressamente a matéria, caminhando, nos termos do Projeto de Lei 283/12, no sentido de inserir no CDC uma seção específica dispondo sobre a prevenção do superendividamento, cujo escopo principal é promover o acesso ao crédito responsável e à educação financeira do consumidor, de forma a evitar a sua exclusão social e o comprometimento do seu mínimo existencial (art. 54-A).

Para tanto, os arts. 54-B e seguintes enumeram diversas obrigações a serem cumpridas pelo fornecedor de crédito – em especial o dever de informar em detalhes ao consumidor as condições e os riscos do empréstimo – autorizando expressamente a desistência imotivada da contratação no prazo de sete dias.

Na realidade, essas obrigações impostas ao fornecedor de crédito em grande parte já existem. Embora a reforma do CDC seja útil para confirmar e reforçar as regras e princípios gerais aplicáveis aos contratos de crédito, a verdade é que nosso ordenamento jurídico já contém regras gerais aptas a combater o superendividamento.

O próprio CDC, com sua atual redação, possui normas que podem – e devem – ser aplicadas na tutela do consumidor superendividado. Cito aqui, exemplificativamente: (i) a proibição de publicidade enganosa (art. 6º, IV), que protege o consumidor contra a oferta fácil e irresponsável de crédito; (ii) o direito à modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais

ou sua revisão em virtude de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas (art. 6º, V), que pode evitar situações potenciais de superendividamento ou para contornar casos já consolidados; (iii) a anulabilidade de contratos celebrados sem que tenha sido dado ao consumidor prévio acesso ao seu conteúdo ou se a redação dificultar a compreensão do seu sentido e alcance (art. 46), que justifica a revisão de contratações abusivas ou obscuras feitas por telefone ou caixa eletrônico; (iv) o direito de desistir, no prazo de sete dias, de contratos firmados fora do estabelecimento comercial (art. 49), que ampara o consumidor que age por impulso, muitas vezes convencido por técnicas abusivas de venda, e acaba contratando dívidas incompatíveis com o seu orçamento; (v) a nulidade de cláusulas contratuais que estabeleçam obrigações iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade (art. 51, IV), que permite restabelecer o equilíbrio contratual e evitar ou reverter o eventual superendividamento; e, principalmente, (vi) o direito do consumidor de, em contratos de outorga de crédito, ser previamente informado sobre o custo da operação, os encargos incidentes, os acréscimos legais, a periodicidade das prestações e a soma total a pagar (art. 52), que serve de base para a definição de parâmetros tendentes à caracterização de situações de superendividamento.

Atualmente, constata-se no Brasil o desvirtuamento completo da função social do crédito

Assim, em relação ao superendividamento, mais importante do que uma legislação específica, deve haver consciência e sensibilidade do juiz na sua aplicação, ciente da nova realidade social que o cerca, inclusive para identificar situações corriqueiras de mera inadimplência contratual, não sujeitas ao regime jurídico aplicável aos superendividados.

A tutela do consumidor superendividado requer tratamento específico e diferenciado. Deve-se avaliar o endividamento global do consumidor, tratando o processo como uma espécie de revisão concursal, na qual prevalecerá a dignidade do devedor, sem desconsiderar, no entanto, os direitos e interesses da totalidade de credores.

Neste aspecto, o projeto traz proposta interessante, inserindo no CDC um capítulo específico para a conciliação no superendividamento – autorizando o juiz a instaurar processo de repactuação de dívidas, visando à realização de audiência conciliatória em que o consumidor poderá apresentar proposta de plano de pagamento com prazo máximo de cinco anos (art. 104-A) – mas não define uma sistemática para que o devedor consolide e repactue as suas dívidas de forma ampla e integral.

Seria conveniente a inclusão de um procedimento análogo ao da insolvência civil, não só para resguardo do devedor, mas também para assegurar a paridade no tratamento dos credores.

Seja como for, independentemente da inclusão de dispositivos específicos relativos ao superendividamento, a iniciativa deve vir acompanhada da adoção, pelo Estado, de medidas tendentes à revisão do comportamento do consumidor tomador do empréstimo e da instituição financeira fornecedora do crédito.

Cumpre ao Poder Executivo desenvolver políticas de governo visando à educação financeira da população, de sorte a que tenham condição de planejar o seu orçamento, bem como identificar situações que possam vir a se tornar uma fonte futura de endividamento descontrolado.

Também cumpre ao Poder Executivo, por intermédio dos órgãos regulatórios da atividade financeira, notadamente o Banco Central e o Conselho Monetário Nacional, baixar normas que obriguem a concessão de crédito de forma responsável, mediante prévia análise não apenas da solvabilidade presente do mutuário, mas dos riscos do empréstimo para o seu orçamento até o pagamento integral da dívida.

Até que isso ocorra, cabe ao Poder Judiciário proferir decisões que, além de porem fim à controvérsia, tenham cunho educacional, conscientizando mutuários e instituições financeiras sobre a sua responsabilidade no desenvolvimento da função social do crédito.

De um lado, há de se exigir a boa-fé do consumidor na assunção de dívidas, coibindo a tomada de empréstimos ou financiamentos em que fique claro o intuito deliberado de inadimplência.

Aliás, a caracterização do superendividamento pressupõe a boa-fé, devendo ser encarada como uma condição comportamental do devedor, indispensável para que se possa suscitar a garantia fundamental de dignidade da pessoa humana.

De outro lado, deve-se reprimir a concessão de financiamentos de forma temerária, em que a instituição financeira – geralmente mediante utilização de contratos de adesão – tolhe o direito de informação do consumidor e conclui a celebração do contrato sem expor ao mutuário as reais condições e os riscos do negócio, inclusive à luz da sua própria condição financeira, praticamente induzindo a inadimplência e uma condição indigna de vida.

Vale, nesse ponto, uma breve referência ao direito comparado, mais especificamente à doutrina francesa, que criou o denominado "dever de aconselhamento", consistente na obrigação de revelar ao consumidor os potenciais riscos da operação de crédito, prevenindo-o e sugerindo alternativas.

Cuida-se, na verdade, de um desdobramento do direito à informação – assegurado pelo art. 6º, III, do CDC – impondo a personalização dessa informação, de modo a combater a massificação dos contratos, exigindo que o fornecedor leve

em consideração não um comportamento médio ou por amostragem, mas o perfil específico de cada consumidor, transmitindo-lhe, de maneira clara e precisa, os riscos financeiros do empréstimo que está prestes a tomar, inclusive os possíveis reflexos para o seu orçamento presente e futuro.

Cabe ao Poder Judiciário, ainda, coibir a contratação de empréstimos baseados em encargos abusivos, que, além de prejudicar o próprio mutuário contratante, induzem a elevação das taxas médias de mercado, em detrimento de todos os consumidores de crédito.

Em suma, tenho certeza de que o Poder Judiciário, oxigenado pela edição de normas específicas sobre a matéria, desempenhará papel fundamental no estímulo do uso consciente do crédito, promovendo o equilíbrio desse mercado e, com isso, evitando o superendividamento dos consumidores, sempre tendo em vista o resguardo de um bem muito maior, assegurado constitucionalmente, a dignidade da pessoa humana.

O cumprimento da função social do crédito não se resume em se lhe facilitar o acesso

Outro grande tema das reformas é o *e-commerce*, em relação ao qual há clara necessidade de adequação do nosso ordenamento jurídico à nova realidade proporcionada pela difusão da comunicação digital.

O incremento da rede mundial de computadores redimensionou o fenômeno da globalização, lançando nova dinâmica sobre as relações comerciais, que passaram a ocorrer em volume, formato e tempo jamais imaginados. Essas substanciais modificações inauguraram uma infinidade de novas relações jurídicas, de difícil enquadramento na legislação vigente.

Por isso a justa e oportuna preocupação do legislador, que criou uma seção específica no CDC para trato da matéria, dispondo que o fornecimento de produtos e serviços via internet deverá se desenvolver com base em três vertentes: preservação da segurança nas transações, respeito à autodeterminação do consumidor e proteção da privacidade (art. 45-A).

Nesse contexto, houve clara atenção para com a necessidade de: (i) perfeita identificação do fornecedor e das características do produto ou serviço ofertado por via eletrônica (art. 45-B); (ii) manutenção de meios que possibilitem estabelecer fácil e rápido contato com o fornecedor (art. 45-C); (iii) confirmação imediata da conclusão do negócio e encaminhamento do contrato em suporte duradouro (art. 45-D); (iv) restringir e controlar a circulação de publicidade virtual não solicitada, bem como de informações pessoais dos consumidores (art. 45-E); e (v) definição de regras para o exercício do direito de arrependimento nas contratações à distância (art. 49).

A despeito dos incontestáveis avanços que esses novos dispositivos trarão para as relações comerciais na *web*, parece-me que o legislador não deveria perder a oportunidade de disciplinar outros aspectos da exploração comercial da rede mundial de computadores, notadamente os limites de responsabilidade das diversas modalidades de provedoria de serviços de internet.

Os provedores de serviços de internet são aqueles que fornecem serviços ligados ao funcionamento da rede, ou por meio dela. Trata-se de gênero do qual são espécies as demais categorias, como: (i) provedores de *backbone* (espinha dorsal), que detêm estrutura de rede capaz de processar grandes volumes de informação (são os responsáveis pela conectividade da internet, oferecendo sua infraestrutura a terceiros, que repassam aos usuários finais acesso à rede); (ii) provedores de acesso, que adquirem a infraestrutura dos provedores *backbone* e revendem aos usuários finais, possibilitando a estes conexão com a internet; (iii) provedores de hospedagem, que armazenam dados de terceiros, conferindo-lhes acesso remoto; (iv) provedores de informação, que produzem as informações divulgadas na internet; e (v) provedores de conteúdo, que disponibilizam na rede as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação.

Superada a primeira geração da internet, a denominada "*web* 1.0", em que houve a implantação e popularização da rede em si, vivemos atualmente a sua segunda geração, a "*web* 2.0", centrada nos mecanismos de busca virtual (Google Search, Cadê etc.) e nos *sites* de cooperação com o internauta (Wikipedia, Youtube etc.) e de relacionamento social (Orkut, Facebook, Twitter etc.).

Infelizmente, essa gama de serviços, muitos deles indispensáveis ao próprio funcionamento da rede, são cada vez mais utilizados para a consecução de atividades ilícitas, circunstância que exige a delimitação da responsabilidade dos respectivos provedores, visando à garantia não apenas dos consumidores, mas dos próprios fornecedores.

A internet é uma ferramenta consolidada em âmbito mundial, que se incorporou no cotidiano de todos nós, mas cuja continuidade depende da criação de mecanismos capazes de reprimir sua utilização para fins perniciosos, sob pena dos malefícios da rede suplantarem suas vantagens, colocando em xeque o seu futuro.

Faço estas considerações a partir da realidade vivenciada nos últimos anos, em que, percebendo o crescente número de processos que chegam ao STJ tendo por objeto relações virtuais, passei a dedicar especial atenção ao tema, consciente do dever do STJ – um tribunal que historicamente sempre se preocupou em contribuir com a modernização da Justiça – de se atualizar e avançar na consolidação de uma jurisprudência voltada para a solução de conflitos ligados à era digital.

A partir de então, tive a oportunidade de levar a julgamento colegiado, na condição de relatora, processos envolvendo principalmente a provedoria de conteúdo, nas suas mais variadas espécies (*sites* de relacionamento social, de hospedagem de *blogs* e de *e-mails*, de compartilhamento de vídeos, de pesquisas virtuais, de intermediação de venda e compra, entre outros). Em todos esses julgados, ficaram evidentes as lacunas existentes na legislação, bem como as dificuldades de se acompanhar as contínuas inovações encampadas pelos meios de comunicação eletrônica.

A despeito disso, com base numa interpretação sistemática do ordenamento jurídico, captando a essência dos dispositivos legais vigentes e extraindo regras e princípios que se apliquem analogicamente ao mundo digital, o STJ tem construído uma jurisprudência sólida, que pode inclusive servir de alicerce para a normatização específica da matéria.

O próprio CDC, com sua atual redação, possui normas que podem – e devem – ser aplicadas na tutela do consumidor superendividado

Eis algumas das questões decididas nos últimos anos:

(i) a fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das mensagens, imagens e anúncios postados na *web* por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, não se podendo reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o *site* que não examina e filtra os dados nele inseridos (REsp 1.193.764, 3a. Turma, minha relatoria, DJe de 08.08.2011; REsp 1.186.616/RS, 3a. Turma, minha relatoria, DJe de 31.08.2011; e AgRg no REsp 1.325.220/MG, 3a. Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 26.06.2013);

(ii) os danos à personalidade decorrentes de conteúdo ilícito inserido no *site* pelo usuário não constituem risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02 (REsp 1.300.161/RS, 3a. Turma, minha relatoria, DJe de 26.06.2012; REsp 1.192.208/MG, 3a. Turma, minha relatoria, DJe de 02.08.2012);

(iii) ao ser comunicado de que determinada mensagem, imagem ou propaganda possui conteúdo potencialmente ilícito ou ofensivo, cabe ao provedor de conteúdo removê-la preventivamente no prazo de 24 horas, até que tenha tempo hábil para apreciar a veracidade das alegações do denunciante, de modo a que, confirmando-as, exclua definitivamente aquele conteúdo ou, tendo-as por infundadas, restabeleça o seu livre acesso, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano em virtude da omissão praticada (REsp 1.323.754/RJ, 3a. Turma, minha relatoria, DJe de 28.08.2012; REsp 1.306.066/MT, 3a. Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe de 02.05.2012; AgRg no AREsp 308.163/RS, 4a. Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, DJe de 21.05.2013);

(iv) os provedores de pesquisa virtual não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido (REsp 1.316.921/RJ, 3a. Turma, minha relatoria, DJe de 26.06.2012); e

(vi) ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários divulguem livremente suas opiniões, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada imagem uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, do dever de informação e do princípio da transparência, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do *site*, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa *in omittendo* (REsp 1.300.161/RS, 3a. Turma, minha relatoria, DJe de 26.06.2012; e REsp 1.308.830/RS, 3a. Turma, minha relatoria, DJe de 19.06.2012).

Acredito que as teses desenvolvidas nesses precedentes, mais do que apontarem para a necessidade de regulamentação da matéria, servem de norte para a definição de regras tendentes à clara delimitação da responsabilidade dos diversos *players* do mundo virtual.

Repiso, neste ponto, que seria de todo conveniente que o legislador aproveitasse a reforma do CDC, em especial a iniciativa de conferir trato específico ao comércio eletrônico, para abranger outros aspectos da exploração comercial da *web*.

Cuida-se, aliás, de questão global, de repercussão internacional, que tem ocupado legisladores de todo o mundo.

Os Estados Unidos, por exemplo, alteraram seu *Telecomunications Act*, por intermédio do *Communications Decency Act*, com disposições que desobrigam provedores de serviços na internet pela inclusão, em seu *site*, de informações encaminhadas por terceiros.

De forma semelhante, a Comunidade Europeia editou a Diretiva 31/00, intitulada "ausência de obrigação geral de vigilância", que exime os provedores da responsabilidade de monitorar e controlar o conteúdo das informações de terceiros que venham a transmitir ou armazenar.

Contudo, essas normas não livram indiscriminadamente os provedores de responsabilidade pelo tráfego de informações em seus *sites*. Há, em contrapartida, o dever de, uma vez ciente da existência de mensagem de conteúdo ofensivo, retirá-la imediatamente do ar, sob pena, aí sim, de responsabilização.

Embora exista iniciativa específica visando a regulação da rede mundial de computadores no Brasil, conhecida como marco civil da internet, objeto do Projeto de Lei 2.126/11, me parece que questões que afetem diretamente as relações de consumo podem e devem ser previstas no próprio CDC.

Afinal, não há como imaginar um código moderno e atual para defesa do consumidor que não contemple em detalhes as relações comerciais via internet, meio que em pouco tempo certamente será o principal canal de consumo mundial.

Nesse contexto, outro ponto que deveria ser contemplado pelo Projeto de Lei 281/12 diz respeito à criação de formas alternativas, rápidas e eficientes de resolução de conflitos ligados à internet. Afinal, a agilidade e a praticidade que os usuários buscam na rede mundial de computadores têm de estar presentes também na solução dos litígios dela derivados.

A tutela do consumidor superendividado requer tratamento específico e diferenciado

Ademais, a regulamentação específica do *e-commerce* tende à multiplicação exponencial de conflitos em matéria digital, sendo imprescindível o desenvolvimento de meios diferenciados de composição, sob pena de se criar uma demanda de difícil absorção pelos já assoberbados acervos do Poder Judiciário.

Também aqui vale trazer o exemplo do direito comparado. Em cumprimento ao quanto disposto no art. 38 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – estabelecendo que as políticas da Comunidade devem assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores –, o Parlamento Europeu e o Conselho da Comunidade Europeia editaram o Regulamento UE 524/13, dispondo sobre a resolução de litígios de consumo *online*, alterando o Regulamento CE 2006/2004 e a Diretiva 2009/22/CE (o denominado Regulamento RLL – Resolução de Litígios onLine).

O Regulamento 524/13 define o "contrato de venda ou de serviços online" como sendo "o contrato de venda ou de serviços em que o comerciante, ou seu intermediário, oferece, num sítio *web* ou através de outros meios eletrônicos, bens ou serviços. Referida definição abrange, também, as hipóteses em que o consumidor acede ao sítio *web* ou a outros serviços próprios da sociedade da informação através de um dispositivo eletrônico móvel como, por exemplo, um telemóvel".

O legislador europeu percebeu a necessidade de transmitir ao consumidor confiança no mercado virtual, a partir do que concluiu ser de suma importância o acesso a instrumentos simples, eficazes, céleres e econômicos para resolver os litígios que decorram da venda de bens ou da prestação de serviços *online*, especialmente os consumidores além-fronteiras.

Impossível deixar de mencionar – especialmente neste momento em que o Ministério da Justiça oferece à sociedade brasileira o Marco Civil da Mediação – que o Parlamento Europeu reafirma a adoção da mediação em matéria civil e comercial, conforme já adotara na Diretiva 2008/52/CE.

Na prática, o Regulamento 524/13 cria um mecanismo para facilitar a formalização de reclamações derivadas do consumo virtual, as quais passam a compor um único banco de dados, sendo então direcionadas para processamento e julgamento por um órgão especializado na utilização de formas alternativas de resolução de conflitos.

De acordo com o Regulamento 524/13, a denominada plataforma RLL (Resolução de Litígios onLine) assumirá "a forma de um sítio *web* interativo, com um ponto de entrada único para os consumidores e para os comerciantes que pretendam resolver litígios decorrentes de transações em linha [*online*] por via extrajudicial. Deverá, ainda, prestar informações gerais sobre a resolução extrajudicial de litígios em matéria contratual entre consumidores e comerciantes resultantes de contrato de venda e de serviços em linha."

As queixas serão apresentadas mediante formulário eletrônico disponível em todas as línguas oficiais dos membros da Comunidade, sendo facultada a juntada dos documentos reputados relevantes.

A plataforma RLL providenciará a transmissão das reclamações a uma entidade de RAL (Resolução Alternativa de Litígios) competente para conhecer da controvérsia, que já tenha sido previamente registrada.

A inovação da Comunidade Europeia é louvável e evidencia a necessidade dos Estados de criarem mecanismos capazes de acompanhar *pari passu* a evolução da sociedade, sobretudo no campo tecnológico. Eventual inércia nesse sentido redundará na obsolescência do aparelho estatal, que em pouco tempo não terá como administrar e resolver os crescentes conflitos oriundos da rede mundial de computadores.

Eram estas as breves considerações que gostaria de tecer acerca das novas perspectivas do direito do consumidor, com enfoque para alguns dos desafios a serem enfrentados a partir das transformações sociais por que tem passado não apenas o Brasil, mas o planeta de uma forma geral.

Rogo ao Alto que nosso tempo seja lembrado com um tempo de significativos avanços, de semeadura para novos paradigmas no âmbito do direito do consumidor, mais ou menos com a envergadura das Ordenações Filipinas, que vigoraram até 1830, em que o fornecedor ficava sujeito a penas hoje impensáveis.

O exemplo disso vem do Título LVIII do Livro Quinto das Ordenações, dispondo sobre:

> ***Dos que medem, ou pesão com medidas, ou pezos falsos.***
> *Toda a pessoa, que medir, ou pesar com medidas ou pezos falsos, se a falsidade, que nisso fizer, valer hum marco de prata, morra por isso!*
> *E, se for de valia de menos do dito marco, seja degradado para sempre para o Brazil.*

Muito obrigada pela atenção.

OS LIMITES DA INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Gisele Cristiane Prudêncio da Silva
Advogada
Assessora jurídica da presidência da Associação dos Magistrados Catarinenses

RESUMO

Este artigo pretende tecer algumas considerações sobre o Código de Defesa do Consumidor e os serviços públicos, ambos como direito fundamental, expondo o que se entende sobre relação de consumo, de natureza privada, e serviço público como atividade vinculada à lei, analisando-se os limites da aplicação do CDC nas relações entre usuários e o Poder Público sob o aspecto do interesse coletivo, em determinadas situações específicas, com base na doutrina e nas decisões dos tribunais pátrios. Na elaboração deste artigo, utiliza-se o método indutivo.

ABSTRACT

This article intends to make a few remarks on the Code of Consumer Protection and public services, both as fundamental rights, exposing what is understood about the consumption process, which has a private nature, and public service as an activity linked to the law, analyzing the CDC limits on its application to relations between users and the Government under the point of view of the collective interest, based on the doctrine and the decisions of the courts. In preparing this article, we use the inductive method.

Introdução

É cediço que a incidência legal da norma consumerista decorre tanto da liberalização econômica desencadeada nas últimas décadas, como pela notória influência do capitalismo em todas as esferas econômicas, sejam elas públicas ou privadas, ensejando regras protetivas de consumo em contrapartida às regras de mercado cuja sistemática difere-se, nitidamente, da natureza solidária que subsidia o serviço público, razão pela qual surge a necessidade de melhor delimitação do tema[1].

Partindo-se da premissa de que o CDC e os serviços públicos são contextos jurídicos distintos, segundo Alexandre Santos de Aragão[2], sob o aspecto inclusive mercadológico, sendo um privatista – ainda que suas regras tenham conteúdo de ordem pública – e outro publicista, voltado à prestação de serviço essencial à coletividade, a questão ainda suscita dúvidas acerca dos limites de aplicação das normas do CDC às relações entre o usuário e o poder público.

Nesse contexto, Jacques Amar, citado por Aragão[3], afirma que "a infiltração de uma lógica de mercado faz com que as prestações de serviços públicos também sejam igualmente analisadas à luz das expectativas dos usuários. Consequentemente, o surgimento de uma lógica de mercado (*lógique d'échange*) altera integralmente a lógica solidária *(lógique de don*) própria do serviço público e do poder que era invocado como necessário a alcançar o interesse público (...). Sob essa perspectiva, a aplicação do direito do consumidor aos serviços públicos é indissociável dos debates contemporâneos sobre a posição e o papel do Estado na economia, já que ela introduz a lógica de mercado onde outrora havia unicamente a lógica solidária. Com efeito, a defesa dos direitos dos consumidores e usuários assume um papel relevante para demarcar até onde os preceitos fundamentais do consumidores devem ser aplicados aos conceitos fundamentais publicísticos do serviço público."

É bem verdade que a eficiência dos serviços públicos, prevista na Constituição da República em seu art. 37, *caput*, autoriza, implicitamente, ao cidadão-usuário buscar a proteção jurídica quando tais atividades não estiverem de acordo com seus direitos, o que por vezes implica a incidência do CDC.

Contudo, as normas do CDC não sugerem, por si só, a sua aplicação ilimitada a toda relação jurídica envolvendo prestação de serviço público e usuário na medida em que o interesse público e social sempre permeará essa relação, não podendo, simplesmente, ser reduzido diante da norma jurídica de caráter privado e mercadológico.

Sabe-se que o objetivo maior do Estado é assegurar a realização dos direitos sociais estabelecidos na Constituição por meio da prestação de serviços públicos tais como saúde, assistência social, lazer, moradia, trabalho, segurança, deveres estes impostos ao Estado, dos quais não pode se desincumbir[4]. Portanto, os objetos de tutela de ambas as esferas jurídicas são nitidamente distintos e como tais não podem ser ignorados. Disto se indaga: até onde as normas do Código de Defesa do Consumidor incidem sobre a relação entre usuário/cidadão e Estado?

Dessa forma, com a utilização do método indutivo, este artigo busca analisar, em breves considerações, a incidência do CDC nas relações entre usuários e poder público, tratando, num primeiro momento, a concepção e natureza da relação de consumo sob a ótica do CDC. Em seguida, passa-se pelo conceito de serviço público e usuário, arrematando-se com os limites das normas consumeristas na atividade estatal à luz de decisões dos tribunais pátrios.

1. Relação de consumo: consumidor e fornecedor na visão do CDC

A concepção de consumidor está prevista no artigo 2º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, o qual estabelece: "Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final."

Nesse sentido, o consumidor está submetido ao controle dos titulares de bens de produção, constituídos pelos empresários. Da mesma forma, todo produtor também depende, em maior ou menor grau, de outros empresários que atuam como fornecedores de matéria-prima ou financiadores da sua atividade produtiva, razão pela qual, neste aspecto, também é consumidor. No entanto, em se tratando de proteção do consumidor, a tutela se refere ao indivíduo em si, ou à sua coletividade, inclusive aos empresários enquanto adquirentes de produtos ou usuários de serviços sem relação à sua atividade comercial[5].

Na visão do CDC, o consumidor se constitui como toda pessoa natural ou jurídica que contrata a aquisição de mercadoria ou prestação de serviço para sua utilização direta, sem que se obrigue alguma forma especial de manifestação da vontade, exceto quando a lei exigir[6].

Com efeito, a definição de consumidor e, por conseguinte, a constituição da "relação de consumo" ligam-se à ideia de relação contratual privada, na qual os interesses essencialmente patrimoniais e individuais estão em jogo. Envolvem, pois, o exercício da livre iniciativa e da economia de mercado previstas no art. 170 da CR (Constituição da República), o que para alguns doutrinadores não ocorre com a natureza própria dos usuários de serviços públicos.

A concepção de "consumidor" baseia-se na destinação final do bem objeto do contrato. O destinatário final é o destinatário econômico de fato, seja pessoa jurídica ou física. Ou seja, não deve haver aquisição do produto para revenda ou para uso profissional, porque assim o bem entraria novamente no sistema de produção[7], perdendo a característica de consumidor final.

Na mesma linha, a concepção de fornecedor estabelecida no CDC também vem atrelada à visão privatística. O art. 3º do CDC dispõe que:

"Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços."

Observa-se que a definição de fornecedor, no CDC, assim como a de consumidor, é ampla. O critério que caracteriza o fornecimento de produtos está atrelado ao desenvolvimento de atividades essencialmente profissionais, cuja atividade deva ser contínua, habitual, assim como a transformação e distribuição de produtos[8].

Para Rizzatto Nunes[9]: "Não há exclusão alguma do tipo de pessoa jurídica, já que o CDC é genérico e busca atingir todo e qualquer modelo. São fornecedores as pessoas jurídicas públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, com sede ou não no País, as sociedades anônimas, as por quota de responsabilidade limitada, as sociedades civis, com ou sem fins lucrativos, as fundações, as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as autarquias, os órgãos da administração direta etc."

Em síntese, infere-se que o CDC protege as relações de consumo constituídas pelo consumidor e fornecedor objetivando uma transação de natureza comercial, isto é, privada e sem conotação social, mesmo que se admita que as regras do CDC sejam de ordem pública em virtude da relevância assumida no contexto econômico das relações humanas para coibir práticas abusivas e tutelar a parte hipossuficiente.

2. A relação do usuário com o serviço público

Em linhas gerais, o usuário é o titular do direito de usufruir e gozar da atividade pública produzida por órgãos da administração (seja direta ou indireta), na maior parte das vezes mediante o pagamento de determinado valor fixado por lei, sendo o serviço colocado à sua disposição. No serviço público o usuário, na condição de beneficiário, é parte integrante do Estado como instrumento de efetividade das garantias e direitos fundamentais previstos na Constituição da República. Em outras palavras, é parte fundamental do sistema estatal, para não dizer a própria razão de ser deste e para o qual se dirige a prestação do serviço público[10].

Ao contrário do que ocorre no direito privado, tal como na própria relação de consumo do CDC, a condição dos usuários de serviços públicos é de natureza jurídico-pública, ainda que por vezes possa existir, em certos serviços, a autonomia de vontade das partes e a própria aplicação de regras de direito privado, pois toda relação entre usuário e prestador do serviço público[11] está adstrita às condições previamente fixadas pelo poder público, estas quase sempre vinculadas à lei cogente e imperativa, da qual a relação não pode se afastar nem mesmo por vontade do órgão/entidade contratante, diversamente do que costuma ocorrer numa relação entre consumidor e fornecedor estritamente privada[12].

Com efeito, a condição jurídica do usuário será sempre regida por normas (leis e regulamentos) que criam direitos e deveres aos usuários, mesmo que a situação decorra de um contrato de direito privado. É justamente por ser um beneficiário do serviço público, custeado mediante tributos, taxas e tarifas, que o usuário se torna uma figura jurídica, por vezes distinta daquela acepção jurídica utilizada pelo CDC para definir o consumidor[13].

No que tange ao serviço público, numa concepção constitucional e legalista, Celso Antônio Bandeira de Mello[14] destaca que "é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral", frisando que deve ser fruível pelos administrados, cujo Estado assume como obrigação legal que deverá ser prestada por si mesmo ou por um terceiro sob um regime de direito público com as prerrogativas de supremacia e de restrições especiais[15].

Já na visão do jurista Eros Grau[16], a ideia de serviço público é sintetizada como uma atividade essencial para a "consecução da coesão social" e como "necessário para a defesa o interesse social", dando um conceito de essencialidade[17].

Interessante notar que, de acordo com Dinorá Adelaide Musetti Grotti[18], "não existe serviço público por natureza", pois segundo a autora o que se reconhece como serviço público trata-se de uma opção política, presente na "Constituição de cada país, na lei, na jurisprudência e nos costumes presentes em um dado momento".

Diante dessa relação complexa entre serviços públicos, usuários e a relação consumerista inserida nesta interação é que se faz necessário tecer-se breves considerações acerca da incidência do CDC na prestação dos serviços públicos.

3. Incidência do CDC na prestação dos serviços públicos

O Estado afasta-se cada vez mais da sua função de provedor, adotando um caráter fiscal e regulador, concedendo à iniciativa privada a prestação de alguns serviços, cuja obrigação, dentre outras, é assegurar acuidade às relações entre a prestação dos serviços e seus usuários, na medida em que o direito vem assumindo

os serviços públicos como direito fundamental da pessoa humana, o que torna o usuário a figura central das relações de prestação de serviços públicos[19].

Segundo Aragão[20], a liberalização econômica ocorrida no final do século XX trouxe como reflexo a incidência do direito consumerista na prestação de serviços públicos, em que o enfoque é a proteção do indivíduo *de per se* como parte hipossuficiente em face do poder econômico das empresas, portanto, individualista, permitindo uma lógica de mercado com enfoque distinto da lógica solidária inerente à ótica publicista, cuja ênfase reside na proteção coletiva dos cidadãos visando operacionalizar um sistema prestacional equitativo, contínuo e universal[21].

Diante dessa complexidade assumida pelo Estado é que o interesse coletivo, para muitos, justifica a prestação dos serviços públicos sem exclusividade estatal, sendo a concorrência fundamental para a própria manutenção do interesse público.

Com o repasse dos serviços públicos aos particulares, ocorre a incidência, inevitável, de normas típicas das relações de natureza privada

Nesse contexto, a Constituição da República estabeleceu formas indiretas de intervenção do poder econômico na prestação dos serviços públicos, compondo o que a doutrina classifica como "administração pública indireta". Assim, os serviços públicos podem ser executados pela administração direta do Estado ou pelas entidades autárquicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, ou ainda por meio da descentralização administrativa, transferindo-se a prestação desses serviços para particulares fora do poder público, surgindo os institutos da "concessão" e "permissão"[22].

Dessa forma, com o repasse dos serviços públicos aos particulares, ocorre a incidência, inevitável, de normas típicas das relações de natureza privada, sem que com isto se descaracterize a natureza da atividade pública estatal, e muito menos a inobservância dos princípios da administração pública.

Isso não implica dizer que a exploração da atividade econômica não possa ser realizada de forma direta pelo Estado. Vale lembrar que ao Estado, como representante da coletividade, por intermédio dos seus órgãos públicos, compete a prestação dos serviços públicos que lhes são próprios, notadamente aqueles relativos à atividade legislativa, judiciária, manutenção da ordem pública por meio da atividade policial, bem como a defesa da nação com as forças armadas[23].

Não obstante alguns doutrinadores questionarem a aplicação do CDC aos serviços públicos no que tange às concessionárias e permissionárias – embora este estudo não vise esclarecer esta questão a fundo –, assevera-se que o entendimento prevalecente na atual conjuntura doutrinária e jurisprudencial é a incidência do CDC nas relações entre serviços públicos e usuários, especialmente no que diz

respeito às concessionárias e permissionárias. E não poderia ser diferente diante do contexto legislativo em vigor.

Além do artigo 3º do CDC, que inclui dentre os fornecedores a pessoa jurídica de direito público e todos aqueles que prestam serviços públicos, direta ou indiretamente, tem-se que a Lei 8.987/95, que regulamenta as concessões e permissões, prevê em seu artigo 1° o seguinte:

"As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos."

Ou seja, a lei em referência sugere a possibilidade de aplicação de normais legais pertinentes às concessionárias e permissionárias, dando margem para uma interpretação em que se aplica o CDC (Lei 8.078/90) aos serviços prestados por tais entidades.

Igualmente, o CDC, em seu art. 2º, antes mencionado, permite uma interpretação da qual se conclui que as normas consumeristas são aplicáveis aos serviços públicos. Além disso, o CDC ainda estabelece outras regras das quais se deduz a aplicação das normas consumeristas aos serviços prestados por pessoas jurídicas de direito público, tais como nos artigos 4º, inciso II, 6º, inciso X, e 22[24].

Com efeito, diante das regras previstas no CDC, resta evidente a sua incidência nos serviços públicos, especialmente nas relações envolvendo concessões e permissões.

No entanto, vale lembrar que a aplicação do CDC não deve ser indiscriminada, conforme se verá, sob pena de se correr o risco de desnaturar o serviço público enquanto sistema social de proteção que é, e não individual[25].

Destacadas essas observações sumárias, passa-se à análise das limitações de incidência das normas do CDC aos serviços públicos e de questões decididas pelo Poder Judiciário.

4. Limites de incidência do CDC sobre os serviços públicos na doutrina e jurisprudência

Não há dúvida de que consumidores e usuários de serviços públicos são instrumentos de realização dos direitos fundamentais, tão valorados pelo atual sistema democrático.

Na concepção atual da ordem constitucional, o Estado não é um fim em si mesmo, mas acima de tudo deve se pautar pela busca da satisfação integral dos direitos fundamentais[26]. Logo, não se perquire quanto à incidência do CDC nas relações entre Estado/prestador de serviço público e usuários, por vezes essencial.

Entretanto, cabe analisar em que medida tal aplicação deve ocorrer[27], dadas as peculiaridades inerentes ao que se entende como serviço público e que "fazem com que

seja mantido um grau de critérios de direito público aplicáveis às relações entre usuário e o prestador do serviço público"[28], que lhes diferenciam da relação de consumo.

Para ilustrar essa noção, Jacques Amar, citado por Aragão[29], pondera que "uma prestação de serviço público não pode ser equiparada em todos os aspectos a uma prestação de atividade econômica privada. Ela se liga a uma missão de serviços públicos e, por esta razão, contém uma forte dimensão política, ao passo que a prestação de uma atividade econômica privada só tem valor em relação às aspirações do indivíduo que a contrata."

É nesse contexto que a jurisprudência, em determinamos casos, já se manifestou de forma a limitar a aplicação do CDC em demandas cujo usuário estaria, em tese, sendo preterido em prol do fornecedor. Isto é, o usuário, como parte hipossuficiente, tendo seu direito supostamente ameaçado pelo poder público[30].

Dentre os casos mais polêmicos apreciados pelo Judiciário estão as cobranças de tarifas diferenciadas, frequentemente utilizadas por concessionárias de energia elétrica e de saneamento básico. Uma das mais relevantes é a cobrança de "tarifa sazonal" ou "sobretarifa" por parte de algumas concessionárias de saneamento.

A principal tese sustentada contra as referidas cobranças é a violação ao artigo 39 do CDC e aos princípios constitucionais (especialmente da isonomia, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais do consumidor e da atividade econômica), em razão da cobrança desigual entre determinados consumidores devido à localização de suas residências[31].

Contudo, a jurisprudência tem admitido a legitimidade da tarifa sazonal não apenas pela existência da Lei Federal 11.445/07[32], que autoriza a sua cobrança bem como a sua estruturação por categorias de usuários relacionados ao consumo da água, nos termos do artigo 30[33], mas principalmente por obediência aos princípios fundamentais que regem os serviços públicos e o interesse da coletividade.

A propósito, os seguintes julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina demonstram essa tese, nos quais a cobrança da tarifa sazonal foi considerada legal:

"Ação de consignação em pagamento – Casan – Tarifa sazonal – Legalidade – Recurso improvido.

'Não há ilegalidade na cobrança de tarifa diferenciada pelo abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto nos meses de veraneio nas regiões praianas, notadamente naquelas em que é exigido um maior volume de investimentos para atender a expressiva demanda nessa época' (...)[34].

Administrativo – Casan – Tarifa sazonal – Legalidade

Não há ilegalidade na cobrança de tarifa diferenciada pelo abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto nos meses de veraneio nas regiões praianas, notadamente naquelas em que é exigido um maior volume de investimentos para atender a expressiva demanda nessa época.

A tarifa sazonal traduz-se em medida indispensável à garantia da continuidade do aludido serviço público, pois visa à recomposição da baixa contraprestação verificada durante o inverno nessas regiões." [35]

Deste último precedente infere-se que a legislação consumerista foi considerada subsidiária em face da legislação federal específica, conforme se extrai do corpo do acórdão:

"O Togado singular deferiu o provimento liminar em favor da Associação Praia Brava – APBRAVA, pois, no seu entender, o preço da tarifa sazonal instituída pela Resolução n. 234/2008 teria sido manifestamente excessivo se comparado à quantidade de serviço efetivamente usufruída pelos consumidores, o que os onerou em demasia, violando frontalmente o disposto no inc. V do art. 39 do Código de Defesa do Consumidor.

Ab initio, releva saber que o *mandamus* versa questão atinente ao saneamento básico, que possui regramento específico, qual seja, a Lei 11.445/2007. Logo, as normas de proteção ao consumidor têm aplicação subsidiária."[36]

Em caso análogo, o Supremo Tribunal Federal também já se manifestou favorável à cobrança da sobretarifa (ao analisar a diferenciação da sua natureza jurídica) no sentido de garantir a continuidade do serviço público, conforme segue:

"Serviço de fornecimento de água. Adicional de tarifa. Legitimidade.

Mostra-se coerente com a jurisprudência do Supremo Tribunal o despacho agravado, ao apontar que o ajuste de carga de natureza sazonal, aplicável aos fornecimentos de água pela CAESB, criados para fins de redução de consumo, tem caráter de contraprestação de serviço e não de tributo."[37]

Na referida decisão, a julgadora enfatizou que:

"Esta decisão fundou-se em precedentes desta Corte que afirmam ser o serviço de fornecimento de água sujeito ao pagamento de preço público ou tarifa e não de taxa, inexistindo irregularidade em sua majoração por decreto em lugar de lei ordinária. E que o mesmo raciocínio deve valer para a sobretarifa deste serviço porque consiste em instrumento da peculiar política de preços adotada no Distrito Federal, pela qual os usuários que ultrapassam limites determinados de consumo pagam tarifas mais altas, com a finalidade de garantir a continuidade da prestação do serviço público a toda a população, em tempos de escassez."

Nessas hipóteses, a fixação da sobretarifa pelas concessionárias foi considerada prática regular e legítima no que concerne às políticas públicas e econômicas adotadas pelas empresas prestadoras de serviços públicos, com o escopo de coibir o excesso de consumo da água em períodos críticos, de modo a evitar a sua falta para toda a coletividade, valorizando o princípio da continuidade do serviço público.

Por esses motivos é que não se tem acolhido a tese de que as normas do CDC não foram respeitadas em razão do tratamento desigual entre os usuários, por se

entender que não basta dar tratamento diferenciado aos consumidores para ensejar violação ao CDC sob o aspecto da isonomia[38].

A dificuldade, por vezes, para se julgar ações onde estão em jogo os interesses tutelados pelo CDC e o serviço público é identificar no caso concreto as situações que justifiquem um tratamento diferenciado entre os usuários, respeitando todos os princípios fundamentais e a legislação, sem ensejar discriminação entre aqueles que entendem serem "consumidores" protegidos pelo CDC.

Sobre o tema, Nunes[39] assevera que "a constatação da existência de discriminações, portanto, não é suficiente para definir se o princípio constitucional de isonomia está ou não sendo respeitado, pois, como visto, em determinadas situações a discriminação empreendida está em consonância com o princípio constitucional. Ao contrário, é exatamente da discriminação que nasce o princípio. Mas, para aferição da adequação ao princípio da igualdade, é necessário levar em conta outros aspectos. Todos eles têm de ser avaliados em maneira harmônica: se adotado o critério discriminatório, este tem de estar conectado logicamente com o tratamento jurídico atribuído em face da desigualdade apontada."

O entendimento prevalecente é a incidência do CDC nas relações entre serviços públicos e usuários

Portanto, a distinção de tratamento entre os tipos de usuários levando em conta algumas especificidades regionais e quantidade de consumo, segundo a jurisprudência, não atenta contra as normas do CDC e muito menos a princípios constitucionais tal qual o da isonomia. O preceito da igualdade de tratamento entre os consumidores deve se ajustar à realidade das necessidades sociais, equacionado dentro do sistema "bem-estar individual e meio ambiente", em prol de sua resultante que seria o "bem-estar da coletividade"[40].

Atente-se para o fato de que o adicional da tarifa de água foi criado com a mesma finalidade em que foi criada a sobretarifa de energia elétrica, qual seja, controlar o consumo de produto essencial em período de desabastecimento e de elevado consumo.

É o que se depreende da decisão do STF exarada nos autos da Ação Direta de Constitucionalidade 09 (27.06.2001), que admitiu a cobrança de tarifa especial com base no interesse da coletividade e a necessidade de continuidade do serviço em períodos de escassez. A propósito, vale transcrever o seguinte fragmento da decisão:

"Ação declaratória de constitucionalidade. Medida Provisória n. 2.152-2, de 1º de junho de 2001, e posteriores reedições. Artigos 14 a 18. Gestão da crise de energia elétrica. Fixação de metas de consumo e de um regime especial de tarifação. 1. O valor arrecadado como tarifa especial ou sobretarifa imposta ao consumo de

energia elétrica acima das metas estabelecidas pela Medida Provisória em exame será utilizado para custear despesas adicionais, decorrentes da implementação do próprio plano de racionamento, além de beneficiar os consumidores mais poupadores, que serão merecedores de bônus. Este acréscimo não descaracteriza a tarifa como tal, tratando-se de um mecanismo que permite a continuidade da prestação do serviço, com a captação de recursos que têm como destinatários os fornecedores/concessionários do serviço. Implementação, em momento de escassez da oferta de serviço, de política tarifária, por meio de regras com força de lei, conforme previsto no artigo 175, III da Constituição Federal. 2. Atendimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo em vista a preocupação com os direitos dos consumidores em geral, na adoção de medidas que permitam que todos continuem a utilizar-se, moderadamente, de uma energia que se apresenta incontestavelmente escassa. 3. Reconhecimento da necessidade de imposição de medidas como a suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores que se mostrarem insensíveis à necessidade do exercício da solidariedade social mínima, assegurada a notificação prévia (art. 14, § 4º, II) e a apreciação de casos excepcionais (art. 15, § 5º). 4. Ação declaratória de constitucionalidade cujo pedido se julga procedente."[41]

Na referida decisão, observa-se que a controvérsia da tarifa de energia elétrica submetida ao STF quando à sua constitucionalidade foi solucionada, notadamente por meio de princípios fundamentais de direito, preceitos de ordem constitucional, dando como válidas as políticas de gestão que privilegiem o interesse da coletividade (generalidade de usuários), em detrimento do direito individual.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, também já admitiu entendimento similar para outras hipóteses de tarifas diferenciadas, tal como a tarifa de assinatura básica de telefonia, conforme decisão da 1ª Turma no Recurso Especial 975425/MG, de 6 de novembro de 2007, do Ministro José Delgado[42]:

"Administrativo. Recurso especial. Serviço de telefonia. Cobrança de 'assinatura básica residencial'. Natureza jurídica: Tarifa. Prestação do serviço. Exigência de licitação. Edital de desestatização das empresas federais de telecomunicações MC/BNDES n. 01/98 contemplando a permissão da cobrança da tarifa de assinatura básica. Contrato de concessão que autoriza a mesma exigência. Resoluções n. 42/04 e 85/98, da Anatel, admitindo a cobrança. Disposição na Lei n. 8.987/95. Política tarifária. Lei 9.472/97. Ausência de ofensa a normas e princípios do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes da corte admitindo o pagamento de tarifa mínima em casos de fornecimento de água. Legalidade da cobrança de assinatura básica de telefonia. (...) O fato de existir cobrança mensal de assinatura, no serviço de telefonia, sem que chamadas sejam feitas, não constitui abuso proibido pelo Código de Defesa do Consumidor, por, primeiramente, haver amparo legal e, em segundo lugar, tratar-se de serviço que, necessariamente, é disponibilizado, de modo contínuo e ininterrupto, aos

usuários. 20. O conceito de abusividade no Código de Defesa do Consumidor envolve cobrança ilícita, excessiva, possibilitadora de vantagem desproporcional e incompatível com os princípios da boa-fé e da eqüidade, valores negativos não presentes na situação em exame. 21. O STJ tem permitido, com relação ao serviço de consumo de água, a cobrança mensal de tarifa mínima, cuja natureza jurídica é a mesma da ora discutida, a qual garante ao assinante o uso de, no máximo, 90 pulsos, sem nenhum acréscimo ao valor mensal. O consumidor só pagará pelos serviços utilizados que ultrapassarem essa quantificação."[43]

Não há dúvida de que consumidores e usuários de serviços públicos são instrumentos de realização dos direitos fundamentais

Como se vê pela jurisprudência tanto das instâncias inferiores como das superiores, a prestação do serviço público está ligada não apenas à lei, mas também aos valores fundamentais previstos na Constituição, razão pela qual se distingue das outras atividades econômicas, conferindo-lhe um regime jurídico próprio[44], tornando a aplicação do CDC, por vezes, mitigada[45].

Assevera-se, entretanto, que não se está a afirmar a preponderância do interesse público sobre as relações de consumo em todas as circunstâncias, como se o direito administrativo prevalecesse sobre as regras do CDC – estas também de ordem pública de direito fundamental.

A questão é reconhecer-se o momento em que cada qual deverá prevalecer, frisando-se a lição de Marçal Justen Filho[46], para quem o "Direito do Consumidor apenas se aplicará na omissão do Direito Administrativo e na medida em que não haja incompatibilidades com os princípios fundamentais norteadores do serviço público".

Nessa linha, Aragão[47], que dedicou ao tema um capítulo de sua obra sobre serviços públicos, ensina que "os serviços públicos têm uma conotação coletiva muito mais ampla que as atividades econômicas privadas. Visam à coesão social, sendo muitas vezes um instrumento técnico de distribuição de renda e realização da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), com o financiamento, através das tarifas dos usuários que já têm o serviço, da sua expansão aos que ainda não têm acesso a ele. Se fosse apenas pelo sistema privatista do CDC, essas tarifas teriam que ser consideradas abusivas (arts. 39, V; e art. 51, IV, CDC), eis que superam o valor que seria decorrente apenas da utilidade individualmente fruída"[48].

Com efeito, subsistindo legislação federal que ampare a atividade pública e as espécies de cobranças, unida aos princípios de direitos fundamentais que lhes deem sustentação, tende a prevalecer o interesse social da coletividade em face das normas do CDC.

5. Considerações finais

A partir dessas ideias, observa-se que os serviços públicos não são atividades econômicas comuns e submetidas à liberdade empresarial, ao contrário das relações jurídicas consumeristas, sujeitas ao livre critério entre os envolvidos para atender às necessidades privadas e individuais.

Conforme as decisões judiciais analisadas, admitindo a cobrança diferenciada das tarifas, deve-se levar em conta que estas não remuneram apenas o serviço público, mas têm como destinação principal custear a infraestrutura e a própria manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, assegurando a continuidade do serviço público e atendendo aos princípios fundamentais.

É necessário, portanto, frisar que determinados bens e serviços são essenciais à coletividade e à satisfação do princípio da dignidade humana. O serviço público é prestado diretamente pelo Estado ou por terceiros particulares com o objetivo único de atender aos anseios sociais e coletivos, motivo pelo qual nem sempre as normas do CDC poderão prevalecer diante das regras e princípios que regem o serviço público.

Logo, a interpretação restritiva do CDC em algumas hipóteses de prestação dos serviços públicos, quando respaldada na lei específica e nos princípios norteadores dos direitos fundamentais, e desde que com a efetiva adoção de políticas públicas para a manutenção do sistema, será cabível e oportuna para equilibrar as relações jurídicas entre o interesse privado e o coletivo, sem que com isto se violem as regras do CDC ou preceitos da Constituição.

Notas

[1] Registramos que não se perquire, neste trabalho, quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às situações que envolvam a relação entre usuário e serviço público, conforme se infere do artigo 3º do referido diploma legal, que enquadra a prestação de serviço público como fornecedor.

[2] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Serviços públicos*. Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 400.

[3] AMAR, Jacques *in* Alexandre Santos de Aragão. *Serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 499-500.

[4] Zockun, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 13.

[5] COMPARATO, Fábio Konder. A Proteção do Consumidor. Importante capítulo do Direito Econômico. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v.13, n. 15/16, 1974, p. 90.

[6] FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 27.

[7] MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 304.

[8] MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 393.

[9] NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 86.

[10] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

[11] Especialmente aqueles de natureza delegada tais como concessões e permissões.

[12] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

[13] PEREIRA entende que o consumidor se caracteriza, juridicamente, por ser titular de direitos subjetivos; o usuário, por sua vez, está numa situação jurídica instrumental para que o Estado possa alcançar os valores essenciais que inspiram a definição de determinados serviços públicos, pelo que designa o autor como sendo "direitos subjetivos funcionalizados". E arremata que "o usuário tem direitos em relação à criação e organização do serviço completamente incompatíveis com a posição jurídica de um consumidor" (PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos:* usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos. São Paulo: Saraiva, 2006).

[14] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, p. 600.

[15] CARVALHO FILHO também segue a linha constitucional com uma definição diretamente ligada à satisfação das necessidades essenciais da coletividade, inclusive as secundárias, afirmando que serviços públicos é "toda *atividade* prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob o regime de direito público" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 217).

[16] Eros Grau distingue interesse coletivo de interesse social. Afirma que "este está ligado à coesão social, aferido no plano do Estado, plano da universalidade. Os interesses coletivos são aferidos no plano da sociedade civil, expressando particularismos, interesses corporativos" (GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988.* 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 128).

[17] Diante dessas premissas, entendemos que o serviço público é aquele por meio do qual o Estado, seja direta ou indiretamente por delegação, concessão e permissão, exerce as garantias e direitos fundamentais que lhe são impostos pela Constituição, ou seja, instrumentaliza a vontade do legislador constituinte através da prestação de serviços públicos essenciais, que são colocados à disposição da população, qualificada individualmente como usuários.

[18] GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. 1a. ed. 3a. tiragem, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 45.

[19] Aragão ressalta que "a aplicação do direito do consumidor aos serviços públicos é indissociável dos debates contemporâneos sobre a posição e o papel do Estado na economia" (ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Direitos dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 500).

[20] Aragão, Alexandre dos Santos de. *Direitos dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 500.

[21] Pelas pesquisas feitas, percebe-se que essa noção é fundamental para se chegar à compreensão da possível justificativa que admite a hipótese de limitação da incidência do CDC nos serviços públicos, dependendo do caso concreto.

[22] DOLZANE, Harley Farias. O serviço público adequado e a controvérsia sobre a possibilidade de interrupção na prestação dos serviços públicos essenciais à luz do CDC e da Lei 8. 987/95. *Revista Jus Vigilantibus*, 8 de maio de 2007. Disponível em <http://jusvi.com no site>. Acesso em 12.11.2011.

[23] LAZZARINI, Álvaro. *Temas de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 69.

[24] **Art. 4º** A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...) II – ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por

iniciativa direta; b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas; c) pela presença do Estado no mercado de consumo; d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...); X – a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

[25] ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 503.

[26] "A dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos" (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62).

[27] MARQUES defende a incidência do CDC em quase todas as relações de prestação de serviço, admite a especialidade da relação concessionária e assinala que, "dos contratos concluídos com a administração, é especial: mesmo se regidos por leis civis, não perde a relação seu caráter de verticalidade, reservando-se à administração faculdades que quebram o equilíbrio do contrato". Logo, a autora reconhece a necessária conciliação do CDC com o regime de direito público (MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*: O novo regime das relações contratuais. 4. ed. ver e amp., São Paulo: RT, 2002, p. 485).

[28] ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Direitos dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 512.

[29] AMAR, Jacques *in* Alexandre Santos de Aragão. *Serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 517.

[30] Acredita-se que aqui o julgador deve se valer dos princípios da administração pública, em especial a premissa da razoabilidade, em que se busca emitir uma decisão que equilibre a relação entre o usuário/consumidor e o Poder Público/fornecedor, de modo a ajustar na medida do possível o interesse da coletividade com o do consumidor individual, o que se sabe que, na prática, nem sempre será possível.

[31] Nas hipóteses apreciadas, percebe-se que as defesas embasaram-se nas normas consumeristas, quase sempre ao argumento da infringência às regras consumeristas – em regra com base no art. 39 do CDC, que trata das práticas abusivas – e na própria inconstitucionalidade da espécie de cobrança tarifária por desrespeito a princípios fundamentais. Entretanto, o que se verifica é que nessas ações estavam em jogo muito mais do que o direito do consumidor ofendido, mas sim toda a coletividade usuária do produto que naquelas circunstâncias estava à mercê da falta de água, ou mesmo de energia, como decorrência da escassez do produto e do próprio abuso do excesso de consumo.

[32] Lei Federal que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento.

[33] Art. 30. Observado o disposto no art. 29 desta Lei, a estrutura de remuneração e cobrança dos serviços públicos de saneamento básico poderá levar em consideração os seguintes fatores: I – categorias de usuários,

distribuídas por faixas ou quantidades crescentes de utilização ou de consumo; (...); V – ciclos significativos de aumento da demanda dos serviços, em períodos distintos.

[34] BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2010.022263-8, de Barra Velha, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. em 29.6.2010.

[35] BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2009.007945-9, da Capital, rel. Des. Luiz Cézar Medeiros, j. em 5.2.2010.

[36] E afirma ainda o julgador na mesma decisão que, "na cobrança de tarifa diferenciada pelo abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto nos meses de veraneio nas regiões praianas, notadamente naquelas em que é exigido um maior volume de investimentos para atender a expressiva demanda nessa época", "a tarifa sazonal traduz-se em medida indispensável à garantia da continuidade do aludido serviço público, pois vida à recomposição da baixa contraprestação verificada durante o inverno nessas regiões".

[37] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, REAgR n. 201630/DF, Min. Ellen Gracie.

[38] Acerca do tema, no que diz respeito ao princípio da isonomia, cuja afronta atingiria diretamente o consumidor nos moldes do CDC, torna-se oportuna a lição de Kelsen, que pontifica: "A igualdade dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica, garantida pela Constituição, não significa que aqueles devam ser tratados por forma igual nas normas legisladas com fundamento na Constituição, especialmente nas leis. Não pode ser uma tal igualdade aquela que se tem em vista, pois seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções, por exemplo, entre crianças e adultos. Com a garantia da igualdade perante a lei, no entanto, apenas se estabelece que os órgãos aplicadores do Direito somente podem tomar em conta aquelas diferenciações que sejam feitas nas próprias leis a aplicar. Com isso, porém, apenas se estabelece o princípio, imanente a todo o Direito, da juridicidade da aplicação do Direito em geral e o princípio imanente em todas as leis da legalidade da aplicação das leis, ou seja, apenas se estatui que as normas devem ser aplicadas de conformidade com as normas" (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 158).

[39] NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor.* São Paulo: Saraiva, 2004, p. 34.

[40] De outro vértice, entende-se que a distinção de tratamento se justifica também por desestimular o consumo da água de forma indiscriminada, de modo que outros valores protegidos pelo ordenamento jurídico serão assegurados tais como o direito à prestação de serviço adequado e à melhoria da qualidade de vida em sentido coletivo, tornando o sistema autossustentável.

[41] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC n. 09/2001, Relator Min. Néri da Silveira; Relatora p/ Acórdão: Min. Ellen Gracie.

[42] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 975425 / MG, Relator Ministro José Delgado.

[43] BRASIL. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Garantindo o pagamento de tarifa mínima: Resp 759.362/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 29/06/2006; Resp 416.383/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 23/09/2002; Resp 209.067/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 08/05/2000; Resp 214.758/RJ.

[44] Entendemos que o objetivo maior das decisões sobre o tema é de assegurar, a todos os usuários/beneficiários, a continuidade dos serviços públicos nos períodos em que ocorrem elevados níveis de consumo, como, por exemplo, na região litorânea de determinados estados brasileiros, no caso da água, e nas regiões em que ocorrem os famigerados "apagões", na hipótese da energia elétrica.

[45] Além disso, vale lembrar que a Constituição difere o consumidor do usuário de serviço público. O consumidor age por interesse próprio, individual, e está dentro do ciclo do mercado de consumo dentro de

um regime de economia (art. 170, V, da CR). Já o usuário, por sua vez, precisa realizar as suas necessidades elementares como sujeito beneficiário do serviço público, não porque quer, mas porque precisa, cuja relação é de interesse público (art. 175, da CR).

[46] JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Ética, 2003, p. 558.

[47] ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Direitos dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 521.

[48] É com base nesse raciocínio, lastreado em leis específicas sobre serviços públicos e princípios de direitos fundamentais, que se entende como necessária a limitação da incidência das normas do CDC em dadas circunstâncias jurídicas, conforme se verificou nos casos judiciais apreciados pelo Poder Judiciário, onde as discussões abordavam as "tarifas diferenciadas" cobradas por algumas concessionárias.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direitos dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 217.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor. Importante Capítulo do direito econômico. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 13, n. 15/16, 1974, p. 90.

DOLZANE, Harley Farias. O serviço público adequado e a controvérsia sobre a possibilidade de interrupção na prestação dos serviços públicos essenciais à luz do CDC e da Lei n. 8. 987/95. *Revista Jus Vigilantibus*, publicado em 8.5.2007. Disponível em <http://jusvi.com no site>. Acesso em 12.11.2011.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 1991.

GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988.* 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Teoria dos serviços públicos e sua transformação*. In: SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Econômico. 1a. ed. 3a. tiragem, São Paulo: Malheiros, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Ética, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

LAZZARINI, Álvaro. *Temas de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros.

NUNES, Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos:* usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos. São Paulo: Saraiva, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social.* São Paulo: Malheiros. 2009.

REGULAÇÃO SOCIAL, MERCADO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA:

QUAIS AS NOVAS PERSPECTIVAS DA REGULAÇÃO ESTATAL?

Frederico Antonio Lima de Oliveira*
Promotor de Justiça de 3ª Entrância do Ministério Público do Estado do Pará
Doutor em Direito de Estado (subárea – Direito Constitucional) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

RESUMO

Em meio a um cenário de grandes mudanças nas estruturas dos Estados políticos, cada vez mais evidentes desde a segunda metade do século XIX e que vêm provocando sérias alterações nas relações jurídicas, econômicas e sociais entre as esferas pública e privada de poder, deslocaram-se as preocupações liberais até então muito presentes, com o uso do poder regulatório do Estado na seara econômica e voltado para os fatores como o mercado e a competitividade, para as searas privada e social, onde os limites dos interesses públicos e privados foram flexibilizados, provocando não só a formulação de um novo modelo de prestação dos serviços públicos, inclusive aqueles considerados essenciais e não de caráter propriamente econômico, mas também a prática de uma atividade regulatória com propósitos sociais, a fim de sanar as contínuas falhas do mercado lesivas aos direitos sociais envolvidos. Este contexto trouxe à cena jurídica contemporânea alguns aspectos de grande relevo para o debate, donde destacamos duas preocupações que encerram este singelo articulado. Referem-se tais preocupações a alguns dos aspectos relacionados à descentralização dos serviços públicos típicos do Estado, e, como consectário lógico de tal processo, a prevalência dos direitos fundamentais, em particular o respeito ao princípio da dignidade humana, que necessita ser observado pelos agentes envolvidos.

* Outras qualificações do autor

Mestre em Direito Público (subárea – Direito Administrativo) pela Universidade Federal do Pará (UFPa). Professor da Universidade da Amazônia – UNAMA. Pós-graduado em Direito Ambiental pela Universidade de São Paulo (USP), em Direito Sanitário pela Universidade de Brasília (UNB), em Direito Ambiental e Políticas Públicas pelo Núcleo de Altos Estudos Amazônicos (NAEA-UFPa) e em Direito Eleitoral pela Universidade Federal do Pará (UFPa).

"As ideias das pessoas são pedações da sua felicidade."
(William Shakespeare)

1. Introdução

O poder regulamentar da administração pública passa por dois aspectos muito ligados ao princípio da legalidade. Trata-se da vinculação da atividade administrativa à lei e às competências formalmente destinadas (*ex vi* art. 5º, II, da CF/88). Portanto, em termos práticos, o que temos é a limitação das possibilidades de delegação de atribuições regulamentares pelo Executivo (entenda-se, Administração Pública) fora das competências já estabelecidas no texto constitucional originário. Dessa maneira, em síntese, expomos mais uma questão intrincada no processo regulatório brasileiro, dentre outros aspectos de relevo, que diz respeito à possibilidade de exercício de atos administrativos normativos por meio de regulamentos do Executivo e das agências reguladoras que transferem a função legislativa do Legislativo, implementando políticas de governo. O que nos parece importante ressaltar é que a visível função normativa que vem sendo desempenhada pelo Executivo não deve substituir as manifestações legislativas propriamente ditas na definição das normas-programa que disciplinam políticas públicas.

Em meio a este novo contexto não pacífico quanto ao exercício das funções do Estado e prestação de seus serviços, quer em prol de interesses púbicos, privados ou de ordem social, vê-se, sob qualquer ótica, a transição do que se entenderia como um "Estado *executor*" que atuava na ordem econômica, via pessoas jurídicas, passando a ser um "Estado *regulador*[1]", que fixa regras disciplinadoras para a ordem econômica, exercendo inclusive um papel de fiscalização (*ex vi* art. 174, CF/88)[2].

Nesse aspecto, merece também destaque o papel desempenhado pelas organizações sociais civis no processo de descentralização administrativa. No caso brasileiro, incumbe a essas entidades, e solidariamente ao Estado, a promoção dos interesses coletivos comuns, dos objetivos e dos fundamentos da República. Tais entidades poderão fazer observar o princípio da boa governança, sempre ressaltado nos momentos de crise de governabilidade, como a que enfrentamos no Brasil de hoje[3].

2. Regulação social, mercado e dignidade humana como conceitos relacionados

Abordar o tema das formas de intervenção do Estado na economia significa, do ponto de vista teórico do direito, compreender como se configura o ordenamento econômico de um país. Sua análise possibilita identificar a divisão de esferas entre

o Estado intervencionista e regulamentador da atividade econômica e aquele que se limita a organizar as forças de mercado por meio da aplicação do direito concorrencial[4].

É atribuída ao Estado, portanto, uma série de funções na organização do processo econômico. Situando-se de maneira sintética, correspondem a dois grandes grupos[5]: aquelas em que o Estado aparece como empresário, ou seja, como produtor e distribuidor de bens e serviços, e aquelas em que ele se apresenta como regulador, enquadradas nesse cunho as medidas legislativas e administrativas por meio das quais determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, objetivando orientá-los em direções desejáveis e evitar efeitos lesivos aos interesses socialmente legítimos[6]. Nessa perspectiva ampla, a ideia de regulação[7] inclui toda a forma de organização econômica por intermédio do Estado, seja na concessão ou outorga de serviço público, seja no exercício do poder de polícia[8].

O poder de polícia, como assim se encontra preconizado nos arts. 145 e seguintes da CF/88, vem sendo severamente questionado quanto às suas características sociais e orgânicas na contemporaneidade. Buscando um conceito mais equânime com o Estado constitucional, o que se pode entender por constitucionalismo econômico transcende a concepção liberal e "policialesca" dos idos dos séculos XVII e XVIII. O conceito contemporâneo de poder de polícia passou a ser concebido sob a égide da necessidade de fundamento e finalidade para ser aplicado, e assim entendido numa acepção mais neutra, vinculada à ideia de ordenação social, numa ordem em que se busca evitar a produção de uma contaminação semântica do termo – poder de polícia – eventualmente utilizado para englobar um conjunto inorgânico de atividades de limitação, pretensamente conferidas por meio de poderes implícitos e naturais à Administração Pública, ultrapassando em muito os limites de conteúdo destinados pela lei.

A substituição da realidade econômica do pós-guerra, bem caracterizada pela acumulação de riquezas em bases nacionais, por uma nova realidade econômica do Estado, comprometido com a inovação tecnológica e uma nova ordem econômica internacional, foi uma realidade histórica dos anos 1930[9]. O Estado contemporâneo sofreu grandes mudanças nos finais da década de 1990, passando a planejar e regular as atividades privatizadas, garantindo a concorrência e os direitos do consumidor em harmonia com o desenvolvimento tecnológico.

Três grandes contextos são perceptíveis nas novas bases estatais formadas. De um lado, defendeu-se um novo constitucionalismo, regionalizando-se as uniões dos Estados soberanos; por outro lado, desenvolveu-se um novo conceito humanitário em sistema global, e, por fim, transcenderam-se os limites da atividade econômica dentro de um habitat específico, criando-se um novo e amplo

ambiente internacional para o capital transnacional que se movimenta ao redor do globo[10]. Este novo ambiente vem formando blocos regionais transnacionais, donde a integração econômica traz também necessidades de integração política e jurídica[11].

Os contextos apontados, em verdade, se acoplam e interagem, porém de forma semi-independente, possuindo pontos de comunicação e de inferência que não devem ser capazes de perverter as lógicas formais de cada um dos sistemas, quer político, econômico ou jurídico[12]; podem e, de fato, assumem importância nesta análise, na medida em que a formação de blocos econômicos no pós-guerra também proporcionou, em grau visível, o incremento de um sistema internacional de proteção aos direitos humanos e a internacionalização do direito constitucional, quer pela inserção de mecanismos constitucionais nos tratados internacionais, quer pela internalização do direito humano internacional no corpo das constituições contemporâneas[13].

O poder de polícia vem sendo severamente questionado quanto às suas características sociais e orgânicas na contemporaneidade

Desse novo contexto, grandes problemas também advieram para nossa realidade[14]. A retórica da globalização vem sendo acompanhada e legitimada ideologicamente e, embora já se apresente um contramovimento nesse sentido[15], a ideia de minimização da ação do Estado resume o remédio neoliberal a ser aplicado à inflação. O constitucionalismo vem sendo rediscutido em função das grandes temáticas apontadas neste estudo[16], e se tem apresentado uma certa desconfiança do atual modelo constitucional global, com a consequente flexibilização das soberanias. A pós-modernidade[17] não poderá, a nosso ver, sepultar a garantia constitucionalista do pós-guerra, que instituiu e deu base à maioria das democracias contemporâneas ao redor do globo.

Sob esse prisma, conforma-se a concepção de democracia e de legitimidade no Estado regulatório, com as ideias de Jürgens Habermas, bem alinhadas por professor da Universidade de Nova York, Paul G. Chevigny, que diz:

"O modelo institucional de Habermas tem fortes ligações com o liberalismo; um propósito principal do modelo é preservar a autonomia pessoal, como também descentralizar as decisões tomadas é uma característica da sociedade liberal. Assim é aquele Habermas que reitera que a esfera pública deve ser 'envolta em padrões liberais de cultura política' (BFN 358); as pessoas têm que refletir sobre os assuntos públicos levando em conta os próprios direitos a fim de respeitar os direitos dos outros. Mas os direitos individuais existem no modelo institucional fundados não precipuamente nos interesses individuais contra o Estado e os outros indivíduos para proteger um

reino privado, mas no interesse de compreensão de coletivo e a formação de um reino público. A função das proteções processuais fortes é manter aquele reino público como democrático, e assim deixar todo mundo participar, fazendo leis para todos, após uma livre discussão relativa a todas as implicações e todas as alternativas. O que permanece obscuro é como o sistema legal irá lidar com dificuldades do estado regulador e o aumento da autonomia individual."[18] *(tradução própria)*

O processo de "globalização" teve o primeiro nome de "mundialização", a partir de algumas estruturas preestabelecidas; dentre elas, podemos destacar: a emergência de uma nova divisão do trabalho advinda com o Estado liberal; o desenvolvimento de mercados fora do âmbito das nações; a expansão das empresas multinacionais; a importância dos acordos internacionais entre as nações; a redução do papel do Estado com a privatização; a hegemonia dos conceitos neoliberais nas relações econômicas; tendência generalizada, em todo mundo, à democratização e à proteção dos direitos humanos, aliada ao aparecimento dos atores supranacionais não governamentais. Esses novos paradigmas contemporâneos provocaram o surgimento de uma regulação globalizada, deslocando o interesse nacional para o interesse global, e, dessa forma, instituindo regiões periféricas e centrais de interesses sociais, com reflexos eminentemente econômicos.

Friedrich Hayek considerava a democracia como o regime "menos ruim" para a sociedade, e, ancorando-se na visão de Karl Popper, dizia ser ela uma "sociedade aberta", onde o Estado é uma necessidade e, ao mesmo tempo, um mal necessário, e que deve ter os seus instrumentos de controle de poder apurados e eficientes para salvaguardar os direitos de todos[19]. O modelo de "constitucionalismo liberal" foi construído a partir de uma concepção em que a sociedade deveria estar lastreada nas diferenças entre a "ordem espontânea" e a "organização social", esta última a desejável e calcada numa sociedade livre e representativa. A noção de "ordem espontânea" desenvolvida por Hayek pressupõe o engajamento na obediência aos princípios gerais aprovados pela opinião pública em geral, que pode impor restrições à vontade particular de toda autoridade, e mesmo da maioria.

Em sua obra *Direito, legislação e liberdade*, F. Hayek aponta, a nosso ver, duas grandes pilastras da regulação social, como tratada no Estado contemporâneo. Trata-se da negação ao construtivismo cartesiano e a falsa ideia de uma "justiça social". No seio do Estado assistencialista, Hayek questionou o cartesianismo kantiano, discutindo a falibilidade da legislação e das instituições oficiais como mecanismos de implementação dos direitos sociais. Nesse sentido, dispôs que as regras sociais não deveriam ser edificadas deliberadamente por objetivos determinados, e sim com base numa "ordem espontânea", com regras de conduta apreendidas. Portanto, a regulação deveria partir do fato social e da realidade, e basear-se na "justa conduta".

Assim, ao enfrentar a questão sobre a "justiça social", Hayek aponta que o sectarismo na distribuição de oportunidades não se apresentaria numa "sociedade aberta", numa "ordem espontânea". A "justiça social" que se desenvolve numa economia de mercado é atingida, segundo Hayek, pela justiça feita entre seus atores ou agentes do mercado, e não pelos resultados aferidos. A busca da equidade se implementaria pela redução do papel do Estado e o desenvolvimento do papel do juiz, como guardião das normas de "boa conduta", garantindo assim o respeito à "ordem espontânea", e, nesse sentido, nos dirige Hayek a Jean Domat, que, ao seu turno, assemelhava as regras dos homens às regras de suas condutas. Não se trata, pelo que percebemos, de um retorno ao naturalismo, mas talvez uma nova visão do direito livre, mesmo que em muito se assemelhe às ideias jusnaturalistas[20].

Hayek observa a grande mudança que teve ensejo na sociedade liberal, onde a proteção dos direitos se destinava a grupos restritos e o indivíduo não era livre, mas preso a objetivos concretos e comuns, para o conceito de sociedade aberta, onde a obediência às mesmas regras abstratas seria o enfoque mais importante, enquadrando nesse nicho a equidade. A passagem evidenciada por Hayek nos leva ao trabalho da equidade, da igualdade de informação e do respeito às diferenças como estipulações necessárias para a garantia dos direitos "fraternos" na era globalizada; é na verdade a transição do espaço local dos estados soberanos para o espaço universal da humanidade[21]. É bem verdade que a prenunciada volta da contemporaneidade à equidade nega o esforço nacionalista e racionalista moderno dos séculos XVII e XVIII, e mais, também não é menos verdade dizer que a justiça social é, no fundo, o verdadeiro questionamento do neoliberalismo.

A questão da soberania é, no fundo, o ponto central de toda a problemática da regulação do direito. E mais, essa soberania, agora já fragmentada e dividida, deve ser rediscutida. A autoridade do Estado[22], conforme concebida na modernidade, vem perdendo espaço para uma autoridade de instituições *não estatais*, onde o monopólio da coerção estatal é flexibilizado e os clamores dos Estados-nação perdem o seu caráter nacional e territorial. Nesse sentido, o direito estatal é substituído ou suprimido[23], é progressivamente substituído por instâncias que se situam em posições hierárquicas inferiores, donde se extrai o exemplo francês como bem aplicável, compondo esse quadro com a participação da sociedade organizada por meio da descentralização do poder coativo do Estado, e, pelo mesmo prisma, advindo novas formas de negociação, de mediação inseridas em proporções cada vez maiores nos Estados contemporâneos[24]. Esse processo faz com que os cidadãos tenham cada vez mais possibilidades de recorrer às instâncias locais ou alternativas não estatais[25].

A regulação social se apresenta num contexto onde o direito posto não parece satisfatoriamente capaz de abraçar o conjunto representativo do poder público.

Um dos grandes entraves que desde logo percebemos se situa na especificidade do direito como mecanismo de coerção e não de controle. Portanto, uma regulação social não pode se libertar do conteúdo fundamental do ordenamento jurídico, e, em particular, de dois grandes eixos do mecanismo jurídico, quais sejam: a repartição dos papéis institucionais e a legalidade das ações estatais. Por outro lado, também se percebe um grave risco na instrumentalização do direito, ao passo em que este mesmo direito vale menos para a regra promulgada do que para a implementação das políticas públicas. O ponto central da polêmica discussão sobre a regulação social se coloca no suprimento do direito estatal, quando as políticas públicas ou os programas de ação tomam a dianteira do direito no sentido tradicional, na instalação de uma regulação social.

Há várias formas para se implementar políticas públicas sem o uso do direito que, além de ser regulamentar, também pode se apresentar com a função distributiva, redistributiva ou constitutiva. Essa *não utilidade* do direito é bem visível em matérias como a ambiental. No caso do direito ambiental, a necessidade da intervenção ordenadora estatal é suprida, então, por políticas públicas consideradas internacionais e até mesmo globais (esse sentido foi bem mais assimilado nas questões ambientais como a questão do clima). Aliás, inserem-se também nas matérias sujeitas à intervenção ordenadora, aquelas referentes aos direitos de cidadania, tais como saúde, educação, direito a terra para agricultura, defesa do meio ambiente e outras. A defesa de tais direitos passou pelo âmbito econômico mais específico, necessitando da cooperação internacional como um mecanismo de ajuste "intramuros" dos instrumentos internacionais de natureza econômica, chegando à garantia do conceito de segurança humana, de todos os seres humanos, e não propriamente das estruturas dos Estados[26].

A desestatização se insere tanto no contexto da pós-modernidade como na necessária participação popular no exercício da cidadania para desenvolver tal processo[27]. As mudanças paradigmáticas do estado regulatório não prescindem de um amplo debate sobre a cidadania no traço do Estado contemporâneo, e mais, na participação popular, inclusive através de conselhos para esse fim[28].

A discussão base à qual se atém o texto refere-se à independência e competência das agências reguladoras, à capacidade de executoriedade de suas decisões – ao passo em que o mercado, na era globalizada, substitui o próprio Estado como instância de coordenação socioeconômica – e, ainda, à influência direta e indireta dos grupos econômicos mais fortes nas esferas públicas de decisão.

O uso do potencial, dos recursos e dos poderes do Estado para melhorar as condições econômicas dos grupos mais periféricos da sociedade vem a produzir uma verdadeira demanda por regulação. O Estado necessita investir as suas diversas formas de fomento em agentes econômicos (indústrias) que possam arcar

com os custos da regulação, abrindo assim o caminho para uma distribuição mais equânime de recursos, e consequentemente de estrutura nos diversos setores da sociedade.

Diz-se que a regulação poderá ser então "benéfica" ou "adquirida", na medida em que se insere uma carga tributária diferenciada e mais pesada sobre alguns dos grupos econômicos prevalentes no mercado, impondo-se a eles um maior encargo tributário a fim de aumentar a flexibilização negativa dos preços, na busca, mesmo que indireta, de um aumento no poder de compra de uma maior parte dos setores sociais. Surgem daí duas correntes explicativas do fenômeno regulatório moderno, quais sejam, a que defende o público em geral ou uma grande parcela dele, e uma segunda, em que a decisão regulatória necessita de uma explicação racional e democrática.

A questão da soberania é, no fundo, o ponto central de toda a problemática da regulação do direito

O racionalismo estatal nos leva a entender que os sistemas políticos são racionalmente planejados e aplicados, devendo estar voltados aos anseios da sociedade. Por esse prisma, os objetivos sociais ou meramente competitivos da regulação parecem ser uma opção de cada Estado. O Estado poderá estabelecer alguns tipos de políticas regulatórias para seu setor terciário, quais sejam: as subvenções, subsídios, políticas de preços, barreiras de entradas etc., todas aptas a controlar as oscilações do poder econômico no mercado. São diversas as causas sociais que levam as empresas a concentrar poder econômico, tanto por motivos benéficos como por motivos prejudiciais, estes últimos destinados a obter uma parcela monopolística do mercado, produzindo efeitos nocivos à concorrência[29]. Dando-se nota dos efeitos eventualmente benéficos, poderíamos apontar a realização de economias de escala e a obtenção de maior eficiência na produção ou administração dos recursos produtivos.

Os demais conceitos intrínsecos à análise das estruturas e das condutas e suas relações com o desempenho dos mercados não convém ao nosso desiderato neste tópico, podendo-se dizer o mesmo das formas de concentração econômica. Retornando à seara mais estreita da regulação e da intervenção do Estado no domínio econômico, percebe-se que a intervenção estatal na seara econômica que se iniciou com o propósito de corrigir, como já assinalado, as chamadas falhas de mercado, logo após a primeira Guerra Mundial, e, num segundo momento, no advento da segunda guerra mundial, alterou o panorama tradicional do direito e da economia, desde então muito mais relacionados. É o limiar do surgimento do já referido direito econômico.

No surgimento do direito econômico repousam os novos objetivos da intervenção estatal na economia, que não mais se alojaram na mera solução das falhas do mercado e de suas crises, surgindo daí três elementos para o arcabouço social da atividade regulatória, quais foram: a) as regras contra a concentração econômica, com caráter dirigente (políticas econômicas) e preventivo; b) a inserção constitucional de normas de proteção à concorrência e de repressão do abuso do poder econômico; e c) as regras de flexibilização no direito concorrencial, valendo-se da histórica regra da razão como mecanismo destinado à proteção da livre concorrência[30].

A regra da razão com meio de promover objetivos sociais e políticos, que não especificamente a proteção do mercado e a concorrência, na teoria econômica, é, em nossa ótica, a *pedra de toque* que dá passagem, a exemplo de outras bases teóricas, para a concepção social da regulação e sua inserção em matérias de interesse público, como é o caso do meio ambiente e das atividades agrícolas[31].

Os custos da regulação, notadamente em seu âmbito social, recaem na análise das diferenças existentes entre o processo de decisão política democrática e o processo de decisão no mercado. O processo de decisão democrática exige simultaneidade de decisão e envolvimento de toda a comunidade e não apenas daqueles que estão diretamente implicados na situação econômica apontada. O controle dos atos de concentração, a fim de obter uma regulação mais assimétrica, deve pressupor a representação política, com a atuação de partidos políticos e organizações não governamentais, na realização desse controle no mercado, influenciando-o e trabalhando com lobbies junto ao Poder Legislativo, na busca de uma regulação mais favorável.

A intenção de domínio dos mercados nos leva à concepção de um necessário controle dos atos de concentração econômica no mercado, o que faz chegar à definição de mercado relevante como produto do espaço geográfico e espacial onde a concorrência existe. Necessita-se fazer com que os produtos existentes no mercado se coloquem de forma apta a competir em similitude de oportunidades, sobretudo no tocante aos preços e produção das empresas atuantes no mesmo mercado; daí emerge outro conceito essencial para tecer o raciocínio, que se mostra na configuração do poder de mercado, como aquele destinado ao agente econômico que detém o poder de influenciar nos preços do mercado[32].

Esse novo contexto trouxe consigo a possibilidade de ordenação pela administração pública das atividades exercidas diretamente, ou ainda concedidas a particulares para o seu exercício, na medida em que os limites do direito público e privado foram ultrapassados[33]. A regulação social da economia como

instrumento de controle das falhas do mercado[34] se complementa como um verdadeiro conjunto de mecanismos de fiscalização decorrentes da própria ordenação deste mesmo mercado. Tem-se um exemplo na seara ambiental, mais especificamente na questão agrícola, como diz Cass Sustein:

"O direito ambiental é um bom exemplo do acima mencionado. O ar limpo e a água pura têm características próprias dos bens públicos. Os custos sociais da contaminação podem ser muito maiores que os benefícios sociais que ela [a poluição] produz mas, como em cada caso individual esses custos são muito difusos e muito pequenos, o mercado não fará com que os poluidores individuais os levem em conta. De maneira bastante racional, cada poluidor desenvolverá uma atividade que conduzirá a sociedade a uma situação cada vez pior. E como uma eventual reparação supõe, por sua vez, altos custos individuais e baixos benefícios para cada vítima, estas tratarão de granjear os esforços para obter uma compensação que realize as outras vítimas; para isso, de maneira bastante racional, a vítima se negará a ser a primeira a apresentar a demanda. O resultado de tudo isso é que nem o poluidor, nem as vítimas conterão os efeitos daninhos da atividade, podendo se prever que alcançará um nível muito mais alto que o ótimo. A regulação ambiental é uma resposta característica a esses tipos de problemas." (tradução própria)[35]

A reestruturação do direito administrativo é uma realidade no que diz respeito aos limites entre os chamados interesses públicos gerais e os interesses privados, incluídos os interesses considerados sociais e relevantes, que justificariam a tomada de posições políticas estratégicas pelo Estado. A política pública do Estado necessita ser revista a partir de seu poder normativo. Os processos desestatizantes vieram a provocar uma contínua flexibilização do direito administrativo, onde os estanques considerados públicos e privados perderam os seus limites clássicos. Ou seja, o papel do Estado e as liberdades individuais iniciaram um processo, que continua em franca expansão, de realinhamento de objetivos e funções. O ponto de destaque neste debate e que nos interessa de perto quanto aos valores democráticos, à exemplo da dignidade humana, é a prestação dos serviços públicos que passaram a ser atividades regulamentadas.

Surge a perspectiva de um direito comum (público e privado), orientado pelas necessidades coletivas. Esse é o raciocínio que autoriza a pensar que serviços originariamente públicos como a telefonia e a energia elétrica, no caso brasileiro, pudessem ser concedidos à gestão de particulares com essa transformação. Na mesma esteira já apresentada por Habermas, entre outros, a esfera pública e a privada passam a ter uma conexão mais estreita, fazendo com que os mecanismos de gestão compartilhada e as negociações privadas na esfera pública passassem a ser uma realidade[36]. Os diferentes regimes jurídicos necessitam conviver harmoniosamente e, com essa finalidade, novos institutos são criados e outros são

rediscutidos. Deve-se destacar, por exemplo, um debate necessário no momento sobre o novo entendimento destinado ao instituto da autorização administrativa como um ato administrativo unilateral, discricionário e precário para o exercício de atividade não exclusiva da administração pública[37].

3. Quais as novas perspectivas da regulação estatal?

Como já visto, as crescentes transformações sofridas pelos Estados políticos após o transcurso da segunda grande guerra mundial, além de realinharem os objetivos da política liberal de estado, deram ensejo às novas formas de regulação com preocupações mais sociais, a fim de responder às igualmente novas questões do direito administrativo, quando os direitos fundamentais assegurados por nosso Estado Democrático de Direito se encontram em plena expansão.

O Estado traça novos meios para o cumprimento de seus objetivos e funções. Uma das mais eloquentes perguntas que hão de ser feitas é: como, em verdade, o direito administrativo virá a responder, por exemplo, sobre o uso do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado? Devemos então negar a prevalência do interesse público sobre o privado? Ou substituí-lo por outro, como por exemplo o princípio da dignidade humana e o princípio de interpretação constitucional da proporcionalidade, consubstanciando o primeiro, ressalte-se, um valor democrático prevalente e conformador de nosso Estado Democrático de Direito.

Além da introdução de uma regulação com preocupações mais sociais, as novas perspectivas regulatórias do Estado também nos trazem um igualmente novo e profundo questionamento quanto ao necessário equilíbrio entre o exercício da autoridade do Estado e as liberdades públicas envolvidas[38]. Esse indispensável equilíbrio vem se mostrando, talvez, e a nosso ver, como a "pedra de toque" de um novo modelo regulatório brasileiro. Dentre os temas de grande relevância na busca de um novo paradigma para o direito administrativo vemos os novos conceitos atribuídos aos institutos do interesse público e do serviço público.

Elegemos, por hora e para os propósitos deste sintético articulado, o interesse público como instituto que bem exemplifica nossas preocupações com os destinos do direito regulatório brasileiro. Em que pese estar clara a existência de um interesse público por vezes contraposto a um interesse individual, pode-se também, e ao mesmo tempo, constatar que de forma alguma irá tal interesse público se confrontar com os interesses dos cidadãos como um todo.

Pelo prisma que se mostra acima, os interesses de natureza geral e essência pública não só atingem aos cidadãos individualmente, mas, no mesmo passo,

atingem pela própria natureza do interesse envolvido toda uma coletividade com pretensões análogas. Portanto, os limites da intervenção regulatória do Estado, em particular no que tange aos direitos dotados de *fundamentalidade* e *autoexecutoriedade* (direitos fundamentais sociais e garantias individuais e coletivas), onde a eficácia é plena e o grau de generalidade das normas constitucionais envolvidas é maior, ficam mais estreitos em relação aos serviços públicos e demais atividades não consideradas atividades econômicas do Estado.

Nas hipóteses fáticas analisadas em concreto, a autonomia do poder regulatório do Estado, entenda-se da administração pública por seus órgãos, em particular, materializada com o uso dos discutidos decretos e regulamentos autônomos, vem à baila de forma contundente. A nosso ver, tais instrumentos não prescindem dos quadrantes específicos da legislação formal para que exerçam a sua finalidade dentro dos padrões de legalidade administrativa exigíveis no Estado Democrático de Direito.

A regulação social se apresenta num contexto onde o direito posto não parece satisfatoriamente capaz de abraçar o conjunto representativo do poder público

Os limites regulatórios do Estado em temas onde os direitos detenham essencialmente uma natureza pública, fundamental, genérica e plenamente exigível, insista-se, como é o caso mais específico das *garantias constitucionais* e dos *direitos fundamentais,* são, a nosso ver, bem mais estreitos, pois, dentre outras causas, infere-se claramente que, apesar da eventual possibilidade de uso normativo dos atos administrativos como já apontados (decretos e regulamentos autônomos), continuam tais instrumentos exigindo para os seus usos as autorizações prévias e específicas de leis anteriores que definam as condições e finalidades de seus exercícios. Veja-se que tais atos administrativos são utilizados de forma específica e para situações em concreto, razão que, em nossa ótica, prejudica por si só, independente de quaisquer outros fundamentos, a aplicação genérica e imediata dos comandos constitucionais e infraconstitucionais envolvidos.

Em síntese, os atos administrativos com propósitos normativos e finalidades regulatórias haverão de estar compatíveis com a legalidade estrita observada pela administração pública brasileira como um todo. É preciso compatibilizarmos os serviços públicos dotados de *fundamentalidade* e *essencialidade* em suas prestações com o sentido mais próprio de interesse público (de toda a coletividade), tendo todos os indivíduos como seus titulares. Com esta assertiva, parece-nos necessário, como consectário lógico, estabelecermos um barramento ideológico e conceitual como parâmetro regulatório e limite de exercício do poder regulatório do Estado. Daí emerge uma questão capital, qual seja: *qual o marco regulatório a ser usado?*

Para obtermos resposta à questão posta é crucial que estabeleçamos as balizas a serem escolhidas como *marcos regulatórios* e usadas pelo Estado nas matérias de natureza não econômica, estando sujeitas ao interesse público em sentido mais genérico (da coletividade como um todo). A *dignidade humana,* não como um conceito, mas sim como um princípio superior de interpretação constitucional, se mostra, a nosso ver, bem alinhada para esse fim, apresentando-se, inclusive, como um corolário do próprio Estado Democrático Constitucional brasileiro, mesmo existindo críticas quanto ao uso deste *superprincípio* (dignidade humana) como um conceito jurídico estável e de significado específico e substantivo, como se dá na doutrina constitucional norte-americana.

As demais críticas de cunho filosófico, religioso e até mesmo cultural ao uso do princípio da dignidade humana são refutáveis ante a clara falta de especificidade; entretanto, deve-se notar que a dignidade humana exerce em nível constitucional tanto um papel de princípio orientador da interpretação constitucional desejável como também de justificação moral e fundamento jurídico normativo dos direitos fundamentais envolvidos no caso concreto a ser analisado.

O grau de abstração do princípio da dignidade humana acrescido de sua posição nuclear em face dos direitos fundamentais nos leva a entendê-lo como detentor de um papel facilitador da melhor interpretação quanto ao sentido dos direitos fundamentais existentes em conflito ou não, junto às hipóteses concretas sujeitas ao ordenamento jurídico. A dignidade humana não é um princípio absoluto no texto constitucional; todavia, salvo na existência de valores dotados de importância superior, na maioria dos casos, terá precedência e prevalência sobre os demais.

Assim, percebe-se que mesmo nos países onde nem todos os direitos fundamentais se mostram no catálogo constitucional, o princípio da dignidade humana traça os contornos do que entendemos como *conteúdo ou núcleo essencial de sentido* quanto ao que se entende por dignidade humana em cada caso específico. Esse núcleo essencial a ser definido a nosso ver também estabelecerá o limite aceitável e, portanto, legítimo para a intervenção regulatória do Estado em cada serviço, em tese, a ser por ele prestado. Existe na representação formal do princípio da dignidade humana, e em geral nos casos que envolvam a implementação de políticas públicas, a execução de direitos fundamentais e o exercício de garantias constitucionalmente asseguradas, entendido como uma abertura do sistema jurídico ao sistema da filosofia moral, em particular quando se reconhece a chamada *dimensão objetiva* dos direitos fundamentais, como uma ordem moral de valores condicionantes da interpretação do sistema jurídico na sua integralidade.

4. À guisa de conclusão

Em síntese do que foi exposto, tentamos articular algumas das possíveis conclusões deste pequeno estudo. Senão vejamos:

– as transformações sofridas pelos Estados políticos fomentaram na segunda metade do século XX o surgimento de novas formas de regulação estatal, mais afetas às necessidades sociais da coletividade;

– o direito administrativo deverá responder às novas questões sobre o uso do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, a fim de melhor realizar as ambições regulatórias do estado contemporâneo;

– há de existir um necessário equilíbrio entre o exercício da autoridade do Estado e as liberdades públicas constitucionalmente asseguradas a fim de se estabelecer um novo modelo regulatório para a realidade brasileira;

– em que pese estar clara a existência de um interesse público por vezes contraposto a um interesse individual, pode-se também inferir que tal interesse não se confrontará com os interesses da coletividade;

– os limites da intervenção regulatória do Estado, em particular no que tange aos direitos dotados de *fundamentalidade* e *autoexecutoriedade,* ficam mais estreitos em relação aos serviços públicos e demais atividades não consideradas atividades econômicas do Estado;

– o poder regulatório do Estado exercido através de decretos e regulamentos autônomos não prescindem dos quadrantes específicos da legislação formal para que exerçam suas finalidades dentro dos padrões de legalidade administrativa exigíveis no Estado Democrático de Direito;

– é preciso estabelecermos um novo barramento ideológico e conceitual como *marco regulatório* e limite de exercício do poder regulatório do Estado;

– o princípio da dignidade humana se mostra bem alinhado a servir de parâmetro mínimo para os fins regulatórios brasileiros;

– o princípio da dignidade humana traçará os contornos do que entendemos como *conteúdo ou núcleo essencial de sentido* quanto ao que se entende por *dignidade humana* em cada caso específico. Tal núcleo essencial a ser definido também estabelecerá o limite aceitável e legítimo para a intervenção regulatória do Estado, valendo-se o sistema jurídico dos métodos hermenêuticos desejáveis para realizar essa difícil mas imprescindível tarefa, traduzindo e implementando a vontade e a aceitação populares para a realização da norma regulatória estatal.

Notas

[1] Marcelo Figueiredo bem sintetiza a evolução do chamado "Estado Regulador": "(...) O fenômeno deu-se com o recuo do Estado produtor que passou das nacionalizações às privatizações. Nas décadas de 1970 e de 1980, em quase toda a Europa ocorreram essas modificações, algumas inclusive constitucionais. Até aquele primeiro período, o setor empresarial do Estado ou o setor público produtivo, tinha importante peso econômico político e social, constituído por empresas públicas controladas direta ou indiretamente pelo Estado. Em alguns Estados, inclusive, havia proibições explícitas de acesso ao capital privado nos setores básicos da economia. Seguiu-se um período de privatizações diretas ou indiretas inclusive de gestão de serviços públicos. Com isso, o setor público empresarial viu-se bastante abalado e diminuído. Como resultado desse processo de privatização e de liberalização da economia (do Estado aos particulares), muito embora ainda se mantenham em alguns países alguns monopólios, passou-se a procurar uma forma de o Estado regular esses setores e as atividades privatizadas. Cunhou-se a expressão 'Estado regulador'. Obviamente que o Estado sempre foi 'regulador' no sentido de ter o poder de expedir normas jurídicas para 'regular', 'regulamentar' atividades (inclusive econômicas) na sociedade. Assim, quando se alude a 'Estado regulador', quer-se referir a esse modelo dominante daqueles tempos a esta parte. O modelo que prega em larga medida a regulação, a regulamentação, o estabelecimento de regras jurídicas nesse processo de abertura econômica. Trata-se, ao que parece, de um novo paradigma de intervenção do Estado na economia, que retrata uma significativa perda de importância do setor empresarial do Estado na atividade econômica direta ou produtiva (...)" (FIGUEIREDO, Marcelo. *As agências reguladoras*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 200).

[2] A pretensão de delegação dos serviços públicos à iniciativa privada, com o fito de se otimizar as atividades públicas, fez com que novas figuras administrativas fossem concebidas para o desempenho de funções administrativas de interesse geral. Destaca-se a reforma administrativa brasileira, onde se desenvolveu um Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado para a criação de um setor público não estatal (Decreto-lei 200/67). Foram criadas as Organizações Sociais introduzidas no direito brasileiro pela Medida Provisória 1.591, de 9 de outubro de 1997, sucessivamente reeditada, até o advento da Lei Federal 9.637, de 15 de maio de 1998; as organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIPs foram instituídas pela Lei 9.790/99 e regulamentadas pelo Decreto 3.100/99; as agências executivas são autarquias de regime jurídico especial, previstas nos arts. 51 e 52 da Lei 9.649, de 27.5.98, que dispôs sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios. Leia-se a interessante obra a respeito, ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor.* São Paulo: Malheiros, 2003, p. 61-77.

[3] Sobre o princípio da boa governança é interessante a leitura, entre outros, do seguinte texto: BARALDI, Camila Bibiana de Freitas; DRI, Clarissa Franzoi. Sociedade civil participativa: democracia através da boa governança ou negligência estatal? Site do Curso de Direito da UFSM. Santa Maria-RS. Disponível em: <http://www.ufsm.br/direito/artigos/constitucional/sociedade-participativa.htm>.

[4] SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial:* as estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 17.

[5] Eros Roberto Grau (cf. *Discurso neoliberal e a teoria da regulação*. In: Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional: estudos em homenagem ao professor Washington Peluzo Albino de Souza. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 62) faz uma distinção entre intervenção estatal na economia e intervenção sobre a economia. A primeira se divide em atuação por absorção, quando o Estado assume, em

regime de monopólio, o controle dos meios de produção e/ou troca; e atuação por participação, quando o Estado atua em regime de concorrência com o setor privado, ou participa do capital de agente que detém o controle patrimonial de agentes de produção e/ou troca.

[6] As políticas públicas de intervenção na atividade econômica, historicamente, se apresentam mais visíveis até a década de 80, com o objetivo de nacionalização, coletivização, estatização e socialização das estruturas de acesso ao mercado, seguindo a tradição europeia nesse sentido, que buscou, a partir da segunda guerra mundial, dentre outros objetivos, a eficiência no uso e na alocação de recursos, a democracia econômica na distribuição de recursos e a redução das desigualdades. Nos Estados Unidos a regulação financeira se acentua, dando mais independência para as agências regulatórias que exerciam o controle do desenvolvimento econômico. A preocupação norte-americana girava em torno, fundamentalmente, do controle das práticas antitruste e da regulação setorial. A regulação como forma de garantir a distribuição igualitária dos direitos sociais e econômicos, em período pós-liberal, perdeu força nos idos dos anos 80, quando alguns efeitos nocivos foram detectados, tais como a captura da administração empresarial por interesses meramente políticos, excesso de mão de obra, distorções ou anulação da concorrência, perdas a custa do erário, irracionalidade decisória, ambiguidade dos objetivos das políticas de planificação, difícil controle da performance e perda de eficiência, dificuldade de coordenação entre as empresas públicas e pouca transparência e responsabilidade na administração pública. Dessa feita, a privatização se constituiu, àquela altura, como uma resposta aos efeitos negativos da nacionalização. Escolas doutrinárias formularam concepções sobre as finalidades do processo regulatório naquele momento histórico, em especial os aspectos pertinentes às privatizações muito comuns na Inglaterra, na França e nos Estados Unidos. Foram elas: a escola de Freiburg e a escola de Chicago.

[7] Sobre o conceito de regulação, diz Vital Moreira: "Há duas ideias que se ligam ao conceito etimológico de regulação: primeiro, a ideia de estabelecimento a implementação de regras, de normas; em segundo lugar a ideia de manter ou restabelecer o funcionamento equilibrado de um sistema... essas duas ideias bastam para construir um conceito operacional de regulação econômica: o estabelecimento e a implementação de regras para a atividade econômica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objectivos públicos" (Cf. MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública.* Coimbra: Almedina, 1997, p. 34).

[8] SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 15.

[9] Diz José Eduardo Faria: "Do ponto de vista histórico, esses mecanismos mais flexíveis de regulação e controle surgiram nos Estados Unidos a partir dos anos 30, como resposta às demandas de racionalização e equilíbrio dos setores industrial, comercial e financeiro após o colapso da bolsa de Nova York, em 1929. Sob a forma de agências independentes, eles foram concebidos para formular diretrizes gerais nas áreas de sua competência, implementar políticas *ad hoc* por meio de regulamentos, arbitrar conflitos por meio de agentes setoriais, regular a atuação de empresas para assegurar competição, estabelecer limites aceitáveis de concentração de mercado, combater os casos de abuso etc. Com os processos de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização ocorridos cinco a seis décadas depois, durante os governos Reagan e Thatcher, esses mecanismos foram aperfeiçoados e expandidos não só nos países centrais, mas também, e principalmente,

nos países semiperiféricos" (Cf. FARIA, José Eduardo (Org.). *Regulação, direito e democracia.* São Paulo: Ed. Fundação Perseu Abramo, 2002, p. 8-9).

[10] As expressões aqui utilizadas foram utilizadas também por SANTOS, Boaventura de Souza. *Toward a new common sense.* New York: Routledge, 1995, p. 281 e ss.

[11] Esse fenômeno possui inúmeras consequências, quer na órbita do direito internacional de blocos ou comunitário. Em nossa ótica, as questões relativas, entre outros fatores, ao necessário respeito dos direitos humanos no procedimento administrativo e, em particular, no debate regulatório, por meio da atenção aos princípios internacionais humanos internalizados. Por outro lado, também percebemos, com a clareza bem típica do debate pós-moderno, o influxo de circunstâncias desfavoráveis à proteção humana, ao passo em que o direito global também aponta um novo modelo paradigmático, que nos traduz uma grave crise de identidade, identificada, entre outros motivos, a nosso ver, no que tange ao modelo regulatório e a dificuldade em se fixar um marco regulatório específico: a inferência do modelo econômico de Estados não periféricos influentes em outros periféricos com menor volume democrático e maior separação ente a atividade de regulação estatal e o direito posto; e, mais, a prevalência de um modelo ideológico-econômico sobre Estados de soberania fragilizada, permitindo a jurisdicionalização e desestatização de setores da atividade social do Estado segundo conveniências alienígenas, em alguns casos. Nesse sentido, leia-se José Eduardo Faria, em suas lições do texto coletivo *Direito e Globalização Econômica*: "Por um lado, o Estado já não pode mais regular a sociedade civil nacional por meio de seus instrumentos jurídicos tradicionais, dada a crescente redução de seu poder de intervenção, controle, direção e indução. Por outro lado, ele é obrigado a compartilhar sua soberania com outras forças que transcendem o nível nacional. Ao promulgar suas leis, portanto, os Estados nacionais acabam sendo obrigados a levar em conta o contexto econômico-financeiro internacional, para saberem o que podem regular e quais de suas normas serão efetivamente respeitadas. A consequência desse processo, como será visto nesta coletânea, é paradoxal: ao mesmo tempo em que se observa um movimento de internacionalização de alguns direitos nacionais, constata-se também a expansão de normas privadas no plano infranacional, à medida que as organizações empresariais, por causa de sua autonomia frente aos poderes públicos, passam, elas próprias a criar as regras de que necessitam e juridicizar as áreas que mais lhes interessam, segundo suas conveniências" (São Paulo, Malheiros Ed., 1998, p. 11). As assertivas de Faria só nos levam à conclusão de não tratar-se, no atual contexto, de flagrante incompatibilidade ou inviabilidade do ordenamento internacional com a autonomia administrativa dos atuais Estados-nação, mas sim da necessária adoção de critérios de justiça e de direito na edição dos atos da administração pública, em especial no processo administrativo regulatório.

[12] Essa análise pressupõe uma inserção na teoria dos sistemas fechados, desenvolvida por Niklas Luhmann e Raffaelle Di Giorgi, e reinterpretada por Günter Teubner. Dois pontos são de grande importância como instrumento de análise, são eles: a noção de contingência, como foi proposta por Luhmann; e ainda as concepções de estabilização dos sistemas político, econômico e jurídico em face do impacto da globalização nas dificuldades de estabilização dos diferenciados sistemas funcionalmente diferenciados nas periferias da modernidade. Nesse sentido, o controle judicial democrático do Estado dependerá, sobretudo, a nosso ver, do funcionamento dos Tribunais em sistemas jurídicos hiperexpostos às determinações do sistema político, onde a diferenciação dos sistemas é apenas parcial. (leia-se nesse sentido, CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Teoria*

do direito e globalização econômica. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coords.). *Direito global.* São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 89.)

[13] O fenômeno de internacionalização dos instrumentos de proteção humana foi introduzido nas constituições tanto de tradição anglo-saxã como de origem romano-gemânica. O fato que se destaca para nossa análise deve-se à crítica efetuada por Edmund Burke em seus estudos sobre a revolução francesa. A análise histórica feita por Burke afasta a concepção racional do constitucionalismo pregada pelo Estado Liberal. O modelo institucional implantado na França e na América provocou enorme desconfiança para os marxistas centrados no fato de que o constitucionalismo liberal só fazia separar as esferas pública e privada, por intermédio de uma carta de direitos e limitar a intervenção do Estado nesta última. Portanto, o constitucionalismo liberal favorecia o mercado e assegurava a desigualdade material, mascarada por um manto de igualdade perante a lei. (grifos nossos) Leia-se, MARX, Karl. *A questão judaica*. São Paulo: Moraes, 1991.

[14] Nesse sentido, bem adverte Carlos Ari Sundfeld, no que toca às repercussões dos novos contextos apresentados nas garantias individuais alinhadas no direito administrativo: "Quanto ao conteúdo do direito administrativo, a repercussão do direito internacional dos direitos humanos é, em tese, dupla. De um lado, naquilo que se tem chamado de direito administrativo geral, envolvendo a parcela 'adjetiva' desse ramo (atos e contratos administrativos, procedimentos administrativos, responsabilidade etc.). Os direitos humanos internacionais cumprem papel conformador, impondo limites e condicionamentos genéricos à ação dos Estados. Esse fenômeno é continuação daquele que, a seu tempo, gerou o próprio nascimento do direito administrativo: afirmada pelas Constituições Nacionais, a existência de direitos subjetivos contra o Estado, a consequência foi a paulatina construção de um regime jurídico administrativo, viabilizando a convivência da 'autoridade' com a 'liberdade'. De outro lado, tem-se os direitos humanos internacionais positivos (direito à saúde, à educação etc.) cujo conteúdo vai deitar efeitos no campo do direito administrativo especial, constituindo condicionamentos específicos das diversas políticas públicas nacionais. É bem verdade que, sendo a Constituição brasileira tanto recente como analítica, não sofremos do 'déficit' de positivação de direitos subjetivos (negativos e positivos) de que padecem alguns países; por isso, o impacto da emergência do direito internacional dos direitos humanos talvez seja mais marcante na efetivação de direitos preexistentes do que na introdução dos novos conteúdos no direito administrativo. Porém, à medida que a globalização econômica caminhe, como vem parecendo, para o confronto com os direitos humanos, por pretender uma "desregulação" implicando a negativa de direitos sociais, o direito internacional que os protege pode surgir como barreira às reformas constitucionais destinadas a impor essa 'desregulação'". (destaques nossos). (SUNDFELD, Carlos Ari. *A administração pública na era do direito global.* In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coords.). Op. cit., p. 158. Parece-nos que o termo direito administrativo especial ainda não se encontra pacificado na doutrina, em especial com relação à flexibilidade com que o regramento administrativo deve ser utilizado no âmbito dos direitos sociais e nas demais atividades econômicas reguladas, de interesse público, porém exercidas por particulares, como hoje também é o caso da saúde, dos transportes não essenciais, das telecomunicações, do fornecimento de água, entre outros. A temática se apresenta na discussão existente entre os limites do direito público e o direito privado, o novo conceito de serviço público e as novas funções do direito administrativo, que devem ser estudados como temas de per si, dessa forma rompendo-se em muito com a tradição civilista brasileira. Valem ser lembrados os diplomas

de criação das agências reguladoras de atividades de interesse público, porém exercidas por particulares. Dentre elas, aquelas criadas até o início de 2002: Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel (Lei 9.472/97); Agencia Nacional de Energia Elétrica – Aneel (Lei 9.427/96); Agência Nacional do Petróleo – ANP (Lei 9.478/97); Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Lei 9.782/99); Agência Nacional de Saúde Suplementar (Lei 9.961/00); Agência Nacional de Águas – ANA (Lei 9.984/00); Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ (criadas pela Lei 10.233/01). Também se insere nesse rol, a Comissão de Valores Mobiliários, que também entendemos deter as características reguladoras, e que teve maior grau de autonomia, inclusive com estabilidade para seus dirigentes através da Lei 10.411/02.

[15] Sobre as estruturas pré-paradigmáticas, leia-se a respeito à concepção de Thomas Kuhn, em sua obra "A Estrutura das Revoluções Científicas", no sentido de que a ciência não progride evolutivamente, pacificamente, mas o progresso do conhecimento nas ciências, e é de se destacar que seu enfoque se centra nas ciências ditas exatas ou da natureza, se daria por rupturas, por saltos, por alterações de paradigmas.

[16] Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Realinhamento constitucional*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coords.). *Op. cit.,* p. 15-48.

[17] Sobre a pós-modernidade, traça André-Jean Arnaud um brilhante paralelo com o Estado moderno, dizendo: "Um direito pós-moderno apresentaria assim, *a priori*, uma imagem inversa ao produto dos oito signos ou sinais distintivos da modernidade jurídica, tais como mencionados acima. Em outros termos, um direito pós-moderno poderia ser, de uma certa maneira, o inverso do produto da abstração do direito, do subjetivismo, da simplicidade e da segurança das relações jurídicas, da separação da sociedade civil do Estado, do universalismo e da unidade da razão jurídica. Ele se caracteriza por uma vontade de pragmatismo e de relativismo, pela aceitação do descentramento do sujeito, por uma pluralidade das racionalidades, pelo risco que lhe é inerente, pelo retorno da sociedade civil e pela apreensão das relações jurídicas na complexidade das lógicas bruscamente estilhaçadas" (ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*: lições de filosofia de direito e do Estado. Trad. Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro, 1999, p. 202).

[18] "Habermas`s procedualist model has strong ties with liberalism; a principal purpose of the model is to preserve personal autonomy as well as the decentralized decision-making that is characteristic of liberal society. Thus it is that Habermas reiterates that the public sphere must be 'embedded in liberal patterns of political culture' (BFN 358); people must think through public issues in light of their own rights while respect the rights of the others. But individual rights exist in the procedualist model not primarily in the interest of the individual as against the state and the other individuals and in order to protect a private realm, but in the interest of collective understanding and the formation of a public realm. The function of the strong procedural protections is to maintain that public realm as democratic, and thus to let everyone participate and making laws that they would make for themselves, after a free discussion concerning the implications for all and all the alternatives. What remains unclear is how the legal system is to shake off the encrustations of the regulatory state and thus increase individual autonomy" (In: Direito global. Law and Politics in Habermas, cit., p. 114). A preocupação de Habermas sobre o estado democrático de direito se apresenta não como um simples princípio, mas sim como um verdadeiro paradigma, no que se assemelha à visão de Klaus Günther, entre outros.

[19] Mais precisamente das ideias de Karl Popper depreendemos os conceitos de sociologia do conhecimento, filosofia oracular, e de rebelião contra a razão em POPPER, Karl. *La sociedad abierta y sus enemigos*. Buenos Aires: Paidsos, 1957, p. 183-215, 397-408.

[20] Cf. HAYEK, Friedrich. *Droit, législation et liberté.* Trad. Fr. Paris: PUF, 1980.

[21] Cf. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

[22] Cf. DE CICCO, Cláudio. *Direito:* tradição e modernidade. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1993.

[23] Cf. André Jean-Arnaud., *op. cit.,* p. 156.

[24] Por ocasião do II Encontro de Cortes Supremas, realizado no mês de novembro de 2004, envolvendo o Judiciário de países como o Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, verificaram representantes de tais Estados soberanos os novos padrões da soberania contemporânea e do exercício da jurisdição constitucional em caráter transnacional. Alguns aspectos de influência foram alinhados naquele encontro, onde foram tratadas questões pujantes como as assimetrias constitucionais na jurisdição constitucional latino-americana, a harmonização legislativa em direito material e processual no âmbito dos países envolvidos. O que se pretendeu com os debates relacionados foi chegar a possíveis padrões para o exercício de uma jurisdição constitucional do Mercosul, via uma Corte supraestatal. A pretensão se alinha a uma tendência de soberania elástica aliada à concepção de interesses globais ou produto da globalização, em contrapartida aos padrões do Estado moderno e territorialista. Ressaltou-se àquela oportunidade a importância do desenvolvimento das ideias lançadas no protocolo internacional de "Olivos", com o aperfeiçoamento do sistema de solução de controvérsias do Mercosul com a pretensão de uniformizar as interpretações possíveis em relação às diretivas internacionais e, em particular, a normativa do Mercosul e sua relação com o Tratado Macro de ALADE. A Corte Constitucional seria denominada de Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul e sujeitar-se-ia a um exercício jurisdicional compartilhado com as Cortes Supremas de cada Estado-Parte do Mercosul, funcionando o Tribunal Permanente com um órgão consultivo, sujeitando as suas provocações ao juízo de admissibilidade das Cortes Supremas dos Estados do Mercosul. Essa é uma busca pelo constitucionalismo de bloco, algo muito semelhante ao que irá ocorrer no constitucionalismo europeu via de sua Constituição comunitária recém-criada. Disse o ministro Nelson Jobim, Presidente do Supremo Tribunal Federal, a respeito dos objetivos do Encontro: "A realização do II Encontro de Cortes Supremas dá continuidade ao esforço empreendido pelas instâncias máximas do Poder Judiciário do Brasil, da Argentina, do Paraguai e do Uruguai, no sentido de contribuir para o aperfeiçoamento institucional do Mercosul, especialmente no que respeita a sua normatividade e consequente segurança jurídica dos cidadãos dos Estados Partes. A maior inserção dos poderes judiciários no processo de integração é de primeira magnitude, em prol da necessária coordenação indispensável a blocos econômicos. Desde a assinatura do Tratado de Assunção, é perceptível a ausência de maior protagonismo judicial, em decorrência mesmo do modelo e da condução política que se convencionou adotar." (leiam-se as informações sobe o II ENCONTRO de Cortes Supremas no site: <http://www.stf.gov.br/encontro2>. Acesso em: 04 abr. 2005.

[25] Essa tendência é dita por André Jean-Arnaud como um retorno à sociedade civil como mecanismo apto a promover os direitos da cidadania: "O retorno à sociedade civil se manifesta de forma crescente. Isto ocorre de maneira muito visível, nas contestações recorrentes, sobre os assuntos mais diversos, do Estado, do

qual justamente se espera que delas emanem, para reivindicar uma participação na elaboração da regulação social, ou até mesmo na elaboração das regras de direito. O que se passa no nível local oculta, com freqüência, uma realidade mais global, que consiste no desenvolvimento de uma contestação generalizada do Estado como modo soberano de regulação das condutas privadas e coletivas, das relações sociais, e geralmente sobre a maneira pela qual ele não consegue gerir uma economia cujas rédeas lhes escapam cada vez mais. Reclamava-se do Estado uma proteção: e já que ele não consegue assegurá-la, procura-se em 'outro lugar', procura-se 'de outra maneira'. É assim que os movimentos de cidadãos assumem amplitude por toda a parte. É dessa forma que se desenvolvem as organizações não governamentais..." (op. cit., p. 187).

[26] "Em se tratando de segurança global, há dificuldades de se estabelecer uma fronteira entre segurança no sentido militar e segurança vinculada às considerações econômicas ou humanitárias. A estratégia sugerida é uma estratégia preventiva 'compreensiva', no sentido weberiano do termo. Ela está centrada em causas ao mesmo tempo políticas sociais, econômicas e ambientais. É verdade que muitas crises têm por origem a probreza e o subdesenvolvimento (...) A globalização deste tema da segurança, escapando progressivamente à soberania dos Estados-nações, acarreta uma mudança do próprio sentido desse conceito. Ele se estende, de fato, chegando a criar um novo conceito, o da 'segurança humana'" (Cf. ARNAUD, André-Jean. Op. cit., p. 165). Nesse mesmo sentido, voltando ao tema da democracia participativa, o respeito às vontades dos Estados de economia periférica na produção normativa e regulação das atividades públicas é uma necessidade, e, nesse mesmo sentido, os movimentos sociais representam uma alternativa para tentar fazer incluir uma maior dose democrática nos ordenamentos existentes, ampliando as práticas sociais e culturais. Os direitos da cidadania são ampliados nos movimentos sociais, e assim confere-se um novo entendimento para o conceito de cidadania não ancorado especificamente na territorialidade. Essa difícil temática nos remete, sem a pretensão de trabalhá-la a contento nesse momento, aos conceitos de Estado-cidadela e do Estado-gendarme com a profícua discussão em sede de Direito Internacional Público sobre o possível governo global e a falência dos Estados-nações.

[27] A concepção de participação popular se apresenta bem visível nesse contexto, no que se tem por controle social ou accountability. Pode-se ligar a ideia de accountability a ideia de responsabilização ou de responsabilidade com dever de prestação de contas. Os instrumentos destinados a esse fim podem variar de acordo com as peculiaridades do setor regulado, a fim de garantir a transparência do agente regulador, evidenciada, por exemplo, na fundamentação pública de suas decisões. Diz Fernando Herren Aguillar: "O controle social, se tem entendido como o poder desfrutado pela sociedade para interferir nas decisões estatais a respeito da regulação de determinado setor da economia, constitui-se num dos elementos fundamentais para que as agências de regulação não se submetam às investidas dos setores regulados. Para tanto, não é suficiente a previsão de audiências ou consultas públicas, como estabelecido nos regulamentos das Agências Nacional de Energia Elétrica (Aneel) e da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). São mecanismos meramente informativos e consultivos das políticas do órgão e de coleta de subsídios e informações relevantes oferecidas pelos particulares interessados. Não se trata, portanto, de outorga de poderes de decisão, que garantiriam a efetiva participação popular no controle das atividades públicas (Cf. AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 251). Diz ainda Paulo Todescan Lessa Mattos sobre a participação cidadã nos processos decisórios internos das agências

regulatórias brasileiras: "A ideia de garantia do espaço do cidadão ou de espaço democrático não deve ser entendida aqui como a participação direta de todos nos processos decisórios internos às agências, mas como a justificação racional e pública dos que tomam as decisões perante os que se sentem atingidos. Em outras palavras, o que deve ser avaliado são as condições jurídico-institucionais existentes para uma justificação racional e pública das decisões tomadas pelas agências. Ou, ainda, em que medida determinada agência pode ser mais ou menos suscetível a captura por interesses outros que não o do cidadão – o destinatário do serviço regulado. Esse tipo de avaliação significa testar o potencial democrático das agências com instituições que, apesar de órgãos técnicos, não deixam de ser órgãos políticos" (Regulação, direito, cit., p. 66). Nesse mesmo sentido, leia-se a respeito da democracia deliberativa na obra de J. Habermas, J Rawls e Mangabeira Unger, respectivamente, *Direito e democracia*. Tempo Brasileiro, 1997, v. 2, Cap. 9; Debate sobre el liberalismo político. Barcelona, Ediciones Paidós, 1998; e, Democracy realized: the progressive alternative. New York, verso, 1998.

[28] Insere-se nessa discussão o polêmico debate sobre a efetivação dos direitos fundamentais sociais implícita e explicitamente garantidos no bojo da Constituição vigente, por meio de uma interpretação constitucional "comunitária", de caráter político. Nesse sentido, afirma Gisele Cittadino, superando a tradição kantiana, abraçada por Ronald Dworking e John Rawls, se fundando nos ditames 'comunitaristas' de Michael Walzer e Charles Taylor, observando a virtude na aplicação de regras conforme as especificidades de cada meio ou ambiente social que: "Para o constitucionalismo 'comunitário', portanto, atividade jurisdicional não pode ficar adstrita a uma legalidade positivista e abstrata, destituída, assim, de qualquer dimensão política. A função de declarar o sentido e o alcance das regras jurídicas, especialmente das normas constitucionais, possui uma clara conotação política. É precisamente no âmbito desta função jurisdicional de tutela da constituição que o direito e a política se encontram. E não poderia ser diferente. Como a constituição é, para o constitucionalismo 'comunitário', um sistema de valores, a sua tutela, por via interpretativa, não pode senão se transformar em instrumento de realização política" (Cf. CITTADINO, Gisele. Op. cit., p. 65).

[29] "Os prejuízos sofridos pelos consumidores em mercados monopolizados são evidentes, pois há uma redução do consumo e um aumento do preço pago pelo bem. Por outro lado, sob o ponto de vista da alocação geral de recursos, a sociedade também perde com o monopólio ao excluir do acesso ao produto uma faixa de consumidores que não está disposta ou capacitada a adiquiri-lo pelo novo preço, gera-se uma perda social. Isso porque os recursos que os consumidores deixaram de utilizar na compra do produto desejado não são sequer transferidos aos produtores. Essa situação é referida pela teoria econômica como dead weight loss (peso morto)" (NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, op. cit., p. 39).

[30] Historicamente, tem-se sobre o Estado interventor que: "Com os ideais do Iluminismo e da Revolução Francesa houve a implantação decisiva do capitalismo no mundo. As ideias individualistas trazidas com a Revolução Francesa não queriam, apenas, o respeito à dignidade humana, aos valores intrínsecos do homem, sua liberdade, mas uma total abstenção do Estado na economia. Com o laisse faire, laisse passer o Estado não poderia intervir na economia é a figura do Estado mínimo. O ente estatal deveria apenas propiciar e manter alguns serviços e atividades que os particulares não tivessem de explorar, bem como alguns órgãos públicos com o fim de gerar bem-estar à sociedade. O mercado desde então passou a ser regido pela chamada 'mão

invisível'. Para esta concepção, o mercado tem mecanismos suficientes para se controlar e manter-se estável, sem que haja a ação estatal para 'atrapalhá-lo'. Mão esta que não se demonstrou eficiente para controlar o mercado diante das distorções que este sofre pela ação de seus agentes. A liberdade, igualdade e fraternidade pregadas pelos liberalistas são incompatíveis e ilusórias. Os atores econômicos, em uma ação natural, tentavam de todas as formas protegerem-se e, para isso, retiravam seus competidores do mercado através, muitas vezes de mecanismos imorais, mas que até então não protegidos pela lei. O cúmulo de riquezas gerou o poder econômico, que mais parece uma força do mal nas mãos do homem. O abuso do poder econômico faz com que a igualdade do Liberalismo se transforme em uma piada – uma arma na mão dos ricos em detrimento dos pobres. Igualdade entre um industrial e um operário, entre um grande comerciante e um consumidor, dentre outras igualdades utópicas" (Cf. NEVES, Rodrigo Santos. O Estado regulador: a dignidade humana como princípio informador da regulação do mercado. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 11, p. 211, jul./set. 2003).

[31] Cf. PEETERS, Jan. The rule of reason revisitaded: prohibition on restraint of competition inthe *Sherman Act* and the *EEC Treaty*. *The American Journal of Comparative Law,* v. 37, n. 3, p. 521-570, 1989.

[32] *Id., ibid.*, p. 28.

[33] Nesse sentido, leia-se o entendimento de Menelick de Carvalho Netto sobre o prisma constitucional das transformações sofridas pelo Estado contemporâneo: "A materialização não resolve tudo por si só, a economia não supre os Direitos de forma alguma. É preciso ver que a experiência democrática é sempre uma experiência de aprendizado para qualquer povo. Temos que aprender a fazer democracia, e, ao contrário do que a ditadura afirmava, não temos que esperar qualquer bolo crescer, até porque esse bolo jamais vai crescer como democrático se de seu crescimento não formos o fermento, se não atuarmos efetivamente na construção e reconstrução cotidiana do regime como sujeitos ativos e destinatários ao mesmo tempo. Enfim, a grande questão aqui colocada passa a ser a da cidadania como processo, como participação efetiva. É claro que ocorre uma nova mudança de paradigmas, na qual, outra vez, podemos salientar novos tipos de direitos como o direito ambiental, o direito ao patrimônio histórico, o direito do consumidor. Direitos esses que apresentam a natureza da proteção jurídica de interesses que refogem a dicotomia público x privado, que problematizam todo esse campo relacional e que novamente exigem a revisão de tudo (...) Existem dimensões públicas que hoje atravessam mesmo os recintos mais privados, e o próprio público é uma esfera que não pode ser confundida com a do Estado, reatando-se, outra vez, com aquela noção de povo que não pode ser visto como consciência coletiva ou algo desse tipo, mas, a rigor, requer ser enfocado com fluxos comunicativos, como possibilidade de participação, enfim, toda uma complexidade doutrinária que é requerida hoje para darmos conta dos desafios que temos que enfrentar" (CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da Constituição. *Fórum administrativo*, mar. 2001). A universalidade e diversidade culturais são bem enfrentadas novamente por Habermans, a fim de apontar a generalidade das culturas num mundo globalizado, deve se encontrar partilhada por todos os cidadãos, inclusive dos países de economia periférica, em prol da manutenção de um nível democrático aceitável para a manutenção da igualdade como direito fundamental dos homens e o banimento do arbítrio. (Leia-se, HABERMAS,

Jürgen. O Estado nação Europeu frente aos desafios da globalização. Novos Estudos – CEBRAP, n. 43, p. 87-101, nov. 1995). Tem espaço nesse debate, mesmo que se admita sem o necessário fôlego para este trabalho, mas, em todo caso, merece nota a temática instaurada em torno dos serviços públicos brasileiros, e sobre quais os serviços típicos e exclusivos a serem prestados pelo Estado, e aqueles produtos de atividades econômicas de interesse público, que poderão, e eventualmente, deverão ser reguladas pelo Estado, em busca da eficiência como princípio a ser observado. É possível destacar pelo menos três possíveis acepções do conceito de serviço público. São elas: – aquela apresentada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que é notadamente formalista, assegurando que o Estado escolhe quais as atividades que são consideradas serviços públicos (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. São Paulo: Atlas, 1999, p. 98); – aquela defendida por Marcello Caetano, para quem o serviço público "é o modo de atuar da autoridade pública a fim de facultar, por modo regular e contínuo, a quantos deles careçam, os meiso idôneos para a satisfação de uma necessidade coletiva individualmente sentida" (CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1983, v. 2, p. 1.067); e, ainda, aquela defendida por Celso Antonio Bandeira de Mello, que, num patamar intermediário diz: "É toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados, prestada pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob regime de Direito público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo" (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 1). A atividade ordenadora do Estado é bem definida por Carlos Ari Sundfeld, que diz: "Administração ordenadora é a parcela da função administrativa, desenvolvida com o uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo de atividades que lhes é próprio" (leiam-se as perspectivas da atividade regulamentar do Estado, e seus limites de legalidade na mesma obra, *Direito administrativo ordenador*. 1a. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2003, 128 p.). A garantia de respeito aos interesses sociais na prestação das atividades reguladas se deve, conforme aponta Vinícius Marques de Carvalho, a dois fatores, mais diretamente: "(I) a defesa da concorrência e do consumidor como fundamento para a realização do intresse público; e (II) formas efetivas de responsabilização (accountability) e controle social para garantir o conteúdo democrático imprescindível à atividade regulatória" (grifos nossos) (Cf. CARVALHO, Vinícius Marques de. *Regulação, direito e democracia*. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Regulação de serviços públicos e intervenção estatal na economia*. São Paulo: Ed. Fundação Perseu Abramo, 2002, p. 22).

[34] Sobre falhas de mercado, depreende-se, sinteticamente, algumas das bases teóricas da chamada economia neoclássica, donde se percebe que as chamadas falhas de mercado se apresentam em mercados imperfeitos, onde a concentração de riquezas e as limitações das estruturas de acesso são uma realidade. Dentre os exemplos mais conhecidos de imperfeições do modelo liberal, destacam-se os monopólios não naturais, os cartéis e os oligopólios.

[35] "El Derecho ambiental es un buen ejemplo de lo anterior, ya que el aire limpio y el agua pura tienen las características propias de los bienes públicos. Los costes sociales de la contaminación pueden ser mucho mayores que los beneficios sociales que ella produce pero, como en cada caso individual dichos costes son muy difusos y muy pequeños, el mercado no hará que los contaminadores individuales los tengan en cuenta.

De manera bastante racional, cada contaminador llevará a cabo una actividad que conduzca a que la sociedad en su conjunto esté cada vez peor. Y como una eventual reparación supone, a su vez, altos costes individuales e bajos beneficios para cada víctima, ésta tratará de gorronear los esfuerzos para obtener una compensación que realicen las demás víctimas; por lo que, de manera bastante racional, se negará a ser ella la primera en presentar la demanda. El resultado de todo esto es que ni el contaminador, ni las víctimas, detendrán los efectos dañinos de la actividad, que puede preverse que alcanzará un nivel mucho más alto que el óptimo. La regulación ambiental es una respuesta característica a este tipo de problemas" (original) (Cf. SUSTEIN, Cass. Las funciones de las normas regulativas. In: Isonomia: *revista de teoría y filosofía del derecho*. No. 17, outubro/2002. México: Instituto Tecnológico Autônomo de México – ITAM – 2002).

[36] Nesse sentido, destaca-se a nova legislação federal que inova a lei das licitações 8.666/93, e dá formato a uma nova modalidade de pregão judicial.

[37] Diz a respeito Márcio Iorio Aranha: "A discussão do conceito de autorização na CF/88 existe em razão da incongruência constitucional no emprego da terminologia. Enquanto o art. 175 trata da prestação de serviços públicos por concessão ou permissão, os arts. 21, XI e XII, e 223 prevêem serviços titularizados pela União, mas passíveis de prestação indireta sob os regimes de concessão, permissão ou autorização. As hipóteses interpretativas podem ser resumidas nas seguintes: a) o art. 175 teria estabelecido requisitos específicos para a prestação de serviços públicos em regime de concessão e permissão, remetendo, implicitamente, o tratamento dos serviços públicos prestados por meio de autorização às regras gerais do regime público; b) a previsão de autorização para os serviços titularizados pela União estaria em conflito com o previsto no art. 175; c) a previsão de autorização para prestação dos serviços titularizados por um ente político estaria a indicar a coexistência entre serviços públicos (concessão e permissão) e atividades econômicas (autorização) no mesmo rol de atividades. A par dessas considerações, há ainda crítica à aplicação prática do instituto da autorização, que, embora qualificado pela doutrina tradicional como ato unilateral, discricionário e precário, apresenta, na Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472/97), característica de vinculação, que seria própria da licença. Não se deve esquecer, todavia que a base argumentativa contra o uso do instituto da autorização para atividades econômicas assenta-se no impreciso termo discricionariedade e na insistência de que aquele instituto terá significado eternamente unívoco. A Constituição não esgota o sentido nem limita de forma apriorística e precisa a autorização. Ela dificilmente dará a solução didática e unívoca para satisfação do intérprete. Ela, muito menos, arvora-se na condição de carrasco da evolução do direito. Isso não quer dizer que toda a normação infraconstitucional esteja livre para criar, mas não se pode utilizar da Constituição para embasamento de argumentos totalizantes que retiram da discussão jurídica o ensaio de soluções melhoradas e desviam a atenção dos aplicadores do direito" (ARANHA, Márcio Iorio. Poder normativo do Executivo e teoria da regulação. *Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, n. 9, p. 139-140). Nesse mesmo sentido, leia-se a preocupação que é compartilhada na doutrina brasileira: "Fala-se, aqui, em riscos do serviço privado em si: se o serviço deixar de ser prestado, o Estado não intervém para prestá-lo ele próprio. Não se está comentando o risco dirigido ao prestador do serviço, pois, neste caso, mesmo o prestador de serviços públicos está sujeito ao risco natural do negócio. A propósito, as definições de concessão e permissão na Lei Geral de Concessões determinam que o concessionário e permissionário de serviços públicos os prestarão por 'sua conta e risco'" (art. 2º, II e IV, da Lei 8.987/95) (Cf. Id. Ibid., p. 142).

[38] Nos últimos anos intensificou-se no Brasil a ocorrência de um problema de saúde pública já antes conhecido: a doença da dengue. Sua expansão gerou a caracterização de níveis considerados epidêmicos, inclusive com relato de mortes causadas pela manifestação mais agressiva da doença: a dengue hemorrágica. A gravidade do quadro solicita a atuação do poder público, nos diversos âmbitos federativos. Conhecimentos científicos e dados técnicos de saúde informam que a contenção e a prevenção de doença demandam o combate.

Referências

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976.* Coimbra: Almedina, 1987.

APEL, Karl-Otto. *Como fundamentar uma ética Universalista de Corresponsabilidade que tenha efeito sobre as ações e atividades coletivas?* Ética. Cadernos Acadêmicos. UGF 4. 1996.

_____. *Estudos de moral moderna*. Petrópolis: Vozes, 1994.

ARANHA, Márcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais***.** São Paulo: Atlas, 1999.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *O novo processo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ARENDT, Hannah. *A condição a humana.* 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

ARNAUD, André Jean. *O direito entre modernidade e globalização*: lições de filosofia do direito e do Estado. Tradução de Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Entre a modernidade e a mundialização* – cinco lições da história da filosofia do direito e do Estado. Paris: L.G.D.J., 1998.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. 2a. tir. Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2001.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito* – teorias da argumentação jurídica – Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros. 2. São Paulo: Landy Editora, 2002.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça distributiva e aplicação do direito*. Porto Alegre: SAFE, 1998.

_____. *Crítica à dogmática hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. De José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria da Constituição. *Revista Brasileira de Estudos Políticos,* Belo Horizonte: UFMG, jul./1978, n. 47.

_____. Processo e Constituição: o devido processo legal. *Revista de Direito Público.* São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 68, out./dez. 1983.

_____. Legitimidade do poder. *Revista de Direito Público.* São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 70, abr./jun. 1984.

_____. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. Teoria geral das Constituições escritas. *Revista Brasileira de Estudos Políticos.* Belo Horizonte: UFMG, jan./jul. 1985, n. 60/61.

_____. Teoria geral da revisão constitucional e teoria da Constituição originária. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 1994, n. 198.

BARBOSA, Ana Paula Costa. *A legitimação dos princípios constitucionais fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais* – o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Sérgio Rezende de. *Direitos humanos*: paradoxo da civilização. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. 5. ed. Celso Bastos Editor, São Paulo, 2002.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

_____. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BAUM, Lawrence. *A suprema corte americana*. Trad. Élcio Cerqueira. Rio de janeiro: Forense Universitária, 1987.

BECKER. L. A; SANTOS, E. L. Silva. *Elementos para uma teoria crítica do processo*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

BERNARDES, Juliano Taveira. *Efeitos das normas constitucionais no sistema normativo brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo* – influência do direito material sobre o processo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

BETTI, Emílio. *Teoria generele della interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1990.

BIELSA, Rafael. *Metodologia jurídica.* B. Aires: Castellvi, 1961.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira* – legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 8. ed. rev. ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

_____. *Entre duas repúblicas* – as origens da democracia italiana. Mabel Malheiros Bellati. Brasília: Universidade de Brasília. São Paulo: Imprensa Universidade de São Paulo, 2001.

_____. *Estado, governo e sociedade* – para uma teoria geral da política. 9. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

_____. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001.

_____. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 3. ed. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000.

_____. *A teoria das formas de governo*. 10. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. trad. Maria Celeste C. J. Santos; ver. téc. Cláudio de Cicco; apres. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

_____. *As ideologias e o poder em crise*. 4. Trad. João Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

_____. *Igualdade e liberdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

_____. *O positivismo jurídico* – lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoría generale del derecho*. Bogotá: Temis, 1987.

BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del derecho*. Trad. Vicente Herrrero. México: Fondo de Cultura Econômica, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa* – por um direito constitucional de luta e resistência – por uma nova hermenêutica – por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Do país constitucional ao país neocolonial* – a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Política e direito*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Do Estado liberal ao Estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BORETZ, Pierre. *Lê Droit et la Règle*: Herbert L. A. Hart. In: La Force du droit. Panorama dês Débats Contemporains. Paris: ed. Espirit, 1991.

BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.). *Hermenêutica plural* – possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BOULOS, Christianne. *Coalisão de direitos fundamentais*. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado de São Paulo, São Paulo, 2002.

BUCHELE, Paulo Armínio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

BURDEAU, Georges. *Droit constitucionnel et istitutions politiques*. Paris: L. G. D. J., 1977.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado, direito e legitimidade*. Uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1999.

CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1987.

CAMPILONGO, Celso Fernandes; FARIA, José Eduardo. *A sociologia jurídica no Brasil*. Porto Alegre: SAFE, 1991.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

CAMPOS, Germán J. Bidart. *Teoria general de los derechos humanos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição da República Portuguesa* – lei do tribunal constitucional. 6a. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. *Direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *Direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. *Direito e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. rev. José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARRIÓ, Genaro R. *Sobre los límites del lenguaje normativo*. B. Aires: Ed. Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos, 1973.

_____. *Notas sobre derecho y lenguage*. B. Aires: Abeledo Perrot, 1972.

OS SERVIÇOS DE INTERESSE GERAL NO QUADRO JURÍDICO-POLÍTICO DA UNIÃO EUROPEIA

JORGE PEGADO LIZ[1]
Conselheiro do CESE, Comité Económico e Social Europeu

EXCERTOS

"Os serviços de interesse geral de caráter não económico, não eram regidos por regras comunitárias específicas, nem estavam sujeitos às regras relativas ao mercado interno, à concorrência e aos auxílios estatais"

"A instituição de serviços de interesse económico geral só se justifica se ela permitir a satisfação das missões de interesse geral ao serviço dos principais beneficiários desses serviços"

"É legítimo esperar e exigir da Comissão que uma ou várias iniciativas legislativas venham trazer a clareza e as garantias necessárias, tendo sempre em conta a natureza e as especificidades dos diferentes tipos de serviços de interesse económico geral (serviços sociais, medidas de inserção no emprego, apoio a pessoas desfavorecidas ou com deficiência, habitação social etc.)"

"Como exemplos de serviços de interesse económico geral, o tribunal identificou a televisão, as telecomunicações telefónicas fixas, as carreiras aéreas não viáveis, os serviços de correio, o tratamento do lixo, os serviços de transporte de doentes, o fornecimento de remédios essenciais"

"A atribuição de vantagens concorrenciais em atividades rentáveis, para compensar as perdas que a empresa sofre em atividades não rentáveis, mas de interesse geral, era compatível com o tratado"

"Parecer destacou da obrigação de zelar pelo funcionamento correto dos serviços de interesse geral, sujeitando-os a normas transparentes de avaliação, de regulação e de responsabilização"

Citizens need to know that Europe is not a simple free market.
Citizens want and deserve a commitment to public service, enshrined clearly in Europe's Constitution.

MEP Mrs. Tongue (PSE), Sessão do PE de 04/09/1996

1. Introdução. Serviço público, serviço universal e serviço de interesse geral

A noção de serviço público como a conhecemos e ainda praticamos entre nós, embora já muito adulterada, tem origem francesa[2] e é perfeitamente datada em dois momentos históricos:

a) nos começos do século XX, com o reforço dos poderes do Estado e o aparecimento das ideias de "solidariedade" ou de "interdependência" de Duguit e Hauriou;

b) nos finais da segunda grande guerra com a constituição dos monopólios públicos nacionais como meio de contribuir para o relançamento da economia e a redução das desigualdades sociais.

O seu âmbito incluía desde a educação, a saúde, a proteção e segurança sociais, até aos transportes públicos, aos correios, ao telefone, à eletricidade, à água, sem distinção entre serviços públicos "comerciais" e "não comerciais".

O seu regime era regulado pelo direito administrativo e quando não era o próprio Estado ou organismos públicos a prestá-los diretamente, a forma mais comum da sua gestão era a concessão a entidades em que o Estado participava maioritariamente, sempre com caráter monopolista.

A sua gestão era orientada segundo os princípios da boa qualidade, da continuidade, da igualdade e da coesão social, sem qualquer participação dos utentes e sob controle direto dos governos.

Serviço público era igual a serviços públicos e estes iguais a organismos públicos, iguais a funcionários públicos, funcionários do Estado, no limite de empresas com a totalidade ou a maioria de capital público.

Nas décadas de 1970/80 este conceito, peça essencial do chamado "modelo social europeu"[3], começa a ser posto em causa pelas transformações sociais económicas e tecnológicas ocorridas. E também pelas ideologias que passaram a imperar, com o advento das correntes neoliberais e a sua renovada crença no mercado como regulador, com a sua fé cega na concorrência e a sua aposta na privatização a qualquer custo do setor público.

Com isto não são só os conceitos se alteram. Antes deles são as próprias exigências dos consumidores – a quem se começa a dar cada vez mais voz – que ameaçam revelar-se incomportáveis para os Estados, a braços com uma primeira crise económica profunda. Depois a globalização da economia e a abertura dos mercados internacionais com a necessidade de aí competir contra economias emergentes e onde direitos sociais e mesmo direitos humanos são praticamente desconhecidos e não representam custos. Também a crescente celeridade dos negócios que se revela incompatível com espartilhos administrativos e burocráticos da máquina pesada do funcionalismo público. Ainda a constatação, por vezes exageradamente empolada, de uma "má gestão" crónica do Estado. Também a necessidade de recorrer à alienação de património público em setores economicamente rentáveis para fazer face a déficits persistentes das contas públicas e a exigências cada vez maiores de caráter social, agravadas pela inversão demográfica da pirâmide etária. Finalmente os "ventos da história", a onipresente "pressão mediática" que se substitui à opinião pública e os fenômenos da "moda" intelectual dos bem pensantes.

Sucessivamente são vários os setores públicos que vão tombando na voragem das privatizações: o transporte aéreo, as telecomunicações, os transportes ferroviários e marítimos, a eletricidade, o gás, a educação, a água, os correios, a saúde, a própria Justiça.

Ao contrário, o conceito de "interesse geral" tem origem germânica e é simultaneamente mais amplo e menos preciso que a noção de "serviço público". Desde logo porque se não acha ligado a uma especial função do Estado, mas antes à comunidade dos interessados. Depois porque não é tributário do "modelo social europeu". Ainda porque se afirma "neutro" quanto à natureza da propriedade e à forma de gestão e organização. Também porque é perfeitamente compatível com as tendências da desregulamentação, da privatização e da regulação independente. Finalmente porque nada tem a ver com as noções de administração pública central nem está submetido ao direito administrativo mas antes ao direito dos contratos.

Identicamente no Reino Unido a noção mesmo de serviço público, tal como concebida em França e adotada na maioria dos países de idêntica tradição, é desconhecida.

A passagem da concentração dos poderes do Rei para uma administração civil reduzida mas autónoma, eficaz e responsável perante o público (o "fonctionaire public" é aqui um "civil servant"), faz-se em paralelo com a privatização crescente dos serviços essenciais e com uma tripla vertente de controle numa administração transparente (exatamente o contrário do secretismo da "arcana práxis" francesa):

a) as autoridades independentes de regulação, com poderes efetivos e acatamento generalizado;

b) o "empowerment" dos cidadãos-consumidores com respeito pelas suas opções ou escolhas, num mercado livre e competitivo, mas fortemente regulado;

c) uma alargada "informação pública" (liberdade de imprensa).

Daqui resulta que:

a) o serviço de interesse geral não é um serviço do público em geral mas antes um serviço para um coletivo de utentes/consumidores individuais de serviços específicos (individualização *versus* caráter geral);

b) os prestadores dos serviços não são considerados como funcionários do Estado mas como servidores civis contratados e remunerados para prestarem serviços de interesse geral a pedido de cidadãos/consumidores (contratualização *versus* funcionalização);

c) é irrelevante a natureza jurídica da organização que presta os serviços porque em qualquer caso é regida pelo direito privado, embora sujeita a forte regulação pública.

Finalmente, o conceito de "serviço universal" ganha foros de cidade no âmbito do direito comunitário como um conjunto de exigências de interesse geral a que devem submeter-se determinadas atividades na Comunidade. As obrigações daí decorrentes visam assegurar o acesso de todos a determinadas prestações essenciais, de qualidade e a preços acessíveis[4].

2. Do Tratado de Roma ao Tratado de Lisboa

Embora com uma terminologia relativamente imprecisa, fruto dos momentos históricos da sua redação, é este conceito de interesse geral, mais do que o de serviço público, que passa para o Tratado de Roma e as suas sucessivas alterações e para os principais textos das instituições comunitárias.

a) No Tratado de Roma

No originário Tratado de Roma não existe qualquer referência aos serviços de interesse geral.

No primitivo artigo 77º (hoje art. 93º TFUE) aparecia uma referência à compatibilidade de certos auxílios aos transportes na medida em que correspondessem a *"obrigações inerentes ao conceito de serviço público"*.

Já no artigo 90º-2 (hoje art. 106-2 TFUE) se referiam antes às *"empresas encarregadas de serviços de interesse económico geral"*, submetendo-as às regras da

concorrência, mas ressalvando *"os limites em que a aplicação destas regras não comprometa ou impeça a realização da missão particular que lhes esteja confiada"*, na condição de que *"o desenvolvimento das trocas não seja afetado em medida contrária ao interesse da Comunidade"*[5].

Deve-se referir, neste contexto, que os tratados não atribuíam, originalmente, às instituições comunitárias tarefas específicas de definição e salvaguarda dos serviços de interesse geral no quadro do processo de integração europeia. Abordavam esta questão, e apenas de modo esporádico, quando se verificava que a atuação estatal poderia colocar obstáculos à livre concorrência e ao exercício das liberdades económicas fundamentais do mercado interno.

É no entanto claro que, desde o início, a Comunidade Europeia distinguia o interesse económico geral europeu do interesse económico nacional e dava predominância ao primeiro sobre o segundo.

b) No Tratado de Amesterdão

Mas é com o artigo 7-D do Tratado de Amesterdão (hoje art. 14º) que, pela primeira vez, de forma explícita, se consagra que *"atendendo à posição que* ***os serviços de interesse económico geral*** *ocupam no conjunto dos valores comuns da União e ao papel que desempenham* ***na promoção da coesão social e territorial****, a Comunidade e os seus estados-membros, dentro dos limites das respectivas competências e no âmbito de aplicação do presente Tratado zelam por que esses serviços funcionem com base* ***em princípios e em condições que lhes permitam cumprir as suas missões****"*.

Este preceito é acompanhado de uma declaração segundo a qual *"o preceituado no artigo 7-D sobre serviços públicos deve ser aplicado com total respeito pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, 'inter alia' no que se refere aos* ***princípios da igualdade de tratamento, qualidade e conformidade"****.*

c) Na Carta dos Direitos Fundamentais

Por seu turno, no artigo 36 da Carta dos Direitos Fundamentais proclamada em Nice em 2000, sob a epígrafe *"****acesso aos serviços de interesse económico geral****"* diz-se *que "a União reconhece e respeita o* ***acesso aos serviços de interesse económico geral*** *tal como está previsto nas legislações e práticas nacionais em conformidade com o Tratado que estabelece a Comunidade Europeia a fim* ***de promover a coesão social e territorial da União****"*.

Desta forma estabelece-se, pela primeira vez, uma ligação entre serviços de interesse geral e direitos fundamentais. Deste modo, o acesso aos SIEG e

os direitos relativos a componentes específicos dos serviços de interesse geral (segurança social e assistência social, proteção da saúde, proteção do ambiente etc.) são reconhecidos nos artigos II-34º a II-36º da Carta dos Direitos Fundamentais.

d) No malogrado projeto de Constituição

No projeto da Constituição Europeia, que nunca chegou a ver a luz do dia, o seu artigo III-122 previa que, *"atendendo ao lugar ocupado pelos serviços de interesse económico geral* ***como serviços aos quais todos na União atribuem valor bem como ao seu papel na promoção da coesão social e territorial****, a União e os Estados membros, cada qual no âmbito dos seus poderes e no quadro das finalidades de aplicação da Constituição, devem zelar para que tais serviços operem com base* ***em princípios e condições, em particular económicos e financeiros, que lhes permitam cumprir as suas missões. As leis europeias devem definir tais princípios e criar tais condições,*** *sem prejuízo da competência dos Estados-Membros, de acordo com a Constituição, para fornecer, conceder ou financiar tais serviços".*

É de recordar que durante os trabalhos preparatórios vários participantes chamaram a atenção para a necessidade de incluir que o acesso universal a serviços de interesse geral deveria figurar nos objetivos da Constituição, recordando a ligação de tais serviços com a saúde, a educação e outros serviços essenciais. No entanto, até esta data, ao contrário dos SIEG, os serviços de interesse geral, no seu conjunto, não eram como tal mencionados nos tratados.

Assim, os serviços de interesse geral de caráter não económico, não eram regidos por regras comunitárias específicas, nem estavam sujeitos às regras relativas ao mercado interno, à concorrência e aos auxílios estatais. Tal não impedia que se não entendesse que dependiam de uma série de objetivos da União Europeia (respeito pelos direitos fundamentais, promoção do bem-estar dos cidadãos, justiça social, coesão social etc.), considerados indispensáveis à sociedade. Em consequência, era entendimento que a União, que tem responsabilidades na promoção do nível e da qualidade de vida em todo o território europeu, também teria algumas responsabilidades relativamente aos SIG, enquanto instrumentos de aplicação dos direitos fundamentais e da coesão social, devendo, por isso, zelar, pelo menos, por que existam e estejam acessíveis a todos, a preços razoáveis e com boa qualidade.

No entanto, a distinção entre caráter económico e não económico continuava a ser vaga e incerta. Quase todos os serviços de interesse geral, mesmo os prestados a título não lucrativo ou benévolo, têm um determinado

valor económico, embora não devam ser por isso abrangidos pelo direito da concorrência. Além disso, um mesmo serviço pode ser simultaneamente comercial e não comercial, ou ter um caráter comercial mas o mercado não estar em condições de o assegurar de acordo com a lógica e os princípios que regem os serviços de interesse geral.

Deste fato resultavam ambiguidades e contradições entre a concorrência e os SIG, cujo carácter económico ou não económico continuava a estar sujeito às interpretações nem sempre uniformes do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, o que fragilizava a situação de muitos operadores de serviço público, nomeadamente dos que intervêm no domínio social ou nos setores não comerciais, ou que exercem as suas atividades a nível local, expondo-os ao risco de sanções por parte da Comissão ou do Tribunal de Justiça Europeu, e constituindo motivo de justa preocupação dos cidadãos/consumidores, que receavam o desaparecimento dos serviços públicos.

Mesmo no seio das diferentes instituições europeias também existiam ambiguidades terminológicas significativas. Para a Comissão, o conceito de serviço de interesse geral abrangia todos os serviços de interesse geral, comerciais ou não, ao passo que, para o Parlamento Europeu, o conceito de serviços de interesse geral visaria apenas os que não são económicos.

e) No atual Tratado de Lisboa

Com o Tratado de Lisboa opera-se uma verdadeira viragem a nível legal, nos conceitos fundamentais relativos aos serviços de interesse geral.

O novo artigo 14 reproduz o antigo artigo 16 mas acrescenta-lhe uma importante referência, constante do texto constitucional, às condições "económicas e financeiras" para a realização das suas missões e adita um novo período que, explicitando o texto constitucional, reza assim:

"***O Parlamento Europeu e o Conselho, adotando regulamentos de Acordo com o processo legislativo ordinário, estabelecem esses princípios e definem essas condições****, sem prejuízo da competência dos Estados-membros para, na observância dos Tratados, prestar, mandar executar e financiar esses serviços."*

Acresce que no Protocolo 26 se explicita, pela primeira vez, que os valores comuns da União implicam, nomeadamente:

"– o papel essencial e a ampla margem de manobra das autoridades nacionais, regionais e locais na prestação, adjudicação e organização dos serviços de interesse económico geral de uma forma que ***atenda tanto quanto possível às necessidades dos utilizadores****;*

– a diversidade dos serviços de interesse económico geral e as diferenças nas necessidades e preferências dos utilizadores que possam resultar das diversas situações geográficas, sociais ou culturais;

– um elevado nível de qualidade, segurança e acessibilidade de preços, igualdade de tratamento e promoção do acesso universal e dos direitos dos utilizadores."

E, também pela primeira vez, se referem os **serviços de interesse geral não económicos**, para reforçar a noção de que fica intacta a competência dos Estados-membros para os prestar, mandar executar e organizar como melhor lhes aprouver.

Sucessivamente são vários os setores públicos que vão tombando na voragem das privatizações

Adicionalmente o referido artigo 36º da Carta dos Direitos Fundamentais adquiriu o mesmo valor jurídico que o Tratado.

Estas alterações merecem uma análise mais detalhada[6].

Com efeito, o referido protocolo relativo aos serviços de interesse geral (SIG) constitui uma inovação importante do Tratado de Lisboa na medida em que abrange os SIGs e introduz pela primeira vez, num tratado, a noção de "serviços de interesse geral não económicos", por oposição aos "serviços de interesse económico geral"[7].

Por outro lado, o protocolo não é uma mera declaração interpretativa dos tratados e dos valores comuns da União no que diz respeito aos SIGs, constituindo, sim, uma instrução de utilização para a União e os Estados-membros.

As suas disposições colocam, indubitavelmente, no seu centro os utilizadores, bem como a resposta às suas necessidades e preferências e os seus direitos, retendo os princípios comuns de elevado nível de qualidade, de segurança e de acessibilidade de preços, a igualdade de tratamento e a promoção do acesso universal[8].

A expressa referência às necessidades dos utilizadores, tanto particulares como profissionais, deve ser considerada como um elemento-chave que deve ser respeitado, pois a instituição de serviços de interesse económico geral só se justifica se ela permitir a satisfação das missões de interesse geral ao serviço dos principais beneficiários desses serviços.

Acresce que, com o artigo 14º, o Tratado de Lisboa introduz pela primeira vez uma base jurídica de aplicação geral para o legislador comunitário em matéria de serviços de interesse económico geral, base essa distinta da relativa ao mercado

interno na qual até agora se basearam as diretivas setoriais de liberalização dos serviços de interesse económico geral a cargo das grandes indústrias de redes (comunicações eletrónicas, eletricidade, gás, transportes públicos, serviços postais).

Este artigo centra-se nas condições económicas e financeiras necessárias para assegurar o cumprimento das missões particulares confiadas aos serviços de interesse económico geral, solicitando ao Conselho e ao Parlamento Europeu que legislem sobre a matéria por meio de regulamentos.

Subsistem, no entanto, incertezas quanto às competências e responsabilidades respectivas da União e dos Estados-membros e dos órgãos de poder local e à definição precisa da natureza económica ou não económica dos serviços, o que determina o corpo das normas jurídicas de que relevam.

É, assim, legítimo esperar e exigir da Comissão que uma ou várias iniciativas legislativas venham trazer a clareza e as garantias necessárias, tendo sempre em conta a natureza e as especificidades dos diferentes tipos de serviços de interesse económico geral (serviços sociais, medidas de inserção no emprego, apoio a pessoas desfavorecidas ou com deficiência, habitação social etc.).

Não se trata de uniformizar os serviços de interesse económico geral em toda a UE, mas antes de conjugar unidade e diversidade; unidade de algumas regras comuns em domínios essenciais, diversidades simultaneamente setoriais e nacionais.

Ficou, no entanto, claramente aberta a porta à definição de serviços comunitários de interesse geral em vários domínios, indispensáveis à construção comum da Europa, de que se destacam a energia[9], a preservação da biodiversidade, a gestão dos recursos hídricos, a manutenção da qualidade do ar, a segurança interna e externa, o desenvolvimento de redes eólicas instaladas no mar e a conexão dos parques eólicos em terra, que extravasam claramente as fronteiras dos Estados[10].

3. Brevíssima referência à jurisprudência do Tribunal de Justiça

Apesar das limitações de um artigo como o presente, não se pode deixar de se referir o modo como a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia tem delimitado, de forma negativa e positiva, o que entende por serviços de interesse económico geral, na medida em que tem influído decisivamente nas transformações da legislação comunitária, quer primária quer secundária.

Tem-no feito, por um lado, definindo o que não são atividades económicas para o efeito da não submissão às regras da concorrência, tendo enumerado um vasto leque de atividades económicas que são classificadas como fazendo parte do referido conceito[11]; de outro lado, tem identificado toda uma série de atividades que considera representarem tarefas de interesse económico geral.

No primeiro caso estão as atividades que tradicionalmente constituem prerrogativas de Estado (defesa, proteção do ambiente, controle do espaço aéreo) e as atividades cuja função é exclusivamente social (educação, segurança social, serviços nacionais de saúde). Recentemente, incluiu entre as mesmas a gestão de um dos ramos tradicionais da segurança social[12] (o seguro contra acidentes no trabalho doenças profissionais), a organização de feiras[13] para garantir a qualidade e a segurança da feira, e o tratamento dos resíduos de obras de construção não perigosos[14].

O PE chamou a atenção para a manutenção de falta de certeza e de segurança jurídica ou de suficiente consistência no quadro operacional dos serviços de interesse geral

Como exemplos de serviços de interesse económico geral, o tribunal identificou a televisão, as telecomunicações telefónicas fixas, as carreiras aéreas não viáveis, os serviços de correio, o tratamento do lixo, os serviços de transporte de doentes, o fornecimento de remédios essenciais.

Da jurisprudência do tribunal ressaltam duas noções fundamentais que a Comissão se encarregou de sintetizar: os serviços de interesse económico geral devem ser necessários e acessíveis a todos os cidadãos; a universalidade e a continuidade do serviço, para além da acessibilidade e da qualidade, são as suas características dominantes.

Desde, pelo menos, 1993 que, com base no então artigo 86 do Tratado de Roma (hoje art. 106 do TFUE), o Tribunal de Justiça reconhece que, para cumprir a missão especial que lhe foi confiada, o operador incumbido de missões de serviço público pode usufruir de restrições às regras de concorrência previstas no tratado, que podem ir até à exclusão de qualquer concorrência, na medida em que estas restrições sejam necessárias para permitir que a empresa assegure o serviço de interesse económico geral em condições economicamente aceitáveis[15].

O tribunal constatou, assim, que a atribuição de vantagens concorrenciais em atividades rentáveis, para compensar as perdas que a empresa sofre em atividades não rentáveis, mas de interesse geral, era compatível com o tratado[16].

Na mesma lógica, o tribunal decidiu que, na medida em que um apoio financeiro do Estado deva ser considerado uma compensação que representa a

contrapartida das prestações efetuadas pela empresa beneficiária para cumprir obrigações de serviço público, essa intervenção não cai, em determinadas condições, sob a alçada das disposições do tratado relativas aos auxílios de Estado[17].

Ao mesmo tempo, o tribunal precisa que os serviços de interesse geral – económicos ou não – devem observar os princípios gerais do tratado: transparência, proporcionalidade, não discriminação, igualdade de tratamento.

Com efeito, para o tribunal os serviços de interesse geral caracterizam-se essencialmente pelo objeto da sua atividade, devendo satisfazer uma necessidade "geral"[18] e "fundamental" dos membros da coletividade, isto é, de um grupo de pessoas entre as quais existem relações de igualdade e solidariedade.

4. As posições das diferentes instituições comunitárias

As instituições comunitárias, a partir dos meados dos anos 1990, têm-se vindo a pronunciar sobre o conceito, as características, as obrigações inerentes e a forma de serem abordados os serviços de interesse geral a nível comunitário[19]. Forçoso é constatar as diferenças de posicionamento de umas e de outras. Abordaremos resumidamente apenas os momentos mais significativos que revelam a evolução no pensamento dessas instituições.

a) As Comunicações da Comissão de 1996 e de 2000

De início, a Comissão assumiu uma posição formal, segundo a qual afirma a inequívoca legitimidade dos serviços de interesse geral, reconhece a inadequação do mercado aceitando a possibilidade de derrogação das regras da concorrência, mas contrapõe a subsidiariedade do papel e da intervenção da Comunidade.

Baseou a sua aproximação a este tema na distinção entre atividades económicas e não económicas e reafirmou que as regras da concorrência se aplicam apenas se as atividades puderem afetar as relações comerciais entre os Estados.

Justificou ainda a rejeição, por ambíguo, do conceito de "serviço público", contrapondo antes a noção de "serviço universal" e de "obrigações de serviço universal".

O Parlamento Europeu (PE), salientando a enorme importância das ONGs, verdadeiro "terceiro pilar" da organização social, ao lado do mercado e do Estado, recomendou que a Comissão clarificasse a distinção entre atividades económicas e não económicas, de um lado, e, de outro, que precisasse as situações em que o comércio intracomunitário não é afetado pelas referidas atividades, dando,

como exemplo, o fornecimento de água e de certos serviços bancários mínimos (direito a uma conta).

Por seu turno, o Comité Económico e Social Europeu (Cese), na sua primeira reação à Comunicação da Comissão de 1996, contestou, por imprecisa, a noção de serviço universal, reagiu à limitação do alcance dos serviços de interesse geral apenas às telecomunicações, aos correios, aos transportes, à eletricidade, à rádio e televisão públicas, e considerou que seria conveniente fixar ao nível comunitário os critérios que permitam aos Estados determinar os serviços considerados como de interesse geral, em concertação com os parceiros sociais e as organizações de consumidores.

Também no seu parecer quanto à Comunicação da Comissão de 2000 e, posteriormente, a pedido da Comissão, em parecer exploratório, de 2002, no qual, tomando em consideração as conclusões dos Conselhos Europeus de Nice (2000) e Barcelona (2002), e considerando o conceito de serviço de interesse geral como parte integrante do modelo social europeu, o Cese avançou, pela primeira vez, com a recomendação à Comissão para que elaborasse uma "diretiva-quadro" que consolidasse a nível comunitário os princípios políticos relativos aos serviços de interesse económico geral e onde se contemplassem as razoes económicas e sociais para o estabelecimento de tais serviços[20].

Entre aqueles princípios gerais destacou a igualdade de acesso, a continuidade, a universalidade, a qualidade e a adaptabilidade, e salientou a necessidade de ser definido um regime especial de proteção dos direitos dos consumidores como utilizadores de tais serviços. Mais salientou a necessidade da definição de parâmetros de regulação de tais serviços, com vista à avaliação concreta dos serviços prestados, à fiscalização e sanção de condutas inadequadas na prestação de obrigações de serviço público e às intervenções admissíveis fora das regras do mercado.

b) O Livro Verde relativo aos serviços de interesse geral

Ao elaborar o Livro Verde sobre os serviços de interesse geral, a Comissão tomou em consideração algumas destas sugestões e recomendações e, designadamente, reformulou algumas das principais definições e distinções, tendo caracterizado três categorias de serviços de interesse geral:

a) serviços de interesse económico geral fornecidos por grandes redes industriais (telecomunicações, correios, eletricidade, gás e transportes);

b) outros serviços de interesse económico geral (tratamento de lixos, fornecimento de água e serviço publico de rádio televisão);

c) serviços não económicos e serviços sem repercussão no comércio intracomunitário.

Insistindo na importância da distinção entre serviços de natureza económica e não económica, e socorrendo-se da definição do Tribunal de Justiça, a Comissão centrou a sua atenção nas "obrigações comuns" ligadas à prestação de serviços universais, a saber, a continuidade, os padrões de qualidade, a abordabilidade dos preços e a garantia de proteção do consumidor/utilizador, para concluir, sem tomar posição, sobre quatro questões fundamentais:

a) qual o propósito de uma ação de nível comunitário que dê cumprimento ao tratado respeitando o princípio da subsidiariedade;

b) que princípios poderiam ser incluídos numa diretiva-quadro ou outro instrumento e qual o valor acrescentado desta iniciativa;

c) a definição de boa governança em matéria de organização, regulamentação, financiamento e avaliação destes serviços;

d) como reforçar a segurança jurídica e garantir uma interação coerente entre os serviços de interesse geral e a aplicação das regras da concorrência e do mercado interno.

A este Livro Verde reagiram os vários interessados e, em especial, as instituições comunitárias, destacando-se o PE e o Cese.

O PE chamou a atenção para a manutenção de falta de certeza e de segurança jurídica ou de suficiente consistência no quadro operacional dos serviços de interesse geral e, ressaltando uma vez mais a importância social que atribui a este tipo de serviços, insistiu para que a União Europeia defina os parâmetros de princípios comuns tais como a universalidade e igualdade de acesso, a continuidade, a segurança e a adaptabilidade, a qualidade, a eficiência e a acessibilidade, a transparência, a proteção dos utilizadores, consumidores e do ambiente e a participação dos cidadãos na sua gestão.

O Cese, por seu turno, insistiu na sua opinião de que a distinção entre atividades económicas e não económicas é fictícia, arriscada e incerta, sendo que o que importaria seria antes garantir que o princípio da subsidiariedade seja adequadamente aplicado.

Por outro lado, manifestou-se desapontado com os princípios enunciados pela Comissão e, em especial, por ser deixado para os estados-membros a definição das obrigações de serviço público, insistindo na ideia da necessidade de uma Diretiva-quadro[21].

Do lado da sociedade civil destacou-se a posição do Bureau Européen des Unions des Consommateurs (BEUC) pela forma detalhada como enunciou os princípios fundamentais de um serviço universal do ponto de vista dos consumidores[22].

c) O Livro Branco dos serviços de interesse geral

Foi apoiada na consideração dos resultados de uma consulta alargada aos stakeholders interessados entretanto realizada que o Livro Branco da Comissão partiu para a definição de uma política da União para os serviços de interesse geral.

A opinião generalizada, no entanto, foi de enorme desapontamento.

A Comissão manteve a distinção artificial de serviços económicos e não económicos; por outro lado, foi minimalista nos objetivos definidos para os serviços de interesse geral, limitando-os a três – "assegurar a coesão e o acesso universal"; "manter um alto nível de qualidade e segurança"; "assegurar os direitos dos consumidores e dos utilizadores". Finalmente a Comissão não progrediu no sentido da concretização de uma diretiva-quadro.

Não se pode estranhar que as reações a este Livro Branco não tenham sido particularmente favoráveis.

No seu relatório, o PE manifestou-se contra a distinção entre serviços económicos e não económicos, lamenta que a Comissão não tenha definido um quadro legal transparente e seguro para a regulação destes serviços, o qual deveria resultar de uma diretiva geral para o setor, e insiste pela criação de normas de controle e da transparência da sua gestão.

Por seu lado, o Cese, reconhecendo igualmente as fragilidades do Livro Branco, insistiu na necessidade de ser elaborado um corpo de princípios universais para serviços heterogéneos, cujas modalidades de prestação variam de um Estado-membro para outro, sem prejuízo da observância do princípio da subsidiariedade.

d) Alguns desenvolvimentos mais recentes a nível comunitário

A partir de 2006, a Comissão, na sua comunicação sobre os "serviços sociais de interesse geral na União Europeia" parece, pela primeira vez, encarar a hipótese de uma iniciativa legislativa neste domínio e reconhece, também pela primeira vez, a fragilidade do conceito de "atividade económica" como critério distintivo[23].

Por seu lado o Cese, no seu parecer sobre "o futuro dos serviços de interesse geral", também em 2006, reiterou o pedido de definir a nível comunitário os princípios básicos comuns aplicáveis a todos os SIGs, que deverão ser consagrados numa diretiva-quadro e, em caso de necessidade, especificados por setor em diretivas setoriais, sem embargo de assegurarem a liberdade dos estados-membros ou das autarquias locais de definirem os modos de gestão e de

financiamento, os princípios e limites da ação da Comunidade, a avaliação dos seus desempenhos, os direitos dos consumidores e dos utilizadores, um conjunto mínimo de missões e de obrigações de serviço público.

Mas o Cese chamou também a atenção para o caráter evolutivo dos serviços de interesse geral e a importância que têm na realização da Estratégia de Lisboa, fazendo com que seja indispensável efetuar uma avaliação regular não só dos serviços de interesse económico geral para os quais existem regras comunitárias, mas também dos serviços de interesse geral em relação aos objetivos da União, propondo a criação de um observatório para avaliar os serviços de interesse geral.

Praticamente em simultâneo, o PE (relator Hasse Ferreira) e o Cese (relator R. Hencks) reelaboraram as suas posições acentuando, o primeiro, o erro que consiste em opor as normas relativas à concorrência, às ajudas públicas e ao mercado de um lado e, de outro lado, os conceitos de serviço público, de interesse geral e de coesão social, considerando, ao contrário, que é necessário conciliá-los promovendo uma sinergia positiva entre os aspectos económicos e sociais, e salientando o segundo, em particular, a importância do protocolo ao Projeto de Tratado de Lisboa, onde, pela primeira vez, se mencionam os serviços de interesse geral não económicos, sem embargo de persistir a atual indefinição e insegurança jurídicas.

Daí a necessidade que este parecer destacou da obrigação de zelar pelo funcionamento correto dos serviços de interesse geral, sujeitando-os a normas transparentes de avaliação, de regulação e de responsabilização.

A partir da publicação do Tratado de Lisboa e, fundamentalmente, após a elaboração e publicação do 'documento de reflexão' elaborado por um conjunto de peritos de várias nacionalidades e origens sob encomenda do Conselho Económico e Social do Luxemburgo[24], o posicionamento da Comissão sofreu uma sensível inflexão, coadjuvada pelas restantes instituições comunitárias.

Importa, assim, salientar as mais recentes comunicações da Comissão sobre "A reforma das regras da UE em matéria de auxílios estatais aplicáveis aos serviços de interesse económico geral"[25] e "Um enquadramento de qualidade para os serviços de interesse geral na Europa"[26], que refletem as mais recentes posições da Comissão nesta matéria. De ressaltar ainda a necessidade que a Comissão sentiu de consignar num "guia" as instruções para a aplicação das regras da UE em matéria de auxílios estatais, de contratos públicos e de mercado interno aos serviços de interesse económico geral e aos serviços sociais de interesse geral[27].

Por outro lado tanto o PE, com a sua Resolução de 15 de novembro sobre a reforma das regras em matéria de auxílios estatais[28], quanto o Cese, em variados pareceres recentes[29], contribuíram para definir um novo quadro jurídico e político para os serviços de interesse geral.

Também a sociedade civil pela voz dos seus representantes tem vindo a dar um contributo decisivo para o modelo europeu dos serviços de interesse geral. Destacam-se as iniciativas do Centro Europeu de Empresas de Serviços de Interesse Geral (CEEP), que acaba de protagonizar um relevante evento em Bruxelas onde apresentou um manifesto em defesa dos serviços de interesse geral, sob o lema *"It's time to bring the Treaty to life"*[30].

De todas estas contribuições, com a delimitação de novos conceitos, a enunciação de alguns princípios fundamentais e a definição de orientações políticas mais claras, é possível vislumbrar as linhas mestras de um quadro europeu para os serviços de interesse geral.

É o que se tentará no número seguinte.

5. Alguns princípios e orientações políticas fundamentais para o fortalecimento dos serviços de interesse geral na União Europeia

a) Um novo enquadramento de qualidade

A atual crise financeira e económica torna mais uma vez claro que os serviços de interesse geral desempenham um papel central na garantia da coesão social e territorial, embora não se deva esquecer que as possibilidades do setor público estão sob pressão das decisões políticas.

A reforma dos tratados, adotada pelo Conselho Europeu, de 17 e 18 de outubro de 2007, constitui um novo passo em frente, especialmente no atinente aos serviços de interesse geral (SIG), ao incluir no dispositivo sobre o funcionamento da União uma cláusula de aplicação geral para os serviços de interesse económico geral (SIEG) (artigo 14º), a aplicar em todas as políticas da União Europeia, incluindo o mercado interno e a concorrência, bem como um protocolo respeitante aos serviços de interesse geral, apenso aos dois tratados, incluindo os serviços de interesse geral não económicos.

Os serviços de interesse geral, os serviços de interesse geral económicos e os serviços de interesse geral não económicos concorrem todos para o bem-estar dos cidadãos e para a efetividade dos seus direitos fundamentais. Estes serviços prestados no sentido de interesse geral são o resultado de escolhas políticas e, como tal, ficam sob a responsabilidade dos legisladores.

À União e aos Estados-membros não incumbe apenas a obrigação de zelar pelo bom funcionamento dos serviços de interesse económico geral, que

pressupõe, em particular, uma dinâmica gradual de avaliação dos desempenhos desses serviços, sendo igualmente necessário que as instituições de decisão definam claramente os conceitos, os objetivos e as tarefas que atribuem às três denominações.

O quadro institucional (artigo 14º do TFUE, Protocolo 26 e artigo 36º da Carta dos Direitos Fundamentais) constitui uma boa base, mas é indispensável transpor as novas disposições do direito primário sobre os serviços de interesse geral para o direito derivado setorial e, se for caso disso, transversal.

Conquanto a prestação, a adjudicação e o financiamento dos serviços de interesse geral continuem a ser da competência dos Estados-membros, a competência legislativa da UE reside sobretudo na definição das condições-quadro económicas e financeiras e no controle de erros manifestos.

O artigo 14º do TFUE confere à UE uma competência legislativa no domínio dos serviços de interesse económico geral, ou seja, a definição através de regulamentos dos princípios e das condições, nomeadamente económicas e financeiras, que esses serviços devem satisfazer para poderem desempenhar as suas funções. Parece resultar claro do contexto do artigo que o que está em causa são não as condições do serviço em si, as quais são definidas pelas autoridades nacionais (neste contexto, por «autoridades nacionais» deve entender-se os poderes públicos a nível nacional, regional e local), e sim as condições gerais e setoriais nos domínios de competência da UE.

O Protocolo 26 salienta a competência dos Estados-membros de prestar, mandar executar ou organizar serviços de interesse geral não económicos. Os Estados-membros são os primeiros responsáveis pelas avaliações a nível nacional, regional ou local mas a Comissão Europeia tem a obrigação de partilhar boas práticas e de verificar se estes serviços respeitam os princípios gerais dos Tratados UE.

Impõe-se assim que, na revisão da legislação setorial que contenha obrigações universais em relação aos serviços, tenha lugar uma investigação permanente em colaboração com as partes interessadas e a sociedade civil, com base nas novas disposições do direito primário, na evolução das necessidades dos utilizadores e nas alterações tecnológicas e económicas. Essa revisão deve adotar uma abordagem que tenha em conta o emprego e a coesão social e territorial, pois estes fatores têm sido negligenciados até agora.

Para tal contribuiu decisivamente a recente tentativa da Comissão de apresentar uma explicação dos conceitos básicos utilizados nos debates sobre os serviços de interesse geral que afetam diretamente clientes e utilizadores, ou seja, os cidadãos em geral.

No entanto a definição de serviços de interesse geral (SIG) deve abranger mais do que a referência à existência de um mercado, como, por exemplo, o processo de decisão política nos Estados-membros legitimado democraticamente.

É assim fundamental a publicação de um glossário oficial revisto, sem margem para divergências de interpretação nas diferentes versões linguísticas como aquele que o CEEP acabou de apresentar no simpósio antes mencionado[31].

Daí também a importância da publicação de «guias» da Comissão, como o mencionado anteriormente, em especial se forem elaborados de forma adequada por especialistas, a fim de permitir uma melhor compreensão e aplicação das normas da UE aplicáveis aos serviços de interesse geral.

A sociedade civil pela voz dos seus representantes tem vindo a dar um contributo decisivo para o modelo europeu dos serviços de interesse geral

A Comissão articulou a sua proposta em três eixos de ação fundamentais:

a) O primeiro eixo de ação consiste em aumentar a clareza e a segurança jurídicas quanto às normas da UE aplicáveis aos serviços de interesse económico geral.

b) O segundo eixo de ação diz respeito à garantia do acesso aos serviços essenciais e reflete a vontade da Comissão de promover o equilíbrio entre, por um lado, a necessidade de aumentar a concorrência e, por outro lado, a garantia de que todos os cidadãos tenham acesso a serviços essenciais de alta qualidade a preços acessíveis, como, de resto, já defendido no Livro Branco de 2004 sobre a matéria.

c) O terceiro eixo de ação prende-se com a promoção da qualidade, sobretudo no que diz respeito aos serviços sociais de interesse geral, cuja procura é cada vez maior na sociedade mas cujo financiamento é cada vez mais problemático, devido, por um lado, à crise económica e financeira e, por outro lado, ao envelhecimento da população.

Neste novo quadro deve ser dominante o respeito pela garantia do acesso a serviços essenciais como os serviços postais, os serviços bancários de base, os transportes, a energia e as comunicações eletrónicas, erigido em direito fundamental universal, em especial mas não apenas para os cidadãos mais vulneráveis, como as pessoas com deficiência ou as pessoas que vivem abaixo do limiar de pobreza.

Os Estados-membros deverão, em função do sistema jurídico em vigor, ponderar constantemente e de forma justificada e supervisionada pela Comissão

se estes serviços devem permanecer ou passar a ser da responsabilidade das autoridades ou devem ser (parcialmente) regulados pelo mercado em condições rigorosas.

Neste domínio é crucial o papel dos serviços sociais de interesse geral na UE, como nos setores dos cuidados de saúde, do acolhimento de crianças, da assistência a idosos ou a pessoas com deficiência, da habitação social e dos serviços do mercado de trabalho; mas também nos setores da cultura, do ensino, da radiodifusão pública, dos cuidados de saúde, do acolhimento de crianças, da assistência a idosos ou a pessoas com deficiência, da habitação social e dos serviços do mercado de trabalho.

Um novo enquadramento que tenha como objetivo a qualidade dos serviços de interesse geral deve assegurar que o quadro legislativo e normativo da UE reforce ainda mais a dimensão social do mercado interno, tenha mais devidamente em conta a natureza específica dos serviços de interesse geral e dê resposta ao desafio de respeitar, na prestação desses serviços, valores como a qualidade, a segurança, a acessibilidade de preços, a igualdade de tratamento, o acesso universal e os direitos do consumidor.

b) Participação da sociedade civil

Uma das grandes particularidades do modelo social europeu é o diálogo social. A informação, a consulta e a participação dos parceiros sociais e dos atores da sociedade civil são as condições indispensáveis para a manutenção e a modernização bem sucedida do modelo social europeu; trata-se de concretizar uma Europa social, baseada numa interação benéfica entre a regulamentação e o diálogo social.

Todos os intervenientes, órgãos do poder estatal, regional e municipal, parceiros sociais, organizações de consumidores e ambientais, organismos de economia social e de luta contra a exclusão etc., têm o seu lugar ao lado das autoridades reguladoras e dos operadores no funcionamento dos serviços de interesse geral .

Deve garantir-se, portanto, que quando se regulamentam os serviços de interesse geral, os atores acima mencionados, a nível nacional, regional e local, são envolvidos em todas as fases, ou seja, na organização e na fixação, na vigilância, na análise custo/eficácia e na aplicação de normas de qualidade.

A nível europeu, sempre que as diretivas setoriais tenham consequências sociais para a qualificação e as condições de trabalho e de emprego dos trabalhadores, as iniciativas legislativas da Comissão Europeia devem ser precedidas de um diálogo social europeu estruturado.

Por outras palavras, a lógica do artigo 139º do Tratado CE que encarrega a Comissão de zelar por que as organizações dos trabalhadores e patronais sejam consultadas a respeito da dimensão social das políticas que propõe, deve ser igualmente aplicada a nível setorial, quando se trata de regulamentar os serviços de interesse económico geral.

Deste modo, os comités de diálogo social setorial estruturado tornar-se-ão os garantes da promoção do diálogo social setorial ou intersetorial, que deve conduzir à celebração de convenções coletivas europeias aplicáveis para proteger os direitos dos trabalhadores e o seu emprego, face ao *dumping* social e ao emprego de pessoal não qualificado.

c) Modelo de regulação

A regulação é um processo dinâmico, que evolui com o desenvolvimento do mercado e das mutações tecnológicas.

A forma como deverá funcionar a concorrência num mercado liberalizado depende das características do setor; pode fazer-se através de concursos, de parcerias entre o setor público e o setor privado, do controle dos preços, da prevenção de um tratamento discriminatório no acesso à rede, ou da criação de uma concorrência entre redes.

Da comparação entre os diferentes sistemas de regulação dos Estados-membros, conclui-se que nenhum modelo poderá considerar-se exemplar, pois depende sempre da história, das instituições e das tradições de cada país, da situação setorial ou geográfica e do desenvolvimento tecnológico de um setor específico.

Trata-se, portanto, de conjugar o respeito pela diversidade dos modos de regulação associados à história, às tradições e às instituições, bem como ao tipo de serviços, com objetivos comunitários precisos e regras comuns limitadas para obter respostas diferenciadas e promover a maior eficácia possível a nível transeuropeu, transfronteiriço, nacional, regional, municipal ou local.

Embora se privilegie a coordenação a nível comunitário, não se deverá impor uma solução unificada à escala europeia, cabendo aos estados-membros definir o modo pertinente de regulação dos serviços de interesse económico geral, no respeito pelo princípio de subsidiariedade e pelo princípio de neutralidade quanto ao caráter público ou privado do modo de gestão do serviço em causa[32].

d) Papel das autoridades nacionais

Por força do princípio de subsidiariedade, cada Estado-membro deve continuar a ter a liberdade de estabelecer a distinção entre os serviços de interesse geral de natureza económica e os de natureza não económica. Porém, em caso de erro de apreciação manifesto, deve competir à Comissão poder intervir.

Os Estados-membros deverão poder definir, assim, mediante um ato oficial a notificar às instituições europeias, os tipos de serviços "de regalia", resultantes de razões imperiosas de interesse geral ou de interesse nacional, regional ou local que não estão englobados nos serviços de interesse económico geral (SIEG), nem abrangidos pelo âmbito de aplicação das regras da concorrência e dos auxílios estatais.

Este quadro regulamentar deverá, pois, garantir a existência dos serviços de interesse geral, a liberdade de definição e de organização dos estados-membros, ou das autarquias locais, a liberdade de escolha dos modos de gestão[33] e de financiamento, os princípios e limites da ação da Comunidade, a avaliação dos seus desempenhos, os direitos dos consumidores e utilizadores, um conjunto mínimo de missões e obrigações de serviço público.

Estas obrigações de serviço público, patentes nas obrigações que os Estados-membros impõem a si próprios ou aos prestadores de serviços, consistem principalmente na igualdade e na generalidade de acesso, na ausência de discriminação, na continuidade do serviço, na sua qualidade, transparência, segurança e capacidade de adaptação às evoluções necessárias.

O amplo poder de apreciação dos Estados-membros quanto à determinação do que consideram ser os serviços de interesse económico geral não os dispensa, quando invocam a existência e a necessidade da proteção de uma missão de serviço de interesse económico geral, de velarem por que esta última satisfaça determinados critérios mínimos comuns a qualquer serviço de interesse económico geral no sentido do tratado, tal como precisados pela jurisprudência, e de demonstrarem que esses critérios são devidamente respeitados em cada caso particular.

Trata-se, nomeadamente, de um ato oficial nacional através do qual os operadores em causa são investidos de uma missão de serviço de interesse económico geral, bem como do campo e do carácter dessa missão. Esse ato, estabelecido pela autoridade pública competente, deve ter um valor jurídico em direito nacional: lei, regulamento, contrato, convenção etc.

O Estado-membro deverá indicar, com base nas normas comunitárias, as missões particulares de interesse geral em relação às quais considera que o serviço em causa merece, pelo seu carácter específico, ser qualificado de serviço

de interesse económico geral e ser distinguido de outras atividades económicas do mercado livre.

Inversamente, a ausência de prova pelo Estado-membro de que esses critérios são satisfeitos, ou o não respeito dos mesmos, é susceptível de constituir um erro manifesto, circunstância que compete à Comissão apurar.

Um Estado-membro pode decidir mandar executar um serviço de interesse económico geral por vários operadores de um setor sem lhes ter confiado, separadamente, a prestação desse serviço mediante um ato ou um mandato individual.

e) Os serviços comunitários de interesse geral

É forçoso constatar que, apesar das referidas mudanças no direito primário da União, as instâncias europeias e os governos nacionais ou os Estados-membros, face às diferenças nacionais e às necessidades comuns de criar um mercado único europeu, têm dificuldade em se familiarizarem com a ideia de haver serviços comunitários de interesse (económico ou não) geral. Daí que a ideia de criar serviços europeus no domínio da energia não tenha ainda sido acolhida favoravelmente pelos decisores políticos.

Todavia, os SIG comunitários são necessários à construção comum da Europa. Tais serviços serão a expressão de solidariedades europeias para dar resposta aos desafios com que a União se defronta nos domínios essenciais e multinacionais ou transnacionais, como a segurança de aprovisionamento energético, a gestão dos recursos hídricos, a preservação da biodiversidade, a manutenção da qualidade do ar, a segurança interna e externa etc. A prestação destes serviços não pode ser atribuída a organizações à escala nacional ou local, pois não constituem serviços de proximidade, como, por exemplo, serviços sociais ou prestações de interesse geral exclusivamente locais, regionais ou nacionais.

Neste contexto, seriam bem-vindas parcerias públicas (União e Estados-membros) e privadas para aumentar a segurança de aprovisionamento de energia e para se chegar a uma gestão integrada das redes interconectadas de energia (gás, electricidade, petróleo), bem como o desenvolvimento de redes eólicas instaladas no mar e a conexão dos parques eólicos à rede em terra, o que poderia reduzir significativamente os custos de exploração e de investimento e incitar ao investimento em novos projetos de redes.

Em matéria de combinação energética, as questões sociais e societais colocadas pela gestão e utilização dos recursos naturais, da energia nuclear, das alterações climáticas, da gestão sustentável e da segurança transvazam as fronteiras tradicionais dos Estados e para dar uma resposta satisfatória às mesmas

é necessário que haja uma concepção europeia de interesse geral e de serviços adequados.

O fato de os Estados serem, em princípio, competentes para definir os serviços de interesse económico geral em nada afeta as competências da UE para definir, ao seu nível, serviços de interesse (económico) geral desde que isso se revele necessário à realização dos objetivos da União e seja proporcional aos mesmos. Também o direito primário, o direito derivado e a jurisprudência dão à União, enquanto autoridade pública nos domínios em que tem competência explícita, ou mesmo apenas limitada ou partilhada, a possibilidade de fornecer, mandar executar, organizar e financiar esses serviços nas mesmas condições e segundo as mesmas regras existentes nos Estados-membros.

O artigo 16º do Tratado CE estabelece claramente uma competência e uma responsabilidade partilhadas entre a UE e os Estados-membros, precisando que a Comunidade e os seus Estados-membros, dentro dos limites das respectivas competências, zelarão por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições que lhes permitam cumprir as suas missões.

De fato, os serviços de interesse económico geral dependem de uma série de objetivos da União Europeia (respeito pelos direitos fundamentais, promoção do bem-estar dos cidadãos, justiça social, coesão social etc.), que são indispensáveis à sociedade. Daqui se infere que a União tem não só responsabilidades na promoção do nível e da qualidade de vida em todo o território europeu, mas também determinadas responsabilidades no que diz respeito aos instrumentos de aplicação dos direitos fundamentais e da coesão social.

Os tratados definem claramente as competências da UE, sendo que algumas delas, em conformidade com o princípio da subsidiariedade, podem implicar a criação, ao nível comunitário, de serviços, organismos, agências, empresas, entre outros (política de transportes, redes transeuropeias, proteção do ambiente, defesa dos consumidores, coesão económica, social e territorial da União, segurança interna e externa, combate às alterações climáticas, segurança do aprovisionamento energético etc.).

Em dois pareceres recentes[34] o Cese recomendou a realização de estudos sobre a oportunidade e viabilidade de um serviço de interesse geral europeu no domínio da energia que poderia ser posto ao serviço da política comum energética.

No seu Livro Verde para uma rede europeia de energia segura, sustentável e competitiva, a própria Comissão é favorável a um operador europeu de redes de transporte de gás através da criação gradual de uma empresa independente para gerir uma rede unificada de transporte de gás em toda a UE.

Mesmo quando em certos serviços, como as agências comunitárias, designadamente as incumbidas da segurança marítima, alimentar, ferroviária ou a responsável pela gestão da cooperação operacional nas fronteiras externas, ou ainda os serviços "Céu único" ou "Galileo", não tenha sido feita uma referência jurídica aos SIGs e aos SIEGs, estes serviços correspondem pela sua natureza a um interesse geral europeu.

Mais do que assumir uma posição defensiva, as instituições comunitárias deveriam, sem prejuízo do estatuto dos operadores, reconhecer a existência e a necessidade dos serviços comunitários de interesse geral nos domínios em que a ação da UE responde mais eficazmente aos seus objetivos do que as ações levadas a cabo individualmente por cada Estado-membro.

f) Avaliações de desempenho

O caráter evolutivo dos serviços de interesse geral, os objetivos que lhes são atribuídos e a importância que têm na realização da Estratégia de Lisboa tornam indispensável uma avaliação regular não só dos serviços de interesse económico geral para os quais existem regras comunitárias, mas também dos serviços de interesse geral em relação aos objetivos da União (respeito pelos direitos fundamentais, promoção do bem-estar dos cidadãos, justiça social, coesão social etc.).

Para se aferir se estas missões de interesse geral são correta e eficazmente executadas e se os objetivos – diferentes consoante se trate de SIEG ou de serviços de interesse geral não económicos ou em função da própria natureza do serviço – são ou vão ser realizados, a autoridade competente deve pôr de pé um sistema de avaliação dos desempenhos, da eficácia e da qualidade dos serviços que transcenda o mero âmbito das sondagens e inquéritos de opinião.

Não se comunga, portanto, do parecer da Comissão[35] segundo o qual os serviços de interesse geral não económicos deverão continuar a ser excluídos da avaliação horizontal dos desempenhos dos SIGs.

Uma tal avaliação deverá servir para aumentar a eficácia dos serviços de interesse económico geral e a sua adaptação à evolução das necessidades dos cidadãos e das empresas e fornecer às autoridades públicas os elementos que lhes permitam fazer as escolhas mais pertinentes. A avaliação tem também um papel essencial para se chegar a uma arbitragem harmoniosa entre mercado e interesse geral e entre objetivos económicos, sociais e ambientais.

Isto implica que o compromisso assumido pela Comissão[36], de associar a sociedade civil à avaliação horizontal dos desempenhos dos SIGs, nomeadamente mediante a criação de *"um mecanismo permanente para auscultar as opiniões dos*

cidadãos", deixe de ser letra morta e que – sempre segundo a Comissão – "*as partes interessadas, incluindo os parceiros sociais, serão também consultadas numa base* ad hoc *sobre questões específicas".*

Incumbirá, assim, à União estimular a dinâmica da avaliação, no respeito pelo princípio de subsidiariedade e pela elaboração, em diálogo com os representantes das partes interessadas, de um método de avaliação harmonizado à escala europeia com base em indicadores comuns.

Este método de avaliação deverá ter em conta não só os resultados puramente económicos, mas também o impacto social e ambiental, bem como a preservação do interesse geral a longo prazo.

Isto implica que os utilizadores a quem os serviços de interesse geral económicos e não económicos se destinam disponham de meios para exprimir as suas necessidades e aspirações, nomeadamente participando, através dos seus representantes, na elaboração dos modos de avaliação e na apreciação dos resultados.

Tendo em conta a importância que os SIGs têm na luta contra a exclusão social e na promoção da justiça e da proteção sociais, que fazem parte dos objetivos da UE por força do tratado, é indispensável uma avaliação regular dos serviços de interesse económico geral, para os quais há regras comunitárias, mas também dos serviços de interesse geral não económicos ao nível dos Estados-membros.

A avaliação constitui, portanto, uma análise e um acompanhamento sistemático das condições de execução efetiva da missão concreta de interesse geral, tanto à luz do cumprimento dessa missão e da sua capacidade para satisfazer as necessidades dos consumidores, das empresas, dos cidadãos e da sociedade em geral, como à luz dos objetivos da União em matéria de coesão social, económica e territorial, da economia social de mercado, da Estratégia de Lisboa e da garantia de exercício dos direitos fundamentais.

A avaliação dos serviços de interesse geral (económicos e não económicos) ao nível nacional, regional ou local deverá ser independente, pluralista e contraditória, deverá abarcar os três pilares da Estratégia de Lisboa, assentar num conjunto de critérios e ser realizada em cooperação com todas as partes interessadas.

Deve, portanto, apoiar-se numa pluralidade de critérios e versar sobre:

– definição do regime de obrigações de serviço público e autorização para a prestação de serviços,

– execução do caderno de encargos ou das obrigações inerentes ao serviço universal ou à autorização por parte do(s) operador(es),

– o preço, a qualidade, a acessibilidade a pessoas com deficiência ao serviço e a satisfação dos utilizadores,

– fatores externos positivos e negativos,
– realização dos objetivos de política pública,
– transposição das disposições que satisfazem as obrigações jurídicas.

Isto pressupõe que se divulguem experiências e avaliem as práticas e consequências para os diferentes tipos de utilizadores, permitindo assim compensar o desequilíbrio estrutural de informação inerente às relações operadores/prestadores, entidades reguladoras e consumidores.

No plano comunitário, haverá que definir as modalidades de intercâmbio, cotejo, comparação e coordenação e impulsionar a dinâmica da avaliação independente no respeito do princípio de subsidiariedade através da elaboração, em diálogo com os representantes das partes interessadas, de um método de avaliação harmonizado à escala europeia baseado em indicadores comuns.

A avaliação dos desempenhos, sendo uma função diferente da regulação, também é uma componente desta última, visto que a regulação tem interesse em apoiar-se em avaliações pertinentes e em suscitá-las. Ao mesmo tempo, a avaliação permitirá detectar disfuncionamentos, disparidades entre países no que se refere à qualidade e ao tipo de serviço prestado e, por conseguinte, insistir nos ajustamentos a efetuar em função das necessidades e das preocupações dos utilizadores e dos consumidores, bem assim das mutações económicas, tecnológicas e sociais.

g) Financiamento

A segurança do financiamento a longo prazo dos investimentos e das obrigações de serviço público continua a ser uma questão essencial para garantir o acesso de todos, e em todo o território da União, a serviços de interesse geral de qualidade e a preços moderados.

O interesse geral e as obrigações de serviço público impostas pela autoridade pública a um ou vários fornecedores de um serviço de interesse económico geral, segundo determinadas condições e especificações, requerem métodos de financiamento adequados. Incumbe, assim, aos Estados-membros garantir o financiamento a longo prazo de uma parte dos investimentos necessários para a continuidade e a sustentabilidade dos serviços, para além da compensação adequada das obrigações de serviço público ou de serviço universal; as regras comunitárias devem favorecer, e não limitar, estas seguranças de financiamento.

A inexistência deliberada de uma diretiva europeia relativa à definição, à organização e ao financiamento das obrigações de serviço público deixa aos Estados-membros toda a latitude para escolherem os seus métodos de financiamento, em conformidade com o princípio de subsidiariedade e de proporcionalidade.

Os Estados-membros devem poder recorrer a muitos e diversos modos de financiamento das missões e obrigações de serviço público: compensação direta paga pelo orçamento nacional ou das autarquias locais, financiamento baseado na solidariedade social ou territorial entre utentes, contribuições dos operadores e utilizadores, créditos fiscais, direitos exclusivos etc., instrumentos combinados de financiamento públicos e privados (parceria público-privada) sobretudo em matéria de infraestruturas públicas que geram receitas provenientes da exploração.

Dado que os modos de financiamento dependem muito dos estados ou setores envolvidos, que estão em permanente mutação devido à evolução tecnológica, não se deve restringir, a nível comunitário, as fontes de financiamento possíveis ou privilegiar uma em relação à outra, mas sim dar aos Estados-membros a flexibilidade necessária para decidirem, a nível nacional, regional ou local, com base nas suas prioridades políticas e na sua estimativa de rendibilidade económica, de que modo desejam financiar os serviços cuja responsabilidade assumem.

Tendo, todavia, em conta as capacidades de financiamento limitadas de parte dos novos Estados-membros, a União deveria pôr ao seu dispor os meios necessários para promover o desenvolvimento de serviços de interesse geral, económicos e não económicos, eficazes[37].

h) Auxílios estatais

Diretamente relacionado com a questão do financiamento está a problemática dos auxílios estatais, que esteve na origem mesma da definição do conceito de serviços de interesse económico geral no direito comunitário.

Como é sabido, existe nos diferentes Estados-membros toda uma série de ajudas financeiras públicas de vários tipos, desde os auxílios estatais ao emprego, à formação, ao investimento, à investigação, à proteção do ambiente, às pequenas e médias empresas, aos auxílios de emergência e à reestruturação de empresas em dificuldade, às famílias, às pessoas em situação difícil etc., até aos serviços de interesse geral (SIG).

No âmbito das regras da concorrência e do mercado interno, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia define auxílio estatal como qualquer tipo de vantagem conferida numa base seletiva a uma ou mais empresas pelas autoridades nacionais.

Assim, para ser considerado auxílio estatal, o auxílio deverá satisfazer todos os seguintes critérios:

– implicar transferência de recursos públicos pelas autoridades nacionais, regionais ou locais, quer diretamente, quer por intermédio de um organismo

público ou privado, seja qual for a sua forma (subvenções, bonificações, garantias de empréstimos, injeções de capital, provisões etc.);

– não fazer parte das medidas gerais, mas ser seletivo e discriminatório em relação a outras empresas ou organismos;

– conferir ao beneficiário (empresa privada ou organismo público com ou sem fins lucrativos) uma vantagem económica que não teria obtido no quadro das suas atividades económicas normais;

– ter um efeito potencial sobre a concorrência e as trocas comerciais entre Estados-membros.

Em princípio, os auxílios estatais referidos são proibidos pelo tratado (artigos 107º e 108º do TFUE); alguns são, não obstante, autorizados quando justificados por objetivos de interesse comum (serviços de interesse geral, coesão social e regional, emprego, investigação e desenvolvimento, desenvolvimento sustentável, promoção da diversidade cultural etc.) ou para corrigir deficiências dos mercados, desde que não falseiem a concorrência de maneira que contrarie os interesses da UE.

A possibilidade dada aos Estados-membros de atribuírem auxílios estatais foi enquadrada por um conjunto de atos legislativos e uma jurisprudência rica e evolutiva do Tribunal de Justiça Europeu, que criaram regras vinculativas para os Estados-membros que pretendem instaurar esses dispositivos.

Assim, os Estados-membros devem, em regra, salvo exceções (auxílio *de minimis*, auxílios abaixo de um determinado limiar, auxílios a setores específicos), seguir um procedimento de notificação à Comissão dos auxílios que pretendem conceder. Só após autorização oficial da Comissão é que o auxílio pode ser posto em execução.

A Comissão, a única entidade habilitada a avaliar a compatibilidade dos auxílios estatais com o tratado (com possibilidade de recurso para o Tribunal de Justiça Europeu), detém, por conseguinte, importantes poderes de investigação, decisão e sanção nesta matéria.

Relativamente aos SIEGs, a questão com que as autoridades públicas se confrontam é de saber se uma compensação por obrigações de serviço público constitui um auxílio estatal compatível com o tratado no âmbito das regras de concorrência e do mercado interno.

Em conformidade com o "Acórdão Altmark" já citado, proferido pelo Tribunal de Justiça, a compensação por um SIEG não constitui auxílio estatal desde que estejam reunidas todas as condições seguintes:

– as obrigações de serviço público estão claramente definidas;

– os parâmetros de cálculo da compensação são previamente estabelecidos;

– a compensação pelo serviço público não excede os custos e um lucro razoável;

– a escolha da empresa é efetuada no âmbito de um processo de concurso público que permita selecionar o candidato capaz de fornecer esses serviços ao menor custo para a coletividade ou a compensação é determinada com base numa análise dos custos de uma empresa média do setor "bem gerida" e corretamente equipada.

Na sequência deste acórdão a Comissão verificou que poucas compensações satisfaziam estas quatro condições e que todas as outras compensações constituíam, portanto, "auxílios estatais".

Adotou, então, o chamado "pacote Monti-Kroes", que especifica:

– através de uma decisão, o que constitui auxílio estatal, sem, todavia, ter de ser objeto de notificação (Decisão 2005/842/CE relativa à aplicação do disposto no artigo 86º, n. 2, do Tratado CE / artigo 106º, n. 2, do TFUE aos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público concedidos a certas empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral);

– através de um enquadramento – as modalidades de apreciação dos casos notificados (Enquadramento 2005/C 297/04 relativo aos auxílios estatais sob forma de compensação de serviço público);

– uma nova abordagem ao quarto critério Altmark, que consiste em calcular a compensação com base nos custos suplementares provocados pelo cumprimento da missão especial e não por comparação com uma empresa média bem gerida e corretamente equipada.

Este enquadramento, que visa estabelecer as regras e os princípios que determinam as condições em que as compensações de serviço público são compatíveis com o "mercado comum", com base no artigo 106º, n. 2, do TFUE, expirou em novembro de 2011.

Como, além disso, tanto o enquadramento como a decisão preveem uma avaliação das regras por eles fixadas, a Comissão deu início à revisão do pacote Monti-Kroes, convidando os Estados-membros a apresentarem um relatório sobre a aplicação do atual pacote e lançando, em 2010, uma consulta pública sobre o assunto.

Com base nestas duas ações, a Comissão elaborou as novas orientações constantes da sua comunicação *"A reforma das regras da UE em matéria de auxílios estatais aplicáveis aos serviços de interesse económico geral"* (COM (2011) 146 final).

Em síntese, a comunicação prevê:

– clarificar a distinção entre atividades económicas e não económicas, os limites impostos aos Estados-membros na definição de uma atividade de SIEG,

a sua prestação a menor custo através dos meios mais eficientes e mais rentáveis e a interação com as regras setoriais aplicáveis aos SIEGs;

– adotar uma abordagem mais diversificada e mais proporcionada em relação aos vários tipos de serviços públicos;

– simplificar a aplicação das regras a determinados tipos de serviços públicos de pequena escala prestados a nível local e com impacto limitado no comércio entre os Estados-membros, bem como a certos tipos de serviços sociais de interesse geral;

– dar maior peso às considerações de eficiência e de concorrência no caso de serviços comerciais de grande escala, que têm claramente uma dimensão europeia.

Os serviços de interesse geral desempenham um papel central na garantia da coesão social e territorial

Para além disso, a Comissão propôs ainda:

– o alargamento de uma série de serviços sociais, isentos da obrigação de notificação prévia em caso de avaliação pela Comissão, desde que sejam cumpridas determinadas condições; para além dos hospitais e da habitação social, essa lista abrange atualmente serviços de interesse económico geral que satisfazem necessidades sociais no domínio da saúde e dos cuidados de longa duração, o acolhimento de crianças, o acesso e a reinserção no mercado de trabalho e a assistência e a proteção sociais dos grupos vulneráveis;

– um estudo mais aprofundado e orientado das medidas de auxílio suscetíveis de terem um forte impacto no funcionamento do mercado interno;

– a proposta de uma nova regra *de minimis* especificamente concebida para serviços de interesse económico geral, em virtude da qual uma subvenção financeira não será considerada um auxílio estatal se o seu montante não exceder 500.000 euros por ano durante um período de três anos. Em relação a certos setores, entre os quais a Comissão cita os transportes e a radiodifusão de serviço público, continuarão a ser aplicáveis regras setoriais especiais.

Importaria, no entanto, que a Comissão, para cada uma das modalidades de financiamento das compensações por obrigações de serviço público, clarificasse se elas satisfazem os critérios Altmark e não constituem, portanto, «auxílios estatais». Atualmente, há uma certa falta de conhecimento sobre os procedimentos de notificação e as várias isenções. Isso tem por consequência uma redução do mercado, uma vez que as organizações que dependem de compensações para prestar um serviço eficaz estão impossibilitadas de concorrer, o que tem um impacto direto nas vidas dos cidadãos da UE que se veem privados de serviços de qualidade e acessíveis.

Com efeito, o fato de se ter inscrito no protocolo sobre os SIGs a distinção entre serviços económicos e não económicos, sem, porém, ser superada a dificuldade em distinguir estas duas categorias, é prova evidente da necessidade de clarificação dos conceitos e dos regimes em causa, incluindo do papel das organizações sem fins lucrativos e da noção de «lucro razoável», para que deixem de estar dependentes de uma análise caso a caso, legislativa ou contenciosa. Face à dualidade que implica a existência de objetivos sociais e de objetivos de concorrência, é necessário clarificar o conceito de "lucro razoável". Seria, assim, muito útil que a Comissão em nível europeu fornecesse orientações regulamentares e uma interpretação das considerações pertinentes neste âmbito.

Por outro lado, se é certo que, como se deixou referido, o Tratado de Lisboa, por via do protocolo relativo aos serviços de interesse geral, introduziu instruções para a utilização das regras respeitantes aos SIGs, económicos e não económicos, foi também o mesmo tratado que introduziu, através do artigo 14º, uma nova base jurídica para os serviços de interesse económico geral ao confiar ao Conselho e ao Parlamento Europeu a responsabilidade pelo estabelecimento, por meio de regulamentos adotados de acordo com o processo legislativo ordinário, dos princípios e das condições, designadamente económicas e financeiras, que lhes permitam cumprir as suas missões.

Neste contexto, julga-se que as regras de aplicação das compensações pelas obrigações de serviço público relacionadas com os auxílios estatais podem ser mais democráticas para as dezenas de milhares de autoridades públicas que as deverão aplicar se dependerem da aplicação do processo legislativo ordinário, nos termos do artigo 14º do TFUE, desde que compatíveis com as disposições do Tratado.

Por seu turno, a noção de "eficiência" não se deve centrar exclusivamente nos critérios económicos, mas deve ter em conta os aspectos sociais, territoriais e ambientais, em função das missões específicas de cada SIEG definidas pelas autoridades públicas. A Comissão não deve restringir os critérios de "eficiência" a considerações de curto prazo, mas deve ter em conta também a qualidade, os resultados e a sustentabilidade dos serviços, em especial no que toca à prestação de serviços sociais e de cuidados de saúde. Além disso, devem também ser tidas em conta as especificidades das empresas de economia social (cooperativas, mutualidade, associações e fundações).

Assim, uma boa parte dos serviços de interesse geral, como os serviços sociais ou de saúde, caracteriza-se por uma relação assimétrica entre prestador e beneficiário, que é diferente de uma relação comercial do tipo fornecedor-consumidor. Os serviços de interesse geral constituem, muitas

vezes, soluções por medida, tendo em conta as especificidades da situação e as necessidades dos utentes; não podem funcionar senão com base no princípio da solidariedade e dependem fortemente dos financiamentos públicos.

Com este critério de eficiência, alinhar-se-iam, no fim de contas, os critérios de apreciação da decisão e do enquadramento pelo quarto critério do acórdão Altmark. Tal poderia, aliás, aplicar-se a todas as compensações, inclusivamente às pagas por serviços públicos de pequena escala prestados a nível local e com impacto limitado no comércio entre os Estados-membros, bem como por certos serviços sociais de interesse geral, que a Comissão pretende, contudo, isentar de notificação e considerar compatíveis com o mercado interno. Significa isto que estes serviços continuam sujeitos a um controle *a posteriori* e, daí, uma nova insegurança jurídica.

Tal insegurança existe ainda no respeitante à competência que a Comissão se atribui para avaliar a eficiência, quando, de fato, essa competência lhe é negada pelo Tribunal de Justiça[38].

Por fim, quanto à intenção da Comissão de clarificar os limites impostos aos Estados-membros na qualificação de uma atividade de SIEG, urge que sejam clarificadas as condições de aplicação do artigo 106º, n. 2, que é alvo de interpretações díspares, na medida em que, por um lado, ele é apresentado como derrogação ou exceção às regras gerais do Tratado, mas, por outro, ficou consagrado no Livro Branco de 2004 que «*o cumprimento efetivo de uma missão de interesse geral prevalece, em caso de tensão, sobre a aplicação das regras do Tratado*».

5. Conclusão: o sentido de uma evolução

Se se quisesse tentar uma síntese da evolução recente dos conceitos e das políticas relativas aos serviços de interesse geral a nível comunitário, a primeira constatação seria a de que o seu percurso foi tudo menos linear.

Com efeito, desde o Tratado de Amesterdão, as instituições comunitárias aperceberam-se, primeiro, de uma realidade social velha de séculos nos diferentes Estados-membros, embora sob diferentes designações; procuraram depois iludir essa realidade excetuando-a, em alguma medida, das regras comunitárias do mercado; seguidamente começaram a tentar defini-la e enquadrá-la nos conceitos e práticas comunitárias; depois ainda tentaram definir algumas obrigações comuns de caráter geral; finalmente parecem dispostas a avançar para um quadro legal específico, embora com muitas indefinições e hesitações.

Apesar desta evolução ao longo dos últimos 10 anos e mais precisamente após o Tratado de Lisboa, no sentido de um quadro jurídico mais favorável aos serviços de interesse geral, com uma maior precisão na caracterização e na qualificação jurídica de noções e de distinções fundamentais, com implicações nos seus regimes, ainda se justifica inteiramente o Manifesto que o CEEP acabou de lançar na reunião que levou a cabo em Bruxelas nos finais de setembro de 2013.

São, com efeito inteiramente pertinentes, a par da constatação dos progressos realizados ao nível da legislação primária com o Tratado de Lisboa, as preocupações manifestadas com as incertezas do regime que ainda se mantêm e a forma como as orientações mais recentes têm sido levadas a cabo.

É esta evolução que se acha subjacente às várias propostas e orientações, por vezes contraditórias, nas mais recentes propostas da Comissão de liberalização de certos setores económicos onde a noção de serviço público é mais sensível, como a energia, a água ou os correios.

E daí a necessidade de reafirmar princípios fundamentais, de exigir maior coerência na legislação derivada, eliminando muitas das contradições de regime que ainda existem em diversos domínios, e de garantir as condições económicas e financeiras indispensáveis para que os serviços de interesse geral desempenhem cabalmente a sua missão em qualquer parte do território da União.

ANEXO

TEXTOS MAIS RELEVANTES DAS INSTITUIÇÕES COMUNITÁRIAS EM MATÉRIA DE SERVIÇOS DE INTERESSE GERAL

a) Da Comissão

1. Comunicação sobre "Os serviços de interesse geral na Europa" (COM (96) 443 final de 11.09.96)

2. Comunicação sobre "Os Serviços de Interesse Geral na Europa" (COM (2000) 580 final de 20.09.2000)

3. L'opinion des Consommateurs sur les services d'intérêt général (Eurobaromètre 58 – édition spéciale) DG SANCO, Dez. 2002

4. Livro Verde sobre os Serviços de Interesse Geral (COM (2003) 270 final de 14.01.2004)

5. Livro Branco sobre os Serviços de Interesse Geral (COM (2004) 374 final de 12.05.2004)

6. Evaluation of the Performance of Network Industries Providing Services of General Economic Interest (SEC (2005) 1781

7. Comunicação "Realizar o Programa Comunitário de Lisboa: os serviços sociais de interesse geral na União Europeia (COM (2006) 117 final de 26.04.2006)

8. Commission Staff Working Document on "Social services of general interest – Social-economic and legal overview" (SEC (2006) 516 de 26.04.2006)

9. Comunicação "Os serviços de interesse geral incluindo os serviços sociais de interesse geral: um novo compromisso europeu (COM (2007) 725 final de 20.11.2007)

10. Guia relativo à aplicação das regras da UE em matéria de auxílios estatais, de "contratos públicos" e de "mercado interno" aos serviços de interesse económico geral e, nomeadamente aos serviços sociais de interesse geral (SEC (2010) 1545 de 07.12.2010)

11. Comunicação "A reforma das regras da UE em matéria de auxílios estatais aplicáveis aos serviços de interesse económico geral" (COM (2011) 146 final)

12. Comunicação "Um enquadramento de qualidade para os serviços de interesse geral na Europa" (COM (2011) 900 final)

b) Do Parlamento Europeu

1. Relatório sobre a Comunicação da Comissão sobre "Os serviços de interesse geral na Europa" da Comissão Económica, Monetária e da Politica Industrial (A4-0357/97 de 07.11.1997), Relatora A. T. Billingham

2. Relatório sobre o "Livro Branco da Comissão sobre os serviços de interesse geral" da Comissão dos Assuntos Económicos e Monetários (A6-0275/2006 final de 14.09.2006), Relator B. Rapkay

3. Relatório sobre a Comunicação da Comissão sobre "Os serviços sociais de interesse geral na União Europeia" da Comissão do Emprego e dos Assuntos Sociais (A6-0057/2007 final de 06.03.2007) Relator Hasse Ferreira

4. Relatório sobre o futuro dos serviços sociais de interesse geral (PE438.251v02.00 de 02.03.2010) Relator P. De Rossa

5. Resolução sobre a reforma das regras da UE em matéria de auxílios estatais aplicáveis aos serviços de interesse económico geral de 15 de Novembro de 2011 (2011/2146 (INI) *in* JO C 153 E de 31.05.2013)

c) Do Comité das Regiões (CdR)

1. Parecer CdR 327/2004 sobre a Comunicação da Comissão relativa ao *"Livro Branco sobre os serviços de interesse geral"* (23.02.2005) Relator C. Martini

2. Parecer CdR 181/2006 sobre a Comunicação da Comissão " *Realizar o programa comunitário de Lisboa: Os serviços sociais de interesse geral na União Europeia"* (14.12.2006) Relator J.L. Destans

d) Do Comité Económico e Social Europeu (CESE)

1. Parecer CES 605/97 sobre *"Comunicação da Comissão – Os serviços de interesse geral na Europa"* (29.05.1997) Relator Van DIJK.

2. Parecer de Iniciativa CES/949 (TEN/ 022) *"Os serviços de interesse geral"* (21.10.99) Relator H. Bataller

3. Parecer TEN/047 sobre a *"Proposta de Directiva relativa a uma maior abertura à concorrência dos serviços postais da Comunidade"* (29.11.2000) Rel. P. Morgan

4. Parecer SOC/067 sobre *"Os serviços sociais privados de fins não lucrativos no contexto dos serviços de interesse geral na Europa"* (JO C 311 de 07.11.2001) Relator Bloch-Lainé

5. Parecer exploratório TEN/106 sobre *"Os Serviços de Interesse Geral"* (17.07.2002) Relator H. Bataller

6. Parecer TEN/151 sobre *"O Livro Verde relativo aos Serviços de Interesse Geral"* (11.12.2003) Relator H. Bataller

7. Parecer TEN/190 sobre os *"Projectos de Decisão da Comissão relativo à aplicação do art. 86º do Tratado aos auxílios de estatais sob a forma de compensação de serviço público concedidos a certas empresas encarregues da gestão de serviços de interesse económico geral e de Directiva relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-membros e as empresas públicas"* (15.12.2004) Relatores H. Bataller e U. Burani

8. Parecer TEN/196 sobre *"Comunicação da Comissão: Livro Branco sobre os Serviços de Interesse Geral"* (09.02.2005) Relatores R. Hencks e H. Bataller

9. Parecer de Iniciativa TEN/223 *"O Futuro dos Serviços de Interesse Geral"* (06.07.2006) Relator R. Hencks

10. Parecer TEN/253 sobre *"Comunicação da Comissão: realizar o Programa Comunitário de Lisboa: os serviços sociais de interesse geral na União Europeia"* (15.03.07) Relator R. Hencks

11. Parecer de Iniciativa TEN/289 *"Avaliação independente dos Serviços de Interesse Geral"* (14.02.2008) Relator R. Hencks

12. Parecer de Iniciativa TEN/334 *"Linhas de conduta para os serviços de interesse geral no contexto da globalização"* (23.10.2008) Relator H. Bataller

13. Parecer de Iniciativa TEN/389 *"Serviços de Interesse Económico Geral: como dividir as responsabilidades entre a UE e os Estados-membros?"* (04.11.2009) Relator R. Hencks

14. Parecer TEN/455 sobre *"A Reforma das regras da UE em matéria de auxílios estatais aplicáveis aos serviços de interesse económico geral"* (15.06.2011) Relator R. Hencks

15. Parecer TEN/482 sobre *"Um enquadramento de qualidade para os serviços de interesse geral na Europa"* (23.05.2012) Relator J. Simons

16. Parecer TEN/531 sobre a *"Proposta de Regulamento relativo às orientações para as redes transeuropeias de telecomunicações"* (30.09.2013) Relator J. Lemercier

Bruxelas, 5 de outubro de 2013.

Notas

[1] O presente texto tem como base, fundamentalmente, uma apresentação sob o título "O conceito de serviços de interesse geral e a sua gradativa evolução", feita no âmbito de um ciclo de conferências levadas a cabo em 2007 pelo Centro de Informação de Consumo e Arbitragem do Porto, sob os auspícios da sua Diretora, Sra. Dra. Isabel Afonso, e a orientação do professor Mário Frota, aos quais quero prestar a minha sincera homenagem e ainda a coautoria dum Documento de Reflexão elaborado com a colaboração de outros peritos de várias nacionalidades e origens sob encomenda do Conseil Economique et Social do Luxemburgo e publicado sob o título "Analyse des implications du traité de Lisbonne sur les Services d'Intérêt Général et propositions de mise en oeuvre" (Março 2008), para além da participação ativa em múltiplos pareceres que o Cese elaborou sobre o tema, ao longo de mais de 10 anos.

[2] Sobre a noção de serviço público "à la française", ver o célebre Relatório sobre o Serviço Público entregue ao Primeiro-Ministro Alain Juppé pelo Presidente da Comissão encarregada de o elaborar, Renaud Denoix de SAINT MARC (Documentation Française, Paris 1966). Apesar de o conceito de serviço público ser entendido de diversas maneiras na União Europeia, de as concepções germânica, nórdica, latina e anglo-saxónica não serem idênticas e de, em alguns países da União, a própria ideia de serviço público ser inexistente, de qualquer modo, encontram-se concepções bastante similares e realidades também próximas (por exemplo, nos Países Baixos os "*beheer van diensten*"; na Itália as *"gestioni di pubblica utilità*"; no Reino Unido as "*public utility*" e na República Federal da Alemanha os "*Daseinsvorsorge*"). Ver igualmente o recente artigo de Pierre BAUBY, *"L'européanisation dês services publics"*, publicado na Revue de l'Union européenne n. 570, julho-agosto 2013, p. 393.

[3] Ver, do autor, "A Proteção Social na União Europeia como decorrência do Modelo Social Europeu" na *Revista Janus*, 2007.

[4] Cf. a definição de serviço universal, para o setor das telecomunicações, dada pelo n. 1, alínea *g)* do artigo 2º da Diretiva 97/33 como "um conjunto mínimo definido de serviços, de qualidade especificada, acessível a todos os utilizadores, independentemente da sua localização geográfica e, em função das condições específicas nacionais, a um preço acessível".

[5] Aliás a questão da compatibilidade do regime de certos serviços de interesse geral, qualquer que seja a forma da sua gestão, com as ajudas de Estado, tem sido o tema dominante das preocupações da UE, de que dá bem conta a eminente jurista Rose DE SAA no seu artigo *"Instant State Aid Law in a Financial Crisis – A U turn?"* V. 8, Issue nº 2 European State Aid Law Quarterly, 2009, pág. 139 e se acham refletidas na recente Comunicação da Comissão sobre a *"Reforma das regras da EU em matéria de auxílios estatais aplicáveis aos serviços de interesse económico geral"* (COM (2011) 146 final), sobre a qual o Cese emitiu o seu Parecer TEN/455, de 15 de junho de 2011 (Cese 1008/2011), Rel. R. HENCKS.

[6] Sobre a importância da qualificação jurídica dos SIEG ver com vantagem o recente artigo de Samuel Kouakou Kouassi *"La qualification juridique est aux SIEG ce que l'eau est au poisson"*, in Revue de l'Union européenne n. 570, julho-agosto 2013, p. 414. Idêntica posição institucional assumiu o Conselho Económico e Social francês em 2008, no parecer de que foi relator M. Frédéric Pascal "*Quel cadre juridique européen pour les services sociaux d'interet général?"*, ed. Journaux Officiels, ano 2008, n. 12, de 17 de abril de 2008.

[7] Isto não significa que anteriormente a noção de "serviços sociais de interesse geral" (SSIG), por contraposição aos "serviços económicos de interesse geral" (SIEG) não tivesse sido já trabalhada pela doutrina e não tivesse mesmo sido objeto de uma Comunicação da Comissão a propósito da Realização do programa comunitário de Lisboa (COM (2006) 177 final de 26.04.2006), largamente comentada pelo Cese no Parecer TEN/253 (Cese 426/2007), de 15 de março de 2007, de que foi relator R. HENCKS.

[8] Sobre o alcance do Protocolo 26, ver o recente estudo realizado por Pierre BAUBY e Michaela M. SIMILE para a CESI (European Confederation of Independent Trade Unions) com o apoio da Comissão Europeia, sob o título *"Providing high-quality public services in Europe, based on the values of Protocol 26 TFEU"*.

[9] Ver os pareceres do Cese sobre *"As consequências sociais da evolução do binómio transportes/energia"* (Cese 1293/2008) e sobre o *"Livro Verde para uma rede europeia de energia segura, sustentável e competitiva"* (Cese 1029/2009), de que foi relatora a conselheira Laure BATUT.

[10] Cf o Parecer de Iniciativa do Cese sobre *"Serviços de interesse geral: como dividir as responsabilidades entre a UE e os Estados-membros?"* (TEN/389, Cese 1696/2009, de 4 de novembro de 2009).

[11] Nomeadamente, o abastecimento de água potável, a manutenção da navegabilidade das vias fluviais, o abastecimento contínuo de energia elétrica, as emissões televisivas, os serviços postais básicos, a gestão da rede pública de telecomunicações e a manutenção de rotas aéreas consideradas não rentáveis etc.

[12] Acórdão do Tribunal de Justiça de 22.01.2002 no proc. C-218/00. Acórdão de conteúdo similar em 17.02.1993 nos processos apensos C-159/91 e C-160/91.

[13] Conclusões do Advogado Geral S. Alber apresentadas em 29.05.2001 no processo C-439/99, pontos 67-69 e 147-148, Acórdão do Tribunal de Justiça de 15.01.2002 no processo C-349/99.

[14] Acórdão do Tribunal de Justiça de 23.05.2002 no proc. C-209/98.

[15] Ver Acórdãos "Poste Italiane", "Corbeau", "Commune d'Almelo", "Glöckner" e "Altmark".

[16] Ver Acórdão "Glöckner" de 25.10.2001.

[17] Acórdão "Altmark" de 24.07.2003. No seguimento deste importante Acórdão, a Comissão publicou um documento intitulado "Enquadramento Comunitário dos auxílios estatais sob forma de compensação de serviço" (Doc 2005/C 297/04, *in* JO C de 29.11.2005), que esteve na origem de uma viragem na posição da Comissão e deu origem a polémica com o PE a propósito do instrumento jurídico a utilizar, uma decisão unilateral e não o normal processo legislativo da codecisão (Decisão da Comissão 2005/842/CE, de 28 de novembro, *in* JO L de 29.11.2005).

[18] Conclusões do Advogado-Geral Tesauro apresentadas em 9 de fevereiro de 1993 no processo contra P. Corbeau, Acórdão de 19 de maio de 1993, C-320/91, Col., p. I-2533, ponto 19.

[19] Em anexo identificam-se os documentos das instituições comunitárias mais relevantes nesta matéria.

[20] O Conselho Europeu de Barcelona, de 15 e 16 de março de 2002, previu explicitamente que se especifique *"numa proposta de diretiva-quadro, os princípios relativos aos serviços de interesse económico geral, subjacentes ao artigo 16º do Tratado, respeitando as especificidades dos diferentes setores implicados e tendo em conta o disposto no artigo 86º do Tratado".*

[21] Ideia claramente apoiada pelo Grupo PSE do PE, *«Um novo impulso aos serviços públicos na Europa».*

[22] *«Commentaires du BEUC concernant le document de fond de la Commission sur les questions liées au service universel»* (BEUC/320/95, de 01-12-95).

[23] COM (2006) 177 final.

[24] Em que o autor colaborou e foi publicado sob o título *"Analyse des implications du traité de Lisbonne sur les Services d'Intérêt Général et propositions de mise en oeuvre"* (março 2008).

[25] COM (2011) 146 final.

[26] COM (2011) 900 final.

[27] SEC (2010) 1545 final, de 07.12.2010.

[28] *In* JO C 153 E, de 31.05.2013.

[29] Parecer de Iniciativa TEN/289 *"Serviços de Interesse Geral"* (14.02.2008) Relator R. Hencks; Parecer de Iniciativa TEN/389 *"Serviços de Interesse Económico Geral: como dividir as responsabilidades entre a UE e os Estados-membros?"* (04.11.2009) Relator R. Hencks; Parecer TEN/455 sobre *"A Reforma das regras da UE em matéria de auxílios estatais aplicáveis aos serviços de interesse económico geral"* (15.06.2011) Relator R. Hencks; Parecer TEN/482 sobre *"Um enquadramento de qualidade para os serviços de interesse geral na Europa"* (23.05.2012) Relator J. Simons

[30] CEEP Symposium on Acquis +, 30.09.2013, no seguimento de anteriores posições, de que se destaca a Declaração Final do XIV Congresso realizado em Atenas a 14/15 de abril de 1997. Também em Portugal, o CIEJD, em colaboração com o CEEP-Portugal realizou um importante seminário sobre *"O papel fundamental dos Serviços de Interesse Geral no Quadro da Estratégia "Europa 2020"*, em 19.10.2010. Mas não se pode esquecer o contributo da Confederação Europeia dos Sindicatos (ETUC) nomeadamente nas Conclusões da Conferência sobre *"Os serviços de interesse geral (SIG) e o mercado interno – o que esperar do futuro?",* de 9-11 de abril de 2008.

[31] ACQUIS + GLOSSARY: The Acquis Communautaire for Services of General Economic Interest, CEEP, setembro 2013.

[32] Sobre este tema, por fundamental, ver «*Services Publics, Missions publiques et Régulation dans l'Union Européenne*», organizado por Helmut COX, com as intervenções dos oradores por ocasião do 21º Congresso Internacional do CIRIEC, realizado em Lisboa em maio de 1966.

[33] O artigo 295º do Tratado CE consagra o princípio de neutralidade no que se refere à propriedade pública ou privada das empresas. COM (2004) 374 final, de 12.05.2004.

[34] Pareceres do Comité Económico e Social Europeu sobre *"As consequências sociais da evolução do binómio transportes/energia"* (Cese 1293/2008) e sobre o *"Livro Verde para uma rede europeia de energia segura, sustentável e competitiva"* (Cese 1029/2009), de que foi relatora Laure Batut.

[35] COM (2002) 331, ponto 3.2.

[36] Comunicação COM (2002) 331.

[37] Sobre este tema ver, com vantagem, o bem elaborado texto de Sérgio Gonçalves Costa, assistente da Faculdade de Direito de Lisboa, *"O Financiamento dos Serviços de Interesse Económico Geral no Direito Comunitário"*.

[38] Ver Processo M6/TF1 (T-568/08 e T573/08).

A TUTELA ADMINISTRATIVA DO CONSUMIDOR DE SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS:

EXPERIÊNCIAS DO PROGRAMA DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Diego Ghiringhelli de Azevedo*
Advogado
Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul

EXCERTOS

"O Código de Defesa do Consumidor demonstra clara preocupação quanto à posição de vulnerabilidade do consumidor também no que pertine especificamente aos serviços públicos"

"Percebe-se, em regra, a utilização de três elementos pelos doutrinadores do direito administrativo, quais sejam: o material, no qual serviço público é toda prestação de utilidade pública que visa satisfazer interesses coletivos; o formal, na submissão a um regime jurídico próprio (não necessariamente público, mas, pelo menos, híbrido, e nunca totalmente comum); e o subjetivo, contemplando tanto a participação direta quanto a indireta do Estado na prestação"

"Onde faltam regulamentação e fiscalização permanente do seu cumprimento, abre-se a possibilidade para que o lucro decorrente da exploração das atividades se sobreponha ao espaço em que deveria estar a qualidade com que teriam de ser ofertados"

"Considerando apenas os essenciais, objeto do estudo aqui proposto, tem-se como serviços mais reclamados os de telefonia celular e telefonia fixa, seguidos de longe por energia elétrica, água e esgoto, e transporte"

"Os serviços públicos gerais, tanto entendidos como apenas gratuitos ou pagos indiretamente, não caracterizam relação de consumo, pois remunerados por tributos"

* Outras qualificações do autor

Assessor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul. Coordenador da Turma de Serviços Públicos Essenciais do Programa de Proteção e Defesa do Consumidor de novembro de 2010 a agosto de 2012.

Introdução

O presente artigo objetiva abordar de que maneira as questões envolvendo os serviços públicos essenciais são tratadas pelo Programa de Proteção e Defesa do Consumidor (Procon) do Estado do Rio Grande do Sul (RS) por meio de seus processos administrativos e demais atos.

Inicialmente, analisando-se a evolução histórica do direito do consumidor, percebe-se que a preocupação com o consumidor se deve ao seu reconhecimento como elo mais fraco dessa desigual relação jurídica presente no consumo – e, por que não dizer, no consumismo[1].

Após a segunda guerra, fenômenos e acontecimentos como a produção em massa, a desmaterialização da riqueza, a desvinculação da autonomia da vontade, a especialização do trabalho, a urbanização, entre outros, concederam à figura do consumidor o papel de destaque das relações de consumo, posição não alcançada até então.

Em 1962, o presidente norte-americano John Fitzgerald Kennedy fez declaração ao Congresso enumerando alguns direitos do consumidor. Na ocasião, afirmou que "consumidores somos todos nós".

Em Genebra, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, em sua 29ª sessão, em 1973, defendeu os direitos fundamentais do consumidor, citando especificamente o direito à segurança, integridade física e dignidade humana dos consumidores.

Mais tarde, em 1985, a ONU, através da Resolução 39/248, previu normas acerca da proteção ao consumidor, de forma a reconhecer sua vulnerabilidade diante dos desequilíbrios de aspectos econômicos, educacionais e de poder aquisitivo, além de incentivar a aplicação de políticas firmes de proteção ao consumidor. Sendo assim, diante desta vulnerabilidade e do reconhecimento da proteção e defesa do consumidor como direito fundamental, a relação consumerista passa a ser equilibrada. Este equilíbrio dos diferentes não deixa espaço para a liberdade formal difundida pelos ideais liberais.

No Brasil, a conquista mais relevante para a proteção do consumidor ocorreu com o advento da Constituição de 1988, tratando o direito do consumidor como direito fundamental e como princípio informador da ordem constitucional econômica. Além disso, o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) determinou a confecção do Código de Defesa do Consumidor (CDC), em vigor desde 1990[2].

Ademais, não há como analisar a existência de violações ao ordenamento jurídico sem levar em conta a ideia de que todos somos consumidores – ativos ou em potencial – e de que o direito do consumidor é direito fundamental, precisamente

de terceira dimensão (direitos da fraternidade ou solidariedade)[3]. Os próprios fornecedores de produtos e serviços – utilizando-se a denominação consagrada no Código de Defesa do Consumidor – devem se valer deste entendimento, uma vez que, além do quadro de pessoal ser composto por consumidores (novamente a lição de Kennedy), a própria prestadora do serviço é, invariavelmente, consumidora em determinadas ocasiões, vindo a depender de outros fornecedores.

Este breve introito histórico apresenta a face da consagração de direitos. A julgar pela realidade brasileira no que se refere à prestação dos serviços públicos[4], poder-se-ia pensar que aí reside a problemática. Ocorre que, em termos de legislação nesta área, paira o entendimento de que o país está bem servido. O problema certamente reside na outra face, a da concretização dos direitos. Em outras palavras, estão previstos mas não saem do papel; existem na teoria (*law in the books*) mas não na prática (*law in action*)[5].

A pretensão, aqui, é desvendar o porquê desta situação de desamparo e o que vem sendo feito no órgão estadual de proteção do consumidor tomando por base a atuação de sua 5ª Turma, responsável pelas demandas que versam sobre serviços públicos essenciais.

Para tanto, é necessária atenção à posição do serviço público no ordenamento jurídico brasileiro, a incidência do Código de Defesa do Consumidor nesse tipo de serviço e o seu caráter de essencialidade, matérias recorrentes na doutrina. Superados tais temas, a abordagem toma contornos mais particulares e concretos, recaindo sobre o papel das instituições administrativas na proteção dos consumidores de serviços públicos essenciais, enfatizando a atuação da 5ª Turma do Procon do Estado com amparo em vasto levantamento de dados, e o conteúdo de seus processos administrativos sancionadores, além da ingerência que recebem estes últimos do Poder Judiciário.

1. Serviço público no direito brasileiro

O Código de Defesa do Consumidor demonstra clara preocupação quanto à posição de vulnerabilidade do consumidor também no que pertine especificamente aos serviços públicos.

É assim com o art. 4º, VII, ao fazer referência à racionalização e melhoria dos serviços públicos como uma das metas da Política Nacional das Relações de Consumo; art. 6º, X, ao estabelecer como direito básico do consumidor a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral; e art. 22, ao declarar 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.

Da mesma forma, aproveitando a ideia de diálogo das fontes[6], o art. 7º, I, da Lei 8.987/95, que estabelece o regime de concessão dos serviços públicos, preconiza como direito do usuário "receber serviço adequado". De modo a dirimir as dúvidas interpretativas, prevê o art. 6º, § 1º, do mesmo diploma legal: "Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas."

Quanto ao tratamento doutrinário dispensado à definição de serviço público, pode-se dividi-lo em amplo (abrangendo todas as atividades exercidas pela administração pública) e restrito (excluindo as funções legislativa, executiva, atividades de cunho burocrático, relativas ao poder de polícia, atividades de fomento, obras públicas, desapropriações, todas exercidas pelo Estado). Tal abordagem, por tratar de conceitos, pede o uso de suas exatas transcrições.

A proteção da coletividade e das necessidades e interesses públicos deve prevalecer principalmente se cotejada com os interesses econômicos das grandes corporações

Na esteira do primeiro sentido, para Hely Lopes Meireles serviços públicos são "todos aqueles prestados pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado"[7]. Embora ainda amplo, o doutrinador restringe um pouco ao não falar em *Estado*, mas em *Administração*, o que já afasta as atividades legislativa e jurisdicional[8].

Já na segunda e mais aceita vertente assume destaque a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, na qual "serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestados pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo"[9].

Aí reside, também, a noção de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: "Toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público."[10]

Percebe-se, em regra, a utilização de três elementos pelos doutrinadores do direito administrativo, quais sejam: o material, no qual serviço público é toda prestação de utilidade pública que visa satisfazer interesses coletivos; o formal, na submissão a um regime jurídico próprio (não necessariamente público, mas, pelo menos, híbrido, e nunca totalmente comum); e o subjetivo, contemplando tanto a participação direta quanto a indireta do Estado na prestação.

Fato é que independentemente do grau de participação estatal na prestação dos serviços públicos e do caráter de mutabilidade na sua concepção, a proteção da coletividade e das necessidades e interesses públicos deve prevalecer principalmente se cotejada com os interesses econômicos das grandes corporações, o que comprova a relevância do elemento material na formação do conceito. Não por acaso, parece haver unanimidade na sua aceitação entre os autores.

1.1. Incidência do Código de Defesa do Consumidor

Há que se definir se são os serviços públicos abrangidos pela legislação consumerista, ou seja, de que maneira incide o CDC nesses serviços.

Em relação ao enquadramento legal desta questão do serviço público como objeto da relação de consumo, o artigo 3º qualifica a pessoa jurídica de direito público como fornecedor, além de referir que serviço é "atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração". Ocorre que o mandamento necessita de hermenêutica para preenchimento da lacuna existente, havendo pelo menos três correntes sobre o tema.

Contrariamente à incidência do CDC, Antônio Carlos Cintra do Amaral[11] diferencia usuário de consumidor, sob o fundamento de que a Emenda Constitucional 19/98 determinou ao Congresso Nacional a elaboração de uma lei de defesa dos usuários de serviços públicos, reconhecendo a diferença entre estes e os consumidores. Tal entendimento acaba por fracionar a cidadania em diversos sujeitos (consumidor, cliente, usuário, contribuinte), reduzindo o espaço da legislação consumerista em relação aos serviços públicos[12].

Já a segunda corrente, em sentido diametralmente oposto, defende a aplicação das normas a todo e qualquer serviço público, mesmo àqueles prestados sem remuneração direta. Para Luiz Antônio Rizzatto Nunes[13] não há serviço público efetivamente gratuito, porquanto sempre decorrem da receita advinda da arrecadação de tributos. Além disso, o código não exige remuneração específica.

Para melhor entendimento da terceira e última corrente – preponderante na jurisprudência e doutrina –, cabe a diferenciação entre serviços públicos gerais – *uti universi* – e individuais – *uti singuli*[14]. Aqueles são prestados pelo Estado, como os serviços públicos de segurança, saúde, e educação, financiados pelos usuários ao pagar impostos, mas não pagos diretamente por ocasião do uso. Os individuais, mensuráveis e divisíveis, são os prestados pelo próprio Estado, ou por delegação, remunerados por quem o utiliza, sob o pagamento de taxas ou preços públicos (tarifas).

Em decorrência disto, entende José Geraldo Brito Filomeno[15], ao distinguir consumidor de contribuinte, que os serviços públicos só podem ser considerados como objeto de relação de consumo quando houver remuneração direta pelo consumidor, característica do serviço *uti singuli*. É, também, o entendimento de

Adalberto Pasqualoto[16] e Cláudia Lima Marques, que avança ainda mais ao afirmar que os serviços *uti universi* não são atingidos pelas obrigações de adequação e eficiência[17].

Quanto aos individuais não há dúvida, pois dependentes de remuneração. Os gerais, por sua vez, entendidos como apenas gratuitos ou até mesmo remunerados indiretamente, não caracterizam uma relação de consumo, pois sua remuneração advém dos tributos. A relação é, portanto, tributária, e não consumerista. Não há relação contratual entre o prestador e o usuário.

É este, inclusive, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a inaplicabilidade do estatuto consumerista ao "serviço público prestado diretamente pelo Estado e custeado por meio de receitas tributárias", visto que "não se caracteriza uma relação de consumo"[18].

Cabe ressaltar, por fim, que a remuneração é ganho direto ou indireto para o fornecedor. Isso significa que o serviço pode ser usufruído mesmo por quem não tem diminuído seu patrimônio de maneira direta. Assim é a benesse constitucional do transporte coletivo urbano para os idosos, que mesmo sendo – pelo menos diretamente – gratuito "nunca será 'desinteressado' ou de 'mera cortesia' se prestado no mercado de consumo pelos fornecedores que são remunerados (indiretamente) por esse serviço"[19].

1.2. O caráter de essencialidade

Conforme referido anteriormente, é o Código de Defesa do Consumidor que estabelece que os serviços prestados pelo poder público – direta ou indiretamente – devem ser adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

A lei que norteia as relações de consumo no ordenamento jurídico brasileiro, contudo, deixa de definir quais são esses serviços, diferentemente do que ocorre em Portugal, uma vez que há tal definição pelas Leis 23/1996[20] e 12/2008[21].

Desta forma, resta ao Código brasileiro socorrer-se da Lei 7.783/89[22], conhecida como Lei de Greve, lançando mão do pré-citado instituto do diálogo das fontes. A lei traz em seu bojo rol dos serviços ditos essenciais justamente por tratar da disciplina das greves, objetivando assegurar que os serviços indispensáveis à população continuem sendo prestados.

Rizzatto Nunes entende que todo serviço público, simplesmente por ser público, possui natureza essencial. Saliente-se, a sociedade não conseguiria subsistir sem o fornecimento mínimo desses serviços. Daí decorre sua crítica à concessão normativa da continuidade apenas aos essenciais, pois todos são[23].

Ocorre que o próprio doutrinador admite a existência de serviços públicos não essenciais, pelo seu caráter auxiliar, como os que servem para que a máquina estatal

funcione e nos casos em que há o fornecimento de documentos solicitados pelo administrado.

Por fim, ao trazer o aspecto de urgência ao contexto, o autor encontra o ponto nevrálgico da questão. É a presença da urgência que vai definir se há ou não essencialidade. Vale dizer, somente no caso concreto poderá haver tal verificação. Assim, se o documento for um alvará de soltura em favor de alguém preso ou o pedido de reestabelecimento de fornecimento de água for para uma residência não habitada, estar-se-á diante de casos que, se não fossem especiais, teriam desfechos diferentes.

Cabe referência a mais uma das tantas classificações em matéria de serviços públicos: sua divisão em próprios e impróprios.

Para Hely os próprios ou serviços públicos propriamente ditos são os que não admitem delegação ou outorga, pois são essenciais. São exemplos a polícia e a saúde pública. Os impróprios ou de utilidade pública podem ser prestados por terceiros, como o transporte coletivo e a telefonia. Essa segunda categoria permite a prestação remunerada, tanto pelos órgãos da administração, entidades descentralizadas (autarquias, fundações e empresas públicas, e sociedades de economia mista), quanto pelas concessionárias, permissionárias e autorizatárias, como telefonia e transporte público coletivo. O autor faz clara correlação entre o tipo de interesse atendido, essencial ou não, e a pessoa jurídica prestadora da atividade (sujeito)[24].

A definição, no entanto, conflita com a lei, que trata alguns dos serviços ditos impróprios como essenciais, além da Constituição Federal, que confere o atributo aos serviços de transporte coletivo, a título de exemplo. Nota-se, pela redação do artigo 30, inciso V, da carta magna, a opção do poder constituinte de enquadrar como essencial esse serviço prestado direta ou indiretamente: "Compete aos Municípios organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial."

Assim, não restam dúvidas de que os serviços ditos impróprios ou prestados de maneira indireta pelo Estado podem ser essenciais, pois em um conflito entre uma posição doutrinária que restringe direitos – fundamentais – do consumidor e um mandamento legal e constitucional que amplia tais direitos, deve prevalecer a interpretação pró-consumidor.

Discutir se determinado serviço é ou não essencial é de suma importância. Está-se diante de direitos ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, para o qual devem convergir todos os demais.

Dando contornos práticos à questão, toma-se como exemplo recente acontecimento que afetou o serviço de transporte público coletivo na cidade de Porto Alegre. As greves e manifestações ocorridas no dia 11 de julho inviabilizaram a saída dos ônibus das garagens. Com a população desassistida da necessidade básica de

locomoção, as ruas da capital ficaram vazias em pleno dia de semana. A situação do transporte público repercutiu no funcionamento do comércio, escolas e hospitais[25].

Em suma, a realidade deu vida aos ditames legais, confirmando que o fornecimento de transporte público é indispensável para o funcionamento, inclusive, de outros serviços, também essenciais. Mais do que isso, escancarou a impotência do poder público no enfrentamento da excepcional situação, uma vez que as necessidades inadiáveis da comunidade ficaram comprometidas.

A continuidade do serviço público essencial é um dos princípios que regem a matéria. Não por acaso, conforme já mencionado, o CDC conferiu a característica especificamente aos serviços essenciais, diferentemente da adequação, eficiência e segurança. Por isso, a lei que regula a greve, além de determinar quais são essenciais, estabeleceu que durante a duração da greve deve ser garantida a prestação dos serviços.

Os serviços públicos só podem ser considerados como objeto de relação de consumo quando houver remuneração direta pelo consumidor

Há, ainda, além da restrição ao direito de greve, mais desdobramentos do princípio: inaplicabilidade da exceção do contrato não cumprido contra a administração, o instituto da encampação, entre outros.

Se o funcionamento contínuo do serviço em caso de greve não enseja maiores discussões, o mesmo não se pode dizer do seu corte no caso de inadimplência do usuário.

Em que pese a doutrina pender para ambos os lados, o Superior Tribunal de Justiça consolidou jurisprudência no sentido de permitir a interrupção por falta de pagamento, sob o pálio da solidariedade na formação da tarifa. Contudo, é indispensável que haja o aviso prévio, conforme determina o artigo 6º, § 3º, da Lei 8.987, de 1985.

A jurisprudência acrescenta mais duas ressalvas: não pode haver a suspensão do serviço se o destinatário for pessoa jurídica de direito público, como os municípios, e a pessoa física em situação de miserabilidade[26].

Diante do exposto no tópico, pode-se inferir a conclusão lógica de que não importa saber quem presta o serviço para que esteja presente ou não a essencialidade. É necessário que a atividade seja indispensável, inadiável, exigindo conduta positiva (ativa) do Estado. É a presença da urgência no caso concreto – na prática, na vida real – a solução para a questão. Cabe aos operadores do direito vigilância atenta para que não haja supressão de direitos básicos dos cidadãos. Se a legislação tem maior dificuldade de acompanhar as mudanças sociais, que a doutrina e jurisprudência, pela maior mobilidade, tragam essa contribuição.

2. O fortalecimento das instituições administrativas na proteção dos consumidores de serviços públicos essenciais

A obrigação de tutela administrativa conferida ao Estado está presente por diversas vezes ao longo do Código de Defesa do Consumidor, não apenas no capítulo VII (artigos 55 a 60), que disciplina as sanções administrativas, como poderia indicar uma análise menos atenta[27].

Há a definição de que as normas de proteção do consumidor são de ordem pública e interesse social (art. 1º). Eventual descumprimento dos preceitos da legislação claramente invoca a atuação administrativa do poder público.

Pode ser encontrada, também, no artigo 4º, ao referir a ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor e a presença do Estado no mercado de consumo.

Na seara do direito internacional, é a Resolução 39/248, de 1985, adotada na 39ª sessão da Organização das Nações Unidas que, ao estabelecer princípios gerais da política consumerista a serem seguidos, afirma, no ponto de número 4, que "os governos devem promover ou manter uma infraestrutura adequada para desenvolver, implementar e orientar a política de proteção ao consumidor"[28].

A referida resolução traz, ainda, na Diretriz 28, o dever de os Estados estabelecerem medidas jurídicas e administrativas que garantam proteção ao consumidor.

Essa ampla previsão legal indica que a valorização das instituições administrativas nada mais é do que a valorização da própria cidadania. Isso porque, ao buscar a tutela, o consumidor está mais do que postulando benefícios pessoais, está exercendo sua cidadania. A sanção de multa advinda da instauração de regular processo administrativo não repara a infração, apenas pune a prática infrativa tipificada na legislação.

Diante deste cenário, Bauman vê com preocupação a redução da política, espaço público e cidadania aos limites do consumismo e do individualismo[29].

No dia mundial dos direitos do consumidor – 15 de março – o governo federal lançou o Plano Nacional de Consumo e Cidadania (Decreto 7.963/13), contendo medidas de regulamentação e modernização das relações de consumo no país.

Dito decreto estabeleceu como um dos eixos de atuação do Plano o fortalecimento do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor[30]. Compondo esse objetivo está "o fortalecimento da atuação dos Procons na proteção dos direitos dos consumidores".

O fortalecimento desses órgãos, na verdade, já encontrava guarida no II Pacto Republicano, celebrado pelos três poderes no ano de 2009. Assim determina o

ponto de n. 2.12: "Atualização do Código de Defesa do Consumidor, com o objetivo de conferir eficácia executiva aos acordos e decisões dos Procons, quanto aos direitos dos consumidores"[31].

Reduzindo a análise ao Procon do Estado do Rio Grande do Sul, percebe-se que sua vinculação à Secretaria da Justiça e dos Direitos Humanos, dividindo espaço com outros departamentos, coordenadorias e fundações, afeta seu funcionamento, principalmente no que se refere à sua autonomia.

A elevação do órgão ao *status* de autarquia poderia solucionar o problema, uma vez que o seu poder de polícia e caráter fiscalizatório e repressivo conferem o viés arrecadatório necessário para manutenção de uma autonomia financeira, além de administrativa e técnica, e patrimônio e personalidade jurídica própria. Trata-se de uma instituição capaz de se manter, diferentemente de outras áreas da administração pública em que não há geração de recursos, apenas dispêndio, como o Sistema Único de Saúde ou as escolas públicas. Claro que a arrecadação propiciada pelas sanções de multa não pode ser vista como sua atividade-fim, mas não se pode negar sua existência e os benefícios que causam ao serem revertidas em ações sociais vinculadas às relações de consumo.

A chave do cofre nas mãos do órgão – e não da secretaria a qual está vinculado –, além de conferir agilidade na aplicação dos recursos, diminuindo os trâmites burocráticos sempre tão presentes na estrutura estatal, reduziria as chances de desvio na sua destinação[32].

O receio se justifica pela dificuldade de se adotar uma cultura de transparência nas instituições públicas brasileiras. A recente Lei Federal de Acesso à Informação (12.527/11) ainda enfrenta resistências, subvertendo a ideia de que a publicidade na utilização dos recursos públicos é a regra e o sigilo a exceção. A própria necessidade de mandamento legislativo nesse sentido já demonstra que as coisas não andam bem.

Aproveitando o ensejo, a ideia de autonomia remete a outra figura integrante da administração pública: as agências reguladoras[33].

Pessoa jurídica de direito público interno, é também conhecida como autarquia especial, tendo por finalidade a regulação e fiscalização da atividade de determinado setor da economia, a saber, os serviços públicos.

A fragilidade dessas instituições é consenso em qualquer análise séria sobre o tema. Em 2006, o Instituto Brasileiro do Consumidor publicou avaliação[34] de sete órgãos reguladores. Eis sua conclusão: "A avaliação do Idec sobre a atuação das agências e órgãos reguladores aponta para um longo caminho a ser percorrido para que haja uma efetiva proteção ao consumidor brasileiro."

Isso explica a realidade dos serviços públicos prestados no Brasil atualmente. Onde faltam regulamentação e fiscalização permanente do seu cumprimento,

abre-se a possibilidade para que o lucro decorrente da exploração das atividades se sobreponha ao espaço em que deveria estar a qualidade com que teriam de ser ofertados.

2.1. A atuação da 5ª Turma (serviços essenciais) do Procon/RS

Eis o momento em que a abordagem assume conotação mais palpável. Para tanto, o autor faz uso de sua experiência na condução das questões referentes aos serviços essenciais.

Inicialmente, cabe apresentar a configuração do Procon. Sua estrutura, em linhas gerais, apresenta os setores de atendimento, mediação, cartório, fiscalização, educação, assessoria jurídica, turmas e diretoria. É nas turmas que se operam as aberturas, instruções e decisões dos processos administrativos.

Assim como a composição geral do órgão, a das turmas também não segue qualquer regulamentação pré-definida, muito embora se faça uso da maior parte da nomenclatura presente no Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor (Sindec)[35]. Assim, no Procon são divididas por matéria em: publicidade, propaganda e telemarketing; serviços privados (incluindo alimentos, habitação e saúde); assuntos financeiros; serviços essenciais; e produtos.

Os números do Procon guardam certa similitude com os dos dados de todo o país apresentados no balanço anual do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – antiga denominação da Secretaria Nacional do Consumidor[36].

Primeiramente, as informações da pesquisa nacional dão conta de que 812.472 atendimentos foram realizados no ano de 2010[37]. Destes, 84,90% tiveram resolução imediata, sem a necessidade de abertura de processo. Os 15,10% restantes (122.662) são constituídos de 31,39% com a demanda do consumidor não atendida pelo fornecedor, situação que vem crescendo nos últimos três anos.

Cumpre ressaltar que o cadastro analisa dados relativos a esses 122.662 processos – chamando-os de reclamações –, e não aos atendimentos.

Entre os produtos e serviços regulados, a ordem por grupos de assuntos é a seguinte: aparelho de telefone celular, outros serviços financeiros, serviço de cartão de crédito, serviço de telefonia celular, serviços bancários, serviços de telefonia fixa, serviço de energia elétrica, serviço de água e esgoto, planos de saúde, serviços de transporte.

Quanto ao aparelho de telefone celular, a questão de sua essencialidade está sob apreciação do Judiciário. A tendência é que seja entendido como tal, acompanhando sua provável inclusão na lista de produtos essenciais, uma das medidas do Plano Nacional de Consumo e Cidadania[38].

Quanto aos grupos de problemas, tem-se garantia de produtos, cobrança, vício ou má qualidade de produto ou serviço, descumprimento de oferta, contrato. Está revelada, portanto, a preponderância das reclamações sobre produtos.

No *ranking* dos fornecedores mais reclamados aparecem as quatro maiores empresas de telecomunicações do país entre os dez primeiros lugares, com destaque para a OI S.A., primeira colocada. O segmento, aliás, tem 31,72% de participação no total das reclamações de 2010.

A reclamação é classificada como não atendida quando o fornecedor não soluciona o problema. A participação do setor de telecomunicações no total de não atendimentos (32,27%) supera, inclusive, seu percentual de volume de processos.

A obrigação de tutela administrativa conferida ao Estado está presente por diversas vezes ao longo do Código de Defesa do Consumidor

Restringindo a consulta aos dados registrados pelo Procon estadual, o Sindec[39] contabiliza 6.179 atendimentos. Desses, apenas 13% viraram processo administrativo. Em relação aos atendimentos, a área de serviços essenciais ocupou a terceira posição, com 18,5%, e quanto aos processos, seus 5,35% lhe renderam o segundo lugar.

Considerando apenas os essenciais, objeto do estudo aqui proposto, tem-se como serviços mais reclamados os de telefonia celular e telefonia fixa, seguidos de longe por energia elétrica, água e esgoto, e transporte. Os outros serviços listados no sistema, como funerários, gás encanado e postais, têm pouca ou nenhuma incidência.

As infrações mais recorrentes são cobrança indevida, serviço não solicitado, questões envolvendo o contrato e problemas decorrentes do serviço de atendimento ao consumidor.

Na lista de atendimentos figuram, nas três primeiras colocações, três das quatro maiores prestadoras do serviço de telefonia do Brasil, com destaque para a OI S.A., que ostenta o primeiro posto há anos. A Companhia Estadual de Energia Elétrica (CEEE) é a vigésima colocada e a Companhia Riograndense de Saneamento (Corsan) vem duas posições depois.

Já nos processos instaurados, apenas aparecem entre os dez primeiros a OI S.A., em segundo, e a Claro S.A., em sexto, o que configura produção processual insuficiente, ainda mais porque a taxa de resolução dessas questões na mediação é das mais baixas.

O fato de o serviço de telecomunicações gerar a maior demanda de reclamações, não só do órgão, motivou a medida promovida pelo Procon da cidade de Porto Alegre no sentido de proibir a venda de novas linhas de celular, acatando representação da Ordem dos Advogados do Rio Grande do Sul[40]. A ação foi estendida pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) a diversos Estados[41].

Diante da situação, o Procon estadual notificou todas as quatro operadoras para que prestassem esclarecimentos. O ato resultou na assinatura de

Compromisso de Ajustamento de Conduta (CAC) para melhoria na qualidade dos serviços[42].

Outra medida referente ao serviço de telecomunicações é a Ação Civil Pública 200271000002642, proposta pelo Ministério Público Federal contra a OI, que culminou em CAC[43] para que a empresa mantivesse em funcionamento um número determinado de postos de atendimento no Estado. O cumprimento das cláusulas teve fiscalização realizada por funcionários do Procon.

Tais atos apontam para um comportamento mais ativo do poder público na repressão de condutas como a prestação de serviços com qualidade insuficiente. Mesmo que isoladas, as iniciativas merecem destaque, pois além de comprovarem que as multas não vêm resolvendo, são exemplos de atuação em rede dos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

Outro aspecto envolvendo os serviços essenciais é o monitoramento do cumprimento da lei que regulamenta o Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC).

O Decreto Federal 6.523, de 2008, fixa normas gerais sobre o atendimento ao consumidor por telefone, atingindo tão somente os prestadores de serviços regulados pelo poder público federal. O âmbito de atuação é quase na totalidade limitado à Turma de Serviços Públicos Essenciais do Procon, uma vez que apenas os bancos executam atividade regulada não abrangida por ela.

Sendo assim, os fornecedores dos serviços de água, energia elétrica, transporte aéreo e terrestre, e telecomunicações – responsáveis pelas maiores reclamações na área – são merecedores de acompanhamento constante.

As ainda incipientes vezes em que foram feitos pela 5ª Turma revelaram que nenhuma sociedade empresária, entre todas as pesquisadas, cumpriu todos os requisitos exigidos por lei para que o serviço de atendimento possa ser considerado plenamente satisfatório.

Há que ficar claro que, em última análise e diante dos tantos dados apresentados neste tópico, o que importa é a resolução do problema enfrentado pelo consumidor: a geladeira voltar a funcionar, a cobrança na fatura conforme o contrato, o ressarcimento dos danos nos aparelhos elétricos causados por quedas de energia, o cumprimento do ofertado, a retirada do nome dos órgãos de proteção ao crédito. Todas as ações devem apontar para esse fim. Só se pode falar em êxito na atuação do Estado de proteger o consumidor se houver efetiva resolução de seu pleito após devidamente apurado como legítimo.

O discurso pode parecer óbvio, mas a experiência no órgão revela outra realidade. O fornecedor apresenta sua defesa no processo. Reconhecendo ou não a infração, fato é que na maioria dos casos não procura solucionar a questão. Em outras palavras, prefere pagar uma multa de R$ 9.000,00 do que efetuar a troca

de um aparelho de R$ 200,00 ou estornar da fatura uma cobrança indevida de R$ 3,00. É uma estranha matemática, talvez explicada pelo descrédito de que a multa venha a ser cobrada, podendo, além de ser desconstituída na via judicial, ser paga em momento posterior, após inscrição em dívida ativa.

A título de exemplo, a Claro S.A. tem quatorze reclamações fundamentadas atendidas e vinte e cinco não atendidas no último Cadastro de Reclamação Fundamentada[44] publicado pelo Procon, abrangendo o período de fevereiro a dezembro de 2012.

A própria abertura de um processo já sinaliza que a mediação foi inexitosa. Se chegar ao final e não tutelar o bem da vida do consumidor, não é cumprida a atividade-fim do órgão.

Assim, está totalmente equivocado tanto o entendimento de que a solução do problema dispensa qualquer sanção, como o de que a aplicação da penalidade implica necessariamente atendimento à demanda do consumidor.

São muitos os casos em que há a resolução do problema no setor de mediação, mas, inaceitavelmente, não se forma o processo administrativo sancionador. A situação enseja, no máximo, diminuição no cálculo da pena, atenuante estabelecida na Resolução 01, de 2011, da Secretaria da Justiça e dos Direitos Humanos do Rio Grande do Sul[45].

Mesmo que na maioria das vezes o processo seja iniciado pelo consumidor, acaba assumindo caráter coletivo, protegendo o sistema como um todo, a legislação e, ainda, prevenindo danos semelhantes, e não só repreendendo atos individuais[46]. Vale dizer, presente a harmonização, o seguimento do processo não afronta o princípio da segurança jurídica, em decorrência da proteção cautelar de direitos da coletividade.

O consumidor procura a tutela administrativa justamente pela sua gratuidade e informalidade. O fato de ser o atendimento gratuito explica a maior busca das pessoas mais humildes, com menor poder aquisitivo.

A Defensoria Pública, responsável pelo atendimento dos necessitados, viabiliza o acesso à justiça. Ocorre que a instauração de um processo judicial é medida não revestida de celeridade. Não realiza, por exemplo, o contato telefônico com o fornecedor na tentativa de mediar o conflito.

A celeridade aqui apontada tem relação com os problemas decorrentes das relações de consumo em todas as áreas, mas é indissociável da matéria deste estudo, o serviço essencial, justamente pela urgência na disponibilidade dos serviços.

2.2. Fundamentação das decisões administrativas

O processo, não apenas administrativo, é composto de um procedimento, estrutura dinâmica formadora de atos administrativos, contratos, acordos, decisões, e daí em diante.

Com base nos mandamentos gerais do Decreto Federal 2.181/97, que regulamenta o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, em 2011 a SJDH publicou sua primeira resolução[47], uma vez que a do ano de 2001 mostrava-se totalmente superada.

O novo texto legislativo regula o procedimento relativo aos critérios de fixação dos valores das multas, ou seja, apresenta o caminho do processo administrativo que culmina na penalização pecuniária.

Em linhas gerais, tratou de simplificar os trâmites, suprimindo etapas, racionalizando as medidas adotadas e uniformizando as condenações. Foi assim ao substituir a apresentação da receita média mensal pela consulta à certidão de registro na Junta Comercial para verificar a condição econômica dos fornecedores; ao alterar o cálculo da multa, dispensando o envio do processo ao contador e a própria necessidade de liquidação da decisão; ao enquadrar as infrações em grupos de acordo com o seu potencial lesivo.

Antes de sua publicação, as condenações para casos de cobrança indevida em valores ínfimos nas contas telefônicas não raras vezes ultrapassavam os R$ 100.000,00. Após, a mesma conduta passou a ser repreendida por multas em torno de R$ 9.000,00, valores mais condizentes com a lesividade.

Ressalta-se, portanto, a importância da resolução na fundamentação da decisão administrativa. Ao adotar critérios racionais, acaba conferindo legitimidade ao seu conteúdo, diminuindo a incidência do reexame judicial das questões.

A seguir, apresenta-se esse tratamento dispensado pelo Judiciário ao ser impelido a julgar ato administrativo do Estado, qual seja, decisão administrativa sancionadora em matéria de serviço público essencial.

O caso a servir de referência para análise é o da ação ordinária[48] ajuizada pela TAM Linhas Aéreas S.A. contra o Estado do Rio Grande do Sul, insurgindo-se contra condenação aplicada pelo Procon gaúcho[49] em virtude do atraso na divulgação da listagem de passageiros do voo 3054, que vitimou 199 pessoas em acidente com a aeronave, no ano de 2007.

A companhia justificou o atraso, bem como requereu a suspensão da exigibilidade do pagamento da multa imposta no valor de R$ 971.031,60 e a anulação dos atos administrativos. O Estado, em resposta, argumentou que o feito administrativo teve trâmite regular, que não houve justificativa aceitável para o atraso na divulgação da lista e que o princípio da proporcionalidade no tocante à multa imposta fora observado.

Dito isso, passa-se ao exame do conteúdo da decisão judicial.

O fato de que a listagem de passageiros não foi informada pela demandante no prazo de três horas, conforme determina o item 3.1.5 da Instrução de Aviação Civil 200-1001, foi entendido como incontroverso.

No entanto, os artigos do CDC (4º, I e VII, 6º, III e X, e 22) presentes na decisão administrativa foram equivocadamente afastados. Permaneceu, apenas, o artigo 7º, pois harmônico com a instrução da aviação civil citada.

Entre os artigos excluídos estão o dever de informação e o princípio da vulnerabilidade. Como pode não incidir no caso, respectivamente, o cerne da questão, motivador da sanção imposta pelo órgão estatal, e a espinha dorsal do direito do consumidor?

Sobre a questão da informação, afirmou a magistrada que é "difícil imaginar que a demandante tão logo soube do trágico acidente já começou a elaborar a listagem, é óbvio que não", ignorando que a lista deve ser elaborada previamente e não após o conhecimento do acidente.

Só se pode falar em êxito na atuação do Estado de proteger o consumidor se houver efetiva resolução de seu pleito após devidamente apurado como legítimo

Levando-se em consideração que os fornecedores de serviços de transporte aéreo utilizam leitura ótica do cartão de embarque, cuja informação é transmitida instantaneamente para o computador central, é possível afirmar que há como saber quem está a bordo segundos depois de fechada a porta da aeronave. O prazo de três horas foi estabelecido em 1929, e, hoje, mostra-se excessivo. Assim, a supressão das informações decorreu de desorganização da empresa, que permitiu o acesso de passageiros e funcionários sem a devida identificação.

É evidente, como bem disse a julgadora, que a notícia do acidente é o verdadeiro trauma vivido pelas pessoas. Todavia, aceitar que tomem conhecimento do fato pelos meios de comunicação é acrescentar ainda mais carga dramática à situação. O comportamento ativo da empresa, cumprindo seu dever de informação, é questão de tratamento digno aos envolvidos.

Toda decisão administrativa do Procon tem embasamento nas infrações constantes na legislação, na época a Resolução 01/2001 da Secretaria do Trabalho e do Desenvolvimento Social. A magistrada considerou incorreto o enquadramento da conduta da demandante nos grupos constantes da resolução (ofertar serviços sem as informações corretas, claras, precisas; recusar atendimento à demanda dos consumidores de serviços; deixar as concessionárias ou permissionárias de fornecer serviços públicos adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos).

A pertinência das infrações pode até ser discutida, desde que haja fundamentação a respeito, o que não se verificou. A mesma situação é vista na redução da multa imposta, uma vez que não foram apresentados os parâmetros para se chegar aos R$ 100.000,00 fixados. Obviamente, não se trata da utilização de valores previamente tabelados por lei, mas também não tem espaço a escolha aleatória do julgador sem levar em conta os critérios estabelecidos no CDC[50].

A tendência de flexibilização da blindagem do mérito administrativo frente ao controle jurisdicional deve ser saudada, pois funciona como mais um mecanismo de fiscalização das gestões públicas, tal como a legislação de improbidade administrativa e a de transparência das despesas e receitas.

Contudo, resta claro que o magistrado, instado a analisar a atuação e penalidade administrativa, deve fazê-lo com prudência, examinando caso a caso. Se é verdade que a Constituição Federal consagrou expressamente, no inciso XXXV do art. 5º, que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito", essa inafastabilidade da prestação jurisdicional deve atentar para o seu reflexo na esfera administrativa.

Compartilha desse receio a professora Cláudia Lima Marques, ao questionar se pode haver imposição de sanção administrativa "antes do caso estar definitivamente resolvido pelo Judiciário"; e ao apresentar jurisprudência na qual "a penalidade imposta pela autoridade administrativa foi suspensa até a decisão judicial de um caso individual". Para a autora, há que se diferenciar se o ato administrativo apresenta natureza coletiva ou individual. Em se tratando da primeira, entende que a atuação "deveria sustentar-se por seus próprios fundamentos, sob pena dos órgãos administrativos restarem bloqueados (...) por anos e anos até o 'trânsito em julgado' de qualquer ação contra os fornecedores" [51].

Considerações finais

Propõe-se algumas reflexões sobre as questões aqui abordadas, como forma de encerramento do texto, mas não do tema.

1. A problemática realidade brasileira no que se refere à prestação dos serviços não decorre da consagração dos direitos, mas da sua concretização.

2. Qualquer que seja o grau de participação estatal na prestação dos serviços públicos e de mutabilidade no seu conceito, a proteção da coletividade e das necessidades e interesses públicos deve sempre prevalecer.

3. Os serviços públicos gerais, tanto entendidos como apenas gratuitos ou pagos indiretamente, não caracterizam relação de consumo, pois remunerados por tributos. O próprio STJ reconheceu a inaplicabilidade do CDC aos serviços custeados por meio de receitas tributárias.

4. É a presença da urgência que vai definir se determinado serviço público é ou não essencial. Isso somente o caso concreto poderá dizer.

5. Mesmo os serviços impróprios ou prestados de maneira indireta pelo Estado podem ser essenciais, confirmando que não importa saber quem presta o serviço para tal enquadramento.

6. A valorização das instituições administrativas nada mais é do que a valorização da própria cidadania.

7. A elevação do Procon/RS ao *status* de autarquia ou outra forma que tal, conferindo a ele maior autonomia, estaria em conformidade com o Plano Nacional de Consumo e Cidadania e o II Pacto Republicano, apontando para o fortalecimento na atuação dos órgãos.

8. A fragilidade das agências reguladoras na regulação e fiscalização de determinado setor é uma das causas da realidade dos serviços públicos no país.

9. Os serviços de telecomunicações assumem destaque negativo tanto nos cadastros nacionais como nos estaduais. As principais operadoras estão no topo das listas de maiores reclamações já há alguns anos.

10. Outras medidas punitivas, que não apenas a multa, devem ser saudadas, como os compromissos de ajustamento de conduta.

11. Só se pode falar em êxito na atuação do Estado de proteger o consumidor se houver efetiva resolução de seu pleito.

12. Está totalmente equivocado tanto o entendimento de que a solução do problema dispensa qualquer sanção, como o de que a aplicação da penalidade implica necessariamente atendimento à demanda do consumidor.

13. A Resolução 01, de 2011, da SJDH conferiu legitimidade à fundamentação das decisões administrativas do Procon gaúcho, diminuindo a incidência do reexame judicial.

14. O magistrado, ao analisar os atos administrativos, deve se valer de prudência, com especial atenção à fundamentação principalmente ao afastar as infrações e reduzir as multas impostas.

Notas

[1] BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo*: a transformação das pessoas em mercadorias.

[2] Lei 8.078/1990.

[3] Os direitos de terceira dimensão são os da coletividade, de titularidade coletiva ou difusa. Estão entre eles o direito à paz, ao meio ambiente equilibrado, à comunicação e à proteção do consumidor. DE LUCCA, Newton. *Direito do consumidor*, p. 426.

[4] O ano de 2013 no Brasil será lembrado pelas manifestações populares. Os protestos começaram contestando os aumentos nas tarifas de transporte público em algumas capitais. Com o crescimento do apoio popular, atos semelhantes se proliferaram e vários outros temas apareceram, como os gastos públicos em razão dos grandes eventos esportivos internacionais, a má qualidade dos serviços públicos e a indignação com a corrupção política em geral. HARVEY, David; MARICATO, Ermínia; ŽIŽEK, Salvoj; et al. *Cidades rebeldes – Passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil.*

[5] MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 31.

[6] MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes*: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro, p. 17-66.

[7] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 364-5.

[8] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 91.

[9] MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Elementos de direito administrativo*, p. 95.

[10] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 94.

[11] AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *A distinção entre usuário do serviço público e consumidor*, p. 217-9.

[12] A perda da esperança reduz o espaço da participação política na vida das pessoas. A ideia de cidadão fica diminuída em relação a de usuário ou cliente do Estado, "concorrendo uns com os outros na aldeia global, que não precisa necessariamente ser democrática, mas urge que se apresente eficiente". GENRO, Tarso. *Crise democrática e democracia direta*, in Filosofia Política, p. 21.

[13] NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 190.

[14] MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 368.

[15] FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de diretos do consumidor*, p. 16.

[16] "A disciplina correta dos serviços públicos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor deve considerar a inter-relação existente com a disciplina desses mesmos serviços no Direito Constitucional e no Direito administrativo. Segundo esses parâmetros, não são abrangidos no Código de Defesa do Consumidor os serviços públicos próprios, prestados *uti universi* diretamente pelo Estado, mantido pelos tributos gerais, porque falta-lhes, sob a ótica do Código do Consumidor, o requisito da remuneração específica." PASQUALOTTO, Adalberto. *Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 182-200, p. 199.

[17] MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 564-5.

[18] Recurso Especial n. 1187456/RJ.

[19] MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 114-115.

[20] O artigo 1º, n. 2, elenca os serviços de fornecimento de água, energia elétrica, gás e telefone como essenciais.

[21] O novel diploma, além de manter os dois primeiros serviços, alterou os demais para serviço de fornecimento de gás natural e gases de petróleo liquefeitos canalizados; e serviço de comunicações eletrônicas. Ainda, acrescentou outros três: serviços postais, de recolhimento e tratamento de águas residuais e de gestão de resíduos sólidos urbanos. FERREIRA, Marcus da Costa. *Serviços públicos essenciais e a proteção dos consumidores*, p. 66.

[22] O artigo 10 define como serviços ou atividades essenciais o tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; assistência médica e hospitalar; distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; funerários; transporte coletivo; captação e tratamento de esgoto e lixo; telecomunicações; guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; processamento de dados ligados a serviços essenciais; controle de tráfego aéreo; compensação bancária.

[23] Conforme já referido, o autor considera que os serviços públicos nunca são gratuitos e sempre são essenciais. NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *A experiência brasileira do CDC*, p. 67-105.

[24] DI PIETRO, op. cit., p. 101.

[25] Disponível em: <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2013/07/greve-e-manifestacoes-deixam-ruas-de-porto-alegre-vazias-nesta-quinta.html>.

[26] Fazendo referência ao Resp 647.853/RS: MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 592.

[27] RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Sanções administrativas no Código de Defesa do Consumidor*, p. 43-7.

[28] DORNELES, Renato Moreira. *Tutela administrativa do consumidor no Brasil como paradigma aos países do Mercosul*, p. 24.

[29] BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*.

[30] O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) é composto pela Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon) do Ministério da Justiça, e os demais órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal, municipais e entidades civis.

[31] II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo.

[32] A Lei 10.913/1997 regulamenta o Fundo Estadual de Defesa do Consumidor.

[33] PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Serviços públicos concedidos e proteção do consumidor*, p. 171-5.

[34] *Revista do IDEC*, n. 97, p. 21-3.

[35] O Sindec é o software de gestão de dados que integra os dados registrados pelos Procons do país. O sistema visa à formação de um cadastro nacional.

[36] Cadastro Nacional de Reclamações Fundamentadas, 2010.

[37] Já existe o cadastro do ano de 2011. Contudo, a opção pelo de 2010 se justifica pelo maior detalhamento das informações apresentadas.

[38] Disponível em: <http://www.idec.org.br/em-acao/em-foco/idec-pressiona-por-listade-produtos-essenciais>.

[39] O acesso ao sistema é restrito aos seus usuários cadastrados, exigindo senha.

[40] Disponível em: <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/procon/default.php?p_noticia=153465& PROCON+PROIBE+VENDA+DE+NOVAS+LINHAS+DE+TELEFONIA+MOVEL>.

[41] Disponível em: < http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalInternet.do>.

[42] Disponível em: <http://www.procon.rs.gov.br/arquivos/1344374659CAC_PROCON_RS_ OPERADORAS.pdf>.

[43] Disponível em: <http://www.prrs.mpf.gov.br/home/bancodocs/cac/poa/compromisso_de_ ajustamento_sobre_postos_de_atendimento_da_o.pdf >.

[44] Integram o cadastro as reclamações (processos) que, após análise técnica realizada pelos órgãos públicos de defesa do consumidor, forem consideradas fundamentadas. O cadastro informa, ainda, se as reclamações foram ou não atendidas pelos fornecedores, ou seja, se o problema foi resolvido. Disponível em: <http://www.procon.rs.gov.br/arquivos/1363377362rel_reclamacao_fundamentada_ ordem_alfabetica_2012.pdf>.

[45] "Art. 25. Consideram-se circunstâncias atenuantes:

(...)

III – ter o infrator adotado as providências pertinentes para minimizar ou de imediato reparar os efeitos do ato lesivo."

[46] MARQUES, Cláudia Lima. Posfácio. In: REGO, Maria Lúcia Anselmo. *Tutela administrativa do consumidor*, p. 188.

[47] Disponível em: <http://www.corag.com.br/index.php?option=com_jornal&pagina=114&tipo =pdf&jornal =doe&data=2011-09-28&view=pagina>.

[48] Ação Ordinária n. 001/1.08.0312838-3 TJ/RS.

[49] BURGER, Adriana Fagundes; SOUZA, Laiana Elisa. *A função social do Procon-RS na defesa do consumidor*: decisão no processo administrativo que tratou sobre a violação do dever de informar no caso do acidente com o voo JJ 3054 da TAM, p. 292-307, 2009.

[50] "A atenção aos critérios fixados se dá por parte da autoridade que fixa a sanção através da demonstração, na decisão que comina a penalidade, dos argumentos que sustentam seu juízo. Há, portanto, necessidade de fundamentação, embora reste evidenciado o caráter em boa parte das vezes discricionário desta avaliação." MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 873.

[51] MARQUES, Cláudia Lima. Prefácio. In: DORNELES, Renato Moreira. *Tutela administrativa do consumidor no Brasil como paradigma aos países do Mercosul*, p. 14.

Referências

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. Anatel suspende a venda de novas linhas de celulares. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalInternet.do>. Acesso em: 3 out. 2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Avaliando os avaliadores. *Revista do IDEC,* n. 97, p. 21-23. Disponível em: <http://www.idec.org.br/pdf/agencia-reguladoras.pdf>. Acesso em: 2 de outubro de 2013.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. A distinção entre usuário do serviço público e consumidor. *Revista de Direito Administrativo*, v. 225, Rio de Janeiro, 2001, p. 217-9.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo*: a transformação das pessoas em mercadorias. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

_____. *Em busca da política*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1187456/RJ. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: João Cruz e outro. Relator Min. Castro Meira. Brasília, 1º de dezembro de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq= 12976451&sReg=201000330585&sData=20101201&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 29 set. 2013.

BURGER, Adriana Fagundes; SOUZA, Laiana Elisa. A função social do Procon-RS na defesa do consumidor: decisão no processo administrativo que tratou sobre a violação do dever de informar no caso do acidente com o voo JJ 3054 da TAM. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 71. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set., p. 292-307, 2009.

CADASTRO Nacional de Reclamações Fundamentadas 2010: Relatório Analítico/Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC). Brasília: DPDC, 2011.

COMPANHIA RIO-GRANDENSE DE ARTES GRÁFICAS. Diário Oficial RS. Disponível em: <http://www.corag.com.br/index.php?option=com_jornal&pagina=114&tipo=pdf&jornal=doe&data=2011-09-28&view=pagina>. Acesso em: 8 out. 2013.

DE LUCCA, Newton. *Direito do consumidor*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

DORNELES, Renato Moreira. *Tutela administrativa do consumidor no Brasil como paradigma aos países do Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2003.

FERREIRA, Marcus da Costa. Serviços Públicos Essenciais e a Proteção dos Consumidores. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*. Curitiba: Bonijuris, v. 1, n. 2, junho 2011.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de diretos do consumidor*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

G1. Greve e manifestações deixam ruas de Porto Alegre vazias nesta quinta; Disponível em: <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2013/07/greve-e-manifestacoes-deixam-ruas-de-porto-alegre-vazias-nesta-quinta.html>. Acesso em: 27 set. 2013.

GENRO, Tarso. *Crise democrática e democracia direta*, in Filosofia Política, série III, n. 6, Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 9-23.

HARVEY, David; MARICATO, Ermínia; ŽIŽEK, Salvoj; et al. *Cidades Rebeldes – Passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Avaliando os avaliadores. *Revista do IDEC,* n. 97, p. 21-23. Disponível em: <http://www.idec.org.br/pdf/agencia-reguladoras.pdf>. Acesso em: 2 de outubro de 2013.

_____. Idec pressiona por lista de produtos essenciais. Disponível em: <http://www.idec.org.br/em-acao/em-foco/idec-pressiona-por-lista-de-produtos-essenciais>. Acesso em: 04 out. 2013.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. O "diálogo das fontes" como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes*: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Posfácio. *In*: REGO, Maria Lúcia Anselmo. *Tutela administrativa do consumidor.* Regulamentação estatal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1992.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria da República do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.prrs.mpf.gov.br/home/bancodocs/cac/poa/compromisso_de_ajustamento_ sobre_postos_de_atendimento_da_o.pdf >. Acesso em: 3 out. 2013.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. A Experiência Brasileira do CDC, in *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. III, n. 11, setembro 2013, Bonijuris/J.M. Editora, p. 67-105.

PASQUALOTTO, Adalberto. Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, v. 18, n. 53, nov. 1991, p. 182-200.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Serviços Públicos Concedidos e Proteção do Consumidor, *Revista de Direito do Consumidor,* v. 36, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros /IIpacto.htm>. Acesso em: 12 de julho de 2012.

PROCON DO RIO GRANDE DO SUL. Cadastro de Reclamação Fundamentada. Disponível em:<http://www.procon.rs.gov.br/arquivos/1363377362rel_reclamacao_fundamentada_ordem_alfabetica_2012.pdf>. Acesso em: 7 out. 2013.

PROCON DO RIO GRANDE DO SUL. Compromisso de Ajustamento de Conduta. Disponível em: <http://www.procon.rs.gov.br/arquivos/1344374659CAC_PROCON_RS_OPERADORAS.pdf>.Acesso em: 3 out. 2013.

PROCON PORTO ALEGRE. Procon proíbe venda de novas linhas de telefonia móvel. Disponível em: <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/procon/default.php?p_noticia=153465&PROCON +PROIBE+VENDA+DE+NOVAS+LINHAS+DE+TELEFONIA+MOVEL>. Acesso em: 3 out. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Poder Judiciário. *Ação Ordinária n. 001/1.08.0312838-3*. Autor: TAM Linhas Aéreas S.A. Réu: Estado do Rio Grande do Sul. Julgadora: Mara Lúcia Martins. Porto Alegre, 1º de julho de 2010. Disponível em: <http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_ doc1g_oracle.php?id_comarca=porto_alegre&ano_criacao=2010&cod_documento=2248887&tem_campo_tipo_doc=S>. Acesso em: 2 out. 2012.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Sanções administrativas no Código de Defesa do Consumidor*. Salvador: JusPodivm, 2009.

SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS E CONFLITOS DE CONSUMO:
OS TRIBUNAIS ARBITRAIS NECESSÁRIOS

Cátia Marques Cebola
Doutora em Direito e docente no Instituto Politécnico de Leiria, Portugal

EXCERTOS

"No que concerne à arbitragem institucionalizada, esta traduz-se na criação de estruturas arbitrais com regras e árbitros próprios, competentes para a resolução de determinados litígios no âmbito da sua competência, permanecendo em funcionamento após cada decisão arbitral, tal como se estabelece no artigo 62º da LAV"

"Os centros de arbitragem de conflitos de consumo constituem, assim, entidades institucionalizadas, competentes para a resolução através da arbitragem de litígios em matéria de direito de consumo e, no âmbito que nos ocupa, de conflitos relativos à prestação de serviços públicos essenciais"

"Independentemente da concepção de serviço público adotada, certo é que a relação jurídica entretecida nesta sede envolve como sujeitos principais o prestador do serviço, por um lado, e o utente do mesmo, por outro"

"Por litígios de consumo entende-se os que decorram do fornecimento de bens, prestação de serviços ou transmissão de quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com caráter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios"

"Dados estatísticos revelam que mais da metade dos processos resolvidos nos centros de arbitragem de conflitos de consumo findam por acordo obtido em sede de mediação e conciliação"

Introdução

Os serviços públicos essenciais, pela impreteribilidade das necessidades que satisfazem, granjearam do legislador uma especial atenção normativa, vertida na Lei 23/96, de 26 de julho (LSP). As especificidades intrínsecas à prestação dos preditos serviços repercutem-se necessariamente na própria litigiosidade inerente a este setor, que exigirá, além do mais, uma urgente, efetiva e adequada resolução dos conflitos que emergem nesta sede.

Este objetivo terá norteado o legislador a introduzir, através da Lei 6/2011, de 10 de março, o atual n. 1 do artigo 15º da LSP, nos termos do qual "*os litígios de consumo no âmbito dos serviços públicos essenciais estão sujeitos a arbitragem necessária quando, por opção expressa dos utentes que sejam pessoas singulares, sejam submetidos à apreciação do tribunal arbitral dos centros de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizados*". Desta norma resulta, por um lado, a consagração da arbitragem necessária neste âmbito, vinculando de forma obrigatória, ainda que unilateralmente, o prestador do serviço. Por outro lado, o legislador atribui expressamente aos centros de arbitragem de conflitos de consumo a competência para a resolução de conflitos em matéria de serviços públicos essenciais.

No que concerne ao caráter necessário da arbitragem, a sua admissibilidade à luz da Constituição da República Portuguesa tem sido afirmada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional. A título de exemplo, o Acórdão 32/87[1] prescreve que "depois da revisão constitucional de 1982, e face à nova redação então dada ao art. 212º, n. 2, da Constituição, passou a ser insuscetível de qualquer discussão e admissibilidade, na ordem jurídica portuguesa, de tribunais arbitrais. E, não distinguindo o preceito entre tribunais arbitrais 'voluntários' e 'necessários', não existe razão para se haverem por consentidos só os primeiros, e não os segundos. (…). Decorre do exposto, em suma, que quer já face ao texto primitivo da Constituição, quer agora, face à disposição expressa do art. 212º, n. 2, se haviam e hão de considerar admissíveis os tribunais arbitrais necessários"[2].

Não obstante a pertinência da aplicação da arbitragem em matéria de serviços públicos essenciais e a sua admissibilidade constitucional, a prescrição normativa ínsita no artigo 15º da LSP tem repercussões na prática dos centros de arbitragem de conflitos de consumo, podendo contender, em alguns aspectos, com a realidade vigente nestes tribunais arbitrais, como veremos no presente trabalho.

1. Arbitragem necessária: uma prerrogativa unilateral do consumidor

O artigo 15º da LSP consagra, como referimos, a arbitragem necessária para a resolução de conflitos em matéria de serviços públicos essenciais[3]. Contudo, esta obrigatoriedade é unilateral, uma vez que apenas vincula o prestador do serviço. De fato, decorre da predita norma que para o utente do serviço a arbitragem mantém o seu caráter voluntário, assente no princípio da autonomia da vontade, podendo este optar por resolver o seu conflito ou pelas vias judiciais ou pela arbitragem. Contudo, se o utente optar pela arbitragem, ao abrigo do artigo 15º da LSP, o prestador do serviço está vinculado à apreciação do litígio pelo tribunal arbitral, sendo para este uma via obrigatória ou necessária, que ele não pode recusar.

Esta prescrição tem duas consequências jurídicas relevantes. Por um lado, torna desnecessária a celebração de uma convenção de arbitragem, bastando que o utente de um serviço público essencial apresente a sua reclamação junto de um centro de arbitragem de conflitos de consumo para que o processo siga os seus termos nesta entidade. Por outro lado, se o prestador do serviço intentar uma ação relativa a um conflito em matéria de serviços públicos essenciais, pode o utente demandado invocar por exceção a preterição de tribunal arbitral necessário[4].

A opção pela via da arbitragem suspende, nos termos do n. 2 do artigo 15º da LSP, os prazos de prescrição consagrados no artigo 10º, nºs 1 e 4, da mesma lei, reforçando-se, desta forma, a possibilidade de recurso aos tribunais arbitrais.

2. Os centros de arbitragem de conflitos de consumo

O artigo 15º, n. 1, da LSP, comete aos centros de arbitragem de conflitos de consumo a resolução dos litígios relativos aos serviços públicos essenciais, optando de forma expressa pela arbitragem institucionalizada e excluindo a possibilidade de criação pelas partes de um tribunal arbitral *ad hoc*.

Traçando a distinção entre ambas[5], cumpre indicar que na arbitragem *ad hoc* está em causa a criação pontual de um tribunal arbitral para a resolução de um determinado litígio, tribunal que se extingue após a tomada de decisão pelos árbitros. Deste modo, a existência de um tribunal arbitral *ad hoc* depende do surgimento efetivo de um conflito entre as partes, apenas se constituindo quando seja necessário e que se extingue uma vez decidido o litígio[6]. A sua criação exige a celebração de uma convenção de arbitragem, a escolha do(s)

árbitro(s) e, ainda, a determinação das regras de procedimento aplicáveis, nos termos regulamentados na atual Lei da Arbitragem Voluntária – Lei 63/2011, de 14 de dezembro (LAV).

Desta feita, compreende-se a preferência legislativa pelos centros de arbitragem de conflitos de consumo manifestada no artigo 15º da LSP, uma vez que as diligências inerentes à constituição de um tribunal *ad hoc* consumirão tempo e implicarão esforços difíceis de compaginar com a celeridade reclamada na resolução de conflitos relativos aos serviços públicos essenciais. Acresce que a tramitação necessária à criação *ex novo* de um tribunal arbitral poderia provocar a desistência das partes e a opção pelas vias judiciais ou mesmo a renúncia à própria resolução do conflito[7].

A natureza jurídica dos serviços públicos essenciais não granjeia consenso na doutrina

No que concerne à arbitragem institucionalizada, esta traduz-se na criação de estruturas arbitrais com regras e árbitros próprios, competentes para a resolução de determinados litígios no âmbito da sua competência, permanecendo em funcionamento após cada decisão arbitral, tal como se estabelece no artigo 62º da LAV. Os centros de arbitragem de conflitos de consumo constituem, assim, entidades institucionalizadas, competentes para a resolução através da arbitragem de litígios em matéria de direito de consumo e, no âmbito que nos ocupa, de conflitos relativos à prestação de serviços públicos essenciais.

No ordenamento jurídico português, estes centros podem agrupar-se em duas categorias essenciais. Por um lado, os centros de competência horizontal ou genérica de âmbito regional, habilitados para a resolução de litígios decorrentes de uma relação jurídica de consumo, os quais apresentam, contudo, limitações de ordem territorial, uma vez que abrangem somente os concelhos estabelecidos nos seus estatutos. Neste grupo inserem-se os centros de Lisboa, Coimbra, Porto, Vale do Cávado, Vale do Ave, Algarve e Região Autónoma da Madeira.

Face à limitação territorial apontada, que deixava a descoberto todos os conflitos de consumo ocorridos fora da jurisdição dos preditos centros, foi criado em 2009 o Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo (CNIACC), com competência subsidiária para os conflitos de consumo não abrangidos pelos centros regionais[8].

Paralelamente, existem ainda os centros de competência vertical, que, tendo âmbito territorial nacional, apenas julgam determinados conflitos em razão da matéria. Integram esta categoria o CASA[9] (para o setor automóvel) e o CIMPAS[10] (no âmbito dos seguros).

Atendendo ao conteúdo material típico dos conflitos relativos aos serviços públicos essenciais, estarão em causa no artigo 15º da LSP os centros de competência genérica.

2.1. Legitimidade ativa para o "utente" ou apenas para o consumidor?

A natureza jurídica dos serviços públicos essenciais não granjeia consenso na doutrina. À tese subjetivista que coloca a prestação deste tipo de serviços sob a égide da administração, contrapõe-se a tese objetivista que apõe o acento tónico no tipo de necessidades básicas dos cidadãos que lhe são inerentes[11]. Independentemente da concepção de serviço público adotada, certo é que a relação jurídica entretecida nesta sede envolve como sujeitos principais o prestador do serviço, por um lado, e o utente do mesmo, por outro[12].

Por prestador do serviço considera o artigo 4º da LSP *toda a entidade pública ou privada que preste ao utente qualquer dos serviços referidos no n. 2, independentemente da sua natureza jurídica, do título a que o faça ou da existência ou não de contrato de concessão*.

No que concerne ao utente, o legislador entende estar em causa *qualquer pessoa singular ou coletiva a quem o prestador do serviço se obrigue a prestá-lo* (artigo 1º, n. 3, da LSP). Daqui decorre a consagração de um conceito mais amplo do que a noção de consumidor patente na Lei de Defesa do Consumidor – Lei 24/96, de 31 de julho. Como refere Ricardo Amaral da Costa, a prescrição legislativa relativa ao conceito *lato de utente* justifica-se "pela vulnerabilidade de todos os sujeitos que recorrem a estes serviços, dada a especificidade técnica dos mesmos, a posição de monopólio em que amiúde se encontra o prestador e a situação de dependência funcional em que deixam a vida e a atividade humanas"[13].

Este alargamento da figura do "utente" a pessoas singulares e coletivas levantaria dificuldades relativamente à regra vigente nos centros de arbitragem de conflitos de consumo quanto à legitimidade ativa para desencadear o processo arbitral, uma vez que apenas o consumidor tem a possibilidade de apresentar a respectiva reclamação, vigorando, nesta questão, a regra da unilateralidade ou unidirecionalidade[14]. Por esta razão, o legislador restringiu a aplicação do artigo 15º da LSP e, consequentemente, da arbitragem necessária apenas aos *utentes que sejam pessoas singulares*, excluindo as pessoas coletivas.

Esta norma é exemplificativa de como a unilateralidade destes centros deve ser superada. Efetivamente, será legítimo questionar que razão justifica a exclusão da apresentação de uma reclamação por uma pessoa coletiva utente de um serviço público essencial, quando a especial proteção legal no âmbito

dos serviços públicos resulta primordialmente da essencialidade do serviço em causa e da vulnerabilidade do utente, seja ele uma pessoa singular ou coletiva. Acresce que a *ratio* subjacente ao artigo 15º da LSP será a de possibilitar uma resolução adequada, célere e eficaz dos conflitos de consumo verificados nesta sede. Destarte, consideramos que a competência dos centros de arbitragem deve definir-se por critérios de ordem material, assentes na existência de uma relação jurídica de consumo, e não em razões subjetivas baseadas na pessoa do reclamante¸ uma vez que em causa não estão tribunais de defesa do consumidor. Tal como já afirmámos, a consolidação de um verdadeiro sistema de justiça arbitral de consumo não se compadece com as vigentes limitações *intuito personae*[15].

2.2. Competência material: litígios de consumo no âmbito dos serviços públicos essenciais

O legislador refere expressamente no n. 1 do artigo 15º da LSP que à arbitragem necessária estarão sujeitos os litígios de consumo no âmbito dos serviços públicos essenciais.

Por litígios de consumo entende-se, de acordo com o artigo 2º, n. 1, da LDC, os que decorram do fornecimento de bens, prestação de serviços ou transmissão de quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com caráter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios. Acresce que, nos termos do n. 2 da citada norma, são ainda litígios de consumo os que decorram do fornecimento, prestação ou transmissão de bens, serviços e direitos pelos organismos da administração pública, por pessoas coletivas públicas, por empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, pelas regiões autónomas ou pelas autarquias locais e por empresas concessionárias de serviços públicos.

Do exposto, fica claro que os conflitos inerentes aos serviços públicos essenciais integram o conceito de litígio de consumo. Com efeito, em causa estarão situações de litigiosidade relativas à prestação dos serviços públicos essenciais, elencados no artigo 1º, n. 2, da LSP, ainda que prestados pela própria administração pública ou por empresas públicas concessionadas.

A título exemplificativo poderemos apontar reclamações relativas aos tarifários e preços praticados pelo prestador do serviço; à qualidade da prestação do serviço de água, luz, gás ou ao corte injustificado desses mesmos serviços; à faturação indevida por consumos não realizados; ou à responsabilidade civil por danos causados pela prestação do serviço, comuns, designadamente, ao nível do fornecimento de energia elétrica.

Os centros de arbitragem de conflitos de consumo, atualmente autorizados e em funcionamento, serão então competentes para dirimir estes ou outros litígios relativos à prestação de serviços públicos essenciais. Levanta-se, contudo, a questão da sua competência em razão do valor, uma vez que os centros em análise consagram, de forma genérica, restrições quantitativas à apresentação de uma reclamação. Aquando do seu surgimento, os regulamentos destes centros restringiam a sua aplicação a litígios de valor inferior à alçada dos tribunais de primeira instância (5.000 euros). Paulatinamente, foi-se verificando uma tendência para aumentar esta barreira. O Centro de Informação, Mediação e Arbitragem do Algarve (CIMAAL) protagonizou a primeira abertura destes organismos a conflitos de valor superior, fazendo depender a sua competência da alçada do Tribunal da Relação[16]. O CIAB de Vale do Cávado abrange atualmente quaisquer litígios de consumo *independentemente do valor*[17]. Mas esta não é ainda uma realidade uniforme e contende com a definição e aplicação de custas nestes centros, inicialmente de índole gratuita.

No que concerne aos litígios no âmbito dos serviços públicos essenciais, não estabelecendo o artigo 15º da LSP quaisquer restrições quanto ao valor, poderão ser submetidos a arbitragem todos os conflitos que surjam nesta matéria, independentemente das quantias reclamadas ou dos montantes em causa. Consequentemente, se num caso concreto for ultrapassado o valor estabelecido por um determinado centro regional, terá o utente de recorrer ao Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo (CNIACC), com competência subsidiária, por forma a ver resolvido o seu litígio através da arbitragem.

2.3. Questões procedimentais

O procedimento de resolução de conflitos de consumo nos centros de arbitragem em análise é estabelecido nos respectivos regulamentos[18]. Deste fato resulta que cada centro tem regras específicas, diferentes, por vezes, dos demais. Assim, um mesmo litígio relativo à prestação de um serviço público essencial poderá ser submetido a diferentes procedimentos se ocorrido na cidade de Coimbra ou em Braga, o que certamente constitui um fator de heterogeneidade pouco favorável à criação e consolidação de um sistema de justiça arbitral de consumo uniforme, conforme já aludimos.

Regra geral, este procedimento divide-se em três fases distintas. Primeiramente é levada a cabo uma tentativa de resolução do conflito por acordo das partes através da mediação e da conciliação. Estes mecanismos são promovidos pelo diretor do centro (ou por um assessor jurídico) no sentido de tentar alcançar-se

uma solução concertada que satisfaça ambas as partes. Constituem, por isso, vias autocompositivas, que conferem às partes o poder de solucionar a sua própria disputa. Em causa não estará a concretização da máxima *mais vale um mau acordo do que uma boa demanda*, mas a realização da autonomia das partes que deve nortear as relações intersubjetivas e a convivência social.

Falhada esta tentativa de composição amigável do litígio, o processo segue para julgamento arbitral, cabendo ao juiz-árbitro a decisão do litígio. Antes de iniciada a audiência de julgamento pode (e deve) ser encetada nova tentativa de conciliação, desta feita levada a cabo pelo árbitro.

Dados estatísticos revelam que mais da metade dos processos resolvidos nos centros de arbitragem de conflitos de consumo findam por acordo obtido em sede de mediação e conciliação[19]. Este fato é revelador da importância destes centros na resolução pacífica e célere da litigiosidade ao nível do direito do consumo.

Por outro lado, revela que o legislador poderia ter alargado o artigo 15º da LSP a outras entidades que igualmente promovem a resolução extrajudicial de litígios através de mediação e conciliação, mormente em matéria de serviços públicos essenciais. Estamos a referir-nos, por exemplo, à Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos – ERSE, que, em 2002, aprovou o seu regulamento de mediação e conciliação de conflitos[20]. Nesse mesmo ano, 42% das reclamações submetidas a mediação nesta entidade ficariam resolvidas por acordo.

Conclusão

Os litígios em matéria de serviços públicos essenciais partilham das mesmas especificidades inerentes aos conflitos em matéria de direito do consumo. Com efeito, surgem no âmbito de uma relação jurídica que opõe o prestador do serviço, por um lado, ao utente, por outro, apresentando-se este último numa especial situação de vulnerabilidade pela essencialidade do serviço de que é credor.

A fragilidade do utente resultante da sua dependência face à prestação dos serviços públicos essenciais, até pelo monopólio que caracteriza estes setores, é reiterada aquando do surgimento de um conflito nesta sede. Desta feita, a proteção legislativa não se deve restringir à celebração e cumprimento de um contrato de fornecimento do serviço, devendo estender-se, de igual modo, à fase em que os conflitos emergem.

Esta circunstância terá motivado o legislador a introduzir o atual n. 1 do artigo 15º da LSP, consagrando a possibilidade de o utente poder recorrer aos centros de arbitragem de conflitos de consumo, nos termos que explanámos no presente trabalho, ficando o prestador do serviço vinculado à opção do consumidor.

As meras intenções legislativas vertidas em normas não serão, contudo, suficientes para se atingirem os efeitos almejados. A alteração legal do artigo 15º da LSP, introduzida em 2011, traduziu-se num aumento da procura dos atuais centros de arbitragem de conflitos de consumo. Dados estatísticos revelam que de 2011 para 2012 o número de processos relativos só ao setor da eletricidade, água e gás aumentou significativamente[21].

Neste contexto, as intenções normativas do legislador terão de ser acompanhadas de um reforço dos meios humanos e financeiros atribuídos aos preditos centros, por forma a poderem responder cabalmente ao aumento da procura evidenciada.

Tendo em conta que estão em causa organismos geridos por associações sem fins lucrativos e cuja gratuitidade constitui (ainda) a tónica dominante relativamente aos serviços prestados, haverá que promover mudanças a nível do seu financiamento, para que não se provoque a sua asfixia económica. A aprovação de tabelas de custas (ainda que prevendo montantes moderados) para processos superiores à alçada dos tribunais de primeira instância (5.000 euros) ou o aumento dos subsídios concedidos pelo Ministério da Justiça[22] constituem medidas essenciais para se manter a vitalidade dos centros de arbitragem de conflitos de consumo.

Debate-se a este nível a possibilidade de parcerias público-privadas, através de protocolos de financiamento pelos próprios prestadores de serviços públicos essenciais. A concretizar-se esta medida, consideramos que os preditos protocolos não devem ser firmados individualmente por cada centro de arbitragem, sob pena de poder colocar-se em causa a sua isenção e imparcialidade. Na verdade, o financiamento direto pelo agente económico poderia criar a imagem de que os operadores estariam a subsidiar os seus próprios tribunais arbitrais. Destarte, tais protocolos devem ser estabelecidos entre as entidades reguladoras do setor e o Ministério da Justiça, que depois dividiria pelos centros existentes as verbas recebidas.

Coimbra, 10 de outubro de 2013

NOTAS

1 Publicado no *Diário da República*, n. 81, 2ª série, de 7 de abril de 1987. No mesmo sentido, vejam-se, ainda, os acórdãos do Tribunal Constitucional n. 33/88 e 86/88.

2 O artigo 212º, n. 2, da Constituição da República Portuguesa referido no acórdão corresponde ao atual artigo 209º, n. 2.

3 Defendendo a introdução de tribunais arbitrais necessários no âmbito do direito do consumo, veja-se: FROTA, Mário (2009). "Arbitragem institucional", *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 57, apDC, p. 49-55.

4 Sobre a preterição de tribunal arbitral no novo Código de Processo Civil, veja-se: PAIS DE AMARAL, Jorge Augusto (2013). *Direito processual civil*, 11. ed. Almedina.

5 Sobre esta distinção, veja-se: SANTOS, António Marques dos (2002). "Arbitragem no Direito do Consumo", *Estudos do Instituto do Direito do Consumo*, Luís Menezes Leitão (coord.), v. I, Almedina, p. 281-96.

6 Cfr. BANDEIRA, Susana Figueiredo (2002). "A Mediação como Meio Privilegiado de Resolução de Litígios", *Julgados de paz e mediação – um novo conceito de justiça*, A.A.F.D., Lisboa, p. 113.

7 Neste sentido, António Marques dos Santos refere que a arbitragem *ad hoc* acarreta, regra geral, despesas e custos mais ou menos avultados, pelo que é frequente na resolução de conflitos jurídicos de montantes significativos e que não se compadeçam com as delongas de um processo judicial, como, por exemplo, os decorrentes de contratos internacionais entre empresas multinacionais. Cfr. SANTOS, António Marques dos (2002). "Arbitragem no Direito do Consumo", *Estudos do Instituto do Direito do Consumo*, Luís Menezes Leitão (coord.), v. I, Almedina, p. 281-96.

8 Para mais informações sobre o CNIACC, veja-se o seu *website*: http://www.arbitragemdeconsumo.org/index.php.

9 Tendo entrado em funcionamento no dia 4 de abril de 1994, com competência exclusiva para dirimir litígios decorrentes da prestação de serviços de reparação automóvel, o CASA tem hoje as suas competências materiais alargadas igualmente a litígios decorrentes do fornecimento de combustíveis e da compra e venda de veículos novos ou usados, assumindo-se como um centro de natureza setorial, ganhando a designação de Centro de Arbitragem do Setor Automóvel. Veja-se o seu *website*:www.centroarbitragemsectorauto.pt.

10 O Centro de Informação, Mediação, Provedoria e Arbitragem de Seguros resulta do alargamento de competências do anterior CIMASA (limitado ao setor do seguro automóvel) promovendo, presentemente, a resolução de litígios decorrentes de contratos de seguros dos ramos de automóvel; responsabilidade civil familiar, de exploração, do caçador e de uso e porte de arma e seguro multirriscos comercial e habitacional. Veja-se o seu *website*: http://www.cimpas.pt.

[11] Analisando a natureza jurídica dos serviços públicos essenciais, veja-se, entre outros, AMARAL DA COSTA, Ricardo J. (2012). "Os serviços públicos essenciais: perspectiva geral", *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 70, apDC, p. 54-5.

[12] Sobre o âmbito de aplicação da Lei 23/96, veja-se, entre outros, o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 1º de março de 2012 (processo 383222/10.0YIPRT.E1) no qual se decide que o "serviço de manutenção Webconstitui parte integrante do serviço de comunicações eletrónicas que visa assegurar, permitindo o seu bom funcionamento, pelo que nada justifica o seu afastamento do regime legal estabelecido para o fornecimento de serviço de comunicações de dados".

[13] AMARAL DA COSTA, Ricardo J. (2012). "Os serviços públicos essenciais: perspectiva geral", *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 70, apDC, p. 57.

[14] Esta regra resulta da circunstância dos vários regulamentos dos centros de arbitragem de conflitos de consumo se referirem expressamente à possibilidade de contestação apenas pelo agente económico, donde decorre que as respectivas reclamações apenas poderão ser submetidas pelo consumidor. A título de exemplo, veja-se, o artigo n. 11 do Regulamento do CIMAAL ou o artigo n. 11 do Regulamento do Centro de Arbi-

tragem de Conflitos de Consumo do Porto. A exceção a esta regra é promovida pelo Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Vale do Ave (TRIAVE) que, no artigo n. 7 do seu regulamento, vem prescrever que "*quer o agente económico, que tenha aderido genericamente, quer o consumidor poderão desencadear o processo de mediação, eventualmente seguido de arbitragem, com vista à resolução dos conflitos de consumo*". Alarga-se, assim, a competência do TRIAVE também aos operadores que subscrevam uma *declaração de adesão genérica*, traduzida na convenção através da qual os agentes económicos se obrigam a submeter à arbitragem de cada centro todos os eventuais litígios emergentes no seu estabelecimento comercial (se o consumidor concordar), bem como a inserirem cláusulas compromissórias nos contratos que celebrem com consumidores, designando o centro como entidade competente para resolver o conflito. A adesão genérica subscrita é depois publicitada nos estabelecimentos comerciais através da colocação de um símbolo respectivo, tentando-se granjear a confiança dos consumidores pela imagem de credibilidade que proporciona. Sobre a eficácia da declaração de adesão genérica, veja-se: CAPELO, Maria José, "A Lei de Arbitragem Voluntária e os Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo", *Estudos de Direito do Consumidor*, n. 1, Centro de Direito do Consumo, Coimbra, 1999, p. 110-3.

[15] MARQUES CEBOLA, Cátia (2012). "Mediação e Arbitragem de Conflitos de Consumo: panorama português", *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. II, n. 2, p. 11-46.

[16] Cfr. OLIVEIRA, Isabel (2000). "A Arbitragem de Consumo", *Estudos de Direito do Consumidor*, n. 2, Centro de Direito do Consumo, Coimbra, p. 405.

[17] Ver artigo 5º, n. 1, do regulamento respectivo, disponível em http://www.ciab.pt/01_f.htm, acedido a 9 de março de 2012.

[18] Tiveram-se em conta na nossa análise os regulamentos dos centros de arbitragem de conflitos de consumo constantes dos respetivos *websites*.

[19] Cfr. Estatísticas da Justiça, acessíveis no seguinte endereço eletrónico, acedido a 5 de outubro de 2013, http://www.siej.dgpj.mj.pt/webeis/index.jsp?username=Publico&pgmWindowName=pgmWindow_635166046254675000.

[20] Veja-se também o Regulamento n. 460/2011, da ERSE, publicado no *Diário da República,* n. 145, 2ª série, de 29 de julho de 2011.

[21] Ver Estatísticas da Justiça disponíveis no seguinte endereço eletrónico, http://www.siej.dgpj.mj.pt/webeis/index.jsp?username=Publico&pgmWindowName=pgmWindow_635166565360000000.

[22] Veja-se o Despacho n. 1.454/2010, publicado no *Diário da República*, II Série, n. 14, de 21 de janeiro de 2010.

A SUSPENSÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS:
O ESTADO DA QUESTÃO

Rizzatto Nunes*
Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (aposentado), escritor, jurista e advogado

EXCERTOS

"O princípio da eficiência tem partes com as normas de 'boa administração', indicando que a Administração Pública, em todos os seus setores, deve concretizar atividade administrativa predisposta à extração do maior número possível de efeitos positivos ao administrado"

"O interesse da coletividade que seja capaz de permitir a interrupção do serviço público essencial – garantido constitucionalmente – só pode se referir a algum tipo de fraude praticada pelo usuário e que, por isso, possa causar algum prejuízo à coletividade"

"A remuneração do serviço público, adotando o regime tarifário, tem a mesma concepção de preço, mas não se confunde com o preço privado, cuja amplitude nasce num contexto de fixação pelo fornecedor, dentro dos parâmetros e com os limites constitucionais"

"A meu ver só há um caminho para o prestador do serviço essencial suspender o fornecimento desse serviço: é ele propor ação judicial para cobrar seu crédito e nessa ação comprovar que o consumidor está agindo de má-fé ao não pagar as contas"

* Outras qualificações do autor

Professor universitário há mais de trinta e dois anos. Fez sua carreira acadêmica na PUC/SP, lá obtendo os títulos de mestre e doutor em Filosofia do Direito e Livre-Docente em Direito do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro regrou no art. 22 especificamente os serviços públicos essenciais e sua existência para impedir que os prestadores de serviços públicos pudessem construir "teorias" para tentar dizer que não estariam submetidos às suas normas. Mas, mesmo com sua expressa redação, alguns prestadores de serviços públicos lutaram na Justiça "fundamentados" no argumento de que não estariam submetidos às regras da Lei 8.078/90[1].

Serviço público prestado direta ou indiretamente

Diz a norma: "Órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento", vale dizer, toda e qualquer empresa pública ou privada que por via de contratação com a administração pública forneça serviços públicos, assim como, também, as autarquias, fundações e sociedades de economia mista. O que caracteriza a pessoa jurídica responsável na relação jurídica de consumo estabelecida é o serviço público que ela está oferecendo ou prestando.

No mesmo artigo a lei estabelece a obrigatoriedade de que os serviços prestados sejam "adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos". Examinemos o sentido desses termos.

Eficiência

Em primeiro lugar diga-se que esta disposição da norma decorre do princípio constitucional estampado no *caput* do art. 37. É o chamado princípio da eficiência[2]. É verdade que tal princípio somente passou a integrar explicitamente o corpo constitucional com a edição da Emenda 19, de 4 de junho de 1998, data posterior à edição da Lei 8.078/90. Mas a emenda citada apenas tornou explícito o princípio outrora implícito em nosso sistema constitucional, como explicam os professores Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

"O princípio da eficiência tem partes com as normas de 'boa administração', indicando que a Administração Pública, em todos os seus setores, deve concretizar atividade administrativa predisposta à extração do maior número possível de efeitos positivos ao administrado. Deve sopesar relação de custo-benefício, buscar a otimização de recursos, em suma, tem por obrigação dotar da maior eficácia possível todas as ações do Estado."[3]

Hely Lopes Meirelles disciplina que a eficiência é um dever imposto a todo e qualquer agente público no sentido de que ele realize suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. Diz o administrativista:

"É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros."[4]

É fato que a lei designa outros adjetivos aos serviços prestados, além do relativo à eficiência: fala em *adequado*, *seguro* e *contínuo* (este último para os essenciais, que ainda comentarei).

Ora, adjetivos expõem a qualidade de alguma coisa, no caso o serviço público. Então, quando o princípio constitucional do art. 37 impõe que a administração pública forneça serviços eficientes, está especificando sua qualidade. Ou, em outros termos, o tão falado conceito de qualidade, do ponto de vista dos serviços públicos, está marcado pelo parâmetro constitucional da eficiência.

E essa eficiência tem, conforme vimos, ontologicamente a função de determinar que os serviços públicos ofereçam o "maior número possível de efeitos positivos" para o administrado.

Isso significa que não basta haver adequação, nem estar à disposição das pessoas. O serviço tem de ser *realmente* eficiente; tem de cumprir sua finalidade na realidade concreta. E o significado de eficiência remete ao resultado: é eficiente aquilo que funciona.

A eficiência é um *plus* necessário da adequação. O indivíduo recebe serviço público eficiente quando a necessidade para a qual ele foi criado é suprida concretamente. É isso que o princípio constitucional pretende.

Assim, pode-se concluir com uma classificação das qualidades dos serviços públicos, nos quais o gênero é a eficiência, tudo o mais decorrendo dessa característica principal. Logo, adequação, segurança e continuidade (no caso dos serviços essenciais) são características ligadas à necessária eficiência dos serviços públicos.

Realmente, o serviço público só é eficiente se for adequado (p. ex., coleta de lixo seletiva, quando o consumidor tem como separar por pacotes o tipo de material a ser jogado fora), se for seguro (p. ex., transporte de passageiros em veículos controlados, inspecionados, com todos os itens mecânicos, elétricos etc. checados: freios, válvulas, combustível etc.), e, ainda, se for contínuo (p. ex., a energia elétrica sem cessação de fornecimento, água e esgoto da mesma forma, gás etc.).

Para uma classificação dos serviços públicos pelo aspecto da qualidade regulados pelo CDC, ter-se-ia, então, de dizer que no gênero eficiência estão os tipos adequados, seguro e contínuo.

Pode acontecer de o serviço ser adequado, mas não ser seguro. Ou ser seguro e descontínuo. Ou ser inadequado apesar de contínuo etc. No primeiro caso, cite-se como exemplo o serviço de gás encanado sem controle de inspeção das tubulações e válvulas. No segundo cite-se o serviço de fornecimento de energia elétrica que é interrompido. No terceiro aponte-se o fornecimento contínuo de água contendo bactérias.

A eficiência é um dever imposto a todo e qualquer agente público no sentido de que ele realize suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional

Em todos esses casos há vício do serviço e, dependendo do dano sofrido pelo consumidor, haverá também defeito. Tudo nos exatos termos do estabelecido nas regras dos arts. 14 e 20 do CDC.

E, claro, como os serviços públicos hão de ser eficientes, as variáveis reais possíveis da junção dos tipos não são apenas as dicotômicas apresentadas (adequado-inseguro; seguro-descontínuo; inadequado-contínuo etc.), mas também podem ocorrer pela conexão das três características: adequado-inseguro-descontínuo; inadequado-seguro-contínuo; adequado-seguro-descontínuo etc.

Foi isso o que ficou estabelecido na Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que disciplinou o regime de concessão e permissão dos serviços públicos, como decorrência do estabelecido no art. 175 da Constituição Federal.

É que a carta magna dispõe que a lei deve regulamentar a obrigação da manutenção do serviço público de forma adequada. Leia-se a citada norma constitucional:

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

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado."

Os §§ 1º e 2º do art. 6º da Lei 8.987/95, então, dispõem:

"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.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço."

Vê-se, portanto, que há ampla determinação para que os serviços públicos sejam eficientes, adequados, seguros e contínuos.

Serviço essencial contínuo

Prosseguindo no exame, chega-se ao aspecto da *essencialidade* do serviço que, na determinação da norma do *caput* do art. 22, tem de ser *contínuo*.

Há que distinguir dois aspectos: o que se pode entender por *essencial* e o que pretende a norma quando designa que esse serviço essencial tem de ser *contínuo*.

Serviço essencial

Começo pelo sentido de "essencial". Em medida amplíssima todo serviço público, exatamente pelo fato de sê-lo (público), somente pode ser essencial. Não poderia a sociedade funcionar sem um mínimo de segurança pública, sem a existência dos serviços do Poder Judiciário, sem algum serviço de saúde etc. Neste sentido então é que se diz que todo serviço público é essencial. Assim, também o são os serviços de fornecimento de energia elétrica, de água e esgoto, de coleta de lixo, de telefonia etc.

Mas, então, é de perguntar: se todo serviço público é essencial, por que é que a norma estipulou que somente nos essenciais eles devem ser contínuos?

Para solucionar o problema, devem-se apontar dois aspectos:

a) o caráter não essencial de alguns serviços;

b) o aspecto de urgência.

Existem determinados serviços, entre os quais aponto aqueles de ordem burocrática, que, de per si, não se revestem de essencialidade. São serviços auxiliares que:

a) servem para que a máquina estatal funcione;

b) fornecem documentos solicitados pelo administrado (p. ex., certidões).

Se se fosse levantar algum caráter de essencialidade nesses serviços, só muito longínqua e indiretamente poder-se-ia fazê-lo.

Claro que existirão até mesmo emissões de documentos cujo serviço de expedição se reveste de essencialidade, e não estou olvidando isso. Por exemplo, o pedido de certidão para obter a soltura de alguém preso ilegalmente. É o caso concreto, então, nessas hipóteses especiais, que designará a essencialidade do serviço requerido.

O outro aspecto, sim, é relevante. Há no serviço considerado essencial uma perspectiva real e concreta de urgência, isto é, necessidade concreta e efetiva de sua prestação. O serviço de fornecimento de água para uma residência não habitada não se reveste dessa urgência. Contudo, o fornecimento de água para uma família é essencial e absolutamente urgente, uma vez que as pessoas precisam de água para sobreviver. Essa é a preocupação da norma.

O serviço público essencial revestido, também, do caráter de urgente não pode ser descontinuado. E no sistema jurídico brasileiro há lei ordinária que define exatamente esse serviço público essencial e urgente.

Trata-se da Lei de Greve – Lei 7.783, de 28 de junho de 1989. Como essa norma obriga os sindicatos, trabalhadores e empregadores a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, acabou definindo o que entende por essencial. A regra está no art. 10, que dispõe, *verbis*:

"Art. 10. São considerados serviços ou atividades essenciais:

I – tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;

II – assistência médica e hospitalar;

III – distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;

IV – funerários;

V – transporte coletivo;

VI – captação e tratamento de esgoto e lixo;

VII – telecomunicações;

VIII – guarda, uso e controle de susbstâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;

IX – processamento de dados ligados a serviços essenciais;

X – controle de tráfego aéreo;

XI – compensação bancária."

Dessa forma, nenhum desses serviços pode ser interrompido. O CDC é claro, taxativo e não abre exceções: os serviços essenciais são contínuos. E diga-se em reforço que esta garantia decorre do texto constitucional.

Com efeito, como se sabe, a legislação consumerista deve obediência aos vários princípios constitucionais que dirigem suas determinações. Entre esses princípios encontram-se os da intangibilidade da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da garantia à segurança e à vida (*caput* do art. 5º), que tem de ser sadia e de qualidade, em função da garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado (*caput* do art. 225) e da qual decorre o direito necessário à saúde (*caput* do art. 6º) etc.

Ora, vê-se aí a inteligência da lei. Não é possível garantir segurança, vida sadia, num meio ambiente equilibrado, tudo a respeitar a dignidade humana, se os serviços públicos essenciais urgentes não forem contínuos.

Interrupção

A Lei 8.987, citada acima, prevê a possibilidade de interrupção do serviço público em situação de emergência por motivo de "ordem técnica ou de segurança das instalações" (art. 6º, § 3º, I).

Em primeiro lugar, esta regra excepcional apenas constata que certas situações de fato podem ocorrer (mas não deviam: razões de ordem técnica e segurança das instalações que gerem a necessidade de interrupção), e tais situações, ainda que, eventualmente, venham a surgir, significam interrupção *irregular* do serviço público, aliás em clara contradição com o sentido de eficiência e adequação. Afinal, problema técnico e de insegurança demonstra ineficiência e inadequação. (Lembro que qualquer dano – material ou moral – causado pela interrupção dá direito a indenização, uma vez que a responsabilidade do prestador do serviço é objetiva, e a mera constatação da possibilidade de descontinuidade feita pelo art. 6º, § 3º, I, da Lei 8.987 não tem o condão de elidir a responsabilidade instituída no CDC.)

Inadimplência do consumidor

Alguns operadores do direito, a meu ver de forma equivocada, têm-se manifestado no sentido contrário à norma (e mesmo contra sua clara letra expressa), admitindo que o prestador do serviço público corte o fornecimento do serviço essencial em caso de inadimplemento.

Antes de apresentar os argumentos pró e contra a descontinuidade em caso de inadimplemento, há que se abordar, como preliminar, a hipótese inserta na supracitada Lei 8.987. Isso porque aquele mesmo § 3º do art. 6º dispõe não se caracterizar como descontínuo o serviço quando ocorrer "inadimplemento do usuário, considerando o interesse da coletividade".

E esta disposição tem servido de apoio àqueles que, erradamente, admitem o corte do fornecimento em caso de não pagamento da tarifa.

Teria sido melhor a Lei 8.987 não ter tratado do assunto, porque:

a) seria inconstitucional, como veremos, a lei ordinária admitir o corte por mera inadimplência;

b) para dizer o que disse, bastavam as disposições já vigentes da Lei 8.078, que dão cabal solução à questão.

Como a norma existe, cuido dela, pois, antes de prosseguir.

O serviço tem de ser *realmente* eficiente; tem de cumprir sua finalidade na realidade concreta

A redação do inciso II do § 3º do art. 6º fala em inadimplemento do usuário, "considerando o interesse da coletividade". É essa parte da proposição normativa que salva o texto.

O interesse da coletividade que seja capaz de permitir a interrupção do serviço público essencial – garantido constitucionalmente – só pode se referir a algum tipo de fraude praticada pelo usuário e que, por isso, possa causar algum prejuízo à coletividade.

Conforme mostrarei mais à frente, admitir-se-á o corte do fornecimento do serviço apenas após autorização judicial, se demonstrado no feito que o consumidor inadimplente, podendo pagar a conta – isto é, tendo condições econômico-financeiras para isso –, não o faz. Afora esta hipótese e dentro dessa condição – autorização judicial –, o serviço não pode ser interrompido.

Na sequência deixarei tal circunstância mais esclarecida.

O fato é que aqueles que pensam que se pode efetuar o corte confundem o direito de crédito que tem o fornecedor com o direito que ele não tem de interromper a prestação do serviço.

Os partidários dessa posição alegam que o poder público não pode ser compelido a prestar serviço público ininterrupto se não for feito o pagamento da tarifa ou taxa.

Mas isso também não corresponde à verdade:

a) O principal argumento contra essa "tese" da possibilidade do corte do fornecimento dos serviços essenciais no caso de inadimplemento é não só o do expresso texto legal, mas simplesmente o da lógica mais simplória.

Pergunta-se: para que então o legislador escreveu que os serviços essenciais são contínuos?

Se fosse para permitir que eles pudessem ser interrompidos em caso de inadimplemento, então não precisaria ter sido escrito. Bastava a redação do art. 22 terminar no adjetivo "seguro".

Em sendo assim, o prestador do serviço público essencial poderia cortar o seu fornecimento, desde que existisse previsão contratual para tanto. Porém, a lei declara expressamente: serviço essencial *é* contínuo!

b) Por outro lado, se o legislador escreveu apenas para dizer que os serviços públicos são essenciais e contínuos, isto foi em vão, porque não é o art. 22 que faz esse tipo de prestação ser essencial, mas sua própria natureza.

c) É de lembrar-se que a determinação de garantia da dignidade, vida sadia, meio ambiente equilibrado etc. é constitucional, como visto. É direito inexpugnável a favor do cidadão-consumidor.

d) Existem, além disso, outros argumentos jurídicos menos relevantes, mas que também são aplicáveis ao caso:

d.1) Há milhares de cidadãos isentos de pagamentos de tributos e taxas sem que isso implique a descontinuidade dos serviços ou qualquer problema para a administração do Estado;

d.2) Um bem maior como a vida, a saúde e a dignidade não pode ser sacrificado em função do direito de crédito (um bem menor);

d.3) É plenamente aceitável que seja fornecido ao cidadão um serviço público gratuito. Aliás, em última instância é essa a função do Estado, que deve distribuir serviços de qualidade e gratuitos a partir dos tributos arrecadados. Não há nenhum impedimento lógico para que certos grupos sociais de menor poder aquisitivo recebam, portanto, alguns serviços públicos sem ter de pagar por eles. Repito: já é assim com tributos como, por exemplo, o IPTU;

d.4) Aliás, se quem mais pode mais paga tributo, não há qualquer inconveniente em que aquele que não pode pagar pelo serviço público o receba gratuitamente, como já ocorre no atendimento hospitalar, na segurança pública, na educação etc.

É preciso concretizar num exemplo a intenção da lei, para se ficar plenamente convencido da justiça e constitucionalidade de sua determinação.

Tomemos o caso do serviço de energia elétrica ou de água e esgoto. Suponhamos a família composta por João da Silva, sua esposa Maria e seus dois filhos pequenos, de 2 e 4 anos de idade. Digamos que ele, trabalhador da indústria metalúrgica há muitos anos, perca o emprego, pois a indústria empregadora, num corte de gastos, mandou embora dezenas de trabalhadores[5].

João da Silva mora com a família numa pequena casa financiada pelo Sistema Financeiro de Habitação. Juntou, anos a fio, uma reserva mensal para poder dar entrada no seu sonho (e necessidade) maior: o imóvel. Mas, depois que o adquiriu, com o nascimento do seu segundo filho, o arrocho salarial e o aumento das despesas, não conseguiu mais guardar um "tostão" sequer, como se diz.

Pois bem. Despedido, passou a engrossar a longa fila dos desempregados e a viver da mirrada quantia do seguro-desemprego. Os depósitos que tinha, retirados do Fundo de Garantia, esgotaram-se em três meses, já que a maior parte foi usada para complementar a parcela de entrada da residência.

Com dificuldades para comprar comida para seus filhos, João deixou de pagar as contas de água e energia elétrica. Ou, em outros termos, os serviços públicos essenciais de água e esgoto e de energia elétrica fornecidos na casa de João e que são medidos e cobrados todo mês – e que, diga-se, ele *sempre* pagou – não foram quitados no vencimento.

Agora, o que irá acontecer?

Para os adeptos da posição de que pode haver suspensão da entrega dos serviços essenciais em caso de inadimplemento, João da Silva, sua esposa e filhos pequenos estarão em grande dificuldade, e a violação a seus direitos constitucionais será flagrante.

Se os prestadores dos serviços públicos cortarem o fornecimento de energia elétrica, bem como água e esgoto, além das perdas imediatas (comida se estragando na geladeira, riscos de acidente noturno no escuro com as crianças etc.), os direitos básicos daquelas pessoas passam a não ser supridos. Com isso, surge um problema de saúde pública.

As chances de João e sua esposa e, especialmente, de seus filhos adoecerem aumentam enormemente. E, quanto mais tempo passar, pior será. Diríamos até que, depois de algum tempo, o problema de saúde inexoravelmente ocorrerá.

Nem estou citando o sofrimento (o dano moral) de João e seus familiares, porque ele é evidente.

Doente aquela família, há riscos para os demais cidadãos que com eles convivem e, assim, para toda a comunidade. (Paradoxalmente, o Estado estará punindo essas pessoas causando-lhes dor e sofrimento, fazendo-as adoecer e, depois, deverá delas cuidar nos serviços de saúde!)

É isso o que essa posição doutrinária pretende?

Garantia constitucional

A carta constitucional proíbe terminantemente que isso ocorra:

a) O meio ambiente no qual vive o cidadão – sua residência, seu local de trabalho, sua cidade etc. – deve ser equilibrado e sadio.

É verdade que é difícil obter um adequado meio ambiente no que respeita ao ar atmosférico numa grande cidade. Mas não é numa casa. E esse direito já está garantido com plena eficácia.

b) É desse meio ambiente que decorre, em larga medida, a saúde da pessoa e consequentemente sua vida sadia, tudo garantido constitucionalmente.

c) Se para a manutenção desse meio ambiente e da saúde e vida sadia do indivíduo têm de ser fornecidos serviços públicos essenciais, eles só podem ser ininterruptos.

d) O corte do serviço gera uma violação direta ao direito do cidadão e indiretamente à própria sociedade.

e) Aliás, numa análise global da possível economia do sistema de administração da justiça distributiva, é evidente que é mais custoso para o Estado ter de amparar a família que adoeceu por falta do fornecimento dos serviços essenciais do que fornecê-lo gratuitamente, conforme acima anotei (afora o problema de as doenças se espalharem[6]).

É um trabalho simples e barato de prevenção da saúde.

Preço

Além disso tudo e para concluir, falo um pouco do preço do serviço público.

A remuneração do serviço público, adotando o regime tarifário, tem a mesma concepção de preço, mas não se confunde com o preço privado, cuja amplitude nasce num contexto de fixação pelo fornecedor, dentro dos parâmetros e com os limites constitucionais.

Ora, o serviço público é bem indisponível, sendo prestado pelo Estado e seus agentes por força de lei. Tais agentes não podem dispor do serviço público; são obrigados a prestá-lo para atingir o interesse público irrenunciável.

Assim, ainda que remunerado por meio de preço (tarifa), é claro que este há de cercar-se de características especiais, já que nesta seara não há que se falar em negociação ou decisão entre as partes contratantes, nem em disponibilidade do objeto do negócio.

Não se pode, por isso, confundir o preço que o consumidor paga ao adquirir roupas numa loja com o preço que o usuário de um serviço público, essencial e indisponível paga a uma concessionária.

Ademais, mesmo na esfera privada há produtos e serviços necessários como, p. ex., o medicamento produzido por uma única empresa que pode curar o câncer, o atendimento do socorro médico etc. Nesses casos, o consumidor também não tem escolha. Não pode decidir por adquirir ou não: é prisioneiro da compra.

Nos serviços públicos a necessidade é de sua própria natureza. De um lado o comando constitucional determina sua prestação; de outro, o usuário

não tem possibilidade de escolher a negociação: é obrigado a usufruir do serviço público, tanto mais em se tratando do serviço essencial.

Logo, não são o preço e seu pagamento que determinam a prestação do serviço público, mas a lei.

Nessa linha de entendimento já expunha Geraldo Ataliba: "Se o serviço é público, deve ser desempenhado por força de lei, seu único móvel. O pagamento (...) é-lhe logicamente posterior: é mera consequência; não é essencial à relação de prestação-uso do serviço."[7]

Adequação, segurança e continuidade são características ligadas à necessária eficiência dos serviços públicos

Destarte, com ou sem pagamento do preço (tarifa), o Estado não pode eximir-se de prestar o serviço público, como determina a lei. Claro que esse quadro não se altera quando os serviços são prestados mediante concessão ou permissão.

E, para concluir minhas observações, mais dois pontos.

O primeiro, já adiantado, refere-se à constatação de que existem serviços públicos fornecidos independentemente do pagamento. Por exemplo, o de coleta de lixo. Quer o cidadão pague quer não as taxas cobradas, o lixo é (tem de ser) recolhido. Pelo simples motivo de que isso é essencial, contínuo e fundamental para a manutenção de um meio ambiente saudável.

O segundo é relativo ao direito de crédito do prestador do serviço público.

Não se pretende simplesmente tirar-lhe o direito de receber o *quantum* relativo ao fornecimento do serviço. Ele pode, é claro, receber seu crédito. Mas este, para ser cobrado, estará também submetido às regras instituídas no CDC.

A cobrança não pode ser abusiva (art. 42, c/c o art. 71). E uma ameaça ilegal de cobrança é a do corte do serviço essencial. E pior: o corte efetivo com o intuito de forçar o consumidor inadimplente ao pagamento é uma concreta violação.

A meu ver só há um caminho para o prestador do serviço essencial suspender o fornecimento desse serviço: é ele propor ação judicial para cobrar seu crédito e nessa ação comprovar que o consumidor está agindo de má-fé ao não pagar as contas. Pode haver, inclusive, pedido de antecipação de tutela ou pedido de liminar em cautelar, se o fornecedor-credor puder demonstrar a má-fé do consumidor.

Naturalmente, no caso de João da Silva e sua família, o corte dos serviços não poderá ser feito. Mas, no de alguém que, não pagando as contas de água, adquire um automóvel zero-quilômetro, é fácil demonstrar sua má intenção.

Com isso, salva-se o sistema jurídico, respeita-se o consumidor e garante-se o direito do credor. A justiça plena do sistema constitucional se realiza. E nem se argumente que tal circunstância seria uma violação ao direito do credor, porquanto, como aqui já referi inúmeras vezes, receber ou não crédito decorre do risco de sua atividade. E lembre-se que, atualmente, no sistema jurídico brasileiro, um credor como, por exemplo, um banco pode ficar impossibilitado de receber seu crédito pela via judicial se o devedor residir no único imóvel que lhe pertence, impenhorável por força da Lei 8.009, que instituiu o chamado bem de família legal, e não tiver mais bens penhoráveis. Nem por isso se pode falar em injustiça, uma vez que aquela lei é constitucional e decorre do direito de moradia, assegurado na carta magna, que também garante, como já vimos, a vida sadia, o meio ambiente equilibrado e, assim, a dignidade da pessoa humana.

NOTAS

[1] Para ficar só com um exemplo, veja-se o caso da decisão da 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo no agravo de instrumento interposto pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – Sabesp. Nas razões do recurso do feito, que envolve a discussão a respeito de valores cobrados pelo fornecimento de água e esgoto (que o consumidor alega foram cobrados exorbitantemente), a empresa fornecedora fundamenta sua resignação "na não subordinação da relação jurídica subjacente àquela legislação especial (o CDC)". O Tribunal, de maneira acertada, rejeitou a resistência da Sabesp: "indiscutível que a situação versada, mesmo envolvendo prestação de serviços públicos, se insere no conceito de relação jurídica de consumo. Resulta evidente subordinar-se ela, portanto, ao sistema do Código de Defesa do Consumidor" AI 181.264-1/0, rel. Des. J. Roberto Bedran, j. 9-2-1993, v. u., RTJE 132/94.

[2] Para mais dados, consultar meu *Curso de direito do consumidor*, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, Cap. 3, item 3.11.

[3] *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 235.

[4] *Direito administrativo brasileiro*, 13. ed. São Paulo: Saraiva, p. 90.

[5] Realço que esse exemplo inventado é absolutamente (e infelizmente) real no país, e, aliás, os casos que se multiplicam são muito piores do que esse aqui relatado.

[6] Isso sem falar em outros problemas que o corte de serviços públicos acarreta, como o da segurança, por exemplo.

[7] *Hipótese de incidência tributária*, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 146.

A PROIBIÇÃO DOS CONSUMOS MÍNIMOS NOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS

Cristina Rodrigues de Freitas
Assessora jurídica da apDC – associação portuguesa de Direito do Consumo

EXCERTOS

"Podem coexistir dentro do mesmo setor serviços de interesse geral e serviços de interesse económico geral e que, quer uns, quer outros, estão sujeitos a obrigações de serviço público"

"Devem ser observados, sem restrições, os princípios da prevenção e da precaução, proibindo-se o fornecimento de produtos e a prestação de serviços que, em condições de uso normal ou previsível, impliquem riscos incompatíveis com o seu desempenho"

"Aos consumidores, enquanto destinatários finais dos serviços oferecidos, deve ser garantida a consulta adequada às instituições e a sua participação nos processos de decisão"

"O consumidor só se encontra obrigado ao pagamento daquilo que efetivamente consome e na exata medida do seu consumo, vale dizer, também no domínio dos serviços públicos essenciais"

1. Introdução

Antes de entrarmos no cerne, propriamente dito, do tema que pretendemos desenvolver na presente exposição – a proibição dos consumos mínimos nos serviços públicos essenciais –, importa fazer uma abordagem do conceito de serviços públicos essenciais e do respectivo enquadramento jurídico.

Assim, encontramos o elenco do que, no nosso ordenamento jurídico, é considerado como serviço público essencial na Lei 23/96, de 26 de julho, modificada no tempo pela Lei 12/2008, de 26 de Fevereiro, Lei 24/2008, de 6 de junho, Lei 6/2011, de 10 de março, Lei 44/2011, de 22 de junho e, finalmente, pela Lei 10/2013, de 28 de janeiro.

Na sua versão originária dispunha o artigo 1º, n. 2, serem abrangidos pelos mecanismos de tutela e proteção dos utentes os seguintes serviços:

a) serviço de fornecimento de água;
b) serviço de fornecimento de energia elétrica;
c) serviço de fornecimento de gás;
d) serviço de telefone.

Efetivamente, a lei de que se cura entendeu dotar este núcleo de serviços, considerados como essenciais ao quotidiano de qualquer cidadão, e sem os quais se poderá conceber qualquer nível de qualidade de vida, de um conjunto de mecanismos especiais de tutela dos direitos e interesses dos utentes, informados, a par, por princípios e diretrizes que norteiam as relações advindas da celebração de um contrato de prestação de um serviço deste jaez.

O cenário viria a alterar-se, por vez primeira, em 2004, com a publicação e entrada em vigor da Lei 5/2004, de 10 de fevereiro, ou a vulgarmente designada Lei das Comunicações Electrónicas.

Com este novo diploma o cenário alterou-se pois, no seu artigo 127º, n. 2, pode ler-se claramente e sem deixar qualquer margem a dúvidas que:

"*O serviço de telefone é excluído do âmbito de aplicação da Lei n. 23/96, de 26 de Julho e do Decreto – Lei n.195/99, de 8 de Junho*"

A exclusão do serviço de telefone do âmbito de aplicação da lei dos serviços públicos essenciais radica no próprio conceito de serviços públicos essenciais.

2. Qualificação dos serviços públicos essenciais

Considerar um serviço como público e essencial é considerá-lo fundamental e credor de atenção redobrada. Todavia, a expressão "serviço público essencial" tem de ser analisada e interpretada de molde a que possamos extrair toda a sua amplitude.

E não poderemos compreender esta noção sem analisar expressões a ela subjacentes.

Assim, e desde já, temos de lançar mão das noções de serviço de interesse geral e de serviços de interesse económico geral.

Como nota introdutória pode dizer-se que o conceito de serviços de interesse geral na União Europeia é pluriforme e mais abrangente do que a de serviços de interesse económico geral.

No Livro Verde sobre serviços de interesse geral, apresentado pela Comissão Europeia em 21 de maio de 2003 e que confirmou claramente a importância dos serviços de interesse geral de qualidade para a sociedade europeia, enquanto pilar de um modelo europeu de sociedade, pode ler-se que "muito embora a expressão de serviços de interesse geral não conste do Tratado e que derive da prática do conceito de serviços de interesse económico geral, é mais vasta do que esta última e abrange serviços mercantis e não mercantis, considerados de interesse geral pelas autoridades públicas e por esse motivo sujeitas a obrigações específicas de serviço público".

Exemplos deste tipo de serviços seriam a cultura, a educação, a saúde, os serviços sociais etc.

Em relação aos serviços de interesse económico geral refere-se, a expressão, a serviços de natureza económica aos quais os Estados – membros ou a comunidade – impõem obrigações de serviço público por força de um critério de interesse geral. Abrange assim, sobretudo, certos serviços prestados pelas grandes indústrias de rede como os transportes, os serviços postais, as energias e as comunicações. Todavia, também se refere a qualquer outra atividade económica sujeita a obrigações de serviço público.

Convém no entanto dizer que podem coexistir dentro do mesmo setor serviços de interesse geral e serviços de interesse económico geral e que, quer uns, quer outros, estão sujeitos a obrigações de serviço público e esta expressão é usada no livro verde "*referindo-se a requisitos específicos que são impostos pelas autoridades públicas a quem presta um dado serviço, a fim de garantir o cumprimento de certos objetivos de interesse público*".

São estas obrigações, resumidamente:

a) serviço universal;
b) continuidade;
c) qualidade do serviço;
d) acessibilidade dos preços;
e) proteção dos utilizadores e dos consumidores.

Com base nestas obrigações, devem os serviços de interesse geral ser abrangidos pelos seguintes direitos e princípios do utilizador/consumidor:

a) transparência e plena informação;
b) saúde e segurança;
c) regulamentação independente;
d) representação e participação ativa;
e) recurso.

E bem assim os seguintes direitos:

a) acesso;
b) acessibilidade dos preços;
c) segurança;
d) qualidade;
e) escolha;
f) plena transparência e informação;
g) segurança e fiabilidade;
h) lealdade;
i) regulação independente;
j) vias de recurso.

Como se pode constar, estas obrigações e direitos dos utilizadores/consumidores estão claramente interligados, não se chegando a perceber quando começam uns e acabam outros, representando, no fundo, as duas faces de uma mesma moeda.

Para garantir estas obrigações de serviço público, diz-se no livro terem "*as entidades reguladoras um papel importantíssimo a desempenhar para garantir a prestação de serviços de interesse geral, criar condições para prevenir perturbações no serviço e garantir níveis adequados de proteção do consumidor*".

Também no Livro Branco sobre os Serviços de Interesse Geral (a comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões), de 12 de maio de 2004, muito embora aí se equacionem questões de relevo no que toca aos serviços de interesse geral, no seguimento das orientações apresentadas pelo Livro Verde, em termos de definições terminológicas, não existe qualquer avanço em relação a este, usando, precisamente, as mesmas definições, podemos dizê-lo, "indefinidas".

O parecer de iniciativa do Comité Económico e Social Europeu, de 10 de fevereiro de 2005, sobre a "Política dos Consumidores após o alargamento da U.E" refere que:

"*Outro dos domínios em que se verifica uma importante lacuna regulamentar ao nível comunitário é o que se refere à definição do âmbito dos serviços essenciais de interesse geral e dos princípios que os devem reger, pelo que toca à continuidade e à universalidade das prestações, à abordabilidade dos preços, ao direito de acesso à liberdade de escolha, etc.*"

Refere, ainda, que "*o alargamento da UE impõe que sejam definidas linhas de orientação precisas tendo em vista as situações de privatização de alguns serviços públicos essenciais e a identificação, com caráter imperativo, do núcleo de serviços de interesse geral, de que não podem deixar de fazer parte os transportes aéreos e ferroviários, a eletricidade, o gás, os serviços postais e as telecomunicações*".

Pelo exposto, e após a resenha que fizemos dos documentos da União Europeia, observamos que os serviços de interesse geral exorbitam do quadro quer do Livro Branco quer do Livro Verde e, nesta medida, um pouco em jeito de conclusão, há um núcleo que há que considerar essencial, a saber:

a) as águas;
b) as energias (onde se enquadram quer a eletricidade quer o gás);
c) as comunicações eletrónicas;
d) as comunicações postais;
e) os transportes públicos;
f) os serviços de saúde;
g) os serviços de proteção social;
h) os serviços de educação.

No fundo, este é o conjunto de serviços mínimos que se pretende garantidos e dotados de especial proteção, sem os quais não existe sequer a possibilidade de se conceber uma comunidade inserida na União Europeia. São, por assim dizer, a base de uma sociedade esclarecida, independentemente de se tratarem de serviços de interesse económico (tal como por exemplo as energias) ou não económicos (tal como a educação ou a saúde).

Assim, a nosso ver e para finalizar este capítulo, em sintonia com o parecer da iniciativa do Cese, nos serviços essenciais de interesse geral há várias ordens de grandeza a considerar, uma hierarquia e princípios dominantes, como segue:

a) **O direito de acesso**, na sua tripla vertente, a saber:

1 – Acesso físico, independentemente do estatuto particular, da idade ou das deficiências que possam limitar o utente, ou seja, não pode o acesso ao serviço universal ser negado a quem quer que seja, sob pena de violação do princípio

da igualdade, haja ou não regras particulares no que toca a consumidores economicamente desfavorecidos;

2 – Acesso económico, ou seja, a contrapartida pela prestação do serviço em causa deve pautar-se por valores acessíveis, moderados e em cuja definição devem participar todos os atores envolvidos (incluídos os consumidores);

3 – Acesso geográfico: impõe-se que haja condições para que o serviço seja prestado independentemente do lugar do domicílio do consumidor.

b) **O direito de escolha**

Este direito entende-se na existência de pluralidade de serviços e fornecedores e, por outro lado, estende-se a tecnologias e a infraestruturas, bem como a condições gerais alternativas dos contratos, em particular no que toca a modos de fornecimento, garantia e assistência.

c) **O direito à segurança**

Significando-se, neste particular, à segurança física e, em harmonia com a política dos consumidores na União Europeia, que sejam observados, sem restrições, os princípios da prevenção e da precaução, proibindo-se o fornecimento de produtos e a prestação de serviços que, em condições de uso normal ou previsível, impliquem riscos incompatíveis com o seu desempenho, inaceitáveis de acordo com um elevado nível de proteção da saúde e da segurança física das pessoas.

d) **O direito à qualidade dos produtos ou serviços**

Para que seja realizado, impõem-se obrigações de base aos agentes económicos que garantam a qualidade física dos produtos fornecidos ou dos serviços prestados aos consumidores.

Desdobra-se este direito na fiabilidade e continuidade dos serviços; comunicação com os consumidores, indicadores de qualidade e respectiva publicidade, inquéritos de satisfação, pagamento e suas opções, e reclamações e tratamento.

e) **O direito à continuidade e fiabilidade do fornecimento**

Impõe-se, no que diz respeito aos serviços de interesse geral, que sejam assegurados de modo contínuo, permanente e fiável, implicando uma garantia contra a ausência de conexão ou de continuidade.

f) **O princípio da transparência**

Não se pode falar de transparência sem falar de informação, como se sabe, direito fundamental dos consumidores e alicerce de qualquer relação jurídica, e relativamente aos serviços de interesse geral pretende-se uma informação que

garanta o domínio das características essenciais de produtos e serviços. Entre outras, impõe-se:

– informação clara e compatível sobre as tarifas;
– clareza das faturas dos consumidores domésticos;
– modalidades e condições de fornecimento;
– os direitos dos consumidores no domínio do contrato de fornecimento;
– regulamentação.

g) **O princípio da equidade**

Este princípio refere-se já não tanto aos consumidores e sim às empresas, isto é, se a prestação de serviços for assegurada por diferentes empresas impõe-se que se estabeleça uma concorrência real e leal, essencial para garantir um sistema uniforme que proporcione idênticas condições entre operadores (designadamente um acesso equitativo às infraestruturas) o que, em último termo, beneficiará, de igual modo, os consumidores, manifestando-se assim, em todo o seu esplendor, o princípio da igualdade.

h) **O direito de representação (e de participação ativa)**

Aos consumidores, enquanto destinatários finais dos serviços oferecidos, deve ser garantida a consulta adequada às instituições e a sua participação nos processos de decisão. Assim, impõe-se a criação de normas nesta matéria, nomeadamente no que diz respeito à participação das associações de consumidores em todos os projetos que se instaurem.

i) **O direito a entidades independentes de regulação**

Na linha de orientação da Comissão Europeia, entende-se deverem ser constituídos organismos que não dependam nem dos governos nem das empresas e que disponham de recursos adequados, de poderes sancionatórios e de atribuições claramente definidas para que possam seguir uma atividade reguladora e fiscalizadora, claramente isenta de quaisquer interesses.

j) **Resolução de litígios**

Os Estados-membros deverão prever sistemas gratuitos e amigáveis de composição de interesses, mecanismos de indenização em caso de prejuízos causados aos consumidores, resolução imparcial dos litígios que persistam e, numa palavra, uma justiça acessível e pronta que garanta os consumidores contra todos os bloqueios que se lhes deparem.

Podemos, pois, afirmar peremptoriamente que, não obstante as incertezas no que toca à terminologia que ainda subsistem no quadro europeu, os serviços de que tratamos no presente trabalho, serviços de interesse geral, norteiam-se

pelos princípios atrás expressos disponibilizando aos consumidores/utentes um conjunto de direitos que se espera não passem de letra morta.

3. O ordenamento jurídico português

Efetuado, na medida do possível, o esclarecimento devido a nível conceptológico, temos, por ora, que nos centrar no nosso ordenamento jurídico.

Como já oportunamente referenciado, em 1996, com a publicação da Lei 23/96, de 26 de julho, o núcleo dos serviços considerados como públicos e essenciais consistia no serviço de fornecimento de água, energia elétrica, gás e serviço de telefone (veja-se o art. 1º, n. 2, na sua redação originária).

Beneficiava, pois, este "núcleo duro" de serviços de um regime especial e específico de proteção, consignado na lei, e com um conjunto de prescrições (tais como o dever geral de boa-fé, o dever de informação, o direito à quitação parcial, proibição de cobrança de consumos mínimos, o direito à faturação detalhada, a prescrição do direito do prestador do serviço de exigir o pagamento seis meses após a sua prestação etc.).

Também como já referenciado, em 2005, com a entrada em vigor da Lei 5/2004, de 10 de fevereiro – Lei das Comunicações Electrónicas –, o serviço de telefone foi excluído do âmbito de aplicação da Lei dos Serviços Públicos Essenciais, o que significou um claro retrocesso ao nível da proteção do consumidor, nomeadamente em relação ao prazo de prescrição de dívidas, passando a aplicar-se o prazo geral previsto no Código Civil de cinco anos e não já o prazo de seis meses constante do artigo 10º da Lei 23/96.

No entanto, em 2008, com a primeira alteração à Lei dos Serviços Públicos Essenciais, operada pela Lei 12/2008, de 26 de fevereiro, a prestação do serviço de telefone voltaria a ser elevada à categoria de serviço público essencial, procedendo, ainda, a nova lei a um alargamento dos serviços assim considerados.

Assim, atualmente, são considerados como serviços públicos essenciais os seguintes serviços:

a) serviço de fornecimento de água;

b) serviço de fornecimento de energia elétrica;

c) serviço de fornecimento de gás natural e gases de petróleo liquefeitos canalizados;

d) serviço de comunicações eletrónicas;

e) serviços postais;

f) serviço de recolha e tratamento de águas residuais;

g) serviços de gestão de resíduos sólidos urbanos.

É, como tal, este o conjunto de serviços considerado como beneficiador de especiais mecanismos de tutela e proteção dos respectivos utentes, o que nos leva, de passo, ao objeto do presente estudo.

4. A proibição dos consumos mínimos nos serviços públicos essenciais

O artigo 8º da Lei 23/96 estabelecia, na sua redação originária e sem mais, o que segue:

"*São proibidas a imposição e a cobrança de consumos mínimos.*"

Prendia-se esta proibição, naturalmente, com o princípio segundo o qual o consumidor só está obrigado ao pagamento daquilo que consome e na exata medida do seu consumo.

Daí que, natural e consequentemente, consagre a lei, de igual passo, no que tange à faturação, no seu art. 9º o que segue:

"*1 – O utente tem direito a uma factura que especifique devidamente os valores que apresenta.*

2 – A factura a que se refere o número anterior deve ter uma periodicidade mensal, devendo discriminar os serviços prestados e as correspondentes tarifas.

3 – No caso do serviço de comunicações electrónicas, e a pedido do interessado, a factura deve traduzir com o maior pormenor possível os serviços prestados, sem prejuízo do legalmente estabelecido em matéria de salvaguarda dos direitos à privacidade e ao sigilo das comunicações".

O princípio atrás exposto encontra, ainda, correspectividade no artigo 9º da Lei 24/96, de 31 de julho (*vulgo*, Lei do Consumidor), o qual consagra o direito do consumidor à proteção dos seus interesses económicos.

Nos seus termos, o consumidor "*tem direito à proteção dos seus interesses económicos, impondo-se nas relações jurídicas de consumo a igualdade material dos intervenientes, a lealdade e a boa-fé, nos preliminares, na formação e ainda na vigência dos contratos*".

Assim, e sumariamente, pretendia-se que existisse uma real correspectividade, qual sinalagma, entre o preço que é cobrado ao utente e o consumo por ele efetuado, verdadeira correspondência com um consumo real e efetivo.

Ora, certo é que no domínio dos serviços públicos essenciais foram variegados os atropelos cometidos, impondo-se aos consumidores/utentes o

pagamento de tarifas sob as mais variadas denominações que não poderiam ser assacadas aos consumidores, dado não existir uma correspectividade com o serviço prestado.

A título de exemplo, refira-se, no domínio das comunicações eletrónicas, à cobrança de determinado valor, fixo, pelo impulso da chamada, antes da mesma estar efetivamente estabelecida.

De igual modo, relativamente à prestação do serviço de fornecimento de água, ou energia elétrica, o preço formar-se através de uma componente fixa (invariável) e uma componente variável (correspondente esta última ao consumo efetivamente efetuado).

Em 2008, com a publicação da Lei 12/2008, a redação do artigo sofreu uma alteração, tendo o legislador introduzido mais dois números, sendo que atualmente o preceito normativo é o que segue:

"*1 – São proibidas a imposição e a cobrança de consumos mínimos.*

2 – É proibida a cobrança aos utentes de:

a) Qualquer importância a título de preço, aluguer, amortização ou inspecção periódica de contadores ou outros instrumentos de medição dos serviços utilizados;

b) Qualquer outra taxa de efeito equivalente à utilização das medidas referidas na alínea anterior, independentemente da designação utilizada;

c) Qualquer taxa que não tenha uma correspondência directa com um encargo em que a entidade prestadora do serviço efectivamente incorra, com excepção da contribuição para o audiovisual;

d) Qualquer outra taxa não subsumível às alíneas anteriores que seja contrapartida de alteração das condições de prestação do serviço ou dos equipamentos utilizados para esse fim, excepto quando expressamente solicitada pelo consumidor.

3 – Não constituem consumos mínimos, para efeitos do presente artigo, as taxas e tarifas devidas pela construção, conservação e manutenção dos sistemas públicos de água, de saneamento e resíduos sólidos, nos termos do regime legal aplicável".

Se por um lado, o legislador veio clarificar, de algum modo, o princípio a que aludíramos, estabelecendo no n. 2 do preceito normativo a proibição de cobrança ao utente de qualquer quantia que não encontre correspectividade com o consumo efetuado, veio, através do n. 3, deixar a porta aberta à cobrança de taxas pela construção, conservação e manutenção dos sistemas públicos, tal como aí definidos e que podem levar a situações menos claras, não percepcionando o consumidor, se não forem os valores devidamente esclarecidos e justificados, o porquê da sua cobrança.

Ao estabelecer o legislador a proibição de cobrança de qualquer quantia a título de aluguer, amortização ou inspeção de contadores, ou outros instrumentos

de medição dos serviços utilizados, verificou-se, rapidamente, o surgimento de "taxas" sob as mais variadas designações, tais como taxa de disponibilização do serviço, taxa de conservação das redes, taxas de disponibilidade, taxa de assinatura do telefone (no que tange ao serviço de telefone) e a "taxa de potência", relativa à distribuição de eletricidade.

A verdade é que constituem, as referenciadas taxas, as mais das vezes serviços mínimos encapotados, ao arrepio da lei, o que levou a que fossem, inclusivamente, intentadas ações populares contra várias empresas prestadoras do serviço, por estarem em causa interesses individuais homogéneos, como é o caso dos utentes dos serviços de água e gás, merecedores da correspondente tutela.

Certo é que, tal como pode ler-se no Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, de 11 de julho de 2008:

"*Justifica-se mencionar alguns elementos dos trabalhos preparatórios da Lei n.º 12/2008, de 26 de Fevereiro.*

Na exposição de motivos do Projecto de lei n.º 263/X lê-se ([40]): «*Entendeu-se fixar a proibição da cobrança aos utentes de importâncias relativas ao uso dos contadores e outros instrumentos de medição aplicados pelos prestadores de serviços para controlo dos consumos efectuados. Os custos destes instrumentos, sendo inerentes ao exercício da actividade do prestador, devem ser por estes suportados e não incluídos na factura dos serviços paga pelo utente*».

Na apreciação, na generalidade, do projecto de lei, o Deputado Renato Sampaio (PS) referiu, na respectiva apresentação, que, com a iniciativa legislativa, se pretendia também «corrigir uma injustiça que tem prevalecido ao longo dos anos sem que nada o justifique – o aluguer de aparelhos de medição dos serviços prestados» ([41]).

«*Esta prática – prosseguiu – consubstancia uma verdadeira taxa fixa e permanente. Não é justa a prática corrente de cobrança de um valor pelo aluguer de um contador quando a amortização deste se pode fazer ao fim de determinado tempo e não indefinidamente pelo tempo de duração do contrato de prestação do serviço.*»

A Deputada Alda Macedo (BE) questionou, nestes termos, o Deputado que apresentara o projecto de lei ([42]):

«*Este projecto parece-me insuficiente porque deixa ficar de fora duas áreas, se é que interpreto a redacção das alíneas do artigo 8.º da Lei n.º* 23/96, *tal como estão propostas adequadamente. Essa insuficiência tem que ver com o facto de, hoje, o cidadão comum, na sua conta de electricidade, além da taxa de contador, pagar também uma taxa de exploração. Pergunto-lhe, pois, se é a esta taxa de exploração que se refere quando o projecto de lei diz "outras taxas conexas com aquilo que são os instrumentos de medição". É preciso que isto fique aqui claro, para sabermos exactamente do que é que estamos a falar.*»

Esta concreta pergunta ficou, no debate, sem resposta, tendo o Deputado Renato Sampaio (PS) reafirmado que a taxa de aluguer dos contadores «é, do nosso ponto de vista, indevida: é uma taxa a coberto de um aluguer de um aparelho de medição que deve ser da responsabilidade da entidade prestadora de serviços» ([43]).

A Deputada Heloisa Apolónia (Os Verdes) realça que o projecto de lei «promove o alargamento da abrangência de serviços públicos essenciais fornecidos aos consumidores, a proibição de fixação de taxas encapotadas, o que nos parece extraordinariamente importante, como os montantes pagos pela existência de um contador que permite ao prestador de serviço contabilizar o consumo efectuado, ou a classificação da regularização do pagamento por defeito e em excesso ([44]).

Considerar um serviço como público e essencial é considerá-lo fundamental e credor de atenção redobrada

Na vigência da redacção originária da Lei n.º 23/96, escrevia Ferreira de Almeida ([45]):

«No artigo 8.º, a Lei n.º 23/96 proíbe a "imposição e cobrança de consumos mínimos". Trata-se de uma verdadeira regra de protecção do utente, visto que o beneficia para além da mera aplicação do direito contratual comum. Pode todavia ser facilmente defraudada através do débito de "taxas" (por exemplo, taxas de ligação, de disponibilidade e de potência) com valor exorbitante (–) ou até sem correspondência numa contraprestação efectiva pelo fornecedor. Seria conveniente que a lei fosse mais explícita a este propósito, consignando critérios de orientação para as entidades reguladoras ee para os próprios fornecedores.»

Já Menezes Cordeiro ([46]), aquando da discussão pública doanteprojecto de Código do Consumidor, e sobre o alcance e o significado da proibição constante do artigo 322.º ([47]), que retomava o artigo 8.º da Lei n.º 23/96, entendia que «[u]m "consumo mínimo" é uma técnica de facturação pela qual o prestador do serviço cobra, "à cabeça", um montante equivalente a um certo consumo, independentemente de ele ter ocorrido. Tal montante é, economicamente, equivalente a:

– uma assinatura;

– um aluguer de contador;

– uma taxa de acesso ao serviço».

Após as alterações de 2008, Calvão da Silva defende «[a] proibição da cobrança aos utentes de qualquer contrapartida – independentemente do seu nomeniuris (preço, aluguer, taxa, "imposto", encargo, taxa de disponibilidade, amortização, etc.) – pelo uso de contadores e de outros instrumentos de medição dos consumos evidencia o sentido e fim da norma do n.º 2 do art. 8.º: os custos desses instrumentos utilizados

para controlodos consumos efectuados devem ser imputados aos prestadores dos serviços públicos como dispêndios inerentes ao exercício das actividades profissionais em causa» ([48]).

4. Merece ainda referência o regime jurídico aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores.

O Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março, transpôs para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2005/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio, relativa às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores e que visava, nos termos do seu artigo 1.º, «a aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros, relativas às práticas comerciais desleais que lesem os interesses económicos dos consumidores, contribuindo para o funcionamento correcto do mercado interno e para alcançar um elevado nível de defesa dos consumidores».

As práticas comerciais desleais são proibidas (artigo 4.º).

Segundo o artigo 5.º, é desleal qualquer prática comercial desconforme à diligência profissional, que distorça ou seja susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor seu destinatário ou que afecte este relativamente a certo bem ou serviço (n.º 1).

São práticas comerciais desleais em especial, nos termos do artigo 6.º do mesmo diploma legal:

«a) As práticas comerciais susceptíveis de distorcer substancialmente o comportamento económico de um único grupo, claramente identificável, de consumidores particularmente vulneráveis, em razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade, à prática comercial ou ao bem ou serviço subjacentes, se o profissional pudesse razoavelmente ter previsto que a sua conduta era susceptível de provocar essa distorção;

b) As práticas comerciais enganosas e as práticas comerciais agressivas referidas nos artigos 7.º, 9.º e 11.º;

c) As práticas comerciais enganosas e as práticas comerciais agressivas referidas, respectivamente, nos artigos 8.º e 12.º, consideradas como tal em qualquer circunstância».

O artigo 8.º, com a epígrafe acções consideradas enganosas em qualquer circunstância, considera como tais um conjunto de práticas comerciais, sendo de destacar a enunciada na alínea q):

«q) Sem prejuízo do disposto nos Decretos-Leis nºs 240/2006, de 22 de Dezembro, 172/2007, de 8 de Maio, e 81/2006, de 20 de Abril, fazer o arredondamento em alta do preço, da duração temporal ou de outro factor, directa ou indirectamente, relacionado com o fornecimento do bem ou com a prestação do serviço que não tenha

uma correspondência exacta e directa no gasto ou utilização efectivos realizados pelo consumidor e que conduza ao aumento do preço a pagar por ele"".

Cremos terem ficado delineados os principais argumentos representativos daquilo que constitui a proibição de cobrança de consumos mínimos no domínio específico dos serviços públicos essenciais, constituindo tal proibição um mecanismo de tutela dos direitos dos consumidores e constituindo a sua violação uma prática comercial desleal merecedora da correspondente sanção jurídica.

Muito embora já referenciado no Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, citamos, por expressivo, Calvão da Silva, no seu artigo "Serviços públicos essenciais: alterações à Lei n. 23/96 pelas Leis n^{os} 12/2008 e 24/2008", publicado in "Revista de Legislação e Jurisprudência", n. 3948, p. 172.

Não se pode falar de transparência sem falar de informação, como se sabe, direito fundamental dos consumidores e alicerce de qualquer relação jurídica

Sob a epígrafe "Proibição de contrapartida dos contadores ou instrumentos de medição", pode ler-se:

"*A proibição de cobrança aos utentes de qualquer contrapartida – independentemente do seu nomeniuris (preço, aluguer, taxa "imposto", encargo, taxa de disponibilidade, amortização, etc.) – pelo uso de contadores e de outros instrumentos de medição dos consumos evidencia o sentido e fim da norma do n.º 2 do art.º 8.º: os custos desses instrumentos utilizados para controlo dos consumos efectuados devem ser imputados aos prestadores dos serviços públicos como dispêndios inerentes ao exercício das actividades profissionais em causa.*

No que vai ao encontro do espírito da proibição geral de práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores pelo Decreto – Lei n.º 57/2008, de 26 de Março – diploma que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2005/229/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Março –, em especial da al q) do seu art.º 8.º que considera enganosa a prática comercial de

"*Fazer o arredondamento em alta do preço, da duração temporal ou de outro factor relacionado, directa ou indirectamente, com o fornecimento do bem ou com a prestação do serviço que não tenha uma correspondência exacta e directa no gasto ou utilização efectivos realizados pelo consumidor e que conduza ao aumento do preço a pagar por este*"".

E continua, no que em relação aos instrumentos de medição diz respeito:

"*Esse outro factor relacionado com o fornecimento do serviço público (da água, da electricidade, do gás, etc...) será o contador ou instrumento de medição sem*

correspondência exacta e directa no consumo efectivo realizado pelo consumidor e que conduz ao aumento do preço a pagar por este – equivalente, no efeito prático, à imposição da cobrança de consumo mínimo, proibido pelo n.º1 do art.º 8.º da Lei n.º 23/96, tal como equivalente será a imposição de preço inicial de ligação da chamada ao serviço telefónico.

Daí o custo desses contadores ou outros instrumentos de medição do consumo deverem ser suportados pelos prestadores dos serviços públicos, e não incluídos nas facturas dos serviços a pagar pelos utentes (art.º 8.º, n.º2, da Lei n.º 23/96, na redacção da Lei n.º 12/2008).

Estão assim revogadas as precedentes normas legais sectoriais incompatíveis com a nova disposição do n.º 2 do art.º 8.º da Lei n.º 23/96, por exemplo o art.º 94.º, n.º 2, al. d) da Lei n.º 5/2004".

Seguindo com a enumeração de exemplos de cobrança de consumos mínimos, em claro detrimento da lei, refere, a este propósito que:

"*O mesmo vale para o chamado custo de estabelecimento da chamada: custo inicial no estabelecimento de qualquer chamada telefónica, tarifada ao segundo só após esse montante. Na prática equivale a um arredondamento em alta da duração temporal e do preço da chamada – proibida prática comercial enganosa -, repristinação da já referida taxa de activação, que pela sua fixidez e independência da real duração da chamada cai na proibição de consumo mínimo (art. 8.º, n.º 1) e cuja ilegalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal de Justiça em acção popular, por a mesma não integrar a unidade de medida da comunicação telefónica: "mediante a taxa de activação o preço da chamada telefónica, em vez de medido pelo impulso, passa a conter dois elementos: um elemento fixo, que é a variação da chamada, e um elemento variável, que é o impulso*."

Em jeito de conclusão, podemos reafirmar, sem qualquer margem a dúvidas, que o consumidor só se encontra obrigado ao pagamento daquilo que efetivamente consome e na exata medida do seu consumo, vale dizer, também no domínio dos serviços públicos essenciais.

CONTRATO DE FORNECIMENTO DE ÁGUA NO ORDENAMENTO PORTUGUÊS

Sofia Pita e Costa
Assessora jurídica da ACOP – Associação de Consumidores de Portugal

EXCERTOS

"O fornecimento de água é tido como um serviço de natureza essencial que se espraia pelos diversos setores de atividade económica, sem esquecer o seu enorme valor social e ambiental"

"A prestação de serviços de abastecimento de água, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos urbanos consubstancia serviços que visam a prossecução do interesse público, atingindo um conjunto indeterminado de pessoas"

"O regime específico dos serviços públicos essenciais alarga o âmbito da proteção jurídica de quem contrata estes serviços, considerando para o efeito o conceito de utente"

"No domínio da prestação de serviços de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos urbanos, a celebração do contrato assenta nos comumente designados contratos de adesão"

"O contrato de prestação de serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais urbanas, garantindo a proteção do utilizador do serviço solicitado, é formalizado através de documento escrito, cuja cópia é entregue no momento da celebração"

CAPÍTULO I
Princípios aplicáveis

A água é suporte de vida, é essencial a todos os seres vivos.
Na Grécia Antiga, Tales de Mileto defendia que o elemento água era o princípio de todas as coisas, era a substância primordial que constituía a essência do universo. Ao longo dos tempos, a água foi assumindo um papel fundamental no desenvolvimento das civilizações, até, hodiernamente, se tornar um recurso imprescindível do quotidiano, nas mais diversas atividades da vida humana. Por esse motivo, o direito à água consagrou-se como direito humano essencial à sobrevivência, à qualidade e à plena fruição da vida.

Assim, nas sociedades modernas, o fornecimento de água é tido como um serviço de natureza essencial que se espraia pelos diversos setores de atividade económica, sem esquecer o seu enorme valor social e ambiental.

Em Portugal, a opção do legislador foi a de definir, entre os diversos serviços públicos prestados pelo Estado ou concessionários, aqueles considerados como essenciais. Entre eles encontra-se a prestação de serviços de água, que visa responder às necessidades básicas e essenciais dos cidadãos, sendo, por isso, classificada pelo ordenamento jurídico como serviço público essencial, que a lei fundamental protege enquanto direitos económicos, sociais e culturais, a que o Estado ou concessionários se obrigam a respeitar, a proteger e a facultar o acesso ao abastecimento de água e ao saneamento de águas residuais.

No que concerne ao regime jurídico aplicável à exploração e gestão dos serviços de água, que engloba, simultaneamente, o fornecimento de água e drenagem de águas residuais e o serviço de gestão de resíduos urbanos, aquele assenta num sistema de atribuições partilhadas entre os municípios (sistemas municipais e sistemas intermunicipais) e o Estado (sistemas multimunicipais), *cfr.* Lei 159/99, de 14 de setembro, Decreto-Lei 379/93, de 5 de novembro, alterado pelo Decreto-Lei 195/2009, de 20 de agosto, e Decreto-Lei 194/2009, de 20 de agosto.

Deste modo, sendo serviços essenciais ao bem-estar geral, à saúde pública e à segurança coletiva das populações, às atividades económicas e à proteção do ambiente, a sua concretização deve nortear-se pelos princípios gerais enunciados nas alíneas do n. 1 do artigo 5º do Decreto-Lei 194/2009, de 20 de agosto: princípio da promoção tendencial da sua universalidade e a garantia da igualdade no acesso; princípio da garantia da qualidade do serviço e da proteção dos interesses dos utilizadores; princípio do desenvolvimento da transparência na prestação dos serviços; princípio da protecão da saúde pública e do ambiente;

princípio da garantia da eficiência e melhoria contínua na utilização dos recursos afetos, respondendo à evolução das exigências técnicas e às melhores técnicas ambientais disponíveis; princípio da promoção da solidariedade económica e social, do correto ordenamento do território e do desenvolvimento regional.

No essencial, a atividade destes serviços deve pautar-se por critérios que permitam a todos os cidadãos ter acesso à água em condições adequadas ao consumo humano e ao saneamento de forma contínua, respondendo assim às necessidades básicas de todos os utilizadores, sem esquecer, claro, a segurança ambiental, *cfr.* artigo 8º do Decreto-Lei 306/2007, de 27 de agosto. Bem como o preço a pagar deve ser justo, de molde a não comprometer a capacidade de pagamento de outros serviços essenciais à vida de todos aqueles que deles necessitam.

CAPÍTULO II
Seção I
Da formação do contrato

1. Preliminares

A prestação de serviços de abastecimento de água, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos urbanos, consubstanciam serviços que visam a prossecução do interesse público, atingindo um conjunto indeterminado de pessoas; todavia, este tem de ser prosseguido sem esquecer o parâmetro fundamental do enquadramento desta atividade, isto é, sem olvidar os direitos e interesses legítimos dos utilizadores dos serviços, *cfr.* n. 1 do artigo 266º da Constituição da República Portuguesa.

Não obstante a sua classificação como serviços de caráter público, estes são de índole universal e essencial, daí que a sua prestação esteja sujeita a obrigações específicas, traduzidas na imposição e cumprimento destas, harmonizando o interesse público e os direitos individuais, de forma que a realização do interesse comum não extinga ou limite os direitos e interesses dos utilizadores dos serviços, ou, fazendo-o, o faça com a necessária proporcionalidade, *cfr.* artigo 3º do Decreto-Lei 194/2009, de 20 de agosto.

Neste domínio, a relação de prestação de serviços de água, de saneamento e de gestão de resíduos assenta na celebração de um negócio jurídico bilateral, num contrato entre as entidades gestoras (públicas ou privadas) que exploram o serviço público essencial de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais e os utilizadores destes mesmos serviços, distinguindo-se entre utilizadores domésticos

(serviços utilizados para fins habitacionais) e utilizadores não domésticos (serviços utilizados para outros fins), sujeito a normas de cariz específico, dado que se está perante uma relação jurídica à qual subjaz um contrato de consumo, que tem de obedecer a determinados requisitos, indispensáveis à salvaguarda dos direitos daqueles que com as entidades gestoras contratam.

O regime específico dos serviços públicos essenciais alarga o âmbito da proteção jurídica de quem contrata estes serviços, considerando para o efeito o conceito de utente. Ou seja, os agentes económicos prestadores de serviços públicos essenciais obrigam-se não só perante a pessoa singular, que seja consumidor tal como definido na Lei 24/96, de 31 de julho, alterado pelo Decreto-Lei 67/2003, de 8 de abril, e pela Lei 10/2013, de 28 de janeiro – Lei de Defesa do Consumidor (LDC) –, no n. 1 do artigo 2º: *"(…) todo aquele a quem sejam (…) prestados serviços (…), destinados a uso não profissional, (…)"*, mas também perante a pessoa coletiva.

É a estes sujeitos, pessoa singular e pessoa coletiva, pública ou privada, os utilizadores finais, que não têm como objeto de atividade a prestação desse mesmo serviço a terceiros, a quem deve ser assegurado de forma continuada o serviço de abastecimento de água, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos urbanos, *cfr.* Decreto-Lei 194/2009, de 20 de agosto.

A relação jurídica estabelecida entre a entidade gestora dos serviços (de água, de saneamento e de recolha de resíduos) e os utilizadores finais, para além de se encontrar estabelecida pelo Decreto-Lei 194/2009, de 20 de agosto, encontra-se, igualmente, submetida às normas particulares do regime jurídico da Lei 23/96, de 26 de julho (alterada pelas Leis 12/2008, de 26 de fevereiro, 24/2008, de 2 de junho, 6/2011, de 10 de março, 44/2011, de 22 de junho, e 10/2013, de 28 de janeiro), vulgo Lei dos Serviços Públicos Essenciais (LSPE), que regula de forma especial a prestação dos serviços considerados fundamentais. Esta tem como escopo a proteção dos utentes dos serviços públicos essenciais, de molde a assegurar o equilíbrio das partes nas relações jurídicas que se estabelecem nos diversos setores de prestação de serviços, *cfr.* artigo 1º da LSPE.

Desde logo, a proteção reflete-se nos utilizadores que adquirem os serviços para fins alheios à sua atividade profissional, não lhes podendo ser exigida qualquer caução no momento da contratação, *cfr.* n. 2 do artigo 1º do Decreto-Lei 195/99, de 8 de junho, alterado pelo Decreto-Lei 100/2007, de 2 de abril, bem como não podem ser cobrados juros comerciais em caso de mora no pagamento da utilização do serviço, como previsto no artigo 559º do Código Civil, que remete para a Portaria 291/2003, de 8 de abril, que fixa em 4% a taxa anual do juro a cobrar.

2. Dos requisitos de fundo

Na celebração do negócio jurídico bilateral são duas as declarações negociais indispensáveis à formação do contrato: a proposta e a aceitação, que, não obstante o fato de serem manifestações de vontade opostas, convergem, com vistas a produzir o efeito jurídico unitário desejado. É neste domínio que a autonomia privada, enquanto liberdade contratual, *cfr.* artigo 405º do Código Civil, tem a sua ampla concretização, quer como liberdade de celebração do contrato quer como liberdade de modelação do conteúdo contratual.

No entanto, no domínio da prestação de serviços de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos urbanos, a celebração do contrato assenta nos comumente designados contratos de adesão, compostos por condições previamente redigidas, às quais o utilizador se limita a aderir, ou não, sem qualquer possibilidade de discussão ou de introdução de modificações, contrariando, assim, os princípios da liberdade de celebração do contrato e da modelação do conteúdo contratual.

Ora, estando em causa a prestação de serviços públicos essenciais, e por força do dever de informação que impende sobre o prestador de serviços, ao abrigo do artigo 4º da LSPE, o regulamento aplicável deve garantir que a apresentação das regras seja feita de forma clara, adequada, detalhada e de modo a permitir o efetivo conhecimento, por parte dos utilizadores, do conteúdo e da forma de exercício dos respectivos direitos e deveres, *cfr.* artigo 2º e *ss.* da Portaria 34/2011, de 13 de janeiro.

Assim sendo, antes de formalizado o contrato de prestação de serviços, a entidade gestora, em conformidade com as disposições legais aplicáveis à data da celebração do contrato, pautada pelos princípios da boa-fé e da informação, ambos enunciados na LSPE (artigos 3º e 4º) e na LDC (alínea *d)* do artigo 3º e artigos 8º e 9º), e ao abrigo do artigo 61º do Decreto-Lei 194/2009, de 20 de agosto, deve disponibilizar toda informação, de forma clara, rigorosa e íntegra, referente às condições em que o serviço será prestado ao utilizador, e que irão condicionar o relacionamento entre este e a entidade gestora, nomeadamente no que diz respeito à medição, à faturação, à cobrança, às condições de interrupção e suspensão do serviço, aos tarifários aplicáveis à prestação do serviço, às instâncias para apresentar as reclamações e os meios ao dispor para resolução dos conflitos, *cfr.* n. 1 do artigo 61º e 63º, cumprindo, desta forma, a obrigação que lhe é imposta pelo regime jurídico aplicável: transmitir toda a informação referente aos direitos e obrigações de ambos os contraentes.

Por outro lado, ainda ao abrigo do referido artigo 61º do diploma citado, a entidade gestora, através dos meios de comunicação eletrónicos, deve dispor no sítio da internet, criado para o efeito, *"informação essencial sobre a sua atividade, nomeadamente: a) Identificação da entidade gestora, suas atribuições e âmbito de atuação; b) Estatutos e contrato relativo à gestão do sistema e suas alterações, quando aplicável; c) Relatório e contas ou documento equivalente de prestação de contas; d) Regulamentos de serviço; e) Tarifários; f) Condições contratuais relativas à prestação dos serviços aos utilizadores; g) Resultados da qualidade da água, no caso de entidades gestoras do serviço de abastecimento de água, bem como outros indicadores de qualidade do serviço prestado aos utilizadores; h) Informações sobre interrupções do serviço; i) Contactos e horários de atendimento"* (n. 2 do artigo).

3. Dos requisitos de forma

O contrato de prestação de serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais urbanas, garantindo a proteção do utilizador do serviço solicitado, é formalizado através de documento escrito, cuja cópia é entregue no momento da celebração, *cfr.* n. 3 do artigo 63º do Decreto-Lei 194/2009, de 20 de agosto.

Este, para além de identificar as partes e o local do consumo, enuncia as cláusulas contratuais gerais que irão nortear o relacionamento entre as partes, e que dizem respeito aos elementos mencionados *supra*, considerados essenciais na contratação.

No entanto, a disponibilização das condições gerais do serviço, por escrito, logo no momento da celebração do contrato, pode não acontecer, podendo ter lugar posteriormente. Neste particular inserem-se as situações em que a entidade gestora prestadora do serviço de fornecimento de água não coincide com as entidades responsáveis pelo saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos.

Quando assim seja, as entidades responsáveis pela prestação de serviço de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos dispõem de um prazo de 30 dias para remeter aos utilizadores as respectivas condições contratuais, a contar da recepção da comunicação da listagem mensal efetuada pela entidade responsável pelo abastecimento de água, referente aos novos utilizadores contratantes, considerando-se, assim, o contrato celebrado desde o início do serviço de fornecimento de água. Não obstante, pode existir acordo entre as entidades gestoras no sentido das condições contratuais serem disponibilizadas no momento da celebração do contrato de fornecimento de água, *cfr.* n.s 4 e 5 do artigo 63º.

A falta de prestação de informação das condições contratuais dos serviços, bem como o incumprimento da obrigação de envio da listagem mensal de utilizadores, constitui contraordenação, punível com coima de € 7 500,00 a € 44.890,00, *cfr.* alíneas *j)* e *l)* do n. 1 do artigo 72º e 73º do Decreto-Lei 194/2009, de 20 de agosto.

Ao invés de um contrato único, quando o serviço de saneamento e de resíduos seja disponibilizado em momento posterior ao serviço de abastecimento de água, aquele pode ser alvo de um contrato autónomo, designadamente quando se proceda à ligação à rede predial ou quando seja contratado o serviço de limpeza de fossas sépticas, *cfr.* n. 4 do artigo 63º e n. 3 do artigo 59º do Decreto-Lei 194/2009, de 20 de agosto.

Por outro lado, o conteúdo contratual tem obrigatoriamente de respeitar o disposto no regulamento de serviço, *"sendo o contrato tipo aprovado pela entidade titular"*, *cfr.* n. 8 do artigo 63º do Decreto-Lei 194/2009, de 20 de agosto, ou seja, as cláusulas que compõem o contrato, para além de obedecerem às normas legais, gerais e especiais aplicáveis, também têm de obedecer ao que se encontra definido no regulamento de serviço, expressamente previsto no n. 1 do artigo 62º do Decreto-Lei 194/2009, de 20 de agosto, que remete para a Portaria 34/2011, de 13 de janeiro, que estipula o conteúdo mínimo, identificando um conjunto de matérias que devem constar do regulamento de serviço, sempre em obediência às normas legais imperativas.

Seção II
Do contrato

1. Condições gerais

Para que seja possível a prestação dos serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais é necessário que existam infraestruturas que permitam a ligação da rede pública à rede predial, através do ramal de ligação.

Para o efeito, a lei considera que sempre que o sistema de infraestruturas de fornecimento de água e de saneamento de águas residuais da entidade gestora se encontre disponível, o mesmo é dizer, quando o limite da propriedade do utilizador se encontre a uma distância igual ou inferior a 20 m da infraestrutura pública, *cfr.* n. 2 do artigo 59º do Decreto-Lei 194/2009, de 20 de agosto, é dever deste a ligação da rede predial ao sistema de rede pública, *cfr.* n. 1 do artigo 69º do diploma.

Já não será assim *"quando a rede de saneamento de águas residuais esteja localizada a uma distância superior à referida no número anterior e não seja solicitado o prolongamento do ramal";* nesse caso *"a entidade gestora deve assegurar, através de meios próprios e ou de terceiros, a provisão do serviço de limpeza de fossas sépticas, no cumprimento da legislação ambiental"* (n. 3 do artigo 59º).

Não obstante, em situações pontuais é possível admitir a não obrigatoriedade de ligação à rede pública, designadamente quando a propriedade se encontre a mais de 20 m da rede pública, ou quando se disponham de sistemas próprios de abastecimento ou saneamento devidamente licenciados, isto é, que respeitem as normas legais referentes ao licenciamento de sistemas de captação de água e de rejeição de águas residuais, *cfr.* Lei 58/2005, de 29 de setembro (Lei da Água), e Decreto-Lei 226-A/2007, de 31 de maio, mas que não se destinem ao consumo humano, *cfr.* artigo 42º do Decreto-Lei 226-A/2007, de 31 de maio.

Neste âmbito, entende-se que o sistema predial e a sua instalação e conservação em boas condições de funcionamento e salubridade é da responsabilidade do proprietário, *cfr.* n. 4 do artigo 69º.

Deste modo, sempre que o serviço se encontre disponível e quem o pretenda se encontre validamente legitimado, a entidade gestora não pode recusar a prestação do serviço, uma vez que este é um direito de quem o solicita, *cfr.* n. 1 do artigo 59º. Sendo que, se a entidade gestora se recusar a prestar o serviço incorrerá em contraordenação, punível com coima que pode variar entre € 7 500,00 e € 44.890,00, *cfr.* alínea *e)* do n. 1 do artigo 72º e 73º do referido diploma.

No entanto, no que concerne à responsabilidade pelo pagamento do ramal de ligação que procede à ligação da rede predial à rede pública, têm sido suscitadas questões de difícil solução, uma vez que os entes responsáveis, nomeadamente municípios e entidades gestoras, insistem na violação das regras vigentes, persistindo na cobrança de quantias de elevado valor pecuniário pela instalação do ramal de ligação, em completo arrepio dos princípios fundamentais que regem a atividade das entidades que prestam este serviço que, obrigatoriamente, têm de conciliar os legítimos interesses dos utentes e as normas aplicáveis.

O Decreto-Lei 194/2009, de 20 de agosto, determina que *"a execução de ligações aos sistemas públicos ou a alteração das existentes compete à entidade gestora"* (n. 9 do artigo 69º), devendo *"com uma antecedência mínima de 30 dias notificar os proprietários dos edifícios abrangidos pelo serviço de abastecimento público de água ou de saneamento de águas residuais das datas previstas para início e conclusão das obras dos ramais de ligação para a disponibilização dos respectivos serviços"* (n. 8 do artigo 69º).

É fato assente que o ramal de ligação, que assegura o abastecimento predial de água à propriedade afeta ao serviço, é parte integrante da rede pública de

distribuição de água e de drenagem de águas residuais, *cfr.* artigo 282º do Decreto Regulamentar 23/95, de 23 de agosto. Ora, isto significa que o ramal de ligação faz parte de um todo, que é o sistema público de distribuição e drenagem de águas, a cargo da entidade gestora, do qual é proprietária.

Por outro lado, como se referiu, é à entidade gestora que compete a instalação do ramal de ligação, ao abrigo do artigo 283º do Decreto Regulamentar, que refere: *"Se o proprietário ou usufrutuário requerer para o ramal de ligação do sistema predial à rede pública, modificações, devidamente justificadas, às especificações estabelecidas pela entidade gestora, nomeadamente do traçado ou do diâmetro, compatíveis com as condições de exploração e manutenção do sistema público, esta entidade pode dar-lhe satisfação desde que aquele tome a seu cargo o acréscimo nas respectivas despesas, se o houver."*

Deste modo, conjugando estas duas normas, dissipam-se quaisquer dúvidas que possam advir acerca de a quem se deve imputar o encargo pela instalação do ramal de ligação. Sem qualquer dúvida que deve ser suportado, única e exclusivamente, pela entidade gestora, e não pelo utilizador; a este caberá somente os encargos decorrentes de modificações que tenha solicitado, mas tão só se dessa alteração resultar um excedente das despesas realizadas pela entidade gestora. A esta caberá ainda a conservação e substituição do ramal de ligação, *cfr.* artigos 284º e 285º do Decreto Regulamentar, e n. 9 do artigo 69º do diploma.

Deste modo, atendendo às normas aplicáveis, não pode ser assacada qualquer responsabilidade ao utilizador pelo pagamento das infraestruturas da rede pública.

2. Elementos essenciais

2.1. Fornecer a água

Para que se inicie o fornecimento de água e de saneamento de águas residuais é necessário a contratação de tais serviços; todavia, é indispensável que quem requeira os serviços à entidade gestora possua a respectiva legitimidade para o fazer. Para o efeito, será necessário demonstrar a proveniência dessa qualidade para titular o contrato a celebrar.

Deste modo, a propriedade do local de consumo é demonstrada mediante a apresentação *"de título válido para a ocupação do imóvel"* objeto da prestação dos serviços por parte da entidade gestora, ou seja, através da escritura de compra e venda, da caderneta predial, do contrato de arrendamento, e outros, que demonstre corretamente a ocupação como proprietário, arrendatário, usufrutuário ou comodatário, *cfr.* n. 1 do artigo 63º do Decreto-Lei 194/2009, de 20 de agosto,

ou pela exibição de outro tipo de documento que permita a ocupação legítima do imóvel, como nos casos de celebração de contratos especiais, previstos no artigo 65º do Decreto-Lei 194/2009, de 20 de agosto, cujas respectivas licenças ou autorizações são títulos bastante para legitimar a celebração do contrato.

No entanto, como já se referiu, não pode ser exigida qualquer caução, aquando da celebração do contrato de prestação de serviços de abastecimento, de saneamento e de recolha, a quem, como utilizador, seja considerado consumidor, isto é, todo aquele que não utiliza os serviços para fins profissionais (utilizador doméstico).

Assim, encontrando-se os serviços, de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais, e de recolha de resíduos, disponíveis, aqueles iniciam-se no prazo de cinco dias úteis a contar da respectiva recepção do pedido de contratação dos serviços, *cfr.* n. 2 do artigo 63º do Decreto-Lei 194/2009, de 20 de agosto.

No entanto, este prazo pode ser alargado sempre que existam situações que impeçam uma disponibilização mais atempada dos serviços contratados, designadamente quando seja necessário proceder à ligação do prédio à rede pública de saneamento, através do ramal de ligação, quando o imóvel ainda não possua as infraestruturas necessárias.

Por outro lado, a natureza dos serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais implica o respeito pelo princípio geral da garantia da qualidade, continuidade e universalidade da prestação do serviço. Daí que, após a contratação, o utilizador adquire um direito à continuidade da prestação do serviço, *cfr.* artigo 60º do diploma referido. Deste modo, este serviço é prestado de forma contínua, só podendo ser interrompido em casos excepcionais, por razões de ordem técnica da atividade de exploração do serviço ou por causas imputáveis ao utilizador.

O deficitário nível de qualidade do serviço prestado aos utilizadores constitui contraordenação, punível com coima que pode variar entre € 7 500,00 e € 44.890,00, *cfr.* alínea *e)* do n. 1 do artigo 72º e 73º do diploma.

O fornecimento da água é sujeito a controle metrológico, *cfr.* Decreto-Lei 291/90, de 20 de setembro, Decreto-Lei 71/2011, de 16 de junho, e Portaria 21/2007, de 5 de janeiro, através de contadores instalados nos locais de consumo pela entidade gestora que, como proprietária daqueles, é responsável pela colocação, manutenção e substituição, *cfr.* n. 2 do artigo 66º do Decreto-Lei 194/2009, de 20 de agosto, sendo os utilizadores, como depositários que são, por seu lado, obrigados a reportar quaisquer anomalias no contador de medição, *"tendo direito à sua verificação extraordinária em instalações de ensaio devidamente credenciadas, bem como a receber cópia do respectivo boletim de ensaio"*, *cfr.* n. 5 do artigo 66º.

Nas situações de *"substituição de instrumentos de medição por motivos de anomalia, exploração e controle metrológico, a entidade gestora deve avisar o utilizador da data e do período previsível para a intervenção que não ultrapasse as duas horas"* (n. 7 do artigo 66º). E nessa data *"deve ser entregue ao utilizador um documento de onde constem as leituras dos valores registados pelo instrumento de medição substituído e pelo que, a partir desse momento, passa a registar o consumo de água ou a produção de águas"* (n. 8 do artigo 66º), cabendo à entidade gestora a responsabilidade pelo pagamento dos custos inerentes à substituição ou reparação dos contadores quando a anomalia não seja imputável ao utilizador, *cfr.* n. 9 do artigo 66º.

2.2. Pagar o preço

O contrato de abastecimento de água e de saneamento, como negócio jurídico sinalagmático que é, obriga o utilizador a pagar a respectiva contrapartida pela prestação do serviço: o preço.

O preço é um elemento essencial para o cumprimento do negócio jurídico, devendo ser um dos dados constantes na informação transmitida a quem pretenda celebrar o contrato, tal como o é a informação sobre as consequências do seu não pagamento.

A este propósito, visando garantir uma maior transparência na informação prestada ao utente, prescreve o artigo 8º da LDC, na sua última redação resultante das alterações introduzidas pela Lei 10/2013, de 28 de janeiro: *"1 – O fornecedor de bens ou prestador de serviços deve, tanto na fase de negociações como na fase de celebração de um contrato, informar de forma clara, objetiva e adequada o consumidor, nomeadamente sobre características, composição e preço do bem ou serviço, (…) e consequências do não pagamento do preço do bem ou serviço. (…) 7 – O incumprimento do dever de informação sobre as consequências do não pagamento do preço do bem ou serviço determina a responsabilidade do fornecedor de bens ou prestador de serviços pelo pagamento das custas processuais devidas pela cobrança do crédito"*.

O preço do serviço, de harmonia com o princípio da proteção dos interesses económicos, enunciado na alínea *e)* do artigo 3º e 9º da LDC, deve ser justo e global, onde devem ser incluídos todos as taxas e encargos, não devendo refletir mais do que aquilo que o utilizador efetivamente consumiu, de acordo com a máxima "*o consumidor pagará só o que consome na exata medida do que e em que consome*", afastando quaisquer possibilidades de vantagens ilícitas que contrariem aquele princípio. Bem como o princípio da boa-fé que se exige aos prestadores de serviços desta natureza: *"O prestador do serviço deve proceder de boa-fé e em*

conformidade com os ditames que decorram da natureza pública do serviço, tendo igualmente em conta a importância dos interesses dos utentes que se pretende proteger" (artigo 3º da LSPE).

Na verdade, estes serviços são fornecidos em regime de monopólio, por isso, em relação a este particular, não existe uma uniformidade, não obstante a Recomendação IRAR 01/2009, do Instituto Regulador de Águas e Resíduos, atualmente Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR) – "Recomendação Tarifário" –, e a Recomendação ERSAR 02/2010 – "Critérios de Cálculo" –, que adverte para a necessidade de os tarifários possuírem uma estrutura uniforme em todo o território nacional, simples e transparente quanto possível, de molde a facilitar a respectiva compreensão por parte dos utilizadores finais.

Neste particular, por se tratar de serviços públicos essenciais prestados em forma de monopólio, na esteira da LDC (alínea *h)* do n. 1 do artigo 18º, a LSPE consagrou no seu artigo 2º o direito de participação dos utentes dos serviços, através das suas associações representativas, quer na definição dos contratos a celebrar (n. 1 do artigo 2º) quer na definição das grandes opções estratégicas das entidades gestoras (n. 3 do artigo 2º).

No que concerne à periodicidade da faturação, entende a legislação aplicável que a informação pecuniária pela prestação do serviço de fornecimento e saneamento de águas e de resíduos urbanos deve ser comunicada mensalmente pela entidade gestora através da emissão da respectiva fatura, nos termos dos n.s 1 e 2 do artigo 9º da LSPE: *"1 – O utente tem direito a uma fatura que especifique devidamente os valores que apresenta. 2 – A fatura a que se refere o número anterior deve ter uma periodicidade mensal, devendo discriminar os serviços prestados e as correspondentes tarifas."*

Significa que a fatura deverá ser uma comunicação mensal, com uma terminologia simples e acessível, em harmonia com o princípio da transparência, cujo conteúdo deve conter toda a informação respeitante à entidade gestora e ao utilizador, nomeadamente a informação sobre todos os serviços prestados, de molde a que o utilizador compreenda quais os serviços faturados, o volume de consumo de água e de águas residuais (consumo medido ou estimado), a forma de cálculo das tarifas e encargos de disponibilidade e de utilização aplicados, a forma de pagamento, *cfr.* Recomendação ERSAR 01/2010 – "Conteúdos das Faturas".

Este é o parâmetro seguido pelo Decreto-Lei 194/2009, de 20 de agosto, que determina no n. 1 do artigo 67º que *"a faturação dos serviços objeto do presente decreto-lei deve possuir periodicidade mensal, podendo ser disponibilizados ao utilizador mecanismos alternativos e opcionais de faturação, passíveis de serem*

por este considerados mais favoráveis e convenientes", sem, contudo, olvidar o caráter injuntivo dos direitos firmados na LSPE, que no artigo 13º determina a nulidade de *"qualquer convenção ou disposição que exclua ou limite os direitos atribuídos aos utentes"*, ficando, no entanto, *"ressalvadas todas as disposições legais que, em concreto, se mostrem mais favoráveis ao utente"* (artigo 14º da LSPE). Deste modo, é de todo ilícita a emissão de faturas com uma periodicidade bimestral.

Por outro lado, dispõe o n. 2 daquele artigo que: *"Para efeitos de faturação, a entidade gestora deve proceder à leitura real dos instrumentos de medição por intermédio de agentes devidamente credenciados, com uma frequência mínima de duas vezes por ano e com um distanciamento máximo entre duas leituras consecutivas de oito meses"*, ou seja, quando não haja leitura do contador, a leitura será estimada em função do consumo médio entre as duas leituras reais efetuadas pela entidade gestora, *cfr.* alínea *a)* do n. 6 do artigo 67º. E, nos casos em que não haja leitura a seguir à instalação do contador, o consumo será estimado em função do consumo médio de utilizadores similares no ano anterior, *cfr.* alínea *b)* do n. 6 do artigo 67º.

Por esta razão, a faturação por estimativa deve considerar-se como atentatória do princípio da proteção dos interesses económicos do utilizador, uma vez que vai permitir quer uma sobrefaturação quer uma subfaturação, cujos acertos podem provocar desequilíbrios, comprometendo os orçamentos familiares no seu quotidiano, com consequências na qualidade de vida das famílias.

Sendo certo que, *"sempre que, em virtude do método de faturação utilizado, seja cobrado ao utente um valor que exceda o correspondente ao consumo efetuado, o valor em excesso é abatido da fatura em que tenha sido efetuado o acerto, salvo caso de declaração em contrário, manifestada expressamente pelo utente do serviço"* (artigo 12º da LSPE).

Contudo, na verdade, poucos são aqueles que solicitam a devolução das importâncias monetárias cobradas em excesso, acabando por passar de fatura em fatura, em sucessivos acertos.

De qualquer das formas, para evitar a faturação calculada com base em estimativa, a legislação impõe que a entidade gestora disponibilize *"aos utilizadores, de forma acessível, clara e perceptível, meios alternativos para a comunicação das leituras, como a Internet, o serviço de mensagem curta de telemóvel (sms), os serviços postais ou o telefone"* (n. 8 do artigo 67º). Estas leituras comunicadas pelos utilizadores devem ser consideradas na faturação, desde que realizadas nos períodos indicados e a entidade gestora não disponha de informação mais atualizada.

No que respeita à exigibilidade do pagamento do preço do serviço prestado, esta depende da interpelação do utilizador para o efeito, ou seja, o pagamento da dívida torna-se exigível a partir do momento em que o utilizador recepciona a comunicação da fatura emitida pela entidade gestora.

Esta interpelação tem de ser efetuada por escrito, *"com uma antecedência mínima de 10 dias úteis relativamente à data fixada para efetuar o pagamento"*, ao abrigo do n. 3 do artigo 10º da LSPE.

No que se refere à liquidação da fatura pela prestação dos serviços, dispõe a LSPE que pode ser dada a quitação parcial daquela, sem que a entidade gestora se possa recusar a aceitar o pagamento de um serviço prestado, quando emitido na mesma fatura, exceto quando os serviços sejam funcionalmente indissociáveis, *cfr.* n. 4 do artigo 5º e artigo 6º da LSPE.

O direito à água consagrou-se como direito humano essencial à sobrevivência, à qualidade e à plena fruição da vida

Nestes termos, entende a lei que a quitação parcial da fatura não pode ser razão suficiente para a entidade gestora proceder à suspensão do serviço prestado, *cfr.* n. 4 do artigo 5º da LSPE.

Ainda no que diz respeito ao pagamento dos serviços de águas e resíduos, prescreve a LSPE a regra de que o utilizador só está obrigado ao pagamento de faturas emitidas há menos de 6 meses, ou seja, *"o direito ao recebimento do preço do serviço prestado prescreve no prazo de seis meses após a sua prestação"*, *cfr.* n. 1 do artigo 10º.

Assim, na sequência deste entendimento, o n. 2 do artigo 10º estabelece que *"se, por qualquer motivo, incluindo erro do prestador de serviço, tiver sido paga importância inferior à que corresponde ao consumo efetuado, o direito do prestador ao recebimento da diferença caduca dentro de seis meses após aquele pagamento"*, isto é, a caducidade opera no prazo de 6 meses a contar do pagamento inicial.

Todavia, o prazo de caducidade não opera quando a ausência de leituras se deva a fato imputável ao utilizador, ou seja, neste caso o direito da entidade gestora ao pagamento não se extingue enquanto não cessar o impedimento que afeta a leitura por parte desta, *cfr.* n. 5 do artigo 67º do Decreto-Lei 194/2009, de 20 de agosto.

Em qualquer dos casos, o envio da fatura não interrompe os prazos de prescrição e caducidade, *cfr.* artigo 323º do Código Civil.

Não se efetuando o pagamento da prestação do serviço, a entidade gestora para obter o pagamento coercivo pode recorrer ao tribunal, no prazo de seis

meses, ao abrigo do n. 4 do artigo 10º da LSPE, cabendo a esta o ónus da prova de que procedeu em conformidade com o preceituado no artigo 11º da LSPE: *"1 – Cabe ao prestador do serviço a prova de todos os fatos relativos ao cumprimento das suas obrigações e ao desenvolvimento de diligências decorrentes da prestação dos serviços a que se refere a presente lei. 2 – Incide sobre o prestador do serviço o ónus da prova da realização das comunicações a que se refere o artigo 10º, relativas à exigência do pagamento e do momento em que as mesmas foram efetuadas."*

Deste modo, se o utilizador não efetuar o pagamento voluntário, não houver acordo de pagamento para liquidar a dívida e a entidade gestora não recorrer à via judicial para pagamento coercivo da dívida no prazo de seis meses, o utilizador pode recusar o pagamento invocando a prescrição, *cfr.* artigo 303º do Código Civil. Contudo, se o utilizador pagar voluntariamente a dívida prescrita, sem que tenha invocado a prescrição, não pode exigir a devolução do valor pago, *cfr.* artigos 402º e 403º do Código Civil.

No que concerne à invocação da prescrição, uma vez que estamos no âmbito das relações de consumo, designadamente no campo da contratação de serviços essenciais, imprescindíveis à satisfação das necessidades básicas e indispensáveis dos cidadãos, entende-se que, ao contrário do que acontece, quando seja intentada ação judicial pela entidade gestora, naquelas circunstâncias, a exceção da prescrição deveria ser de conhecimento oficioso, e não dependente de invocação por parte do utilizador, sob pena de ser condenado a pagar os montantes peticionados.

3. A proibição de contratos forçados

A prestação de serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais urbanas, como se referiu *supra*, é prestado através das infraestruturas de ligação da rede predial à rede pública.

No entanto, em situações muito particulares, nomeadamente quando as infraestruturas são criadas em momento posterior aos edifícios existentes, têm sido suscitadas questões pelos utilizadores que dispõem de captação de água própria (poços e furos privados) e de fossas sépticas, ou seja, soluções particulares de abastecimento de água para consumo ou de drenagem de águas residuais, da obrigatoriedade ou não de celebrar o respectivo contrato com a entidade gestora, abandonando as soluções privativas que tinham até aí.

Nestes casos, a ERSAR, os municípios e as entidades gestoras têm defendido acerrimamente a impossibilidade de manutenção daquelas soluções simplificadas,

designadamente quando a captação de água se destine a consumo humano, *cfr.* Decreto-Lei 226-A/2007, de 31 de maio, sujeitando os utilizadores à celebração forçada do contrato de águas, mesmo que devidamente licenciados e cumprindo todas as normas de segurança, *cfr.* artigo 82º do Decreto Regulamentar 23/95, de 23 de agosto.

Na verdade, podem ser aduzidos argumentos contra este entendimento, através quer de uma interpretação da letra do diploma aplicável às relações com os utilizadores quer, ainda, a partir de elementos retirados da nova Diretiva Europeia dos Direitos dos Consumidores 2011/83/EU, de 25 de outubro, publicada no Jornal Oficial da União Europeia de 22 de novembro, que entrou em vigor em 12 de dezembro de 2012 no espaço europeu, e que deverá ser transposta e publicada até 13 de dezembro de 2013, que atestam que não podem existir contratos forçados neste domínio contratual.

Antes do mais, a LDC, no n. 4 do artigo 9º, estabelece imperativamente que: "O consumidor não fica obrigado ao pagamento de bens ou serviços que não tenha prévia e expressamente encomendado ou solicitado, ou que não constitua cumprimento de contrato válido".

O Decreto-Lei 194/2009, de 20 de agosto, prescreve no n. 1 do artigo 63º que quem pretenda os serviços de abastecimento e de saneamento pode celebrar contrato para a sua prestação, e não que é obrigado a celebrar o contrato, não se encontrando a liberdade contratual coartada, pois cabe a quem pretende contratar a opção pelo que mais e melhor lhe convém. Não obstante o fato de, no artigo 64º, o diploma se referir que só pode denunciá-lo por desocupação do prédio, o que pode deixar transparecer uma certa ideia de obrigatoriedade que aqui se refuta.

Por outro lado, existem, ainda, argumentos decisivos extraídos da nova diretiva europeia, em vigor já no espaço europeu, que não podem ser ignorados, e que é bastante esclarecedora quanto à celebração de contratos forçados no âmbito dos serviços públicos essenciais, *cfr.* n. 1 do artigo 3º: *"A presente diretiva aplica-se, nas condições e na medida prevista nas suas disposições, aos contratos celebrados entre um profissional e um consumidor. Aplica-se também aos contratos de fornecimento de água, (…), na medida em estes produtos de base sejam fornecidos numa base contratual"*, designadamente o disposto, imperativamente, no artigo 27º da diretiva, que refere que o consumidor não pode ser obrigado a pagar qualquer valor se não tiver celebrado o contrato de modo voluntário: *"O consumidor está isento da obrigação de pagar qualquer contrapartida nos casos de fornecimento não solicitado de bens, água", in casu*, se não tiver requerido a instalação da água ou se não tiver solicitado o seu fornecimento.

Ainda, um outro argumento se pode aduzir, que é o fato de estes contratos poderem ser celebrados à distância, e, como tal, poder ser sempre exercido o direito de retratação. Deste modo, se no prazo de 14 dias subsequentes à celebração do contrato se pode dar o dito pelo não dito, é porque, na verdade, o consumidor não é obrigado a contratar.

No que toca ao tema, refere o n. 3 do artigo 42º do Decreto-Lei 226-A/2007, de 31 de maio, que "um *sistema de abastecimento particular produz água para consumo humano sob responsabilidade de uma entidade particular, só podendo funcionar na condição de impossibilidade de acesso ao abastecimento público, ficando sujeito aos requisitos legais para este tipo de utilização"*. Mas, não obstante este artigo parecer contrariar o disposto no n. 1 do artigo 63º do Decreto-Lei 194/2009, de 20 de agosto, a verdade é que ele não tem qualquer aplicabilidade, de acordo com o princípio jurídico *"lex posteriori derogat legi priori"*, ou seja, lei posterior derroga lei anterior.

Deste modo, atento o exposto, a contratação de serviços públicos essenciais não pode assentar em contratos forçados, implicando, pois, uma mudança de atuação, para o futuro, por parte das entidades envolvidas.

4. A proibição de consumos mínimos

A LSPE, no n. 1 do artigo 8º, proíbe *"a imposição e a cobrança de consumos mínimos"* aos utentes dos serviços essenciais, proibindo, no n. 2 do artigo, a cobrança de *"a) Qualquer importância a título de preço, aluguer, amortização ou inspecção periódica de contadores ou outros instrumentos de medição dos serviços utilizados; b) Qualquer outra taxa de efeito equivalente à utilização das medidas referidas na alínea anterior, independentemente da designação utilizada; c) Qualquer taxa que não tenha uma correspondência direta com um encargo em que a entidade prestadora do serviço efectivamente incorra, (…); d) Qualquer outra taxa não subsumível às alíneas anteriores que seja contrapartida de alteração das condições de prestação do serviço ou dos equipamentos utilizados para esse fim, excepto quando expressamente solicitada pelo consumidor"*.

E, no n. 3 do mesmo artigo, prescreve-se: *"Não constituem consumos mínimos, para efeitos do presente artigo, as taxas e tarifas devidas pela construção, conservação e manutenção dos sistemas públicos de água, de saneamento e resíduos sólidos, nos termos do regime legal aplicável."*

No entanto, o que tem vindo a acontecer é que, perante a proibição dos consumos mínimos plasmados na LSPE, as entidades gestoras dos serviços de

abastecimento de água, de saneamento e de recolha de resíduos, eximindo-se ao cumprimento das normas legais, têm vindo, de forma dissimulada, a cobrar autênticos consumos mínimos que se encontram impedidas por lei, atribuindo-lhes diversas denominações, desde taxas ou quotas de serviço a tarifas fixas ou de disponibilidade, mas sempre com um único intuito, a receita da taxa de contador que a lei eliminou.

A verdade é que, na maioria dos casos, a cobrança de tais importâncias não têm correspondência direta com qualquer tipo de encargo, que, caso contrário, justificaria a sua cobrança, mas apenas com o facto de o serviço se encontrar à disposição do utilizador dos serviços.

Assim sendo, através destas cobranças, numa clara violação do direito à proteção dos direitos económicos dos utilizadores dos serviços, as entidades gestoras vão obtendo o seu lucro para além da sua sustentabilidade económica.

CAPÍTULO III
Das vicissitudes do contrato

1. Generalidades

A atividade dos agentes económicos é pautada pelo princípio da qualidade e eficiência dos serviços prestados, nos termos do artigo 4º da LDC: *"Os bens e serviços destinados ao consumo devem ser aptos a satisfazer os fins a que se destinam e a produzir os efeitos que se lhes atribuem, segundo as normas legalmente estabelecidas, ou, na falta delas, de modo adequada às legítimas expectativas do consumidor."*

Nestes termos, e especificamente, a entidade gestora dos serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais é responsável pelo cumprimento dos padrões de qualidade e eficiência, *cfr.* artigo 7º da LSPE: *"A prestação de qualquer serviço deverá obedecer a elevados padrões de qualidade, neles devendo incluir-se o grau de satisfação dos utentes, especialmente quando a fixação do preço varie em função desses padrões."* Bem como tem a obrigação de assegurar os serviços de água de forma continuada, tal como estabelece o artigo 60º do Decreto-Lei 194/2009, de 20 de agosto: *"1 – O abastecimento de água aos utilizadores deve ser assegurado de forma contínua."*

No entanto, quer por motivos de ordem técnica, inerentes à própria atividade de exploração dos serviços de água, quer por motivos imputáveis aos utilizadores finais, a continuidade do serviço pode sofrer um revés.

2. Da interrupção

A interrupção programada dos serviços de água só é admitida em situações excepcionais, e que se encontram previstas na lei, *cfr.* 2ª parte do n. 1 do artigo 60º do diploma citado.

Assim, as situações enunciadas, quando imputáveis à atividade de exploração dos serviços, dizem respeito aos casos de deterioração na qualidade da água distribuída ou previsão da sua ocorrência eminente (alínea *a)* do n. 1); trabalhos de reparação ou substituição do sistema público ou dos sistemas prediais (alínea *d)* do n. 1); trabalhos de reparação ou substituição de ramais de ligação, quando não seja possível recorrer a ligações temporárias (alínea *c)* do n. 1 e alínea *a)* do n. 2); e, casos fortuitos ou de força maior, entendidos como *"os acontecimentos imprevisíveis ou inevitáveis que impeçam a continuidade do serviço, apesar de tomadas pela entidade gestora as precauções normalmente exigíveis"*, *cfr.* alínea *e)* do n. 1, alínea *b)* do n. 2 e 4, não se incluindo neste conceito a greve, *cfr.* n. 4 *in fine*.

No mesmo artigo se enunciam as situações imputáveis ao utilizador em que será admissível a interrupção dos serviços de água: ausência de condições de salubridade do sistema predial (alínea *b)* do n. 1); detecção de ligações clandestinas, anomalias ou irregularidades do sistema público (alínea *f)* e *g)* do n. 1 e alínea *c)* do n. 2 do artigo 60º); verificação de descargas com características de qualidade em violação dos parâmetros legais e regulamentares aplicáveis (alínea *d)* do n. 2 do artigo 60º); e recusa de acesso à rede predial para a realização de inspeção, sendo esta medida a mais adequada para evitar a contaminação ou poluição, bem como quando seja detectada a utilização de meios fraudulentos de utilização dos serviços de água (n. 4 do artigo 70º).

Nos casos de interrupção programada, e na esteira do cumprido das exigências decorrentes do dever de informação (*cfr.* alínea *h)* do artigo 61º e artigo 4º da LSPE), não sendo possível à entidade gestora garantir a continuidade dos serviços pelos quais é responsável, deve, desde logo, veicular toda a informação aos utilizadores, com a antecedência mínima de 48 horas, *cfr.* n. 5 do artigo 60º, através de todos os meios disponíveis: avisos ou editais, comunicação social ou no sítio da internet, ou, até mesmo, através de comunicação individual aos utilizadores atingidos, sendo a disponibilização da informação de forma mais pormenorizada possível, indicando o período durante o qual o serviço se encontrará interrompido e a área atingida.

Nestas situações, se a entidade gestora não cumprir a obrigação de comunicação prévia a que se encontra adstrita, incorre em contraordenação punível com coima, variável entre € 7 500,00 e € 44.890,00, *cfr.* alínea *f)* do n. 1 do artigo 72º e 73º do Decreto-Lei 194/2009, de 20 de agosto.

Já no caso de ocorrer uma interrupção não programada, caberá à entidade gestora o dever de informar a duração estimada daquela medida, sempre que os utilizadores solicitem algum esclarecimento. Informação que deve ser, ainda, disponibilizada no sítio da internet e difundida nos meios de comunicação social ao dispor. Em qualquer dos casos, a entidade gestora deve, sempre que possível, minimizar o impacto das diligências levadas a cabo na interrupção, de modo a suavizar todos os incómodos eventualmente causados aos utilizadores dos serviços de água, tal como decorre do n. 7 do artigo 60º.

É certo que *"a entidade gestora do sistema público não assume qualquer responsabilidade por danos que possam sofrer os utilizadores em consequência de perturbações ocorridas nos sistemas públicos que ocasionem interrupções no serviço, desde que resultem de casos fortuitos ou de força maior ou de execução de obras previamente programadas, sempre que os utilizadores forem avisados com, pelo menos, dois dias de antecedência"*. Isto significa que existindo informação prévia sobre qualquer situação de interrupção dos serviços de água, a entidade gestora estará livre de qualquer responsabilidade pelos danos que eventualmente possam daí decorrer, *cfr.* n. 1 do artigo 294º do Decreto Regulamentar 23/95, de 23 de agosto.

3. Da suspensão

O contrato de fornecimento de água e de saneamento de águas residuais produz efeitos para ambas as partes envolvidas na relação jurídica; todavia, a produção dos efeitos que dele decorrem pode cessar temporariamente, através da figura jurídica da suspensão.

A entidade gestora pode recorrer a este mecanismo nas situações em que pretenda exigir o pagamento de faturas emitidas, sempre que o utilizador incorra em mora no pagamento dos consumos realizados ou da utilização do serviço de saneamento, *cfr.* alínea *h)* do n. 1 e alínea *e)* do n. 2 do artigo 60º do Decreto-Lei 194/2009, de 20 de agosto, tal como nas situações em que o utilizador impossibilite, após prévia notificação, a leitura do consumo efetuado, *cfr.* n. 4 do artigo 67º daquele diploma. Ou seja, quando este sujeito da relação jurídica deixa de cumprir a obrigação a que está adstrito, a entidade gestora pode fazer uso da figura jurídica da exceção de não cumprimento do contrato, prevista no n. 1 do artigo 428º do Código Civil: *"1 – Se nos contratos bilaterais não houver prazos diferentes para o cumprimento das prestações, cada um dos contraentes tem a faculdade de recusar a sua prestação enquanto o outro não efectuar a que lhe cabe ou não oferecer o seu cumprimento simultâneo."*

No entanto, uma vez que se trata de uma relação de consumo, o contrato de prestação de serviços de águas não pode ser suspenso sem que se faça uso do mecanismo de proteção previsto no n. 1 do artigo 5º da LSPE, isto é, que o utilizador seja devidamente advertido, mediante pré-aviso escrito, com a antecedência mínima de 20 dias relativamente à data em que venha a ter lugar a suspensão do serviço, *cfr.* n. 2 do artigo 5º da LSPE.

Para além desta informação, o pré-aviso deve ainda justificar o motivo da suspensão, referente à quantia que esteja em dívida, os meios disponíveis que o utilizador tem ao dispor para proceder ao pagamento do valor em dívida, incluindo o prazo para o fazer, bem como os meios ao dispor para proceder à retoma do serviço em caso de suspensão efetiva. Nestas circunstâncias, nada obsta que o utilizador possa *"fazer valer os seus direitos nos termos gerais"*, *cfr.* n. 3 do artigo 5º da LSPE.

Nestes casos, de incumprimento contratual imputável ao utilizador, é lícito à entidade gestora exigir a prestação de caução para proceder ao restabelecimento dos serviços, ao abrigo do n. 1 do artigo 2º do Decreto-Lei 195/99, de 8 de junho, alterado pelo Decreto-Lei 100/2007, de 2 de abril. Esta pode ser prestada por depósito em dinheiro, cheque ou transferência eletrónica ou através de garantia bancária ou seguro-caução, sendo o seu valor calculado nos termos fixados pelo Despacho 4.186/2000, publicado em Diário da República, 2ª Série, de 22 de fevereiro, correspondendo ao quádruplo do encargo com o consumo médio mensal dos últimos 12 meses.

Contudo, se logo que *"regularizada a dívida objeto do incumprimento, o consumidor optar pela transferência bancária como forma de pagamento dos serviços"*, a entidade gestora não exigirá a prestação de caução, *cfr.* n. 4 do artigo 2º do diploma citado. E *"sempre que o consumidor, que haja prestado caução nos termos do n. 1, opte posteriormente pela transferência bancária como forma de pagamento, a caução prestada será devolvida nos termos do artigo 4º"*, *cfr.* n. 5 do artigo 2º do Decreto-Lei 195/99, de 8 de junho.

Nestas circunstâncias, quando se verifique novo atraso no pagamento das faturas referentes ao serviço prestado, a entidade gestora pode utilizar a caução prestada *"para satisfação dos valores em dívida pelo consumidor"* (n. 1 do artigo 3º). Quando acionada, a entidade gestora pode exigir a sua reconstituição ou o seu reforço, no prazo nunca inferior a 10 dias úteis, devendo fazê-lo por escrito (n. 2 do artigo 3º). Mas no caso de a caução acionada ser insuficiente para liquidar integralmente a dívida existente, a entidade gestora não pode proceder à suspensão do serviço, senão depois da interpelação efetuada, sem que se tenha verificado a reposição ou o reforço da caução, dentro do prazo estabelecido (n. 3 e 4 do artigo 3º).

Findo o contrato de prestação de serviços de água, a caução é restituída ao utilizador, deduzidos os montantes que eventualmente existam à data, *cfr.* artigo 4º e 5º do Decreto-Lei 195/99, de 8 de junho.

CAPÍTULO IV
Das modificações

1. Generalidades

A relação jurídica que se estabelece entre a entidade gestora de abastecimento de água, de recolha de águas residuais e de resíduos urbanos alicerça-se em contratos duradouros, cujo conteúdo, em regra, é composto por condições previamente redigidas, com recurso a cláusulas contratuais gerais, *cfr.* n. 1 do artigo 1º da Lei das Condições Gerais dos Contratos (LCGC) – Decreto-Lei 446/85, de 25 de outubro, que institui o regime das cláusulas contratuais gerais, às quais o utilizador se limita a aderir, ou não, exercendo, apenas, a faculdade de celebrar, ou não, o contrato, sem qualquer possibilidade de discussão ou de introdução de modificações, ao contrário do que acontece nos contratos entre privados, em que prevalece a autonomia privada.

Nestes termos, o desequilíbrio existente no negócio jurídico, entre as partes contratantes, determina a ativação de mecanismos de proteção eficaz dos interesses económicos do utilizador dos serviços, designadamente a prevenção de abusos resultantes de contratos pré-elaborados, tal como prescreve os n.s 1 e 2 do artigo 9º da LDC e artigo 3º da LSPE.

Deste modo, é essencial a plena consciencialização de tudo o que é contratado: uma informação clara, objetiva e adequada, que deve acontecer não só no momento da subscrição do contrato, mas também no decurso da relação contratual, de molde a permitir uma proteção eficaz dos interesses económicos daquele, *cfr.* n. 1 do artigo 8º da LDC e do n.s 1 e 2 do artigo 4º da LSPE.

Não se pode esquecer, é claro, que se está perante um contrato de adesão, cujo conteúdo contratual não pode ser ajustado de acordo com a vontade dos contraentes; todas as posteriores alterações que venham a ser concretizadas têm de respeitar, igualmente, o especial dever de comunicação e informação, *cfr.* artigos 5º e 6º da LCGC, exigindo-se, assim, a comunicação integral das alterações, proporcionando à contraparte a possibilidade de um completo e efetivo conhecimento de todo o novo clausulado.

2. Das modificações subjetivas

No que concerne às modificações subjetivas, isto é, no que toca à substituição dos sujeitos contratuais, esta pode operar através da transmissão da posição contratual do utilizador titular do respectivo contrato para um terceiro ou através da substituição do contrato de prestação de serviços de fornecimento e de recolha, *cfr.* n. 6 do artigo 63º do Decreto-Lei 194/2007, de 20 de agosto.

Na transmissão da posição contratual para terceiro, ou seja, mantendo o mesmo contrato, nas condições contratadas, a relação jurídica mantém-se, assumindo o novo titular todos os direitos e obrigações, débitos e créditos, do anterior titular decorrentes da prestação de serviço anteriormente celebrada.

No que concerne à substituição do contrato, neste caso, as eventuais dívidas que possam decorrer do anterior contrato, relativo àquele local de consumo, não podem ser imputadas ao novo utilizador, uma vez que as dívidas que decorrem do contrato de fornecimento e recolha de águas têm eficácia meramente obrigacional e não eficácia real. O mesmo é dizer que as dívidas são de natureza obrigacional e, por isso, da responsabilidade do utilizador, não impendendo sobre o prédio a servir.

Daí que *"não pode ser recusada a celebração de contratos de fornecimento e de recolha com novo utilizador com base na existência de dívidas emergentes de contrato distinto com outro utilizador que tinha anteriormente ocupado o mesmo imóvel, salvo quando seja manifesto que a alteração do titular do contrato visa o não pagamento do débito"* (n. 7 do artigo 63º do diploma).

E a recusa por parte da entidade gestora em celebrar o contrato de fornecimento e recolha de águas com o utilizador constitui contraordenação, punível com coima, que pode variar entre € 7 500,00 e € 44.890,00, *cfr.* alínea *m)* do n. 1 do artigo 72º e 73º do diploma citado.

As alterações também podem ser relacionadas com a entidade gestora, nomeadamente quando se altere o modelo de gestão, quando se atribua a outra entidade a gestão dos serviços. Nesta situação, devem igualmente ser respeitadas todas as normas protetivas dos utilizadores, designadamente as decorrentes do direito à informação.

3. Das modificações objetivas

No que ao conteúdo do contrato se refere, apesar de alicerçado num contrato de adesão, caracterizado pela unilateralidade na elaboração do conteúdo contratual, o contrato de prestação de serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais e recolha de resíduos urbanos não pode sofrer alterações senão por mútuo consenso, *cfr.* n. 1 do artigo 406º do Código Civil.

Após a formalização do contrato de prestação de serviços, todas as alterações objetivas que possam existir, durante a vigência daquele, estão sujeitas aos requisitos gerais fixados na LCGC para a adoção de cláusulas contratuais gerais, ou seja, as modificações que eventualmente ocorram durante o período em que vigora o contrato têm de estar devidamente asseguradas ao longo da vigência da relação estabelecida entre as partes, ou seja, não podem ser alteradas unilateralmente, têm de ser devidamente comunicadas ao utilizador, sob pena de não poderem ser invocadas perante o utilizador, *cfr.* alínea *a)* do artigo 8º da LCGC.

Deste modo, todas as alterações que digam respeito ao tarifário aplicável, às regras pelos quais se regem os contratos de prestação de serviços, bem como o regulamento de serviço têm de ser comunicadas, proporcionando um completo e efetivo conhecimento de todo o conteúdo das alterações.

Aliás, no que respeita ao regulamento de serviço – instrumento jurídico com eficácia externa, que regula em concreto o relacionamento dos sujeitos da relação jurídica, isto é, no qual se encontram regulamentados os direitos e os deveres dos utilizadores e da entidade gestora –, quando os serviços sejam objeto de delegação ou concessão, é promovido um período de consulta pública do projeto de regulamento de serviço, de duração nunca inferior a 30 dias úteis, disponibilizado no sítio da internet da entidade gestora, bem como nos locais e publicações de estilo.

Posteriormente, as alterações, publicadas em Diário da República, são afixadas nos locais de atendimento, tal como no sítio da internet, tendo a entidade gestora o dever de informar, por escrito e individualmente, os utilizadores da data de publicação em Diário da República e da faculdade de consulta, *cfr.* artigo 62º do Decreto-Lei 194/2009, de 20 de agosto.

CAPÍTULO V
Da extinção do contrato

1. Generalidades

A produção de efeitos de um contrato depende da vontade das partes. Nos contratos bilaterais a sua eficácia depende do cumprimento pontual das obrigações a que cada uma das partes está adstrita, não podendo extinguir-se senão por mútuo consenso, ou seja, por acordo das partes intervenientes, conforme o princípio geral enunciado no n. 1 do artigo 406º do Código Civil: *"O contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei."*

2. Revogação

A revogação do contrato, também designada por distrate, é uma forma de livremente extinguir o contrato, implicando a existência de um acordo entre os contraentes do negócio jurídico no sentido de fazer cessar o contrato, podendo ocorrer a todo o tempo.

A revogação ou distrate tem normalmente uma eficácia *ex nunc,* isto é, para o futuro; todos os efeitos produzidos pelo contrato se mantêm e ele deixa de produzir efeitos a partir do momento da sua revogação.

3. Denúncia

A denúncia é uma outra forma de extinção de contratos de execução duradoura, sem prazo de duração convencionado ou legalmente fixado, para evitar a prorrogação.

Nos termos do n. 1 do artigo 64º do Decreto-Lei 194/2009, de 20 de agosto, o utilizador pode, a todo o tempo, denunciar, por escrito, junto da entidade gestora, o contrato de fornecimento e recolha de águas residuais, quando o motivo da denúncia do contrato seja a desocupação do local de consumo; todavia, este não é um conceito decisivo para que seja integrado na denúncia, dado que o utilizador pode deixar de utilizar o local de consumo, por diversas razões, sem que isso implique a extinção do contrato.

Porém, tal como se encontra prescrito na norma, a denúncia só produz efeitos a partir da data em que o utilizador facultar a leitura do contador, a qual deve ser realizada num prazo de 15 dias a contar da comunicação da denúncia, *cfr.* n. 2 do artigo 64º do diploma. Não sendo possível a obtenção da leitura por fato imputável ao utilizador, este continua responsável pelo pagamento do valor a liquidar, *cfr.* n. 3 do artigo 64º.

4. Caducidade

O contrato também se pode extinguir por caducidade**.** Este é um efeito jurídico decorrente da verificação de um fato jurídico *stricto sensu*, verificando-se a cessação dos efeitos do contrato *ope legis*, sem necessidade de qualquer manifestação da vontade das partes tendente a esse resultado. Ou seja, quando o contrato chega ao final do seu período estipulado de vigência, deixando de

produzir efeitos, exceto se for automaticamente prorrogado, isto é, se o contrato continuar em vigor porque as partes assim o manifestaram.

Esta forma de extinção do contrato de fornecimento de água e de recolha de águas residuais está prevista no Decreto-Lei 194/2009, de 20 de agosto, para os contratos celebrados com base em títulos sujeitos a termo.

É o caso dos utilizadores especiais (donos de obras ou de promotores de eventos), cujo contrato seja celebrado para fornecimentos temporários ou sazonais de água a estaleiros e obras, ou a zonas de concentração de população ou de atividades com caráter temporário (feiras, festivais e exposições), portadores de títulos de autorização que se extinguem por caducidade no final do prazo para o qual foram contratados, exceto quando seja feita prova da manutenção dos pressupostos que levaram à celebração do contrato de caráter temporário, *cfr.* n. 3 do artigo 65º do diploma referido.

A caducidade tem, tipicamente, apenas efeitos para o futuro; todos os efeitos já produzidos pelo contrato, até ao momento da verificação do prazo, são preservados.

5. Resolução

Uma última forma de extinção dos contratos é a chamada resolução.

A resolução do contrato encontra-se prevista e regulada nos artigos 432º e seguintes do Código Civil; todavia, vinculado a um fundamento legal ou convencional: "1 – É admitida a resolução do contrato fundada na lei ou em convenção", sendo o regime geral da resolução equiparado, nos efeitos, ao instituto da invalidade do negócio jurídico, à nulidade ou anulabilidade, *cfr.* artigo 433º do Código Civil.

A resolução é uma figura jurídica que consiste na extinção do contrato com eficácia retroativa, por declaração unilateral e vinculada de uma das partes, *cfr.* n. 1 do artigo 436º do Código Civil, quando se verifique a superveniência de um facto que iluda as expectativas que a parte depositava no contrato subscrito. Tal significa que a resolução do contrato é feita apenas por um dos contraentes, tendo como efeito a extinção de todos os efeitos do contrato na esfera jurídica do outro contraente. Isto quer dizer que todos os efeitos jurídicos que o contrato tinha produzido desaparecem, independentemente da vontade deste, operando retroativamente *ab inicio*, *cfr.* n. 1 do artigo 434º e n. 1 do artigo 435º, ambos do Código Civil.

Por outro lado, nos negócios de execução continuada ou periódica, a resolução não abrange as prestações já efetuadas, exceto se entre as prestações e a causa da resolução existir um vínculo que legitime a resolução de todas, *cfr.* n. 2 do artigo 434º do Código Civil.

Assim, no caso de se verificar incumprimento contratual por parte da entidade gestora, o que implica que ela não cumpra as obrigações contratuais que assumiu, o utilizador poderá resolver o respectivo contrato, nos termos do artigo 798º do Código Civil, o qual predispõe que *"o devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor"*.

Nesta sequência, sempre que os padrões de qualidade inerentes à natureza do serviço sejam preteridos pela entidade gestora, o utilizador do serviço pode deixar de cumprir as suas obrigações, procedendo à apresentação de reclamação em conformidade, nos termos do artigo 68º do Decreto-Lei 194/2009, de 20 de agosto, cuja apreciação caberá à entidade reguladora (ERSAR), *cfr.* n. 4 do artigo 68º, dispondo a entidade gestora, para além da obrigação de enviar a reclamação para a entidade reguladora, o dever de responder, por escrito, no prazo máximo de 22 dias úteis à reclamação apresentada, *cfr.* n. 3 do artigo 68º.

Ao utilizador é também, em situações de incumprimento, facultado o recurso à arbitragem, que, no âmbito dos serviços públicos essenciais, funciona como necessária, ao abrigo do artigo 15º da LSPE: *"1 – Os litígios de consumo no âmbito dos serviços públicos essenciais estão sujeitos a arbitragem necessária quando, por opção expressa dos utentes que sejam pessoas singulares, sejam submetidos à apreciação do tribunal arbitral dos centros de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizados. 2 – Quando as partes, em caso de litígio resultante de um serviço público essencial, optem por recorrer a mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos suspende-se no seu decurso o prazo para a propositura da ação judicial ou da injunção."*

O CONTRATO DE COMUNICAÇÕES ELETRÓNICAS E SEU REGIME EM PORTUGAL

Teresa Madeira
Assessora jurídica da ACOP – Associação de Consumidores de Portugal

EXCERTOS

"Será considerado serviço de comunicação eletrónica quaisquer sistemas de transmissão ou equipamentos que permitam o envio de sinais por cabo, meios radioelétricos, meios ópticos, ou por outros meios eletromagnéticos"

"Os serviços públicos essenciais são considerados como tais, visto serem básicos e essenciais, e necessários à satisfação de necessidades primárias, contribuindo assim para o bem-estar e qualidade de vida de todos os cidadãos"

"Cabe ao prestador do serviço provar todos os fatos relativos ao cumprimento das suas obrigações bem como fazer prova da realização das comunicações relativas à exigência do pagamento e do momento em que foram efetuadas"

"No que concerne ao conteúdo contratual, os consumidores e os fornecedores poderão acordar novas cláusulas para além das que obrigatoriamente o contrato deva ter"

"Se o que motiva a suspensão não estiver relacionado com o não pagamento de faturas, a suspensão do serviço pode ocorrer após pré-aviso adequado ao assinante"

"O contrato de prestação de serviços de comunicações eletrónicas é um contrato típico constituído por cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitam, respectivamente, a subscrever ou a aceitar, sendo por isso um contrato de adesão"

Título I
Considerações Gerais

O tema sobre o qual nos vamos debruçar ao longo das próximas páginas é referente ao contrato de comunicações eletrónicas, o qual contempla a prestação de diversos serviços, desenvolvendo-se, de forma pormenorizada, o seu regime em Portugal.

Os progressos a nível tecnológico a que assistimos há apenas algumas décadas, no âmbito das telecomunicações, contribuíram para que o mercado das comunicações fosse liberalizado, situação esta que culminou, na maioria dos Estados-membros da União Europeia, a 1º de janeiro de 1998, com a plena liberalização de todas as redes e serviços de telecomunicações.

Contudo, em virtude da liberalização do setor e com a concorrência a nível das telecomunicações, assistiu-se a uma proliferação de uma panóplia de serviços relativos às comunicações eletrónicas, inovando-se nas ofertas dos serviços, com preços mais apelativos e aumentando-se a qualidade, que consequentemente criou dependência dos consumidores/utilizadores em relação a estes serviços, quer pessoal quer profissionalmente, representando um grande avanço na vida dos cidadãos, uma vez que se obtém informação e comunica-se, através de diversos meios (telefone e internet), de forma rápida e eficiente, quer a curtas ou longas distâncias.

Com este quadro traçado a nível europeu, surgiu a necessidade desta matéria ser devidamente regulamentada. Daí que tenham surgido as diretivas 2002/19/CE (relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações eletrónicas e recursos conexos), a 2002/20/CE (relativa à autorização de redes e serviços de comunicações eletrónicas), a 2002/21/CE (relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações eletrónicas), e a 2002/22/CE (relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações eletrónicas), todas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março, e a Diretiva 2002/77/CE (relativa à concorrência nos mercados de redes e serviços de comunicações eletrónicas), da Comissão, de 16 de setembro.

Em Portugal, tendo emergido a necessidade do nosso Estado regulamentar esta matéria, estas diretivas foram transpostas através da Lei 5/2004, de 10 de fevereiro, estabelecendo-se o regime jurídico aplicável às redes e serviços de comunicações eletrónicas e aos recursos e serviços conexos, e definindo as competências da autoridade reguladora nacional.

Antes de continuarmos, porém, a debruçar sobre esta matéria, será necessário determo-nos sobre a própria noção de comunicações eletrónicas.

Afinal, o que se entende por comunicações eletrónicas? E que serviços estão abrangidos por este conceito? É o que veremos de seguida.

Capítulo I
Comunicações Eletrónicas

1. Noção

A lei que em Portugal vem estabelecer o regime jurídico referente às redes e aos serviços de comunicações eletrónicas é, como já foi mencionado no tema precedente, a Lei 5/2004, de 10 de fevereiro, que transpôs, para o nosso ordenamento jurídico, as diretivas 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE e 2002/22/CE, todas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março, e a Diretiva 2002/77/CE, da Comissão, de 16 de setembro.

Este diploma, por sua vez, já sofreu algumas alterações, tendo sido modificado pelo Decreto-Lei 176/2007, de 8 de maio, pela Lei 35/2008, de 25 de julho, pelo Decreto-Lei 258/2009, de 25 de setembro, pelas leis 46/2011, de 24 de junho, 51/2011, de 13 de setembro, e mais recentemente pela 10/2013, de 28 de janeiro.

Na alínea *ee*) do artigo 3º do diploma mencionado, define-se o serviço de comunicações electrónicas como sendo *"o serviço oferecido em geral mediante remuneração, que consiste total ou principalmente no envio de sinais através de redes de comunicações eletrónicas, incluindo os serviços de telecomunicações e os serviços de transmissão em redes utilizadas para a radiodifusão, sem prejuízo da exclusão referida nas alíneas a) e b) do n. 1 do artigo 2*".

O conceito apresentado afigura-se na realidade bastante abrangente, uma vez que consiste "*no envio de sinais através de redes de comunicações eletrónicas, incluindo os serviços de telecomunicações e os serviços de transmissão em redes utilizadas para a radiodifusão"*.

A fim de determinarmos em concreto a noção de comunicações eletrónicas será, pois, necessário debruçarmo-nos sobre a definição de redes de comunicações eletrónicas.

A alínea *cc*) do artigo mencionado define a rede de comunicações eletrónicas estipulando o que segue:

"«Rede de comunicações electrónicas» os sistemas de transmissão e, se for o caso, os equipamentos de comutação ou encaminhamento e os demais recursos, nomeadamente elementos de rede que não se encontrem ativos, que permitem o envio de sinais por cabo, meios radioelétricos, meios ópticos, ou por outros meios eletromagnéticos, incluindo as redes de satélites, as redes terrestres fixas (com comutação de circuitos ou de pacotes, incluindo a Internet) e móveis, os sistemas de cabos de eletricidade, na medida em que sejam utilizados para a transmissão de sinais, as redes de radiodifusão sonora e televisiva e as redes de televisão por cabo, independentemente do tipo de informação transmitida."

Do conceito transcrito afigura-se que será considerado serviço de comunicação eletrónica quaisquer sistemas de transmissão ou equipamentos que permitam o

envio de sinais por cabo, meios radioelétricos, meios ópticos, ou por outros meios eletromagnéticos, incluindo as redes de satélites, as redes terrestres fixas e móveis, os sistemas de cabos de eletricidade, uma vez que são utilizados para a transmissão de sinais, as redes de radiodifusão sonora e televisiva e as redes de televisão por cabo.

Poderemos assim elencar como serviços de comunicações eletrónicas os que se seguem:

– serviço de telefone móvel e fixo;

– serviço de televisão e de rádio por cabo ou satélite;

– outros serviços como internet.

Os serviços de comunicações eletrónicas não devem, pois, confundir-se com os designados serviços conexos, sendo estes "*os serviços associados a uma rede de comunicações eletrónicas e ou a um serviço de comunicações eletrónicas que permitem e ou servem de suporte à oferta de serviços através dessa rede e ou serviço, ou tem potencial para fazê-lo e incluem nomeadamente os sistemas de conversão de números ou os sistemas que oferecem uma funcionalidade equivalente, os sistemas de acesso condicional e os guias eletrónicos de programas bem como outros serviços como o serviço de identidade, localização e presença*", de acordo com a alínea *f* do artigo 3º do diploma mencionado. Como exemplos destes serviços temos a *power box* e o serviço de teletexto.

1.1. Exclusões

Do âmbito das comunicações eletrónicas há serviços que, não obstante consistirem no envio de sinais através de redes de comunicações eletrónicas, não são considerados serviços de comunicações eletrónicas, encontrando-se excluídos da noção do mesmo. Desde logo, estão excluídos os serviços da sociedade da informação que não consistirem total ou principalmente no envio de sinais através de redes de comunicações eletrónicas. Ou seja, daí se depreende que apenas será considerado serviço de comunicação eletrónica os que dependerem totalmente do envio de sinais de redes de comunicação eletrónica.

Também se encontram excluídos os serviços que prestem ou exerçam controlo editorial sobre conteúdos transmitidos através de redes e serviços de comunicações eletrónicas, incluindo os serviços de programas televisivos e de rádio e os de audiotexto e de valor acrescentado baseados no envio de mensagem.

1.2. Âmbito

Do que já se explanou sobre as comunicações eletrónicas, conclui-se, que do seu âmbito fazem apenas parte os serviços de comunicações eletrónicas que enviem sinais através de redes de comunicações eletrónicas, excluindo-se os serviços de sociedade de informação bem como os designados serviços conexos.

Pelo que, do elenco das comunicações eletrónicas apenas cabem:

– o serviço de telefone móvel e fixo;
– o serviço de televisão e de rádio por cabo ou satélite;
– o serviço de internet.

Capítulo II
Serviço Público Essencial

1. Generalidades

Em Portugal, o regime dos serviços públicos essenciais encontra-se plasmado na Lei 23/96, de 26 de julho, alterada pelas leis 12/2008, de 26 de fevereiro, 24/2008, de 2 de junho, 6/2011, de 10 de março, 44/2011, de 22 de junho, e 10/2013, de 28 de janeiro.

Os serviços públicos essenciais são considerados como tais, visto serem básicos e essenciais, e necessários à satisfação de necessidades primárias, contribuindo assim para o bem-estar e qualidade de vida de todos os cidadãos. Por essa razão, normalmente são prestados pelo Estado ou em regime de concessão em condições de igualdade, imparcialidade, transparência, continuidade e acessibilidade de preços.

Não obstante o Estado ter liberalizado o setor, continua ele a regulamentar esta matéria, por forma a permitir que todos os cidadãos possam aceder a um nível mínimo e elementar de serviços.

Os utentes, entendendo-se para o efeito deste diploma as pessoas singulares ou coletivas, dos serviços considerados serviços públicos essenciais que se encontram elencados no n. 2 do artigo 1º da lei mencionada – serviços de água, de energia elétrica, de gás e gases de petróleo liquefeitos canalizados, de comunicações eletrónicas, de postais, de recolha e tratamento de águas residuais e de gestão de resíduos sólidos urbanos – beneficiam de uma proteção acrescida e dos diversos direitos contemplados neste diploma referente, entre outros, direito ao dever de informação, à faturação, à quitação parcial, à proibição de cobrança de consumos mínimos, à suspensão do serviço, à prescrição e à caducidade.

2. Comunicações eletrónicas como serviço público essencial

O serviço de comunicações eletrónicas só é considerado serviço público essencial a partir de 27 de maio de 2008, na sequência da alteração introduzida pela Lei 12/2008, de 26 de fevereiro, que alterou a Lei 23/96, de 26 de julho.

Importa esclarecer que na redação original do DL 23/96, de 26 de julho, na alínea *d*) do n. 2 do artigo 2º, encontrava-se contemplado como serviço público essencial o serviço de telefone. Porém, com a publicação da Lei 5/2004, de 10 de Fevereiro, foi com

alguma surpresa que se verificou que este novo diploma excluía do âmbito do leque de serviços públicos essenciais o serviço de telefone, ficando o utente desprotegido nesta matéria entre 11 de fevereiro de 2004 e 26 de maio de 2008, sofrendo as consequências daí resultantes, nomeadamente no que concerne ao prazo de prescrição de dívidas, o qual passou de 6 meses – artigo 10º, n. 1, da Lei 23/96, de 26 de julho, para cinco anos, de acordo com o artigo 310º, alínea *g*), do Código Civil.

Todavia, a partir de 27 de maio de 2008, não só o serviço de telefone é considerado serviço público essencial, mas também novos serviços, isto é, todos os que integram o âmbito dos serviços de comunicações eletrónicas, assistindo-se assim, a um alargamento, neste domínio, dos serviços públicos essenciais.

3. Direitos dos utentes dos serviços de comunicações eletrónicas

Os utentes dos serviços de comunicações eletrónicas têm direitos que lhes são atribuídos em virtude do serviço prestado se tratar de um serviço público essencial.

De forma breve, iremos de seguida debruçarmo-nos sobre o que o diploma – o DL 23/96, de 26 de julho, devidamente atualizado –, dispõe no domínio das comunicações eletrónicas.

O artigo 8º do diploma mencionado refere-se ao dever de informação. Neste âmbito, os utentes das comunicações eletrónicas têm direito a ser devidamente informados pelo prestador do serviço relativamente às condições em que ele é fornecido.

Além do mais, e pelo fato de se tratar de um serviço de comunicações eletrónicas, acresce o direito dos utentes serem regularmente informados, de forma atempada, sobre as tarifas aplicáveis dos serviços prestados, designadamente os respeitantes às redes fixa e móvel, ao acesso à internet e à televisão por cabo.

No que concerne à fatura, esta deve ser mensal e especificar os valores apresentados, discriminando os serviços prestados, os quais poderão ser traduzidos com maior pormenor no caso do utente o solicitar, e as respectivas tarifas.

Já no que toca à suspensão, este diploma no n. 5 do artigo 5º[1] remete para a Lei 5/2004, de 10 de fevereiro, existindo um regime específico nesta matéria, que mais adiante veremos.

Encontra-se proibida a cobrança de consumos mínimos no artigo 8º da Lei 23/96, de 26 de julho[2], o qual elenca no seu n. 2 os consumos mínimos, prescrevendo o que segue:

"*2 – É proibida a cobrança aos utentes de:*

a) Qualquer importância a título de preço, aluguer, amortização ou inspeção periódica de contadores ou outros instrumentos de medição dos serviços utilizados;

b) Qualquer outra taxa de efeito equivalente à utilização das medidas referidas na alínea anterior, independentemente da designação utilizada;

c) Qualquer taxa que não tenha uma correspondência direta com um encargo em que a entidade prestadora do serviço efetivamente incorra, com exceção da contribuição para o audiovisual;

d) Qualquer outra taxa não subsumível às alíneas anteriores que seja contrapartida de alteração das condições de prestação do serviço ou dos equipamentos utilizados para esse fim, exceto quando expressamente solicitada pelo consumidor."

Verifica-se que os operadores económicos que exploram os serviços públicos essenciais lançam, muitas vezes, mão a vários estratagemas para embolsar valores que configuram consumos mínimos, violando a lei. No que às comunicações eletrónicas diz respeito, é exemplo desse fato a cobrança da "taxa de assinatura".

O prazo de prescrição destes serviços é de seis meses após a prestação do serviço, tendo o prestador do serviço, o mesmo prazo para propor a respectiva ação no tribunal ou recorrer à injunção. No caso de ter ocorrido erro do prestador de serviços e tiver sido paga importância inferior à que correspondia ao consumo efetuado, o direito do prestador ao recebimento da diferença caduca dentro dos seis meses após aquele pagamento.

Cabe ao prestador do serviço provar todos os fatos relativos ao cumprimento das suas obrigações bem como fazer prova da realização das comunicações relativas à exigência do pagamento e do momento em que foram efetuadas.

Para a resolução definitiva dos litígios, neste domínio, o artigo 15º, n. 1, consagrou a possibilidade das pessoas singulares submeterem à arbitragem necessária estes conflitos. Tal fato representa uma grande vantagem, dado que o prestador de serviços não poderá, de forma alguma, recusar a arbitragem, tendo que a ela se submeter.

Título II
Deveres dos Prestadores de Serviços e Direitos dos Utilizadores

Capítulo I
Deveres de Informação dos Prestadores de Serviços

1. Obrigação de publicar informações

Impende sobre as empresas que oferecem redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público a obrigação de disponibilizar ao público informações adequadas, transparentes, comparáveis e atualizadas sobre os termos e condições habituais em matéria de acesso e utilização dos serviços que prestam aos utilizadores finais e aos consumidores, explicitando, detalhadamente, os

seus preços e demais encargos, bem como, quando aplicável, os relativos à cessação dos contrato, de acordo com o artigo 47º.

Para o efeito, as empresas devem publicar nos seus sítios de internet, bem como nos pontos de venda dos serviços as informações relativas:

– à identificação do prestador, indicando nome, forma de contato e endereço da sede da empresa que fornece redes de comunicações públicas ou serviços acessíveis ao público;

– aos serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público que oferecem, contendo, entre outros, os seguintes elementos:

a) descrição dos serviços oferecidos, bem como das várias prestações e funcionalidades que neles se incluem, indicando a área geográfica em que se encontram disponíveis;

b) níveis de qualidade de serviço oferecidos;

– aos preços normais, explicitando os valores devidos por cada um dos serviços prestados e o conteúdo de cada elemento do preço, abrangendo, designadamente, os encargos relativos ao acesso, utilização e manutenção, bem como informações detalhadas sobre os descontos normais aplicados e sistemas tarifários especiais ou específicos, eventuais encargos adicionais, custos relativos a equipamentos terminais e encargos decorrentes da cessação do contrato;

– aos sistemas de indenizações ou reembolsos, incluindo informações específicas sobre as respectivas modalidades, quando existentes;

– aos tipos de serviços de manutenção oferecidos;

– às condições contratuais típicas, incluindo eventuais períodos contratuais mínimos, condições de cessação do contrato, procedimentos e encargos relacionados com a portabilidade dos números e outros identificadores, quando existentes, bem como a indicação das formalidades e documentos a apresentar com o pedido de portabilidade para a denúncia do contrato;

– aos mecanismos de resolução de conflitos, incluindo os criados pela empresa que oferece a rede ou o serviço.

Os utilizadores têm direito a "*dispor, em tempo útil e previamente à celebração de qualquer contrato, de informação escrita sobre as condições de acesso e utilização do serviço nos termos do artigo 47º*", de acordo com o artigo 39º, n. 1, da Lei 5/2004.

2. Obrigação de prestar informações aos assinantes

Não obstante as informações que as empresas prestadoras deste tipo de serviços têm que ter no seu sítio de internet, a ARN – Autoridade Reguladora Nacional, que no presente caso é o ICP – Autoridade Nacional de Comunicações (ICP – Anacom), pode determinar às empresas que oferecem redes de comunicações públicas

ou serviços de comunicações eletrónicas a prestação de informações aos assinantes, entendido estes como as pessoas singulares ou coletivas que sejam parte num contrato com um prestador de serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público para o fornecimento desses serviços, sobre:

– os preços aplicáveis a comunicações dirigidas a determinados números ou serviços sujeitos a condições tarifárias especiais;

– qualquer mudança no acesso aos serviços de emergência ou na disponibilização de informação sobre a localização da pessoa que efetua a chamada;

– qualquer mudança das condições que restringem o acesso ou a utilização dos serviços e aplicações;

– eventuais procedimentos instaurados pela empresa para medir e condicionar o tráfego de modo a evitar que seja esgotada a capacidade num segmento de rede ou impedir que a capacidade contratada seja ultrapassada, indicando as repercussões desta medida na qualidade do serviço oferecido;

– o direito de inclusão, ou não, dos seus dados pessoais em listas;

– as características dos produtos e serviços destinados a assinantes portadores de deficiência, quando aplicável.

3. Incumprimento da obrigação de informar

O incumprimento por parte das empresas prestadoras de serviços de comunicações eletrónicas das obrigações de publicar informações e de prestar informações aos assinantes configura contraordenação grave, nos termos do artigo 113º, n. 2, alíneas *r*) e *t*), variando a coima a aplicar consoante se trate de pessoa singular, microempresa, pequena, média ou grande empresa[3].

Capítulo II
Direitos dos Utilizadores

1. Direitos

A Lei 5/2004, de 10 de fevereiro, refere no n. 1 do artigo 39º os direitos de que os utilizadores beneficiam no âmbito destes serviços, prescrevendo o que se segue:

"*1 – Constituem direitos dos utilizadores, nos termos da presente lei:*

a) Aceder, em termos de igualdade, às redes e serviços oferecidos;

b) Dispor, em tempo útil e previamente à celebração de qualquer contrato, de informação escrita sobre as condições de acesso e utilização do serviço nos termos do artigo 47º;

c) Serem informados, com uma antecedência mínima de 15 dias, da cessação da oferta."

Já o assinante, de acordo com o n. 3 do artigo mencionado, tem direito a:

– ser informado por escrito da suspensão da prestação do serviço e da resolução do contrato em caso de não pagamento de faturas;

– aceder aos serviços contratados de forma contínua, sem interrupções ou suspensões indevidas;

– obter faturação detalhada, quando solicitada;

– dispor do barramento seletivo de comunicações bem como do acesso aos serviços de audiotexto;

– receber, tempestivamente, todas as informações relacionadas com a base de assinantes que não tenham satisfeito as suas obrigações de pagamento;

– ser informado nos termos previstos no artigo 47º-A;

– celebrar contratos com a especificação exigida no artigo 48º;

– figurar nas listas e serviços de informações de listas;

– ser informado da suspensão e extinção do serviço em situação que não envolva o não pagamento das faturas;

– dispor da portabilidade dos números.

A violação dos direitos dos utilizadores ou dos assinantes por parte das empresas prestadoras de serviços de comunicações eletrónicas configura contraordenação grave, nos termos do artigo 113º, n. 2, alínea *j*), variando a coima a aplicar consoante a entidade que estiver em causa – pessoa singular, microempresa, pequena, média ou grande empresa.

Título III
Do Contrato de Comunicações Eletrónicas

Capítulo I
Da Formação

1. Contrato sujeito a forma

O artigo 48º da Lei 5/2004, de 10 de fevereiro, veio estabelecer no seu n. 1 que a oferta de serviço de comunicações eletrónicas é objeto de contrato, estipulando o que se segue:

"*1 – Sem prejuízo da legislação aplicável à defesa do consumidor, a oferta de redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público é objeto de contrato, do qual devem obrigatoriamente constar, de forma clara, exaustiva e facilmente acessível, os seguintes elementos: (…)*"

Do preceito transcrito, deduz-se que o contrato terá necessariamente de ser reduzido a escrito.

2. Requisitos de contrato

Nas várias alíneas do n. 1 do artigo 48º encontram-se enumerados os requisitos que o contrato deve conter obrigatoriamente:

"a) A identidade e o endereço do fornecedor;

b) Os serviços fornecidos, os níveis de qualidade mínima dos serviços oferecidos, designadamente o tempo necessário para a ligação inicial, bem como os níveis para os demais parâmetros de qualidade de serviço que sejam fixados nos termos do artigo 40º;

c) Restrições impostas à utilização de equipamentos terminais fornecidos, eventuais limitações no acesso e à utilização de serviços, bem como medidas implementadas para condicionar o tráfego de modo a evitar esgotar ou ultrapassar a capacidade contratada, indicando, neste caso, o modo como esses procedimentos se poderão repercutir na qualidade do serviço;

d) Informação sobre a disponibilização, ou não, do acesso aos serviços de emergência e à informação de localização da pessoa que efetua a chamada, bem como sobre a existência de quaisquer limitações à oferta dos serviços de emergência, nos termos do artigo 51º;

e) Os tipos de serviços de apoio e manutenção oferecidos, bem como as formas de entrar em contato com os mesmos;

f) Os detalhes dos preços e os meios de obtenção de informações atualizadas sobre todos os preços e encargos de manutenção aplicáveis, bem como as formas de pagamento e eventuais encargos ou penalizações inerentes a cada uma delas;

g) A duração do contrato, as condições de renovação, de suspensão e de cessação dos serviços e do contrato;

h) Os sistemas de indenização ou de reembolso dos assinantes, aplicáveis em caso de incumprimento dos níveis de qualidade de serviço previstos no contrato;

i) O método para iniciar os processos de resolução de conflitos nos termos do artigo 48º-B;

j) As condições em que é disponibilizada a faturação detalhada;

l) Indicação expressa da vontade do assinante sobre a inclusão ou não dos respectivos elementos pessoais nas listas telefónicas e sua divulgação através dos serviços informativos, envolvendo ou não a sua transmissão a terceiros, nos termos da legislação relativa à proteção de dados pessoais;

m) Indicação da possibilidade de inscrição dos dados do assinante na base de dados prevista no artigo 46.º;

n) Medidas que o fornecedor poderá adotar na sequência de incidentes relativos à segurança ou à integridade da rede ou para reagir a ameaças ou situações de vulnerabilidade;

o) Medidas de proteção do assinante contra riscos para a segurança pessoal, para a privacidade e para os dados pessoais."

Como se verifica, os requisitos são da mais diversa natureza. Desde logo, dizem respeito à identificado do próprio prestador de serviços, ao próprio serviço em si como a qualidade, o que engloba os respectivos preços, encargos e faturação, e ao respectivo contrato, como a renovação, a duração, a suspensão e a cessação do mesmo, os sistemas

de indenização no caso de incumprimento dos níveis de qualidade, bem como se o assinante pretende ou não a inclusão dos seus elementos pessoais nas listas telefónicas.

No que concerne, em concreto, à duração do contrato, deve ele incluir a indicação da existência de períodos contratuais mínimos ou períodos de fidelização associados, designadamente à oferta de condições promocionais, à subsidiação do custo de equipamentos terminais ou ao pagamento de encargos decorrentes da cessação antecipada do contrato por iniciativa do assinante, nomeadamente em consequência da recuperação de custos associados à subsidiação de equipamentos terminais.

O período de duração inicial, dos contratos de comunicações eletrónicas, não poderá ser superior a 24 meses, isto quando estiver em causa um contrato com um consumidor, entendendo-se este para efeito deste diploma como "*a pessoa singular que utiliza ou solicita um serviço de comunicações eletrónicas acessível ao público para fins não profissionais*", nos termos da alínea *j*) do artigo 3º.

Todavia as empresas deverão sempre oferecer a todos os utilizadores, quer sejam ou não consumidores, a possibilidade de celebrarem contratos pelo prazo de 12 meses.

2.1. Consequências da falta de cumprimento da forma legalmente exigida

A não existência do contrato com os requisitos legalmente exigidos tem como consequência legal a nulidade do contrato, uma vez que estamos perante uma norma de caráter imperativo, de acordo com o artigo 294º do Código Civil, o qual refere que "*os negócios celebrados contra disposição legal de caráter imperativo são nulos, salvo nos casos em que outra solução resulte da lei*".

A nulidade é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal. A declaração de nulidade tem efeito retroativo, devendo ser restituído tudo o que tiver sido prestado, nos termos dos artigos 286º e 289º, n. 1, do Código Civil.

Além do mais, a violação do artigo 48º, n. 2, configura contraordenação grave, nos termos do artigo 113º, n. 2, alínea *u*), variando a coima a aplicar consoante se trate de pessoa singular, microempresa, pequena, média ou grande empresa.

Capítulo II
Da Modificação do Contrato

1. Generalidades

Regra geral e estando-se perante um contrato bilateral, ele apenas poderá modificar-se ou extinguir-se por mútuo acordo entre as partes intervenientes. As modificações poderão ser relativamente ao conteúdo contratual, o qual é livremente fixado de acordo com a lei em vigor, ou relativamente aos sujeitos do contrato.

No que concerne ao conteúdo contratual, os consumidores e os fornecedores poderão acordar novas cláusulas para além das que obrigatoriamente o contrato deva ter e a que já fizemos referência.

2. Das modificações subjetivas

As modificações subjetivas dizem respeito às partes intervenientes no contrato, que no caso concreto será o prestador do serviço de comunicação eletrónica e o utulizador, que poderá ser uma pessoa singular ou coletiva. Este tipo de modificações poderá ocorrer se se encontrarem previamente previstas no contrato ou, não estando previstas, existir acordo entre as partes contratantes.

Não estando previsto ou não havendo acordo quanto a esta questão, não poderá ocorrer qualquer modificação subjetiva.

3. Das modificações objetivas

As modificações objetivas dizem respeito ao conteúdo do contrato.

Quanto a esta questão, a lei prevê no n. 6 do artigo 48º que, sempre que a empresa proceda a uma alteração de qualquer das condições contratuais referidas nas várias alíneas do n. 1, deve comunicar por escrito aos assinantes a proposta de alteração, por forma adequada, com uma antecedência mínima de um mês, devendo simultaneamente informar os assinantes do seu direito de rescindir o contrato sem qualquer penalidade no caso de não aceitação das novas condições, no prazo fixado no contrato.

Todavia, esta obrigação já não existe se as alterações contratuais identificarem uma vantagem objetiva para o assinante, não afastando assim o regime de contrapartidas previstas para a rescisão antecipada, pelos assinantes, dos contratos que estabelecem períodos contratuais mínimo.

Capítulo III
Resolução e Denúncia do Contrato

Sempre que se verifique incumprimento contratual por parte do prestador de serviços, o assinante poderá desvincular-se do contrato, a todo o tempo, resolvendo-o, de acordo com as disposições gerais do Código Civil – o artigo 798º –, o qual refere que o devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor.

Situação diferente é se não existir qualquer incumprimento por parte do prestador de serviços. Nesta situação, o assinante que pretender desvincular-se poderá fazê-lo denunciando o contrato de acordo com as condições e antecedência nele previstas.

Capítulo IV
Suspensão e Extinção do Serviço

1. Generalidades

No âmbito dos contratos de serviços de comunicações eletrónicas, o prestador de serviço poderá suspender o serviço, sobrevindo, em consequência, a extinção do contrato. Porém, a suspensão e extinção do contrato não é feita de qualquer forma, obedecendo a disposições específicas, no que concerne às redes de comunicações públicas e aos serviços de comunicações eletrónicas.

Relativamente a este tema da suspensão e extinção do contrato, verifica-se que os utilizadores destes serviços mereceram uma maior proteção, isto em relação aos restantes serviços públicos essenciais, uma vez que para a verificação da suspensão em geral para os serviços públicos essenciais, no caso de não pagamento de faturas, bastará advertir o utilizador por escrito, com uma antecedência mínima de 20 dias relativamente à data em que irá ocorrer a suspensão, informando-o dos meios que tem ao seu dispor para evitá-la bem como para a retoma do serviço. Não sendo o motivo da suspensão o não pagamento de faturas, bastará o pré-aviso.

De forma alguma a prestação do serviço pode ser suspensa em virtude da falta de pagamento de qualquer outro serviço incluído na mesma fatura, salvo se forem funcionalmente indissociáveis.

No caso das comunicações eletrónicas, a suspensão e a extinção do contrato obedecem a critérios mais apertados, que veremos de seguida.

2. No âmbito das comunicações eletrónicas

A Lei 5/2004, de 10 de fevereiro, estabelece quanto a este tema dois regimes diferentes. A distinção dos regimes é baseada no fato de na relação contratual existir ou não um consumidor final.

A definição de consumidor encontra-se plasmada no artigo 3º, alínea *j*), da Lei 5/2004, de 10 de fevereiro, a qual define consumidor como sendo "*a pessoa singular que utiliza ou solicita um serviço de comunicações eletrónicas acessível ao público para fins não profissionais*", significando tal preceito que se a comunicação eletrónica for solicitada

por uma pessoa coletiva, este, para efeitos deste diploma, já não é considerado um consumidor, mas sim um mero utilizador/assinante.

O regime da suspensão encontra-se vertido nos artigos 52º e 52º-A da Lei 5/2004, de 10 de fevereiro, regime este recentemente modificado pelas alterações introduzidas pela Lei 10/2013, de 28 de fevereiro, que estipulou um regime específico para os assinantes consumidores e não consumidores.

a) Regime dos assinantes que não sejam consumidores

O artigo 52º da Lei 5/2004 prevê o regime referente à suspensão e extinção do serviço prestado aos assinantes não consumidores.

É necessário, em primeiro lugar, distinguir se a suspensão se deve ao não pagamento de faturas ou se deve a outros motivos, uma vez que o regime aplicável varia consoante o que estiver em causa.

Se a suspensão se deve a outros motivos que não o não pagamento de faturas, para os assinantes de serviços que não sejam consumidores a suspensão dos serviços apenas pode ocorrer após pré-aviso adequado ao assinante, salvo caso fortuito ou de força maior. No que concerne a esta questão, a lei não determina qualquer prazo, bastando a existência de pré-aviso.

Todavia, existindo o não pagamento de faturas, a suspensão apenas poderá ocorrer após advertência por escrito ao assinante, com a antecedência mínima de 20 dias, justificando-se a suspensão e informando o assinante dos meios que tem ao seu dispor para a evitar.

Até aqui, o regime é comum quer para os serviços públicos essenciais quer para os serviços de comunicações eletrónicas dos assinantes que não sejam consumidores. As especificidades do regime estão relacionadas com o próprio serviço que é fornecido. Assim, o assinante tem a faculdade de pagar e obter quitação de apenas parte das quantias constantes da fatura, devendo, sempre que tecnicamente possível, a suspensão limitar-se ao serviço em causa, exceto em situações de fraude ou de pagamentos sistematicamente atrasados ou em falta.

Além do mais, durante o período de suspensão e até à extinção do serviço, deve ser garantido ao assinante o acesso a chamadas que não impliquem pagamento, nomeadamente as realizadas para o número único de emergência europeu.

No que diz respeito à extinção do serviço, esta apenas poderá ocorrer, por não pagamento de faturas, quando a dívida for exigível e após aviso adequado, de oito dias, ao assinante.

b) Regime dos assinantes que sejam consumidores

O regime dos assinantes que sejam consumidores encontra-se regulado nos artigos 52º, n. 1, e 52º-A da Lei 5/2004, de 10 de fevereiro.

Tal como já foi referido no tema precedente, é necessário distinguir se a suspensão se deve ao não pagamento de faturas ou se deve a outros motivos, uma vez que o regime aplicável varia consoante o motivo que determina a suspensão.

Se o que motiva a suspensão não estiver relacionado com o não pagamento de faturas, a suspensão do serviço pode ocorrer após pré-aviso adequado ao assinante, salvo caso fortuito ou de força maior, o qual pode implicar a não existência de qualquer pré-aviso.

Por outro lado, se o que motiva a suspensão é a falta de pagamento de valores da fatura, é aplicável o constante no artigo 52º-A. Neste caso, impende sobre as empresas que oferecem as redes ou serviços de comunicações eletrónicas emitir um pré-aviso ao consumidor, o qual é-lhe comunicado por escrito no prazo de 10 dias após a data de vencimento da fatura, indicando-se as consequências do não pagamento e informando-o dos meios que tem ao seu dispor para evitá-las, concedendo-lhe ainda um prazo adicional para pagamento, de 30 dias, sob pena de suspensão do serviço e de, eventualmente, haver resolução automática do contrato.

Apenas será considerado serviço de comunicação eletrónica os que dependerem totalmente do envio de sinais de redes de comunicação eletrónica

Após o decurso do prazo dos 30 dias, as empresas devem obrigatoriamente, no prazo de 10 dias, suspender o serviço, por um prazo de 30 dias, sempre que o consumidor não tenha procedido ao pagamento das faturas em atraso ou não tenha celebrado com a empresa um acordo de pagamento por escrito, por forma a regularizar a dívida.

Durante o período de suspensão, o consumidor goza dos mesmos direitos dos assinantes que não sejam consumidores, isto no que toca à faculdade de pagar e obter quitação de parte das quantias constantes da fatura e ao acesso a chamadas que não impliquem pagamento, nomeadamente as realizadas para o número único de emergência europeu.

É necessário ter ainda em consideração que a suspensão não tem lugar nas situações em que o valor da fatura seja objeto de reclamação por escrito, junto da empresa, com fundamento na inexistência ou na inexigibilidade da dívida.

Todavia, a suspensão do serviço cessa se o consumidor proceder ao pagamento do valor em dívida ou se celebrar um acordo de pagamento por escrito com a empresa. Verificando-se a ocorrência de qualquer um dos casos, a empresa deve repor, de imediato, a prestação do serviço ou, não sendo tal fato tecnicamente possível, no prazo de cinco dias úteis a contar da data de pagamento ou da celebração do acordo.

No caso do consumidor ter celebrado um acordo de pagamentos e verificando-se a falta de pagamento de qualquer das prestações acordadas, tal fato determina a resolução do contrato, mediante pré-aviso escrito ao consumidor, com a antecedência de oito dias.

Decorrido o período de 30 dias de suspensão do serviço e não tendo o consumidor procedido nem ao pagamento do valor em dívida nem à celebração de um acordo de pagamentos, o contrato considera-se automaticamente resolvido.

No entanto, não obstante o contrato encontrar-se resolvido, tal situação não isenta o consumidor, no caso de ainda se encontrar dentro do âmbito do período de fidelização, consistindo este na existência de uma cláusula no contrato estabelecendo um período contratual mínimo de permanência, não podendo ser superior a 24 meses, justificado pelo fato do consumidor utilizar o serviço contratado como contrapartida da cedência de equipamento a preços reduzidos e dos custos de compatibilidade, associados à aquisição de equipamentos que apenas permitem usufruir dos serviços fornecidos por um determinado operador ou prestador, de pagar uma contrapartida a título indenizatório ou compensatório pela resolução durante o período de fidelização. Importa esclarecer que o artigo 52º-A, n. 8, da Lei 5/2004, de 10 de fevereiro, remete a cobrança desta indenização ou compensação para os limites previstos no DL 56/2010, de 1º de junho, diploma este que regula os limites estabelecidos pela cobrança de quantias pela prestação do serviço de desbloqueamento de equipamentos destinados ao acesso a serviços de comunicações eletrónicas bem como pela rescisão do contrato durante o período de fidelização.

A suspensão do serviço cessa se o consumidor proceder ao pagamento do valor em dívida ou se celebrar um acordo de pagamento por escrito com a empresa

O artigo 2º, n. 2, desta lei estabelece os limites, prescrevendo o que se segue:

"*2 – Durante o período de fidelização, pela resolução do contrato e pelo desbloqueamento do equipamento, é proibida a cobrança de qualquer contrapartida de valor superior a:*

a) 100 % do valor do equipamento à data da sua aquisição ou posse, sem qualquer desconto, abatimento ou subsidiação, no decurso dos primeiros seis meses daquele período, deduzido do valor já pago pelo utente, bem como de eventual crédito do consumidor face ao operador de comunicações móveis;

b) 80 % do valor do equipamento à data da sua aquisição ou posse, sem qualquer desconto, abatimento ou subsidiação, após os primeiros seis meses daquele período, deduzido do valor já pago pelo utente, bem como de eventual crédito do consumidor face ao operador de comunicações móveis;

c) 50 % do valor do equipamento à data da sua aquisição ou posse, sem qualquer desconto, abatimento ou subsidiação, no último ano do período de fidelização, deduzido do valor já pago pelo utente, bem como de eventual crédito do consumidor face ao operador de comunicações móveis."

E o n. 3 refere ainda que "*é proibida a cobrança de qualquer contrapartida, para além das referidas no número anterior, a título indenizatório ou compensatório pela resolução do contrato durante o período de fidelização*".

A violação, por parte da empresa, do regime exposto, nomeadamente no que toca à continuação da prestação dos serviços em violação ao dever de suspendê-los

ou à emissão de faturas após o momento em que a prestação do serviço deve ser suspensa, determina a não exigibilidade, ao consumidor, das contraprestações devidas pela prestação do serviço e a responsabilidade pelo pagamento de custas processuais devidas pela cobrança do crédito.

3. Incumprimento dos regimes

Verificando-se o incumprimento das regras relativas à suspensão ou à extinção dos serviços previstos nos artigos 52º e 52º-A, incluindo a não suspensão do serviço pelo não pagamento de faturas nos casos em que tal suspensão deva ocorrer, a emissão de faturas após o momento em que o serviço deve ser suspenso e a não reposição do serviço constituem contraordenação grave, nos termos do artigo 113º, n. 2, alínea *z*), variando a coima a aplicar consoante a entidade em causa – pessoa singular, microempresa, pequena, média ou grande empresa.

Título IV
Aplicação de Outros Regimes

1. Generalidades

Às relações referentes ao contrato de prestação de serviços de comunicações eletrónicas, para além de se aplicar a Lei 5/2004, de 10 de fevereiro, que regula as comunicações eletrónicas, aplica-se igualmente a lei que institui o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, o DL 446/85, de 25 de outubro, alterado pela Declaração de Retificação 114-B/95, de 31 de agosto, e pelos decretos-leis 220/95, de 31 de agosto, 249/99, de 7 de julho, e 323/2001, de 17 de dezembro, bem como a lei que regula os contratos à distância ao domicílio e equiparados – Lei 143/2001, de 26 de abril, alterada pelos decretos-leis 57/2008, de 26 de março, 82/2008, de 20 de maio, e 317/2009, de 30 de outubro, quando os contratos são celebrados em determinadas condições.

2. Como contrato constituído por cláusulas contratuais gerais

O contrato de prestação de serviços de comunicações eletrónicas é um contrato típico constituído por cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitam, respectivamente, a subscrever ou a aceitar, sendo por isso um contrato de adesão.

Para que estas cláusulas contratuais gerais vinculem o aderente, que pode ou não ser um consumidor, é necessário que elas lhe tenham sido devidamente comunicadas na íntegra. O ónus da prova da comunicação impende, pois, sobre o prestador de serviços.

A não comunicação de cláusulas a aderentes tem como consequência a exclusão destas do contrato, de acordo com a alínea *a*) do artigo 8º do DL 446/85, de 25 de outubro.

São igualmente excluídas dos contratos as cláusulas:

– que sejam comunicadas com violação do dever de informação, de molde que não seja de esperar o seu conhecimento efetivo;

– que, pelo contexto em que surjam, pela epígrafe que as precede ou pela sua apresentação gráfica, passem despercebidas a um contratante normal, colocado na posição do contratante real;

– inseridas em formulários depois da assinatura de algum dos contratantes.

Pelo que, assim sendo, o contrato apenas subsiste com as condições que foram comunicadas ao aderente.

Todavia, se existir uma indeterminação insuprível de aspectos essenciais ou um desequilíbrio gravemente atentatório da boa-fé, o contrato é nulo.

Na prática, constata-se que os aderentes raramente são informados na íntegra de todas as cláusulas contratuais gerais do contrato, pelo que o contrato apenas subsiste com as condições que foram comunicadas.

Este diploma também dispõe, nas relações com os consumidores e entre empresários ou entidades equiparadas listas de cláusulas consideradas proibidas e relativamente proibidas – artigos 18º, 19º, 21º e 22º. No caso do contrato possuir cláusulas desta natureza, as pessoas com legitimidade ativa[4] poderão intentar ações inibitórias, por forma a obter-se a condenação do prestador na abstenção do uso ou da recomendação de cláusulas contratuais gerais.

O contrato de prestação de serviços de comunicações eletrónicas tem, pois, de cumprir as disposições previstas no âmbito deste diploma, sob pena de, se não o fizer, o aderente beneficiar do regime exposto.

3. Como contrato à distância

Hoje em dia, é vulgar os consumidores receberem contatos telefónicos de funcionários dos prestadores dos serviços para celebrarem contratos referentes a serviços de comunicações eletrónicas.

Ora, os contratos celebrados através deste meio têm de cumprir a legislação em vigor relativamente aos contratos celebrados à distância prevista no DL 143/2001, de 26 de abril, devidamente atualizada.

Em primeiro lugar, importa definir os contratos celebrados à distância. A alínea *a*) do artigo 2º da lei mencionada define o contrato celebrado à distância como "*qualquer contrato relativo a bens ou serviços celebrado entre um fornecedor e um consumidor, que se integre num sistema de venda ou prestação de serviços a distância organizado pelo fornecedor que, para esse contrato, utilize exclusivamente uma ou mais técnicas de comunicação a distância até à celebração do contrato, incluindo a própria celebração*".

No âmbito destes contratos, a lei determina que antes dos consumidores celebrarem o contrato, estes devem dispor das informações que se encontram estipuladas no artigo 4º, n. 1[5], devendo as mesmas ser confirmadas por escrito ou através de outro suporte durável, em sede de execução.

O consumidor tem a faculdade de resolver o contrato, isto é, de exercer o seu "direito ao arrependimento", no prazo de 14 dias, contados da celebração do contrato ou a partir do dia em que tenha tido início a prestação ao consumidor, dado tratar-se de uma prestação de um serviço, sem pagamentos de indenização e sem necessidade de indicar motivo. Apenas é vedado este direito, ao consumidor, nos casos em que a execução da prestação de serviços tenha tido início, com o acordo do consumidor, antes do decorrido o prazo do direito de resolução, situação esta que é frequente nos contratos de comunicações eletrónicas referentes ao serviço de internet ou de telefone.

No caso de não terem sido cumpridas as obrigações referentes ao dever de informação por parte do prestador do serviço, o prazo para resolver o contrato é de três meses.

4. Como contrato ao domicílio

Muitos dos consumidores são hoje em dia abordados no seu domicílio por colaboradores de prestadores de serviços de comunicações eletrónicas, que aí se deslocam, por forma a induzi-los a celebrar um contrato. Ora, os contratos que são propostos e concluídos no próprio domicílio do consumidor, sem que tenha havido pedido expresso por parte dele, regem-se pelo disposto no artigo 13º e seguintes do DL 143/2001, de 26 de abril, visto configurar um contrato ao domicílio.

Para os contratos superiores a 60,00€ a lei exige, sob pena de nulidade, a redução dos contratos a escrito, devendo eles conter os elementos mencionados nas várias alíneas do artigo 16º, n. 1[6], do diploma mencionado. Além do mais, o contrato deve ser datado e assinado pelo consumidor.

Para os contratos com valor inferior a 60,00€, bastará uma mera nota de encomenda.

Neste tipo de contratos os consumidores têm sempre direito a resolver o contrato no prazo de 14 dias a contar da data da assinatura, ou do início da prestação de serviços caso estas data sejam posterior à assinatura do contrato. Ao contrário do que se encontra estipulado para os contratos à distância, o contrato pode ser sempre resolvido, independentemente da prestação de serviço já ter ou não iniciado, sendo este regime mais favorável ao consumidor.

Título V
Fiscalização

A fiscalização do cumprimento da Lei 5/2004, de 10 de fevereiro, impende, como já foi mencionado, à ARN – Autoridade Reguladora Nacional, que no presente caso é o ICP – Autoridade Nacional de Comunicações (ICP – Anacom), através dos seus agentes de fiscalização ou de mandatários devidamente credenciados pelo conselho de administração, isto sem prejuízo das competências atribuídas a outras entidades, nomeadamente à Autoridade de Segurança Alimentar e Ecónomica (ASAE), à Direção-Geral das Alfandegas (DGA), à Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD), à Direção Geral do Consumidor (DGC) e às autoridades competentes em matéria de concorrência.

A instauração dos processos contraordenacionais, a aplicação de admoestações, de coimas e de sanções acessórias bem como o arquivamento dos processos competem ao conselho de administração do ICP – Anacom, cabendo a instrução dos processos aos serviços.

As competências atribuídas ao conselho de administração poderão, eventualmente, ser delegadas para outros órgãos.

O ICP – Anacom poderá igualmente aplicar sanções pecuniárias compulsórias, mas apenas em casos de incumprimento de decisões suas que imponham sanções administrativas ou ordenem, no exercício dos poderes que legalmente lhe assistem, a adoção de comportamentos ou de medidas determinadas às empresas que oferecem redes e serviços de comunicações eletrónicas.

Título VI
Meios Alternativos de Resolução do Conflito

O litígio no âmbito da prestação dos serviços de comunicações eletrónicas pode ser dirimido através do recurso à arbitragem necessária, dado o serviço configurar um serviço público essencial, em consonância com o artigo 15º, n. 1, da Lei 23/96, de 26 de julho, que refere que "*os litígios de consumo no âmbito dos serviços públicos*

essenciais estão sujeitos a arbitragem necessária quando, por opção expressa dos utentes que sejam pessoas singulares, sejam submetidos à apreciação do tribunal arbitral dos centros de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizados".

A arbitragem necessária representa uma clara vantagem para as pessoas singulares e consumidores, dado que o prestador de serviços não poder recusar a arbitragem, tendo que se submeter a ela sempre que a pessoa singular opte por este meio alternativo de resolução de litígios.

Desta forma de resolução de litígios ficam de fora as pessoas coletivas. Não obstante serem consideradas utentes de serviços públicos essenciais, não beneficiam da arbitragem necessária, definida nos termos do artigo 15º, n. 1. Porém, e desde que exista, nos contratos, uma cláusula compromissória para o efeito, as pessoas coletivas poderão recorrer à arbitragem voluntária para resolução do conflito com o prestador de serviços.

Sendo a relação controvertida submetida a um mecanismo de resolução extrajudicial de conflitos, ficam suspensos, no seu decurso, os prazos previstos referentes ao direito ao recebimento do preço do serviço prestado, o qual prescreve no prazo de seis meses após a prestação, e o prazo para a propositura da ação ou a injunção pelo prestador de serviços que é de seis meses, após a prestação dos serviços ou do pagamento inicial, consoante os casos.

A consagração legal da arbitragem necessária revelou ser um passo importante na resolução destes conflitos, na medida em que obriga os prestadores a submeterem-se à arbitragem, obtendo-se uma solução definitiva para o caso concreto, evitando-se assim o recurso a outros meios.

Notas

[1] O artigo 5º, n. 5, da Lei 23/96, de 26 de julho, estipula: "*À suspensão de serviços de comunicações eletrónicas prestados a consumidores aplica-se o regime previsto no artigo 52º-A da Lei n. 5/2004, de 10 de fevereiro, alterada pelo Decreto-Lei n. 176/2007, de 8 de maio, pela Lei n. 35/2008, de 28 de julho, pelos Decretos-Leis nºs 123/2009, de 21 de maio, e 258/2009, de 25 de setembro, pela Lei n. 46/2011, de 24 de junho, e alterada e republicada pela Lei n. 51/2011, de 13 de setembro.*"

[2] O n. 1 do artigo 8º prescreve o que segue: "*São proibidas a imposição e a cobrança de consumos mínimos.*"

[3] O artigo 113º, n. 7, dispõe o que se segue:

"7 – As contraordenações graves são puníveis com as seguintes coimas:

a) Se praticadas por pessoa singular, de € 250 a € 7500;

b) Se praticadas por microempresa, de € 1.000 a € 10.000;

c) Se praticadas por pequena empresa, de € 2.000 a € 25 000;

d) Se praticadas por média empresa, de € 4.000 a € 50. 000;

e) Se praticadas por grande empresa, de € 10.000 a € 1.000 000."

[4] O artigo 26º do DL n. 446/85, de 25 de outubro, dispõe o seguinte:

"*1 – A acção destinada a obter a condenação na abstenção do uso ou da recomendação de cláusulas contratuais gerais só pode ser intentada:*

a) Por associações de defesa do consumidor dotadas de representatividade, no âmbito previsto na legislação respectiva;

b) Por associações sindicais, profissionais ou de interesses económicos legalmente constituídas, actuando no âmbito das suas atribuições;

c) Pelo Ministério Público, oficiosamente, por indicação do Provedor de Justiça ou quando entenda fundamentada a solicitação de qualquer interessado.

2 – As entidades referidas no número anterior actuam no processo em nome próprio, embora façam valer um direito alheio pertencente, em conjunto, aos consumidores susceptíveis de virem a ser atingidos pelas cláusulas cuja proibição é solicitada."

[5] O artigo 4º, n. 1, do DL 143/2001, de 26 de abril, estipula que:

"*1 – O consumidor deve dispor, em tempo útil e previamente à celebração de qualquer contrato celebrado a distância, das seguintes informações:*

a) Identidade do fornecedor e, no caso de contratos que exijam pagamento adiantado, o respectivo endereço;

b) Características essenciais do bem ou do serviço;

c) Preço do bem ou do serviço, incluindo taxas e impostos;

d) Despesas de entrega, caso existam;

e) Modalidades de pagamento, entrega ou execução;

f) Existência do direito de resolução do contrato, excepto nos casos referidos no artigo 7.º;

g) Custo de utilização da técnica de comunicação a distância, quando calculado com base numa tarifa que não seja a de base;

h) Prazo de validade da oferta ou proposta contratual;

i) Duração mínima do contrato, sempre que necessário, em caso de contratos de fornecimento de bens ou prestação de serviços de execução continuada ou periódica."

[6] Artigo 16º do DL 143/2001, de 26 de abril:

"*1 – Os contratos concluídos com os consumidores no exercício da actividade regulada no presente capítulo devem, sob pena de nulidade, ser reduzidos a escrito e conter os seguintes elementos:*

a) Nome e domicílio ou sede dos contratantes ou seus representantes;

b) Elementos identificativos da empresa fornecedora, designadamente nome, sede e número de registo no Registo Nacional de Pessoas Colectivas;

c) Indicação das características essenciais do bem ou serviço objecto do contrato;

d) Preço total, forma e condições de pagamento e, no caso de pagamento em prestações, os seus montantes, datas do respectivo vencimento e demais elementos exigidos pela legislação que regula o crédito ao consumo;

e) Forma, lugar e prazos de entrega dos bens ou da prestação do serviço;

f) Regime de garantia e de assistência pós-venda quando a natureza do bem o justifique, com indicação do local onde se podem efectuar e para o qual o consumidor possa dirigir as suas reclamações;

g) Informação sobre o direito que assiste ao consumidor de resolver o contrato no prazo referido no artigo 18º, n. 1, bem como a indicação do nome e endereço da pessoa perante a qual o consumidor pode exercer esse direito."

DA PRESCRIÇÃO E DA CADUCIDADE NOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS

Marisa Dinis*
Doutora em Direito (Universidade de Salamanca)
Mestre em ciências jurídico-empresariais e licenciada em Direito
(Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

EXCERTOS

"Os problemas mais importantes colocados pela repercussão do decurso do tempo no mundo dos efeitos jurídicos referem-se à prescrição extintiva e à caducidade"

"A prescrição e a caducidade dos serviços públicos essenciais foram, desde a entrada em vigor da Lei 23/96, das temáticas que mais querelas jurídicas desencadearam"

"A apresentação da fatura não conduzia a qualquer interrupção da prescrição, tendo como propósito único a interpelação do utente devedor para que este viesse satisfazer o valor do serviço prestado"

"A prescrição de seis meses opera, pois, sobre o direito de exigir judicialmente o pagamento do preço do serviço efetivamente prestado e não sobre a respectiva faturação"

*** Outras qualificações da autora**

Professora-adjunta no Instituto Politécnico de Leiria. Coordenadora do curso de licenciatura em Solicitadoria ministrado na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria.

I. Considerações gerais

O objeto central do presente estudo, tal como se antevê pela leitura do respectivo título, incide sobretudo nos regimes da prescrição e da caducidade nos serviços públicos essenciais.

Sem embargo, antes de nos lançarmos no cerne da matéria, cumpre, por questões de enquadramento, tecer, ainda que breves e de conteúdo meramente superficial, algumas considerações iniciais que permitirão, ao leitor (e ao autor), seguir uma linha de pensamento que apresenta, como ponto de partida, a proteção do utente de serviços públicos essenciais, sobretudo quando este assume coetaneamente a qualidade de consumidor.

A presente análise encaminha-nos para o estudo da Lei 23/96, de 23 de julho, que, conjuntamente com as respectivas alterações, se propôs a criar no nosso "ordenamento jurídico alguns mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais".

Meramente em jeito de apontamento histórico, refira-se que a Lei 23/96 consagrou, *ab initio*, como serviços públicos essenciais os serviços de fornecimento de água, de energia elétrica, de gás e de telefone. O elenco taxativamente consagrado com a Lei de 1996 foi posteriormente alargado em 2008, com a Lei 12/2008, de 26 de fevereiro, estabelecendo-se a redação que atualmente vigora e que engloba – além dos serviços indicados de fornecimento de água e de energia elétrica – os serviços de fornecimento de gás natural e gases de petróleo liquefeitos canalizados; de comunicações eletrónicas[1]; serviços postais; de recolha e tratamento de águas residuais e de gestão de resíduos sólidos urbanos.

Decorre diretamente do exposto que o legislador optou por concretizar e definir expressamente quais são os serviços que quedam sob a égide do regime jurídico destinado à proteção dos utentes de serviços públicos essenciais. De questionar se a técnica legislativa utilizada é aquela que melhor cumpre os objetivos ou se teria sido preferível utilizar, à semelhança, por exemplo, do ocorrido no regime jurídico brasileiro, conceitos indeterminados a concretizar casuisticamente[2]. É, pois, evidente a diferente técnica legislativa utilizada por ambos os legisladores: enquanto o legislador português opta por concretizar e especificar os serviços que entende que comungam da característica da essencialidade, o seu homónimo brasileiro opta por, como se referiu, deixar a cargo do intérprete e do aplicador da lei a concretização do conceito "serviços públicos essenciais".

A determinação na regulamentação apresentada pelo legislador português evitou, por certo, infindáveis dúvidas e querelas jurídicas quanto ao acervo de serviços que caberia no conceito indeterminado de serviços públicos essenciais. Por outro lado, a falada técnica legislativa permitiu igualmente construir um regime jurídico adequado e vocacionado para a resolução dos problemas inerentes a estes

serviços, atendendo-se, pois, às características e à natureza peculiares que cada um destes serviços apresenta, e acautelando as técnicas abusivas que, nesta sede, se multiplicavam escandalosamente.

O elenco escolhido pelo legislador para concretizar o leque dos serviços públicos essenciais é, na opinião de muitos, verdadeiramente insuficiente deixando de fora serviços de elevada importância como sejam os dos transportes[3], os da saúde ou os da educação, para não mencionarmos outros, de valor equivalente, mas de menor sensibilidade cívica, como sejam, os relativos aos serviços culturais e aos serviços bancários mínimos, entre outros[4].

Algumas palavras, agora, para os atores desta peça jurídica que são, como será de esperar, o prestador do serviço, por um lado, e o utente, por outro. No entanto, é a prestação jurídica que recebe atenção e cuidados redobrados neste diploma legal que consagra regras especiais com vista à sua concretização.

O serviço não tem obrigatoriamente de ser prestado pelo Estado ou por uma entidade pública. De fato, "embora se trate de um domínio tradicional do Estado, regiões autónomas, autarquias e empresas públicas, os serviços públicos essenciais podem ser prestados por empresas privadas a quem esses serviços hajam sido concessionados"[5].

Ainda neste âmbito, cumpre recordar que, em maio de 2011, o "Memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política económica", que visou a concessão de assistência financeira da União Europeia a Portugal[6], exigiu ao Governo Português a operacionalização de privatizações que incluem, além do mais, privatizações de serviços públicos essenciais[7]. E, de fato, já assistimos à privatização da EDP e da REN – Redes Energéticas Nacionais e marchamos, a passos largos, para a privatização dos Correios de Portugal, da distribuição da água e da recolha dos lixos.

Caminhamos, também nestes domínios, a par e passo, com Mário Frota, que rejeita veemente a privatização dos serviços públicos essenciais afirmando que "não se concebe que se assista impunemente a um desarme do Estado, das regiões e dos municípios, para se dar de bandeja a privados serviços que, sendo de interesse geral, não podem constituir base para a consecução de lucros em detrimento do interesse das populações". Como adiante bem refere e recorda, "os privados são mais resistentes ao cumprimento da carta de direitos dos consumidores" e, por isso, torna-se imprescindível, por um lado, "reforçar na titularidade do Estado os serviços essenciais" e, por outro, garantir "uma criteriosa gestão das entidades públicas", com a supervisão de "instituições de consumidores autênticas" e "desipotecadas de interesses mercantis"[8].

Adelaide Menezes Leitão vai mais longe ao afirmar que "os serviços públicos essenciais são prestados cada vez mais por entidades privadas, pelo que haveria de ter sido assumida uma ruptura com a terminologia habitual, com eventual adopção da expressão serviços de interesse geral"[9].

Também a propósito dos sujeitos intervenientes nesta relação, atente-se, ainda que lateralmente, nos ditames do artigo 2º que consagram o direito de participação a favor das organizações representativas dos utentes conferindo-lhes o direito de serem "consultadas quanto aos atos de definição do enquadramento jurídico dos serviços públicos e demais atos de natureza genérica que venham a ser celebrados entre o Estado, as Regiões Autónomas, ou as autarquias e as entidades concessionárias"[10]. O preceito vindo de referir traduz, além do mais, a concretização do n. 4 do artigo 60º da Constituição da República Portuguesa. A lei atribui a estas organizações, além do mais, o direito de serem ouvidas no que tange à "definição das grandes opções estratégicas das empresas concessionárias do serviço público" sempre que "este serviço seja prestado em regime de monopólio". A este respeito e a propósito do artigo 2º, referia, em 2006 – 10 anos depois da entrada em vigor da Lei – Mário Frota que "o preceito permanece *letra morta*, preteridos que são os direitos das instituições representativas dos consumidores, consideradas sempre como elementos estranhos às estratégias e a atos de gestão de empresas com manifesto pendor autocrático de poder"[11]. Da gravidade desta opção, não cumpre, nesta sede, tecer comentários, muito embora seja percetível que é manifesta.

O serviço não tem obrigatoriamente de ser prestado pelo Estado ou por uma entidade pública

Finalmente, há que realçar que todo o diploma gira em torno da proteção do utente do serviço, conferindo-lhe direitos verdadeiramente irrenunciáveis, sob pena de nulidade das cláusulas que contra eles atentem, nos termos do n. 1 do artigo 13º. A este respeito, diga-se, ainda, que o n. 2 do mesmo preceito confere atipicidade a esta nulidade ao impor que esta seja obrigatoriamente invocada pelo utente, estando, portanto, vedado tal direito a quaisquer outros interessados. Assiste ainda ao utente, interveniente num contrato com cláusulas nulas, a possibilidade de optar pela redução do contrato aproveitando, pois, as cláusulas que não padecem de nulidade e afastando aquelas outras que padecem de tal vício, nos termos do n. 3 do mesmo artigo 13º.

De salientar que, do confronto entre o objeto e o âmbito do diploma aqui em análise (a Lei 23/96, de 26 de julho) e o objeto e o âmbito daquele outro diploma apelidado de Lei de Defesa do Consumidor (Lei 24/96, de 31 de julho), não resulta uma coincidência entre o "utente" mencionado no primeiro diploma e o "consumidor" referido no segundo diploma. Com efeito, se no primeiro se considera utente "a pessoa singular ou coletiva a quem o prestador do serviço se obriga a prestá-lo", no segundo apenas será tido como consumidor aquele "a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com

caráter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios" (artigo 2º, n. 1, da Lei 24/96, de 31 de julho). Assim, da leitura de ambos os preceitos resulta claro que para a qualificação de utente não é valorizada a respectiva natureza ou o fim a que se destina o serviço contratado[12]. Ainda assim, é à proteção do utente, em geral, e em particular à daquele utente que assume a veste de consumidor, que se dedica todo o diploma, como se avançou anteriormente. Não se descarta, sem embargo, que o utente consumidor possa carecer de uma proteção acrescida, sempre que as circunstâncias assim o determinem. Note-se que o próprio diploma consagra o direito ressalvado ao estipular, no artigo 14º, que "ficam ressalvadas todas as disposições legais que, em concreto, se mostrem mais favoráveis ao utente".

II. Da prescrição – do passado

Iniciamos este título tomando de empréstimo as palavras de Mota Pinto, que, a respeito da eficácia do decurso do tempo nas relações jurídicas: "o tempo é um fato jurídico não negocial, susceptível de influir, em muitos domínios do direito civil, em relações jurídicas do mais diverso tipo. Os problemas mais importantes colocados pela repercussão do decurso do tempo no mundo dos efeitos jurídicos referem-se à prescrição extintiva e à caducidade."[13]

A prescrição e a caducidade dos serviços públicos essenciais foram, desde a entrada em vigor da Lei 23/96, das temáticas que mais querelas jurídicas desencadearam. Na versão inicial, o legislador, sob a epígrafe de "prescrição e caducidade", ditou que "o direito de exigir o pagamento do preço do serviço prestado prescreve no prazo de seis meses após a sua prestação" (artigo 10º, n. 1, da Lei 23/96, redação em vigor até 26 de maio de 2008 – data da entrada em vigor da Lei 12/2008, de 26 de fevereiro).

A supramencionada redação, por se considerar "pouco elucidativa e até algo inequívoca", foi "o ponto de partida para várias dissonâncias interpretativas, quanto à natureza da prescrição e à natureza do direito prescrito, que eclodiram na jurisprudência e se alargaram à doutrina"[14].

Estava, pois, em causa, na época da vigência da versão original do diploma, entre outras polémicas, a discussão sobre a articulação entre o disposto, por um lado, no supratranscrito n. 1 do artigo 10º e, por outro, a consagrada disciplina da prescrição estatuída no Código Civil.

Acresce que outro figurino entrava em cena quando em causa estava a prestação de serviços de telecomunicações já que o Decreto-Lei 381-A/97, de 30 de dezembro, dispunha no n. 4 do respectivo artigo 9º que "o direito de exigir o pagamento do preço do serviço prestado prescreve no prazo de seis meses após a sua prestação"

referindo, no número seguinte do mesmo preceito, que "para efeitos do número anterior, tem-se por exigido o pagamento com a apresentação de cada fatura"[15].

Foi precisamente este o objeto da controversa jurisprudencial que adveio ao STJ [Supremo Tribunal de Justiça, de Portugal] e que, a 4 de outubro de 2007, foi deliberada com os fundamentos e nos termos que seguem[16]. Considerando que as instâncias que intervieram nesta contenda estavam desavindas quanto às soluções a apresentar, cabia ao STJ apreciar e determinar qual a solução mais conforme aos regimes jurídicos em confronto e, bem assim, ao espírito da lei. Cremos que ficou claro, mas recorde-se que estão aqui em análise duas questões fundamentais: i) a articulação do n. 1 do artigo 10º da Lei 23/96 e do n. 4 do Decreto-Lei 381-A/97 com a alínea *g*) do artigo 310º do Código Civil; ii) determinar se o real alcance do n. 5 do artigo 9º do Decreto-Lei 381-A/97 visava "marcar o momento a partir do qual o devedor se constitui em mora" ou se "veio criar uma forma especial de interrupção da prescrição, dispensando a utilização de meios judiciais, como em geral exige o artigo 323º do Código Civil".

O tribunal superior considerou, quanto à primeira questão, que "o direito ao pagamento do preço se extingue, por prescrição, seis meses após a prestação de cada serviço prestado, posto que seja apresentada a correspondente fatura". Significa isto que o STJ optou por fazer prevalecer, nesta sede, os regimes especiais em detrimento da disciplina geral da prescrição consagrada no Código Civil. Assim, fez aplicar o n. 1 do artigo 10º da Lei 23/96 e o n. 4 do Decreto-Lei 381-A/97 (para o caso das telecomunicações – como sucedia nesta pendência), desprezando consequentemente a aplicação do artigo 310º do Código Civil e do prazo aí enunciado. Quanto à fatura, pronunciou-se o tribunal referindo que a mesma "vale como interpelação para pagar, significando que o devedor se constitui em mora se não cumprir após o fim do prazo indicado na fatura; não marca, todavia, o início da contagem do prazo de prescrição, que começa com a realização da prestação correspondente ao preço pedido".

Considerou o STJ, para todos os efeitos, que a prescrição ali em debate era extintiva e não meramente presuntiva[17]. Com esta opção jurídica o STJ aproximou-se, pois, da tese então defendida por Calvão da Silva e afastou-se daquela outra sustentada por Menezes Cordeiro, que adiante veremos.

Na realidade, eram variadas as teses em confronto, naquela data, a respeito desta matéria. Consensual, na doutrina e na jurisprudência, era, porém, que se tratava de um prazo de prescrição. Já no plano da dissensão ficava, por uma parte, a natureza da prescrição (se presuntiva, se extintiva) e, por outra, o debate sobre se a intenção do legislador ia além da extinção do direito de exigir o pagamento do serviço sempre que a respectiva fatura ultrapassasse seis meses desde a data da prestação do serviço. Neste último caso, questionava-se se, paralelamente com a extinção do direito vindo de referir, não pretenderia o legislador considerar igualmente extinto o direito de exigir o preço depois de ultrapassados seis meses, a

contar da data da prestação do serviço, mesmo quando tal serviço tinha sido devida e tempestivamente faturado (isto é, dentro dos ditos seis meses).

Partindo das premissas enunciadas e da folga da lei a este propósito – e bem assim dos trabalhos preparatórios –, geraram-se quatro interpretações distintas, a saber: i) tese da prescrição extintiva semestral do direito a exigir judicialmente o pagamento do preço; ii) tese da prescrição presuntiva semestral do direito a enviar a fatura, mantendo-se a prescrição extintiva quinquenal do direito ao preço; iii) tese da prescrição extintiva semestral do direito a enviar a fatura, mantendo-se a prescrição extintiva quinquenal do direito ao preço; iv) tese da prescrição extintiva semestral do direito a enviar a fatura, com início de nova prescrição extintiva semestral[18].

A tese da "prescrição extintiva semestral do direito a exigir judicialmente o pagamento do preço", avançada por Calvão da Silva, defendia que, como se referiu e com a qual concordou o STJ na situação suso dita, a prescrição aqui em causa colhia a qualificação de extintiva e, de modo concomitante, volvidos seis meses depois da prestação do serviço falecia o direito de o credor exigir judicialmente o pagamento do preço do serviço. Desta forma, o prazo para este efeito deveria ser contabilizado a partir da prestação dos serviços, desatendendo-se ao fato de, entretanto, se ter apresentado a respectiva fatura. Significa isto que a apresentação da fatura não conduzia a qualquer interrupção da prescrição, tendo como propósito único a interpelação do utente devedor para que este viesse satisfazer o valor do serviço prestado.

Era neste domínio que se situava a segunda questão colocada pelo STJ, que, a respeito, para além de reconhecer a dificuldade técnico-jurídica aqui patente, bem ilustrada pelas deliberações contraditórias que o próprio STJ emanou, entende que o n. 5 do artigo 9º do Decreto-Lei 381-A/97 "não se limita a dizer que se considera exigido o pagamento com a apresentação da fatura; afirma que isso é assim 'para os efeitos do número anterior', sendo certo que o n. 4 fixa o prazo de prescrição do direito. Assim, este Supremo Tribunal, por exemplo no seu acórdão de 27 de novembro de 2003 (processo n. 04A1323, disponível em www.dgsi.pt), veio considerar que da conjugação destes preceitos resultava que a apresentação da fatura tinha o efeito de interromper a prescrição, afastando a necessidade de recurso a um 'meio judicial'; mas o acórdão de 6 de julho de 2006 (processo nº 06B1755, também disponível em www.dgsi.pt) pronunciou-se em sentido contrário, atribuindo a tal apresentação tão somente o efeito de constituir o devedor em mora".

Por sua vez, a tese da "prescrição presuntiva semestral do direito a enviar a fatura, mantendo-se a prescrição extintiva quinquenal do direito ao preço", encabeçada por Menezes Cordeiro, apontava no sentido de o direito de exigir o pagamento referir-se, sem dúvida, ao prazo (de seis meses) para a apresentação da fatura. Desta forma, se no prazo dos seis meses, contados desde a data da prestação do serviço, não fosse enviada a fatura ao respectivo utente, dava-se a prescrição presuntiva; se, ao inverso, a dita fatura fosse enviada ao utente dentro do tal prazo de seis meses, o exercício do

direito era perfeitamente tempestivo. Neste cenário, a prescrição extintiva ocorreria apenas dentro do prazo dos cinco anos definido na alínea *g)* do artigo 310º do Código Civil, que se aplica "às prestações periodicamente renováveis", como eram as dívidas decorrentes, em geral, do fornecimento de serviços públicos essenciais.

Refere, com efeito, Menezes Cordeiro que "a hipótese de prescrição presuntiva, além de ir ao encontro do artigo 316º do Código Civil – a mais curta prescrição admitida no nosso Direito – sempre atenuaria a excessiva estreiteza do prazo em causa". Avança, de seguida, afirmando que "extinguir, sumariamente, o Direito do prestador seria, no fundo, fazer repercutir nos utentes cumpridores o laxismo ou a esperteza dos relapsos"[19].

É exigível que as organizações que fornecem estes serviços tenham capacidade técnica e logística para processar tempestivamente as faturas

Dos fundamentos apresentados para a natureza da prescrição, avança o mesmo autor para os fundamentos sobre o início da prescrição referindo que «em boa técnica jurídica, prescrevem 'direitos', normalmente 'direitos de crédito'. Se estivesse em causa o crédito correspondente ao preço do serviço, o legislador – cujo acerto, e daí, o domínio do português jurídico se presume – teria dito: 'o direito ao preço do serviço prestado prescreve'». Conclui, pois, neste ponto, que "o direito de exigir o pagamento é, simplesmente, o direito de enviar uma fatura"[20].

É com base na linha de pensamento patente na segunda tese, vinda agora de referir, que foi desenvolvida a denominada tese da "prescrição extintiva semestral do direito a enviar a fatura, mantendo-se a prescrição extintiva quinquenal do direito ao preço", ou seja, a terceira tese supramencionada. Apresentavam, sem embargo, uma diferença substancial, particularmente no que tange à qualificação da presunção. Realmente, nesta terceira tese, evidenciada largamente na jurisprudência, a prescrição semestral colheu a natureza de extintiva e não meramente de presuntiva.

Por fim, surgiu uma quarta tese neste panorama, a saber, a tese da "prescrição extintiva semestral do direito a enviar a fatura, com início de nova prescrição extintiva semestral". Quer isto dizer que, segundo este entendimento, o n. 1 do artigo 10º estabelecia um prazo inicial de seis meses para a apresentação da fatura que, a ocorrer, determinava a interrupção do prazo prescricional, por um lado, e, por outro, o início da contagem de um novo prazo de seis meses para o exercício do direito de exigir judicialmente o pagamento do serviço faturado. Nesta ótica, a apresentação da fatura seria emparelhada, em termos de efeitos, com a "citação ou notificação judicial de qualquer ato que exprima, direta ou indiretamente, a intenção de exercer o direito", expressamente consagrada no artigo 323º do Código Civil. A ser assim, aplicar-se-iam, de igual modo, os dizeres do artigo 326º, do mesmo código, conduzindo à contabilização de um novo prazo. Sucede, porém, que a teoria ora em análise estava

ferida à partida. Na verdade, "decorre claramente deste preceito [o artigo 323º do Código Civil] que não basta o exercício extrajudicial do direito para interromper a prescrição: é necessária a prática de atos judiciais que, direta ou indiretamente, deem a conhecer ao devedor a intenção de o credor exercer a sua pretensão"[21].

Em face desta panorâmica fatual, poucos foram aqueles que enveredaram pela aplicação desta tese, verificando-se tal aplicação parca somente em sede judicial com pouco amparo doutrinal[22].

Ainda assim, cumpre destacar a argumentação judicial que, neste campo, se foi fazendo, recorrendo, para o afeito, ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 27/09/2007, cujos dizeres vão, efetivamente, ao encontro das afirmações que precedem e que permitem que a fatura seja entendida como bastante para interromper o prazo prescricional. Vejamos: "No que concerne ao serviço telefónico, para amenizar a posição do respectivo fornecedor, certamente tendo em vista a plena liberalização e privatização perspectivada para todo o setor, o legislador passou a permitir, por força do disposto no Dec.-Lei 381-A/97, que o prazo de prescrição de seis meses seja interrompido mediante a apresentação da fatura respectiva, após o que se iniciará o decurso de novo prazo de seis meses (artigo 326º do Código Civil). O Dec.-Lei 381-A/97 prevê, pois, um desvio à regra geral, contida no art. 323º, n. 1, do Código Civil, segundo a qual a prescrição interrompe-se por meio de interpelação judicial."[23]

III. Da prescrição – do presente

As divergências doutrinais e jurisprudenciais que, de forma sumária, anteriormente demos conta, quedaram obsoletas com a publicação da Lei 12/2008, de 26 de fevereiro, que fixou uma nova redação (a atual) para o problemático n. 1 do artigo 10º e, dessa forma, dissipou as dúvidas de interpretação que, até então, tinham populado a vida jurídica nestes domínios. Nos termos desta nova redação fica, pois, claro que "o direito ao recebimento do preço prestado prescreve no prazo de seis meses após a sua prestação".

Do escrito, denota-se, por um lado, a manutenência do prazo de prescrição dos seis meses, e, por outro, uma evidente alteração quanto ao direito que prescreve. Se, recorde-se, na redação primária, o direito objeto da prescrição era "o direito de exigir o pagamento do preço do serviço prestado", na redação subsequente é o "direito ao recebimento do preço do serviço prestado" que prescreve naquele mesmo prazo de seis meses.

Atendendo às teses avançadas no ponto anterior sobre o alcance interpretativo da norma, resulta evidente que mereceu o acolhimento do legislador a tese defendida por Calvão da Silva, isto é, a tese da prescrição extintiva semestral do direito de exigir

judicialmente o pagamento do preço, com a consequência da desconsideração das demais teses avançadas, nesta área, pela doutrina.

Alvo de crítica foi, no entanto, a técnica legislativa utilizada na nova redação do preceito. Na esteira do anteriormente defendido por Menezes Cordeiro[24], afirma Dias Simões que, "na verdade, a expressão 'direito de exigir o pagamento do preço', que esteve no cerne da discussão doutrinal e jurisprudencial sobre a natureza da prescrição em causa, foi substituída pela ainda assim não perfeita 'o direito ao recebimento do preço'. Como referia Menezes Cordeiro analisando a redação anterior, em rigor, prescrever, prescrevem os direitos. A utilização da expressão 'direito ao recebimento do preço' é justamente o direito a receber o preço, mesmo sacrificando desta forma o rigor e a boa técnica jurídica"[25].

Ainda que com menor alarido, a aplicação temporal da nova redação também mereceu atenção especial. Era naturalmente manifesto que seria de aplicar a partir do dia 26 de maio de 2008, data da entrada em vigor da Lei 12/2008 e, por ocasião do artigo 3º, sob a epígrafe de "aplicação no tempo", ficava igualmente claro que seria de aplicar às relações que subsistiam à data da sua entrada em vigor da lei. Não restam, pois, dúvidas quanto à intenção de o legislador aplicar a nova redação aos contratos constituídos ao amparo da lei anterior, mas que subsistissem à data de 26 de maio de 2008[26].

Questão diferente, mas ainda no âmbito da aplicação da lei no tempo, é a de saber se a nova redação seria de aplicar igualmente aos casos, ainda não concluídos, mas completamente anteriores à data da entrada em vigor da dita redação. Dito de outra forma, deverá a última redação da lei ser aplicada retroativamente? Responder afirmativamente à questão será considerar que a nova redação legal reveste natureza interpretativa das normas que abrange. Não choca que tenha sido esta a opção jurisprudencial. Com efeito, a nova redação mais não fez do que findar com a incerteza jurídica, alimentada em sede doutrinal e praticada, com consequências mais graves, no seio jurisprudencial, decorrente de uma redação deficiente e ambígua. Já demos conta que, em plena vigência da redação primária, os nossos tribunais, incluindo o superior, optavam casualmente (fundamentadamente, por certo) ora por uma ora por outra de entre as duas teses doutrinais que mais adeptos granjeavam. Como se deixou claro, foi uma dessas teses que passou a ser *iuri constituto,* abalando assim a notória falta de consenso jurisprudencial e doutrinal. Por assim ser, mesmo que não se considerasse que a nova redação revestia a dita natureza interpretativa, a solução legal que preconiza sempre podia ser aplicada às relações, ainda não concluídas, mas já não subsistentes à data da entrada em vigor da nova redação, por simples aplicação de uma das teses que interpretava a redação antiga. Sendo esta a panorâmica, não se vê qualquer ganho no repúdio da natureza interpretativa da nova redação; pelo contrário, tal solução mais não seria do que o perpetuar da incerteza jurídica, mesmo depois de uma intervenção legislativa que, de forma clara e expressa, a quis findar[27].

Cumpre, para finalizar, trazer à colação o acórdão de uniformização de jurisprudência de 3 de dezembro de 2009 que termina fixando jurisprudência "no sentido de que nos termos do disposto na redação originária do n. 1 do artigo 10º da Lei n. 23/96, de 26 de Julho, e no n. 4 do artigo 9º do Decreto-Lei n. 381-A/97, de 30 de Dezembro, o direito ao pagamento do preço de serviços de telefone móvel prescreve no prazo de seis meses após a sua prestação"[28].

O aludido acórdão de uniformização de jurisprudência tece igualmente considerações sobre a adequação do prazo de prescrição de seis meses à proteção dos interesses em conflito. Fica aqui claro que, na ótica do aplicador na lei, o prazo de seis meses não é "exíguo" "face ao nível reclamado de organização logística dos prestadores dos serviços públicos essenciais e aos tempos marcados para a prática dos atos assinalados na Lei 23/96" e não acarreta uma "desproporcionada restrição ao direito de propriedade do prestador" nem qualquer "violação da respectiva garantia constitucional (arts. 62º, n. 1, e 18º, n. 2, da CRP)". Afirma ainda que tal prazo impõe a "racionalidade económica de atuação do prestador do serviço, ao invés de potenciar um aumento de litigiosidade".

Uma vez descritos e analisados os diferendos doutrinais e jurisprudenciais, é tempo de refletir, assentar, determinar ideias e de concluir.

A prescrição de seis meses opera, pois, sobre o direito de exigir judicialmente o pagamento do preço do serviço efetivamente prestado e não sobre a respectiva faturação. O conteúdo do artigo 303º do Código Civil tem aqui aplicação plena, conduzindo, consequentemente, à necessidade de, sob pena de ineficácia, "a prescrição ser invocada, judicial ou extrajudicialmente, por aquele a quem aproveita, pelo seu representante ou, tratando-se de incapaz, pelo Ministério Público", não operando, portanto, *ex officio*. O regime geral do direito civil aplica-se igualmente no que respeita à renúncia da prescrição, que, como decorre diretamente do n. 1 do artigo 302º do Código Civil, "só é admitida depois de haver decorrido o prazo prescricional". A renúncia *ex ante* estaria, na verdade, ferida de nulidade, considerando que, nos termos do art. 300º do Código Civil, "são nulos os negócios jurídicos destinados a modificar os prazos legais da prescrição ou a facilitar ou dificultar por outro modo as condições em que a prescrição opera os seus efeitos".

IV. Da caducidade

O regime da caducidade, previsto para a matéria ora em análise, está consagrado no n. 2 do artigo 10º da Lei 23/96 de onde resulta que "se, por qualquer motivo, incluindo o erro do prestador do serviço, tiver sido paga importância inferior à que corresponde ao consumo efetuado, o direito do prestador ao recebimento da diferença caduca dentro de seis meses após aquele pagamento".

A redação enunciada advém da Lei 12/2008, que aparentemente pouco inova relativamente à versão original, desconsiderando, no entanto, o motivo pelo qual foi paga uma quantia inferior à devida já que, na primeira versão, o regime da caducidade operava apenas "se, por erro do prestador do serviço, foi paga importância inferior à que corresponde ao consumo efetuado, o direito ao recebimento da diferença de preço caduca dentro de seis meses após aquele pagamento".

Confrontando os dois primeiros números do artigo 10º, concluímos que o legislador apresenta duas situações distintas para as quais oferece, consequentemente, dois regimes jurídicos diversos, muito embora, em ambos, apresente o mesmo prazo de seis meses. Pois que, enquanto o n. 1, como vimos oportunamente, incide sobre o direito ao recebimento do preço do serviço prestado, preconizando-se aí que este prescreve no prazo de seis meses após a sua prestação, o n. 2 trata tão só da diferença entre o valor efetivamente recebido e o preço devido, indicando os mesmos seis meses para regularizar a situação sob pena, agora, de caducidade desse direito (deixamos, pois, o regime da prescrição operar em exclusivo no n. 1, e apelamos ao regime da caducidade para resolver a questão do n. 2).

Como bem explica Mário Frota, o número 2 em referência visa sobretudo obrigar o prestador de serviços a seguir um modelo de organização adequado e eficaz capaz de identificar rapidamente estas entropias e, consequentemente, capaz de as resolver de forma célere, exigindo, em tempo útil e justo, o valor que medeia entre a diferença do preço pago e o efetivamente devido[29]. Comprova isto que, também aqui, quis o legislador punir a indolência do titular do direito em prol da segurança das relações jurídicas.

Realce-se o fato de a nova redação permitir, na realidade, um aumento das situações que podem ser abrangidas pelo regime de caducidade prescrito no n. 2. Esta evidência relaciona-se sobretudo com a possibilidade de agora ser permitido incluir aqui os erros decorrentes da utilização da faturação por estimativa (admissível ao abrigo do disposto no artigo 12º da Lei 23/96[30]).

Como supra se referia, é exigível que as organizações que fornecem estes serviços tenham capacidade técnica e logística para processar tempestivamente as faturas. Sempre que recorrem ao método da estimativa, para apurar o preço a exigir numa determinada prestação, devem acautelar a possibilidade de exigir ao utente, no prazo máximo de seis meses, os valores resultantes da diferença entre o preço pago – por ocasião da aplicação da estimativa – e o preço devido pelo consumo verdadeiramente efetuado. Previne o legislador, desta forma, ao estipular tão grave consequência jurídica para a inércia do prestador de serviços, que o utente não seja confrontado, a cada passo, com exigências de valores astronómicos resultantes da diferença entre os valores pagos e os valores devidos (esta situação conduziria à necessidade de o utente estar profundamente atento aos valores consumidos e, por proteção, à necessidade de os documentar para, sendo caso disso, os repudiar em sede judicial).

Ainda dentro desta temática, cumpre tratar isoladamente os casos de utilização da denominada "conta certa" potenciada por alguns prestadores de serviços. Nestas situações, o prestador e o utente acordam entre si um valor fixo mensal a pagar por conta do fornecimento do serviço. Este valor será objeto de "acertos" depois de decorridos 12 meses.

Está bom de ver que problemas jurídicos aqui se levantam.

Se o direito a reaver a diferença entre o valor pago e o valor efetivamente devido caduca decorridos seis meses da data do pagamento (da importância inferior), não parece que, no âmbito deste contrato, possa o prestador de serviços exigir quaisquer valores uma vez ultrapassado tal prazo. Feitas as contas, conclui-se sempre que, pelo menos, os quatro primeiros meses não podem ser objeto de acerto. E não colhe naturalmente o fato de o utente estar ciente do contrato que celebra pois tal equivaleria à proibida renúncia, *ex ante*, do direito de invocar a caducidade. Assim sendo, cremos que a melhor solução passaria pela obrigação de o prestador de serviços, sempre que contrata, como forma de pagamento, a predita "conta certa", decorridos os primeiros seis meses, confrontar os valores pagos com os valores devidos pelo real fornecimento do serviço (ou pelo real consumo efetuado), comunicando, de imediato, ao utente eventuais dessintonias. Desta forma, proteger-se-iam os direitos e as expectativas de ambos os intervenientes na relação jurídica. Assim, nem o utente seria altamente surpreendido com o resultado final (atualmente apurando, apenas, uma vez decorridos 12 meses), nem o prestador de serviços veria o seu direito, ao recebimento do real valor, posto em causa pelo funcionamento da caducidade.

Tratando-se da aplicação do regime jurídico da caducidade, há que recordar que os efeitos jurídicos do direito que caduca se extinguem pela mera verificação de um fato *stricto senso* sem, pois, haver a necessidade de se verificar qualquer manifestação de vontade nesse sentido. A propósito da invocação da caducidade, diverge porém a jurisprudência. Com efeito, se por vezes considera que a caducidade não é do conhecimento oficioso, outras vezes há em que propugna exatamente entendimento diverso[31].

Os seis meses contabilizam-se, como resulta óbvio, da data em que foi paga a importância que se veio a apurar inferior ao valor devido, isto é, ao valor correspondente ao fornecimento realmente prestado.

Conclui-se, pois, que se considera que o falado prazo de seis meses tem aplicação sempre que ocorre um "erro, por defeito, na leitura *real* ou na *leitura por estimativa* da quantidade consumida. Em relação ao fornecimento de água, electricidade e gás, este prazo de caducidade de seis meses já resultava do art. 890º do CC, considerando que estamos perante contratos mistos de compra e venda e de prestação de serviços"[32].

À semelhança do que vimos para a prescrição, e com os mesmos fundamentos, será nula qualquer renúncia antecipada ao direito de invocar a caducidade.

V. Da exigência do pagamento do preço

O artigo 10º prescreve, no respectivo n. 3, que "a exigência de pagamento por serviços prestados é comunicada ao utente, por escrito, com uma antecedência mínima de 10 dias úteis relativamente à data-limite fixada para efetuar o pagamento".

Significa isto que o utente dispõe de dez dias úteis, depois de recepcionada a comunicação que o informa do valor a pagar, para efetuar o respectivo pagamento, pelo que o prestador do serviço deve, à cautela, adicionar ao prazo dos ditos dez dias os tradicionais três dias que correspondem à dilação dos correios postais[33].

Não determina a lei, no entanto, qual a forma que deve revestir esta comunicação, para além de obedecer à forma escrita. Assim sendo, vemos como perfeitamente admissíveis, neste campo, as comunicações eletrónicas que respeitem os requisitos impostos pelo Decreto-Lei 290-D/99, de 2 de agosto, com as alterações (que para aqui relevam) do Decreto-Lei 62/2003, de 3 de abril[34]. Com efeito, da conjugação do n. 1 do artigo 3º com o n. 1 do artigo 6º do aludido diploma, concluímos, por um lado, que "o documento eletrónico satisfaz o requisito legal de forma escrita quando o seu conteúdo seja susceptível de representação como declaração escrita" (artigo 3º, n. 1) e, por outro lado, que "o documento eletrónico comunicado por um meio de telecomunicações considera-se enviado e recebido pelo destinatário se for transmitido para o endereço eletrónico definido por acordo das partes e neste for recebido".

Basta, pois, que tal meio de comunicação seja acordado entre as partes. Dispensamo-nos aqui de referenciar a utilização da assinatura digital, ou melhor, da assinatura eletrónica qualificada e, bem assim, da validação cronológica, visto que apenas seriam chamadas à colação na eventualidade de a comunicação escrita a efetuar pelo prestador de serviços ao utente ter de revestir forma de carta registada.

VI. Da propositura da ação ou da injunção

Nos termos do n. 4 do artigo 10º, "o prazo para a propositura da ação ou da injunção pelo prestador de serviços é de seis meses, contados após a prestação do serviço ou do pagamento inicial, consoante os casos". O presente número foi aditado pela Lei 12/2008. Trata-se, portanto, de uma inovação, visto que na redação original da Lei dos Serviços Públicos Essenciais nada se dizia a este respeito. Desta forma, articulando e harmonizando o n. 1 com o n. 4 do estudado artigo 10º, concluímos facilmente que o prestador do serviço pode agir judicialmente, para ver ressarcido o seu direito ao recebimento do preço pelo serviço prestado, mediante ação judicial ou através de injunção, no prazo de seis meses, contabilizados da data da prestação do serviço. O mesmo raciocínio e a mesma conclusão, *mutatis mutandis*, haver-se-ão de aplicar à conjugação do n. 2 com este n. 4, contabilizando-se, neste caso,

o prazo dos seis meses do pagamento inicial do valor (que afinal vem a afirmar-se inferior ao valor devido).

VII. Da exclusão do fornecimento de energia elétrica em alta tensão

Finalmente, um mero apontamento sobre o atual n. 5 do artigo 10º (anterior n. 3) para referir pouco mais do que o que decorre diretamente da letra da lei. Diz, pois, este preceito que "o disposto no presente artigo não se aplica ao fornecimento de energia eléctrica em alta tensão".

A lei é clara ao excluir do âmbito da aplicação destes regimes especiais de prescrição e de caducidade o fornecimento de energia elétrica de alta tensão. Ora, cremos que, a ser assim, não estão abrangidos por este preceito os fornecimentos de energia elétrica em baixa tensão e, bem assim, em média tensão, pois, se fosse essa a intenção do legislador, a redação bastar-se-ia com a expressão "energia elétrica"[35].

A especificidade de "alta tensão" pretende, pois, abranger apenas este tipo de fornecimento de energia elétrica. Melhor dizendo, pretende abranger a energia elétrica em alta tensão e em muito alta tensão, pois, o que aqui se visa proteger é sobretudo o consumidor e as pequenas e médias empresas que não recorram à alta tensão[36].

Notas

[1] Com a Lei 5/2004, de 10 de fevereiro, permitiu-se que os serviços de telefone deixassem de estar sob o regime jurídico dos serviços públicos essenciais com todas as consequências daí advenientes, nomeadamente em sede de prescrição e de caducidade. Com a Lei 12/2008, de 26 de fevereiro, emenda-se tamanho erro legislativo, eventualmente até inconstitucional (considerando o princípio da igualdade), e os serviços de telefone (e bem assim as comunicações eletrónicas em geral, aditadas pela Lei de 2008) retornam ao regime dos serviços públicos essenciais.

[2] O artigo 22º, do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, dispõe 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". No parágrafo único deste mesmo preceito pode ler-se 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] Curiosamente, a Lei de Defesa do Consumidor, publicada a 31 de julho de 96, isto é, cinco dias depois da Lei dos Serviços Públicos Essenciais, dita no n. 8 do seu artigo 9º que "incumbe ao Governo adotar medidas adequadas a assegurar o equilíbrio das relações jurídicas que tenham por objeto bens e serviços essenciais, designadamente água, energia elétrica, gás, telecomunicações e transportes públicos". Não necessitamos, tão-pouco, de tecer considerações a respeito desta evidente diferença de tratamento no que toca ao enquadramento conceptual dos serviços de transportes. Assim, enquanto a Lei de Defesa do Consumidor enquadra, sem pejo,

os serviços de transporte no conceito geral de serviços essenciais, a Lei dos Serviços Públicos Essenciais não os menciona no seu elenco taxativo de serviços essenciais deixando, portanto, deliberadamente esta matéria fora do alcance do regime jurídico que estipulou para aqueles serviços.

[4] Cfr. FROTA, Mário. «Os serviços de interesse geral e o princípio fundamental da proteção dos interesses económicos do consumidor», *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 46, junho de 2006, associação portuguesa de Direito do Consumo, Coimbra, pp. 113-146, aqui p. 115.

BATISTA, Ana Rita Bastos. «Serviços Públicos Essenciais Lei 23/96 de 26 de julho – análise legal e jurisprudencial», *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 70, junho de 2012, associação portuguesa de Direito do Consumo, Coimbra, pp.113-146, aqui pp. 97-90.

CARDOSO, Elionora. *Os serviços públicos essenciais:* a sua problemática no ordenamento jurídico português, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

[5] Cfr. MONTEIRO, António Pinto. «Estudos de Direito do Consumidor», *Centro de Direito do Consumo – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 2, Coimbra, 2000, p. 340.

[6] "Em 8 de abril de 2011, os ministros do Eurogrupo e do ECOFIN emitiram uma declaração esclarecendo que o apoio financeiro da UE (mecanismo europeu de estabilização financeira – european financial stabilisationmechanism – EFSM) e da zona euro (facilidade europeia de estabilidade financeira – european financial stability facility – EFSF) seria providenciado na base de um programa político apoiado num condicionalismo rigoroso e negociado com as autoridades portuguesas, envolvendo devidamente os principais partidos políticos, pela Comissão Europeia em conjunto com o BCE e com o FMI. Para além do apoio da União Europeia via EFSM, os empréstimos do EFSF irão também contribuir para a assistência financeira. O Contrato de Empréstimo da contribuição do EFSF irá especificar que os seus desembolsos estão sujeitos ao cumprimento das condições deste Memorando". Cfr. Memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política económica, página 1, traduzido. Disponível em http://economico.sapo.pt/public/uploads/memorando_troika_23-05-2011.pdf (último acesso a 1º de outubro de 2013).

[7] Veja-se, nos dizeres do memorando, o que efetivamente se pretende: "O Governo acelerará o programa de privatizações. O plano existente para o período que decorre até 2013 abrange transportes (Aeroportos de Portugal, TAP, e a CP Carga), energia (GALP, EDP, e REN), comunicações (Correios de Portugal), e seguros (Caixa Seguros), bem como uma série de empresas de menor dimensão. O plano tem como objetivo uma antecipação de receitas de cerca de 5.5 milhões de euros até ao final do programa, apenas com alienação parcial prevista para todas as empresas de maior dimensão. O Governo compromete-se a ir ainda mais longe, prosseguindo uma alienação acelerada da totalidade das ações na EDP e na REN, e tem a expectativa que as condições do mercado venham a permitir a vendas destas duas empresas, bem como da TAP, até ao final de 2011. O Governo identificará, na altura da segunda avaliação trimestral, duas grandes empresas adicionais para serem privatizadas até ao final de 2012". Cfr. Ponto 3.31 do Memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política económica, página 14, traduzido. Disponível em http://economico.sapo.pt/public/uploads/memorando_troika_23-05-2011.pdf (último acesso a 1º de outubro de 2013).

[8] FROTA, Mário, *in* Jornal "O Público" (online) de 17 de maio de 2013, passível de consulta aqui:

http://www.publico.pt/economia/noticia/paulo-morais-privatizacao-da-agua-e-dos-lixos-pode-redundar-em-corrupcao-1594703 (última consulta a 1/10/2013).

[9] LEITÃO, Adelaide Menezes. «Alterações à Lei dos Serviços Públicos Essenciais», *Centenário do nascimento do professor doutor Paulo Cunha – Estudos em homenagem*, sob a coordenação de António Menezes Cordeiro, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 95 a 117.

[10] Diz-nos o artigo 16º que o "elenco das organizações representativas dos utentes, com direito de participação nos termos do art. 2º, será certificado e atualizado pelo departamento governamental competente, nos termos das disposições regulamentares da presente lei".

[11] Cfr. FROTA, Mário, «Os serviços de interesse geral e o princípio fundamental da proteção dos interesses económicos do consumidor», *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 46, junho de 2006, associação portuguesa de Direito do Consumo, Coimbra, pp. 113-146, aqui p. 125.

[12] *Vide* CORDEIRO, Menezes. *Tratado de Direito Civil Português I*. 3. ed., Almedina, Coimbra, 2005, p. 201 e seguintes.

[13] Cfr. PINTO, Mota. *Teoria geral do direito civil*, reimpressão da 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 659.

[14] Cfr. COSTA, Ricardo Amaral da. «Os serviços públicos essenciais – perspectiva geral», *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 70, junho de 2012, associação portuguesa de Direito do Consumo, Coimbra, pp. 51-81, aqui p. 70.

[15] O Decreto-Lei 381-A/97, de 30 de dezembro, visava regular "o regime de acesso à actividade dos operadores de redes públicas de telecomunicações e dos serviços de telecomunicações de uso público da Lei 91/97, de 1º de Agosto (Lei de Bases das Telecomunicações), e transpõe para o direito interno as Directivas 96/2/CE e 96/19/CE, ambas da Comissão, e 97/13/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho". O Decreto-Lei 381-A/97, de 30 de dezembro, foi revogado, posteriormente, pela Lei 5/2004, de 10 de setembro, embora tal revogação não atinja os serviços prestados no âmbito da sua vigência.

[16] Cfr. Acórdão do STJ de 4 de outubro de 2007, disponível aqui: www.dgsi.pt (última consulta a 10/10/2013).

Ver, igualmente, Acórdão do STJ de 2 de outubro de 2007, disponível aqui: www.dgsi.pt (última consulta a 10/10/2013).

[17] Como é sabido e como resulta da própria expressão, a prescrição extintiva implica a extinção do exercício do direito permitindo, portanto, que, uma vez decorrido o respectivo prazo, ganhe o devedor a faculdade de opor ao credor esta exceção. Significa isto que, perde, pois, o credor os meios de tutela jurídica que até então tinha à sua disposição para fazer valer o seu direito e fica abandonado à sorte de sobre o devedor impender uma mera obrigação natural (artigos 304º e 402º do Código Civil), que uma vez cumprida não pode, no entanto, ser repetida nos termos do artigo 403º do Código Civil. Por sua vez, a prescrição presuntiva funda-se na presunção de cumprimento (artigo 312º do Código Civil). "A expressão *prescrição presuntiva* indica que ela se funda na presunção de cumprimento, como se diz neste artigo, e se destina, no fundo, a proteger o devedor contra o risco de satisfazer duas vezes dívidas de que não é usual exigir recibo ou guardá-lo durante muito tempo" (cfr. LIMA, Pires e VARELA, Antunes. *Código Civil Anotado*, volume I, reimpressão da 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 281-282). A diferença substancial entre ambas as prescrições reside no fato de o devedor poder invocar a prescrição extintiva mesmo quando confessa que não pagou; diferentemente, na presuntiva a confissão do devedor (em que deve e não pagou) resulta na obrigação de satisfazer o crédito ao respectivo credor.

[18] Seguimos, de perto, as denominações avançadas por Calvão da Silva. Cfr. SILVA, João Calvão da, «Prescrição extintiva semestral de créditos periódicos por prestação de serviços públicos essenciais», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 139, n. 3961, março-abril de 2010, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 241-252; SILVA, João Calvão da, «Serviços Públicos Essenciais: alterações à Lei 23/96 pelas Leis 12/2008 e 24/2008», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n. 3948, ano 137, Coimbra Editora, Coimbra; Mencionadas, igualmente

por Fernando Dias Simões. Cfr. SIMÕES, Fernando Dias, *Lei dos Serviços Públicos Essenciais* – anotada e comentada, Almedina, Coimbra, 2012, pp.190-193.

19 Cfr. CORDEIRO, António Menezes. «Da prescrição do pagamento dos denominados serviços públicos essenciais», *O Direito*, ano 133, IV outubro-dezembro, JuriDireito – Edições Jurídicas, Lisboa, 2001, pp. 769-810, aqui p. 808.

20 Idem, aqui página 809.

21 Cfr. LIMA, Pires; VARELA, Antunes. *Código Civil Anotado*, volume I, reimpressão da 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 290. Nesta sede, no entanto, também se verificaram dissonâncias jurisprudenciais como se dá nota no mesmo código anotado ao referenciar que no "acórdão da Relação de Coimbra, de 29 de abril de 1970, sumariado no B.M.J., n. 196, p. 303, onde se explicita este entendimento [o de que apenas interrompe a prescrição a prática de atos judiciais] e se decide não bastar uma simples notificação avulsa para interromper a prescrição; quanto a este último ponto, porém, *vide*, em sentido contrário, o Acórdão da Relação de Lisboa, de 15 de Março de 1974, sumariado no B.M.J., n. 235, p. 337". Ver ainda FROTA, Mário. «Carta de Proteção do consumidor de produtos e serviços essenciais», *Vida Judiciária*, n. 36, Maio de 2000, pp. 25-26.

22 A este propósito, indica Fernando Dias Simões alguns acórdãos que aplicaram a tese ora em referência, a saber, "Acs. Do STJ de 6 de fevereiro de 2003 (processo 02B4580), do TRL de 27 de setembro de 2007 (processo 4892/2007-2) e do TRP de 20 de junho de 2002 (0230589), de 26 de janeiro de 2006 (processo 0537124), de 2 de fevereiro de 2006 (processo 0537122) e de 9 de novembro de 2006 (processo 0635834)". Cfr. SIMÕES, Fernando Dias. *Lei dos Serviços Públicos Essenciais* – anotada e comentada, Almedina, Coimbra, 2012, p. 194.

23 Veja-se a argumentação aqui apresentada: "Pese embora o teor do n. 5 do citado artigo 9º e do n. 3 do citado artigo 16º, parte da jurisprudência, no seguimento da posição defendida por Calvão da Silva (estudo citado, páginas 155 a 157), entende que nos contratos abrangidos por este diploma a apresentação da factura não interrompe nem suspende a prescrição; para evitar a prescrição, cujo prazo começa a contar no termo de cada período mensal de prestação do serviço telefónico, é necessária a citação ou notificação judicial, ou qualquer outro meio judicial equiparado, designadamente a notificação judicial avulsa do devedor (art. 323º, nºs 1 e 4, do Código Civil) (…) para Menezes Cordeiro a prescrição prevista no n. 1 do art. 10º da Lei 23/96 é presuntiva. Por outro lado, para este jurisconsulto, em boa técnica jurídica, se a prescrição se reportasse ao crédito correspondente ao preço do serviço, o legislador teria dito "o direito ao preço do serviço prestado prescreve", em vez de enunciar a prescrição do "direito de exigir o pagamento do preço do serviço prestado". Daí Menezes Cordeiro retira a conclusão de que o direito de exigir o pagamento a que se refere o artigo 10º n. 1 da Lei 23/96 "é, simplesmente, o direito de enviar uma fatura (…) Enviada a fatura no prazo de seis meses: o direito de exigir o pagamento foi tempestivamente exercido. A partir daí, caímos na prestação [no original – ter-se-á querido escrever "prescrição"] essa sim, extintiva – do artigo 310º, *g*) do Código Civil: cinco anos" (…) Esta tese tem tido forte acolhimento na jurisprudência (embora não necessariamente quanto à natureza presuntiva da prescrição de seis meses), a qual vê na redação do n. 5 do art. 9º do Dec.-Lei 381-A/97 a confirmação de que o direito a que o n. 1 do art. 10º da Lei 23/96 (e o n. 4 do art. 9º do Dec.-Lei 381-A/97, que reproduz aquele) se refere é o direito de reclamar o pagamento do preço do serviço apresentando a respectiva fatura. Decorrido o referido prazo de seis meses após a prestação do serviço, sem que o operador tenha apresentado a fatura respectiva, prescreve o direito ao pagamento do preço. Se as faturas forem emitidas no aludido prazo de seis meses, o fornecedor do serviço só deixará de poder exigir o pagamento do preço se entretanto tiver decorrido o prazo de cinco anos contado do fornecimento (…) Esta tese releva da dificuldade, sentida por parte da doutrina e da jurisprudência, em aceitar a imposição de um prazo prescricional

tão curto para o exercício do direito ao pagamento do preço nestes fornecimentos. Tal solução legal, conquanto feita em nome dos interesses dos utentes, correria o risco de submeter estes "a uma espiral de litigiosidade" figura-se-nos, porém, que as razões invocadas em abono da tese ora em análise não procedem. Quanto aos inconvenientes advenientes da curta duração do prazo, em especial o alegado aumento da litigiosidade judicial, afigura-se-nos que o efeito da solução legal poderá ser o contrário: por um lado, a perspectiva de enfrentar os custos de uma ação judicial tornará o prestador dos serviços mais diligente no exercício da sua atividade, assegurando-se de que não reclama do utente mais do que aquilo a que tem direito; por outro lado, um prazo de prescrição curto compelirá o fornecedor a não deixar arrastarem-se eventuais situações de incumprimento, interpelando rápida e incisivamente o utente, de molde a que este não só esteja ainda em condições de satisfazer os seus compromissos, como de poder constatar da razoabilidade ou da improcedência do que lhe for reclamado. Por outro lado, face à ameaça de uma rápida interpelação judicial, o consumidor tenderá a cumprir mais diligentemente a respectiva obrigação de pagamento do preço. No que concerne ao suposto destaque, pelo legislador, de um "direito do fornecedor reclamar o pagamento mediante a apresentação de uma fatura", não é consentâneo com a natureza da interpelação, que não é um direito mas um ónus do credor tendo em vista, nomeadamente, o vencimento da obrigação (…) em particular na área da prestação de serviços públicos essenciais, em que a apresentação de fatura com determinados requisitos, é uma obrigação do fornecedor (…) O direito que releva, no contrato de prestação de serviços públicos essenciais (bem como de quaisquer outros serviços), por parte do fornecedor, é o direito ao pagamento do respectivo preço. E é certamente este que o legislador teve em vista ao fixar o prazo previsto no art. 10º n. 1 da Lei 23/96 e no art. 9º, n. 4, do Dec.-Lei 381-A/97. A redação utilizada aproxima-se da técnica da caducidade, sendo porém aplicáveis as regras da prescrição, que é expressamente referida na lei (art. 298º n. 2 do Código Civil). No que concerne ao serviço telefónico, para amenizar a posição do respectivo fornecedor, certamente tendo em vista a plena liberalização e privatização perspectivada para todo o setor, o legislador passou a permitir, por força do disposto no Dec.-Lei 381-A/97, que o prazo de prescrição de seis meses seja interrompido mediante a apresentação da fatura respectiva, após o que se iniciará o decurso de novo prazo de seis meses (artigo 326º do Código Civil). O Dec.-Lei 381-A/97 prevê, pois, um desvio à regra geral, contida no art. 323º n. 1 do Código Civil, segundo a qual a prescrição interrompe-se por meio de interpelação judicial".

[24] CORDEIRO, António Menezes. «Da prescrição do pagamento dos denominados serviços públicos essenciais», *O Direito*, ano 133, IV, outubro-dezembro, JuriDireito – Edições Jurídicas, Lisboa, 2001, pp. 769-810, aqui p. 809.

[25] SIMÕES, Fernando Dias. *Lei dos Serviços Públicos Essenciais* – anotada e comentada, Almedina, Coimbra, 2012, p. 194.

[26] Nesta sede, o legislador seguiu, tal como denota a similitude da letra da lei de ambos os preceitos (*in fine*), o disposto no n. 2 do artigo 12º do Código Civil, que consagra um dos princípios gerais da aplicação das leis no tempo, onde se pode ler que: "quando a lei dispõe sobre as condições de validade substancial ou formal de quaisquer fato ou sobre os seus efeitos, entende-se, em caso de dúvida, que só visa os fatos novos; mas, quando dispuser diretamente sobre o conteúdo de certas relações jurídicas, abstraindo dos fatos que lhes deram origem, entender-se-á que a lei abrange as próprias relações já constituídas, que subsistam à data da sua entrada em vigor."

[27] Depois de ver legalmente consagrada a tese que há muito defendia, pronunciou-se Calvão da Silva referindo, além do mais, que "razão por que igualmente julgo ter demonstrado a *natureza interpretativa da nova redação do art. 10º da Lei 23/96 dada pelas leis 12/2008 e 24/2008*, relativamente aos serviços públicos essenciais abrangidos desde o início pela Lei 23/96 – água, energia elétrica, gás e serviços de telefone fixo ou móvel prestados

antes da entrada em vigor da Lei 5/2004, de 10 de fevereiro. Com a consequência de: aplicar-se a prescrição extintiva semestral do direito de exigir judicialmente o pagamento do preço, porquanto a lei interpretativa se integra na lei interpretada (art. 13º do Código Civil) e fixa uma das interpretações com que os interessados podiam e deviam contar, sem ofensa a expectativas jurídicas e legitimidade fundadas; ficar prejudicada a tese da prescrição presuntiva, de resto excepcional e susceptível de constituir uma armadilha para o utente, tentado a alegar fatos sem a consciência de tacitamente estar a confessar a dívida, por exemplo pondo em causa a sua existência ou montante; ficar prejudicada a tese da prescrição extintiva semestral do direito de enviar a fatura, com a manutenção da prescrição extintiva quinquenal ou início de nova prescrição extintiva semestral do direito ao preço". Cfr. SILVA, João Calvão da, «Serviços Públicos Essenciais: alterações à Lei 23/96 pelas Leis 12/2008 e 24/2008», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n. 3948, ano 137, Coimbra Editora, Coimbra, pp.177/178.

Dias Simões, por sua vez, manifestou algumas cautelas iniciais quanto à natureza interpretativa da nova redação mas, por fim, veio a afirmar que "deste modo estamos perante uma interpretação autêntica, vinculativa e retroativamente aplicável do n. 1 do preceito com o conteúdo e alcance agora fixados nos nºs 3 e 4. Cfr, primeiramente, SIMÕES, Fernando Dias, «O novo regime de prescrição dos créditos por serviços públicos essenciais – algumas dúvidas de direito transitório», *Jusjornal*, n. 765, 23 de abril de 2009, disponível em www.jusjornal.pt e posteriormente SIMÕES, Fernando Dias, *Lei dos Serviços Públicos Essenciais* – anotada e comentada, Almedina, Coimbra, 2012, p. 194.

[28] Cfr. Acórdão de Uniformização de Jurisprudência de 3 de dezembro de 2009, disponível em www.dgsi.pt (última consulta a 10 de outubro de 2013). Deste acórdão saliente-se ainda que "*termos em que se entende dever ser, a final, uniformizada jurisprudência no seguinte sentido:* «Com os efeitos previstos no art. 304º do Código Civil, prescreve no prazo de seis meses, após a prestação de serviço de telefone, o direito ao respectivo pagamento, nos termos estabelecidos no n. 1 do art. 10º da Lei 23/96, de 26 de julho, na sua redação originária e no n. 4 do art. 9º do DL 381-A/97, de 30 de dezembro [ambos os diplomas revogados pelo art. 127º, n. 1, respectivamente, alíneas *a*) e *d*), da Lei 5/2004, de 10 de fevereiro, no caso aplicáveis]».

[29] Cfr. FROTA, Mário, «Serviços públicos essenciais – diferenças de preços não devidas», *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 8, associação portuguesa de Direito do Consumo, Coimbra, 1996, p. 50.

[30] Leiam-se os dizeres do artigo 12º da Lei 23/96, sob epígrafe de "acerto de valores cobrados", na redação dada pela Lei 12/2008, "Sempre que, em virtude do método de faturação utilizado, seja cobrado ao utente um valor que exceda o correspondente ao consumo efetuado, o valor em excesso é abatido da fatura em que tenha sido efetuado o acerto, salvo caso de declaração em contrário, manifestada expressamente pelo utente do serviço".

[31] *Vide*, entre outros, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 14 de julho de 2010, cujo entendimento vai no sentido de que a caducidade não é, aqui, de conhecimento oficioso, e, em sentido diverso, Acórdão do STJ de 3 de novembro de 2009.

[32] SIMÕES, Fernando Dias. *Lei dos Serviços Públicos Essenciais* – anotada e comentada, Almedina, Coimbra, 2012, p. 199.

[33] Nos termos do artigo 224º, "a declaração negocial que tem um destinatário torna-se eficaz logo que chegue ao seu poder ou é dele conhecida".

[34] Como decorre do próprio diploma, "o Decreto-Lei 62/2003 de 3 de abril visa compatibilizar o regime jurídico da assinatura digital estabelecido no Decreto-Lei 290-D/1999, de 2 de agosto, com a Diretiva 93/CE/1999, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas eletrónicas".

[35] A este propósito, *vide*, Acórdão do STJ de 3 de novembro de 2009 e consequente recurso para o Tribunal Constitucional (Acórdão 352/2010, de 6 de outubro de 2010).

[36] Como se depreende do prescrito, não entramos, porque padecemos de conhecimentos técnicos e científicos para o efeito, na definição dos conceitos de energia elétrica de baixa, média, alta e muito alta tensão.

Referências

BATISTA, Ana Rita Bastos. «Serviços públicos essenciais Lei 23/96 de 26 de julho – análise legal e jurisprudencial», *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 70, junho de 2012, associação portuguesa de Direito do Consumo, Coimbra, pp. 113-146.

CARDOSO, Elionora. *Os serviços públicos essenciais:* a sua problemática no ordenamento jurídico português, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

CORDEIRO, António Menezes. «Da prescrição do pagamento dos denominados serviços públicos essenciais», *O Direito*, ano 133, IV outubro-dezembro, JuriDireito – Edições Jurídicas, Lisboa, 2001, pp. 769-810.

COSTA, Ricardo Amaral da. «Os serviços públicos essenciais – perspectiva geral», *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 70, junho de 2012, associação portuguesa de Direito do Consumo, Coimbra, pp. 51-81.

FROTA, Mário, *in* Jornal "O Público" (online) de 17 de maio de 2013, passível de consulta aqui:http://www.publico.pt/economia/noticia/paulo-morais-privatizacao-da-agua-e-dos-lixos-pode-redundar-em-corrupcao-1594703 (última consulta a 1º/10/2013).

FROTA, Mário. «Os serviços de interesse geral e o princípio fundamental da proteção dos interesses económicos do consumidor», *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 46, junho de 2006, associação portuguesa de Direito do Consumo, Coimbra, pp. 113-146.

FROTA, Mário. «Carta de protecção do consumidor de produtos e serviços essenciais», *Vida Judiciária*, n. 36, maio de 2000.

FROTA, Mário. «Serviços públicos essenciais – diferenças de preços não devidas», *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 8, associação portuguesa de Direito do Consumo, Coimbra, 1996.

LEITÃO, Adelaide Menezes. «Alterações à Lei dos Serviços Públicos Essenciais», *Centenário do nascimento do professor doutor Paulo Cunha – Estudos em homenagem*, sob a coordenação de António Menezes Cordeiro, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 95 a 117.

MONTEIRO, António Pinto. «Estudos de Direito do Consumidor», *Centro de Direito do Consumo – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 2, Coimbra, 2000.

PINTO, Mota. *Teoria geral do direito civil*, reimpressão da 4a. edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

SILVA, João Calvão da. «Serviços Públicos Essenciais: alterações à Lei n. 23/96 pelas Leis 12/2008 e 24/2008», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n. 3948, ano 137, Coimbra Editora, Coimbra.

SILVA, João Calvão da. «Prescrição extintiva semestral de créditos periódicos por prestação de serviços públicos essenciais», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 139, n. 3961, março-abril de 2010, Coimbra Editora, Coimbra.

SIMÕES, Fernando Dias. *Lei dos Serviços Públicos Essenciais – anotada e comentada*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 190-193.

SIMÕES, Fernando Dias. «O novo regime de prescrição dos créditos por serviços públicos essenciais – algumas dúvidas de direito transitório», *Jusjornal*, n. 765, 23 de abril de 2009, disponível em www.jusjornal.pt.

Comité Económico e Social Europeu

TEN/524
Preparação para a convergência total no mundo audiovisual (Livro Verde)

Bruxelas, 18 de setembro de 2013

Parecer

do Comité Económico e Social Europeu sobre a

Preparação para um mundo audiovisual plenamente convergente: crescimento, criação e valores (Livro Verde)

COM(2013) 231 final

Relator: Jorge Pegado Liz

EXCERTOS

"O CESE considera que a discussão europeia da convergência do audiovisual deverá ter como objetivos centrais a promoção das culturas europeias e a salvaguarda indissociável dos interesses dos cidadãos e dos seus direitos fundamentais, designadamente, a proteção dos menores e dos demais públicos vulneráveis"

"A progressiva convergência de serviços de televisão lineares com a Internet é reconhecida como uma das tendências inelutáveis da evolução do mercado audiovisual"

"O CESE valoriza a generalidade dos temas suscitados no Livro Verde e reconhece a pertinência da grande maioria das questões postas à consulta pública"

"O CESE, em diversos momentos, tem afirmado a importância das indústrias culturais europeias, incluindo o setor audiovisual, na estratégia de desenvolvimento da União"

"É essencial garantir que o mercado de soluções de acessibilidade é verdadeiramente europeu, a fim de atrair novos operadores para esse mercado e reduzir os custos"

Em 8 de julho de 2013, a Comissão Europeia decidiu, nos termos do artigo 304.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, consultar o Comité Económico e Social Europeu sobre a

Preparação para um mundo audiovisual plenamente convergente: crescimento, criação e valores (Livro Verde)
COM(2013) 231 final.

Foi incumbida da preparação dos correspondentes trabalhos a Secção Especializada de Transportes, Energia, Infraestruturas e Sociedade da Informação, que emitiu parecer em 2 de setembro de 2013.

Na 492ª reunião plenária de 18 e 19 de setembro de 2013 (sessão de 18 de setembro), o Comité Económico e Social Europeu adotou, por 175 votos a favor, 2 votos contra e 8 abstenções, o seguinte parecer:

1. Conclusões e recomendações

1.1. O CESE saúda a Comissão pela iniciativa de reabrir o *dossier* da política do audiovisual em ambiente de convergência com a perspetiva de criar uma oportunidade para se disseminar o acesso a conteúdos europeus diversificados e de relançar uma nova consulta pública em particular sobre os seus efeitos no crescimento económico, no emprego e na inovação a nível da EU.

1.2. No entanto, o CESE lamenta que a Comissão não tenha aproveitado esta oportunidade para adiantar propostas mais concretas e estruturadas nesta matéria.

1.3. O CESE teria apreciado que no desenho deste Livro Verde a Comissão tivesse optado por uma aproximação mais centrada nos valores fundamentais da liberdade de expressão, do pluralismo dos média, do respeito pela dignidade da pessoa humana e dos direitos e interesses dos cidadãos utilizadores, em particular dos menores e demais públicos vulneráveis, e daí tivesse partido para os objetivos programáticos da promoção da inovação, do desenvolvimento do mercado e respetivo financiamento.

1.4. Sem embargo, o CESE valoriza a generalidade dos temas suscitados no Livro Verde e reconhece a pertinência da grande maioria das questões postas à consulta pública, embora constate que lhe falta por vezes uma linha condutora na sequência da apresentação dos diversos temas e perguntas.

1.5. Está designadamente consciente dos novos desafios e perspetivas que se abrem com a convergência, criando oportunidades significativas de negócio para os produtores independentes, suscetíveis de implicar mudanças nos modelos de negócios industriais existentes.

1.6. Embora ciente da crescente relevância económica dos serviços audiovisuais a pedido na paisagem audiovisual europeia, o CESE não pode deixar de salientar que a oferta tradicional de serviços audiovisuais lineares continua a representar uma parcela extremamente significativa dos hábitos de consumo dos cidadãos europeus no domínio

dos média, designadamente pela inovação tecnológica aplicada à oferta tradicional, onde verdadeiramente se radicam os fundamentos da identidade e diversidade cultural e linguística que cumpre e urge preservar.

1.7. Identicamente, reconhecendo os muitos aspetos positivos da estratégia da inovação e da convergência tecnológica dos serviços audiovisuais com a Internet, o CESE chama a atenção para os efeitos de tais desenvolvimentos junto dos setores tradicionais de média, designadamente, os meios de comunicação social de proximidade de âmbito regional e local, em particular em Estados-Membros com línguas minoritárias no seio da União, e daí a necessidade de serem mantidas e criadas as condições para que estes média tradicionais possam continuar a prestar o seu relevante serviço de interesse público em prol da diversidade linguística e cultural e da salvaguarda do pluralismo informativo.

1.8. Entende ainda que a salvaguarda do pluralismo informativo, a promoção da diversidade cultural e linguística e a preservação do papel estruturante do Serviço Público dos média no ecossistema mediático europeu são valores de interesse público que as futuras políticas devem necessariamente não só manter como também promover como elemento do modelo social europeu.

1.9. Em suma, o CESE considera que a discussão europeia da convergência do audiovisual deverá ter como objetivos centrais a promoção das culturas europeias e a salvaguarda indissociável dos interesses dos cidadãos e dos seus direitos fundamentais, designadamente, a proteção dos menores e dos demais públicos vulneráveis.

1.10. Nesse sentido, o CESE apela à Comissão para que tome em consideração em quaisquer ações futuras, de caráter legislativo ou outro, as suas recomendações formuladas em tantos dos seus Pareceres, bem como, em especial, as observações na especialidade constantes do presente Parecer.

2. Objeto do Livro Verde

2.1. Com o presente Livro Verde (COM (2013) 231 final), a Comissão pretende lançar um amplo debate público sobre as implicações da mudança em curso nos serviços de comunicação social audiovisual, potenciada pela crescente convergência de tais serviços com a Internet.

2.2. A Comissão perspetiva esta evolução do ambiente tecnológico como uma oportunidade para se disseminar o acesso a conteúdos europeus diversificados e com qualidade, sendo para tal necessária uma reflexão sobre a adequação do quadro regulamentar em vigor e sobre as eventuais respostas políticas no panorama europeu.

2.3. Tendo presente esse objetivo estratégico, a Comissão suscita duas grandes questões:

– Como levar o processo de convergência num mercado europeu alargado a transformar-se em crescimento económico e inovação empresarial na Europa?

– Quais são as repercussões da convergência em valores como o pluralismo dos média, a diversidade cultural e a proteção dos consumidores, designadamente de grupos específicos como os menores?

2.4. Exclui expressamente do seu objeto os aspetos relacionados com os direitos de autor e a propriedade intelectual, objeto de outro Livro Verde[1], bem como os aspetos relacionados com a proteção de dados, também objeto de recentes propostas da Comissão[2], apesar de reconhecer a sua importância e a ligação com os temas abordados.

2.5. Admite que a consulta pública em apreço não pressupõe quaisquer resultados específicos. No entanto, reconhece que poderá contribuir para a formulação de eventuais respostas de longo prazo nos planos regulamentar e político, em especial no que se refere a uma Internet melhor adaptada para as crianças, no domínio da liberdade e do pluralismo dos média e em iniciativas de autorregulação.

3. Observações na generalidade

3.1. O CESE saúda a iniciativa da Comissão pela importância e atualidade do tema em discussão. A progressiva convergência de serviços de televisão lineares com a Internet é reconhecida como uma das tendências inelutáveis da evolução do mercado audiovisual.

3.2. No seu entender, no entanto, o instrumento utilizado (Livro Verde) peca por tardio e pouco ambicioso, faltando uma linha condutora na sequência da apresentação dos diversos temas e perguntas, a poder significar uma eventual incerteza sobre o rumo da Comissão nesta matéria.

3.3. No seguimento dos seus inúmeros pareceres sobre variados aspetos deste tema, e como antecâmara para o futuro desenho de uma politica integrada do audiovisual em ambiente de convergência tecnológica na UE, o CESE teria antes apreciado que a Comissão tivesse optado por uma aproximação mais centrada nos valores fundamentais da liberdade de expressão, do pluralismo dos média, do respeito pela dignidade da pessoa humana e dos direitos e interesses dos cidadãos utilizadores, em particular dos mais vulneráveis, e daí tivesse partido para os importantes aspetos da inovação, do mercado e do financiamento, como resulta da Resolução do PE de 21.5.2013 (P7_TA(2013)0203), e não o contrário.

3.4. Sem embargo, o CESE valoriza a generalidade dos temas suscitados no Livro Verde e reconhece a pertinência da grande maioria das questões postas à consulta pública.

3.5. Está assim ciente da crescente relevância económica dos serviços audiovisuais a pedido na paisagem audiovisual europeia.

3.5.1. Não pode no entanto deixar de salientar que a oferta tradicional de serviços audiovisuais lineares continua a representar uma parcela extremamente significativa dos hábitos de consumo de média dos cidadãos europeus.

De facto, a média do consumo de televisão na Europa em 2012 foi de 3 horas e 55 minutos por dia, mais 7 minutos que o valor registado em 2011.

3.6. Por outro lado, apesar de reconhecer a importância estratégica da inovação e da convergência tecnológica dos serviços audiovisuais com a Internet, o CESE ressalta os eventuais impactos de tal fenómeno junto dos setores tradicionais de média, designadamente, a imprensa escrita e a rádio.

3.6.1. O CESE considera que a Comissão deverá ter um papel relevante na criação de condições que habilitem os meios tradicionais de média a adaptarem-se à era digital e, atentas certas especificidades socioculturais da população a que se dirigem, a poderem subsistir no formato *offline*.

3.6.2. Entende, assim, que no plano europeu devem ser criadas as condições para que os média tradicionais, em particular os média de proximidade regional e local, possam continuar a prestar o seu relevante serviço de interesse público em prol da diversidade linguística e cultural e da salvaguarda do pluralismo informativo, no quadro da manutenção do modelo social europeu.

3.7. Entende ainda que a salvaguarda do pluralismo informativo, a promoção da diversidade cultural e linguística, e a preservação do papel estruturante do serviço público dos média no ecossistema mediático europeu são valores de interesse público em geral, e dos utilizadores dos média em particular, que as futuras políticas devem necessariamente ter em consideração[3].

3.8. Em síntese, o CESE considera que a discussão europeia da convergência do audiovisual deverá ter como um dos objetivos primordiais e linha diretriz fundamental da política comunitária neste domínio, a promoção do interesse público e a salvaguarda dos interesses e dos direitos dos cidadãos em geral e dos seus utilizadores em particular.

4. Observações na especialidade

4.1. As questões formuladas na consulta pública podem ser agrupadas em 6 tópicos: acesso a conteúdos e plataformas (perguntas 1 a 3); financiamento à produção audiovisual (perguntas 4 e 5); interoperabilidade (pergunta 6); infraestruturas e espetro (perguntas 7 a 9); implicações da convergência na regulamentação (perguntas 10 a19); proteção de menores (perguntas 20 a 25) e acessibilidade (perguntas 26 a 27).

4.2. Acesso a conteúdos e plataformas

4.2.1. O CESE partilha a preocupação de as plataformas agregadoras de conteúdos poderem distorcer a livre concorrência na prestação de serviços audiovisuais, e dessa forma condicionar negativamente a liberdade de escolha e acesso dos utilizadores a uma oferta de conteúdos com qualidade e diversidade.

4.2.2. Julga por isso que devem ser equacionadas medidas regulamentares específicas que vão para além das regras da concorrência de maneira a promover e facilitar o acesso a essas plataformas a nível nacional e transnacional, no sentido já delineado na Comunicação da Comissão de 2009[4].

4.3. Financiamento da produção audiovisual

4.3.1. O CESE, em diversos momentos, tem afirmado a importância das indústrias culturais europeias, incluindo o setor audiovisual, na estratégia de desenvolvimento da União[5].

4.3.2. Tendo presente as alterações verificadas na cadeia de valor do setor audiovisual, designadamente a importância crescente dos plataformistas e agregadores de conteúdos, o CESE considera que os atuais requisitos da Diretiva SCSA não constituem a forma mais adequada, proporcional e eficiente de promover a criação, distribuição e fruição de obras europeias.

4.3.3. Assim, o CESE é da opinião que a Comissão deverá reequacionar o quadro de obrigações que impendem sobre os operadores televisivos e alargar a incidência de tais obrigações aos novos intervenientes na cadeia de valor do audiovisual em ambiente de convergência, tendo em consideração o impacte crescente de tais serviços junto dos cidadãos, iniciando a breve trecho a revisão da Diretiva.

4.4. Interoperabilidade da televisão conectada

4.4.1. O CESE considera que a Comissão deverá garantir a interoperabilidade dos diversos serviços distribuídos nas plataformas híbridas, promovendo condições equitativas de concorrência para todos os fornecedores de conteúdos e serviços, e assegurar que os utilizadores possam escolher de forma livre e sem discriminação, designadamente geográfica, de entre uma oferta com qualidade e diversificada.

4.5. Política do espetro

4.5.1. O CESE remete no essencial para os seus pareceres sobre o primeiro programa da política do espetro radioelétrico/banda larga europeia[6], sobre a Comunicação da Comissão «Transformar o dividendo digital em benefícios sociais e em crescimento económico»[7], e sobre a Comunicação da Comissão «Apoio à utilização partilhada dos recursos do espetro radioelétrico no mercado interno»[8].

4.5.2. No que respeita à crescente utilização de modelos híbridos por parte dos operadores de serviços audiovisuais, que combinam a radiodifusão terrestre com a utilização de banda larga na distribuição de conteúdos, recomenda a realização dos imprescindíveis estudos de impacto de tais modelos de negócio na cadeia de valor do setor audiovisual, com uma particular atenção às questões do acesso a conteúdos e plataformas por parte dos cidadãos, bem como dos próprios operadores e produtores de conteúdos. O CESE recorda a necessidade de infraestruturas que garantam uma

cobertura de todo o território europeu pela banda larga, enquanto fator decisivo na promoção da igualdade digital dos cidadãos.

4.6. Implicações Regulamentares

O CESE, à luz dos novos desenvolvimentos tecnológicos e de mercado, considera que a Comissão deveria iniciar a breve trecho um procedimento formal de consulta pública sobre a revisão da Diretiva DSCSA.

4.6.2. Nesse procedimento de consulta, a Comissão deveria avaliar a problemática do âmbito de aplicação da Diretiva, designadamente a possibilidade da inserção de disposições sobre a transparência e concentração da propriedade dos serviços de comunicação social audiovisual, lineares e não lineares e a questão central da definição do conceito de responsabilidade editorial nos serviços de comunicação social audiovisual. Princípio fundamental a orientar esta revisão deverá ser o de que, qualquer que seja o suporte de acesso ao audiovisual, os valores fundamentais devem ser respeitados e garantidos de forma idêntica, sem embargo das adaptações indispensáveis à especificidade desses suportes.

4.6.3. O CESE considera que seria igualmente útil que a Comissão apresentasse uma proposta de revisão e sistematização das regras aplicáveis às comunicações comerciais nos serviços de comunicação social audiovisual, atualmente dispersas em diversos diplomas, conforme referido em anteriores pareceres[9].

4.7. Liberdade de expressão e Pluralismo dos média

4.7.1. Importa ter em devida consideração que o respeito pela liberdade de imprensa e pelo pluralismo dos meios de comunicação social, enquanto elementos estruturantes da cidadania ativa e da democracia participativa, como consagrado no artigo 11º da Carta dos Direitos Fundamentais, constitui um elemento fundamental para a consolidação do processo de integração da União.

4.7.2. Consequentemente, e em sintonia com a preocupação expressa pelo Parlamento Europeu, o CESE considera que a Comissão deveria prioritariamente tomar medidas adequadas, incluindo a apresentação de uma iniciativa legislativa sobre o pluralismo e a concentração dos meios de comunicação social, no seguimento, designadamente, do Relatório do Centre for Media Pluralism and Media Freedom e do Relatório do Grupo de Alto Nível sobre Liberdade dos Média e Pluralismo.

4.7.3. Atentas as características específicas do mercado audiovisual europeu, fragmentado, com diversas barreiras linguísticas e culturais e mergulhado num contexto económico particularmente difícil, o CESE salienta a importância do *Serviço Público de média* para a salvaguarda do pluralismo político e promoção da diversidade cultural. Sugere assim que a Comissão promova uma reflexão alargada sobre o modelo de governação do *Serviço Público de média* no novo contexto da convergência, tendo em consideração, designadamente, as recentes conclusões alcançadas pelo Conselho da Europa neste domínio.

4.8. Proteção de menores e de públicos sensíveis

4.8.1. O CESE, tendo presente a dimensão cultural dos média e o seu impacto na sociedade em geral, tem definido como uma das suas maiores preocupações a proteção dos menores e de outros públicos sensíveis quer em face dos meios audiovisuais quer em ambiente digital (Internet, redes sociais, etc.), em aspetos tão importantes como o direito à privacidade, a proteção da imagem e outros direitos fundamentais, reconhecidos, designadamente, pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem e hoje também consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da UE, em boa hora integrada na atual redação do Tratado. Se a convergência audiovisual, transformando o espetador em ator dos média (interatividade), abre enormes possibilidades novas de comunicação e de informação, não deixa de potenciar a exposição das pessoas mais vulneráveis a comportamentos ilícitos (cibercrime).

4.8.2. Foi por isso esse um dos aspetos que o CESE teve oportunidade de salientar em variados dos seus mais recentes pareceres, designadamente a propósito de algumas iniciativas da Comissão que, louváveis em si mesmas, segundo ele pecam por demasiado tímidas, insistindo na necessidade de garantir a existência e a disponibilidade em termos acessíveis aos encarregados de educação dos menores de dispositivos de filtragem de conteúdos e de classificação adequados às faixas etárias.

4.8.3. Está assim convicto que na abordagem à problemática da proteção de menores e de outros públicos vulneráveis no que respeita a utilização da Internet em geral, e dos meios de comunicação social audiovisual em particular, é necessário garantir um equilíbrio e uma justa medida entre o direito fundamental da liberdade de expressão e o objetivo de interesse público de proteção dos menores, independentemente do suporte de acesso.

4.8.4. No entanto, importa ter presente que a própria Comissão reconheceu[10] que os operadores dos serviços de televisão a pedido não têm dado uma resposta eficiente no que respeita aos sistemas de corregulação e autorregulação destinados à proteção dos menores contra conteúdos prejudiciais, bem como aos meios técnicos que oferecem às crianças um acesso seletivo aos conteúdos na Internet.

4.8.5. Será pois este um dos temas que o CESE gostaria de destacar como dos mais relevantes numa definição integrada de uma politica futura da UE para o audiovisual, e para a qual antevê não apenas medidas de caráter legislativo (regulação, autorregulação e corregulação) mas de educação para os média, de informação, de literacia e de capacitação, não só dos menores mas também das famílias e das escolas. Neste sentido apela a que sejam tomadas medidas pela Comissão e pelos Estados-Membros no sentido de aumentar o uso de filtros de conteúdo pelos pais e encarregados de educação.

4.9. Acessibilidades

4.9.1. O CESE remete no essencial para os seus pareceres sobre acessibilidade[11].

4.9.2. Deles resulta, de um modo geral, a necessidade de reforço da acessibilidade como direito fundamental e, no caso específico dos serviços audiovisuais e sítios Web, a sua consideração como verdadeiros serviços de interesse geral[12].

4.9.3. Assim, são necessários requisitos jurídicos prontamente aplicáveis em matéria de acessibilidade dos serviços audiovisuais, para assegurar o acesso a pessoas com diversos tipos de deficiência e incapacidade de comunicação.

Tais requisitos devem apoiar-se no reforço da normalização europeia, não só no que diz respeito ao conteúdo audiovisual, mas também à distribuição da rede, aos terminais de utilizadores e ao *software* de interface. É essencial garantir que o mercado de soluções de acessibilidade é verdadeiramente europeu, a fim de atrair novos operadores para esse mercado e reduzir os custos.

4.10. A título de observação final, o CESE reitera a necessidade de uma abordagem global e holística ao objetivo programático da inclusão digital, devendo a União e os Estados-Membros garantir a acessibilidade dos cidadãos europeus ao ambiente digital, designadamente, aos serviços de televisão conectada, através da promoção e apoio de iniciativas em prol da aprendizagem constante das competências e literacias digitais[13].

Bruxelas, 18 de setembro de 2013.
O Presidente
do Comité Económico e Social Europeu

1 (COM(2011) 427 final) , JO C 143, de 22.5.2012, p. 69-73.

2 COM(2012) 10 final e (COM(2012) 11 final) , JO C 229, de 31.7.2012, p.90-97.

3 JO C 140 de 18.5.2000, p. 19-23; JO C 116 de 20.4.2001, p. 30-36; JO C 77 de 31.3.2009, p. 109-114.

4 JO C 257 de 27.10.2009, p. 1-14.

5 JO C 181 de 21.6.2012, p. 35-39; JO C 198 de10.7.2013, p. 39-44; JO C 77 de 31.3.2009, p. 63-68; JO C 248 de 25.8.2011, p. 144-148; JO C 143, de 22.5.2012, p. 69-73.

6 JO C 107 de 6.4.2011, p. 53-57.

7 JO C 44 de 11.2.2001, p. 178-181.

8 JO C 133, de 9.5.2013, p. 22-26.

9 JO C 351 de 15.11.2012, p. 6-11.

10 COM(2011) 556 final.

11 JO C 94 de 18.4.2002, p. 9-13; JO C 117 de 30.4.2004, p. 49-51;JO C 110 de 9.5.2006, p. 26-32; JO C 175 de 27.7.2007, p. 91-95; Acessibilidade dos sítios Web dos organismos do setor público (ainda não publicado no Jornal Oficial) e A acessibilidade como um direito humano (ainda não publicado no Jornal Oficial).

12 O «caráter acessível» dos SIEG: Definição, dimensão, desafios, iniciativas europeias (ainda não publicado no Jornal Oficial).

13 JO C 318, de 29.10.2011, p. 9-18.

REGULAMENTO (UE) 524/2013 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO

DE 21 DE MAIO DE 2013 SOBRE A

RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS DE CONSUMO EM LINHA, QUE ALTERA O REGULAMENTO (CE) 2006/2004 E A DIRETIVA 2009/22/CE (REGULAMENTO RLL)

EXCERTOS

"A fragmentação do mercado interno dificulta os esforços para estimular a competitividade e o crescimento"

"Os consumidores são os principais protagonistas do mercado interno e, por isso, deverão constituir o fulcro das suas preocupações"

"A definição de 'consumidor' deverá abranger as pessoas singulares quando atuam fora do âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional"

"O presente regulamento tem por objetivo criar uma plataforma de RLL à escala da União. Esta plataforma deverá assumir a forma de um sítio web interativo, com um ponto de entrada único para os consumidores e para os comerciantes que pretendam resolver litígios decorrentes de transações em linha por via extrajudicial"

"Os titulares dos dados deverão ser informados, e dar o seu consentimento, no que se refere ao tratamento dos seus dados pessoais na plataforma de RLL, e deverão ser informados quanto aos seus direitos no que respeita a esse tratamento, por meio de uma declaração de confidencialidade dos dados que a Comissão deverá tornar pública e que deverá explicar, numa linguagem simples e clara, as operações de tratamento levadas a cabo sob a responsabilidade dos vários intervenientes da plataforma"

"A Comissão toma as medidas necessárias para criar e manter atualizada uma base de dados eletrónica na qual armazena as informações tratadas nos termos do artigo 5º, nº 4, e do artigo 10º, alínea c), tendo devidamente em conta o artigo 13º, nº 2."

O PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA,

Tendo em conta o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, nomeadamente o artigo 114º,

Tendo em conta a proposta da Comissão Europeia,

Após transmissão do projeto de ato legislativo aos parlamentos nacionais,

Tendo em conta o parecer do Comité Económico e Social Europeu (1),

Deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário (2),

Considerando o seguinte:

(1) O artigo 169º, nº 1, e nº 2, alínea a), do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), estabelece que a União contribuirá para assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores através de medidas adotadas em aplicação do artigo 114º do TFUE. O artigo 38º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia estabelece que as políticas da União devem assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores.

(2) Nos termos do artigo 26º, nº 2, do TFUE, o mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas no qual é assegurada a livre circulação de mercadorias e serviços. Para que os consumidores tenham confiança no mercado interno e beneficiem da sua dimensão digital, é necessário que tenham acesso a meios simples, eficazes, céleres e económicos de resolver os litígios que decorram da venda de bens ou da prestação de serviços em linha. Este aspeto assume especial importância quando os consumidores fazem compras além-fronteiras.

(3) Na sua Comunicação de 13 de abril de 2011, intitulada "Ato para o Mercado Único – Doze alavancas para estimular o crescimento e reforçar a confiança mútua – "Juntos para um novo crescimento" ", a Comissão considerou a legislação em matéria de resolução alternativa de litígios (RAL), que inclui uma vertente associada ao comércio eletrónico, como uma das doze alavancas para estimular o crescimento e reforçar a confiança no mercado único.

(4) A fragmentação do mercado interno dificulta os esforços para estimular a competitividade e o crescimento. Além disso, as disparidades de disponibilidade, de qualidade e de divulgação de meios simples, eficazes, céleres e económicos para resolver os litígios resultantes da venda de bens ou da prestação de serviços em toda a União constituem uma barreira ao mercado interno que enfraquece a confiança dos consumidores e dos comerciantes na compra e venda transfronteiriças.

(5) Nas suas Conclusões de 24 e 25 de março e de 23 de outubro de 2011, o Conselho Europeu exortou o Parlamento Europeu e o Conselho a adotar, até ao final de 2012, um primeiro conjunto de medidas prioritárias destinadas a conferir um novo impulso ao Mercado Único.

(6) O mercado interno é uma realidade para os consumidores nas suas vidas quotidianas quando viajam, quando fazem compras e quando efetuam pagamentos. Os consumidores são os principais protagonistas do mercado interno e, por isso, deverão constituir o fulcro das suas preocupações. A dimensão digital do mercado interno está a tornar-se indispensável tanto para os consumidores como para os comerciantes. São cada vez mais numerosos os consumidores que fazem compras em linha e os comerciantes que efetuam vendas em linha. Os comerciantes e os

consumidores deverão poder realizar transações em linha com toda a confiança, pelo que é essencial desmantelar as barreiras existentes e aumentar a confiança dos consumidores. A disponibilidade de um sistema de resolução de litígios em linha (RLL) fiável e eficaz pode contribuir em grande medida para atingir esse objetivo.

(7) A possibilidade de resolver litígios de forma simples e pouco onerosa pode estimular a confiança dos consumidores e dos comerciantes no Mercado Único digital. Todavia, os consumidores e os comerciantes continuam a ter dificuldade em encontrar soluções extrajudiciais, nomeadamente para os litígios resultantes de transações transfronteiriças em linha. Assim, atualmente, esses litígios ficam muitas vezes por resolver.

(8) A RLL proporciona uma solução extrajudicial simples, eficaz, célere e económica para os litígios resultantes de transações em linha. Contudo, não existem atualmente mecanismos que permitam aos consumidores e aos comerciantes resolver este tipo de litígios por meios eletrónicos. Tal facto dá azo a situações lesivas dos interesses dos consumidores, constitui obstáculo, nomeadamente, às transações transfronteiriças em linha e cria condições de concorrência desiguais entre os comerciantes e, por conseguinte, dificulta o desenvolvimento global do comércio em linha.

(9) O presente regulamento aplica-se à resolução extrajudicial de litígios iniciados por consumidores residentes na União contra comerciantes estabelecidos na União que são abrangidos pela Diretiva 2013/11/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, relativa à resolução alternativa de litígios de consumo (Diretiva RAL) (3).

(10) A fim de assegurar que a plataforma de RLL pode ser igualmente utilizada para efeito dos procedimentos de RAL que permitem aos comerciantes apresentar queixas contra os consumidores, o presente regulamento deverá aplicar-se igualmente à resolução extrajudicial de litígios iniciados por comerciantes contra consumidores quando os procedimentos pertinentes de RAL são oferecidos por entidades de RAL inseridas numa lista nos termos do artigo 20º, nº 2, da Diretiva 2013/11/UE. A aplicação do presente regulamento a esses litígios não deverá impor aos Estados-Membros a obrigação de assegurar que as entidades de RAL ofereçam tais procedimentos.

(11) Apesar de os consumidores e os comerciantes que efetuam transações transfronteiriças em linha beneficiarem, em particular, da plataforma de RLL, o presente regulamento deverá aplicar-se igualmente às transações nacionais em linha, a fim de permitir condições de concorrência verdadeiramente equitativas no domínio do comércio em linha.

(12) O presente regulamento não prejudica a Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial (4).

(13) A definição de "consumidor" deverá abranger as pessoas singulares quando atuam fora do âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional. No entanto, se o contrato for celebrado para fins relacionados em parte com a atividade comercial da pessoa e em parte à margem dessa atividade (contratos com dupla finalidade), e se o objetivo da atividade comercial for tão limitado que não seja predominante no contexto global do contrato, essa mesma pessoa deverá ser igualmente considerada como consumidor.

(14) A definição de "contrato de venda ou de serviços em linha" deverá abranger um contrato de venda ou de serviços em que o comerciante, ou o seu intermediário, oferece, num sítio *web* ou

através de outros meios eletrónicos, bens ou serviços que o consumidor encomenda no mesmo sítio *web* ou através de outros meios eletrónicos. Esta definição deverá abranger igualmente os casos em que o consumidor acede ao sítio *web* ou a outros serviços próprios da sociedade da informação através de um dispositivo eletrónico móvel como, por exemplo, um telemóvel.

(15) O presente regulamento não deverá aplicar-se a litígios entre consumidores e comerciantes que resultem de contratos de venda ou de contratos de serviços que não sejam celebrados em linha, nem aos litígios entre comerciantes.

(16) O presente regulamento deverá ser considerado em conjugação com a Diretiva 2013/11/UE, por força da qual os Estados-Membros são obrigados a assegurar que todos os litígios que oponham consumidores residentes e comerciantes estabelecidos na União, decorrentes da venda de bens ou da prestação de serviços, possam ser dirimidos por uma entidade de RAL.

(17) Antes de apresentarem a sua queixa a uma entidade de RAL através da plataforma de RLL, os consumidores deverão ser encorajados pelos Estados-Membros a contactar o comerciante por todos os meios adequados, a fim de facilitar uma solução amigável.

(18) O presente regulamento tem por objetivo criar uma plataforma de RLL à escala da União. Esta plataforma deverá assumir a forma de um sítio *web* interativo, com um ponto de entrada único para os consumidores e para os comerciantes que pretendam resolver litígios decorrentes de transações em linha por via extrajudicial. Deverá ainda prestar informações gerais sobre a resolução extrajudicial de litígios em matéria contratual entre consumidores e comerciantes resultantes de contratos de venda e de serviços em linha. Deverá permitir que os consumidores e os comerciantes apresentem queixas utilizando um formulário eletrónico disponível em todas as línguas oficiais das instituições da União, e lhe juntem os documentos relevantes. Deverá transmitir as reclamações a uma entidade de RAL competente para conhecer do litígio em causa. A plataforma de RLL deverá disponibilizar uma ferramenta eletrónica de gestão gratuita que permita às entidades de RAL conduzir o procedimento de resolução de litígios em linha com as partes através da plataforma de RLL. As entidades de RAL não deverão ser obrigadas a utilizar a ferramenta de gestão.

(19) A Comissão deverá ser responsável pela criação, pelo funcionamento e pela manutenção da plataforma de RLL e deverá disponibilizar todos os meios técnicos necessários para o seu funcionamento. A plataforma de RLL deverá proporcionar uma função de tradução eletrónica que permita que as partes e a entidade de RAL disponham, se adequado, da tradução das informações trocadas através da plataforma de RLL, necessárias para a resolução do litígio. Essa funcionalidade deverá poder efetuar todas as traduções necessárias e, se adequado, deverá ser apoiada por intervenção humana. A Comissão deverá informar também os autores das queixas, na plataforma de RLL, sobre a possibilidade de pedirem ajuda aos pontos de contacto de RLL.

(20) A plataforma de RLL deverá permitir o intercâmbio seguro de dados com as entidades de RAL e respeitar os princípios subjacentes do quadro europeu da interoperabilidade adotado nos termos da Decisão 2004/387/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril de 2004, sobre a prestação interoperável de serviços pan-europeus de administração em linha (*eGovernment*) a administrações públicas, empresas e cidadãos (IDABC) (5).

(21) A plataforma de RLL deverá ser acessível, em particular, através do portal "A sua Europa", criado de acordo com o Anexo II da Decisão 2004/387/CE, que faculta o acesso a informação

em linha pan-europeia multilingue e de serviços interativos a empresas e cidadãos na União. A plataforma de RLL deverá ocupar um lugar de destaque no portal "A sua Europa".

(22) A plataforma de RLL a nível da União deverá basear-se nas entidades de RAL já existentes nos Estados-Membros e respeitar tradições jurídicas dos Estados-Membros. As entidades de RAL às quais tenha sido apresentada uma queixa através da plataforma de RLL deverão, por conseguinte, aplicar as suas próprias regras processuais, nomeadamente em matéria de custos. No entanto, o presente regulamento pretende estabelecer algumas regras comuns aplicáveis a esses procedimentos, a fim de salvaguardar a sua eficácia. Tais regras deverão também assegurar que a resolução deste tipo de litígios não exija a comparência das partes ou dos seus representantes perante a entidade de RAL, salvo se as suas regras processuais previrem essa hipótese e as partes derem o seu acordo.

(23) A garantia de que todas as entidades de RAL inseridas numa lista nos termos do artigo 20º, nº 2, da Diretiva 2013/11/UE estejam registadas na plataforma de RLL deverá permitir a plena cobertura da resolução extrajudicial dos litígios em linha resultantes de contratos de venda ou de contratos de serviços em linha.

(24) O presente regulamento não deverá obstar ao funcionamento de entidades de resolução de litígios já existentes que trabalhem em linha nem de mecanismos de RLL existentes na União. Não deverá impedir que as entidades ou os mecanismos de resolução de litígios tratem litígios em linha que lhes tenham sido submetidos diretamente.

(25) Deverão ser designados pontos de contacto de RLL em cada Estado-Membro que incluam pelo menos dois conselheiros de RLL. Os pontos de contacto de RLL deverão apoiar as partes envolvidas num litígio apresentado através de uma plataforma de RLL sem serem obrigados a traduzir os documentos relativos ao litígio. Os Estados- -Membros deverão ter a possibilidade de delegar a responsabilidade pelos pontos de contacto de RLL nos seus respetivos centros da Rede de Centros Europeus do Consumidor. Os Estados-Membros deverão recorrer a essa possibilidade a fim de permitir que os pontos de contacto de RLL beneficiem plenamente da experiência dos centros da Rede de Centros Europeus do Consumidor no que se refere à facilitação da resolução de litígios entre consumidores e comerciantes. A Comissão deverá criar uma rede de pontos de contacto de RLL para facilitar a sua cooperação e o seu trabalho e deverá prestar, em cooperação com os Estados-Membros, formação adequada aos pontos de contacto de RLL.

(26) O direito à ação e a um tribunal imparcial são direitos fundamentais previstos no artigo 47º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. A RLL não tem por objetivo e não pode substituir os processos judiciais, nem deverá privar os consumidores ou os comerciantes do seu direito de obter reparação perante os tribunais. O presente regulamento não deverá, por conseguinte, impedir as partes de exercerem o seu direito de acesso ao sistema judicial.

(27) O tratamento de informações ao abrigo do presente regulamento deverá respeitar as regras em matéria de proteção de dados pessoais previstas na Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (6), e no Regulamento (CE) nº 45/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de dezembro de 2000, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos comunitários e à livre circulação desses dados (7). Essas regras

deverão aplicar-se ao tratamento de dados pessoais efetuado ao abrigo do presente regulamento pelos diversos intervenientes da plataforma de RLL, independentemente de atuarem a título individual ou em colaboração com outros intervenientes.

(28) Os titulares dos dados deverão ser informados, e dar o seu consentimento, no que se refere ao tratamento dos seus dados pessoais na plataforma de RLL, e deverão ser informados quanto aos seus direitos no que respeita a esse tratamento, por meio de uma declaração de confidencialidade dos dados que a Comissão deverá tornar pública e que deverá explicar, numa linguagem simples e clara, as operações de tratamento levadas a cabo sob a responsabilidade dos vários intervenientes da plataforma, nos termos dos artigos 11º e 12º do Regulamento (CE) nº 45/2001 e da legislação nacional adotada em aplicação dos artigos 10º e 11º da Diretiva 95/46/CE.

(29) O presente regulamento não deverá prejudicar as disposições de confidencialidade em vigor na legislação nacional relativamente à RAL.

(30) A fim de assegurar uma ampla divulgação junto dos consumidores quanto à existência da plataforma de RLL, os comerciantes estabelecidos na União que celebrem contratos de venda ou de serviços em linha deverão facultar nos seus sítios *web* uma ligação eletrónica à plataforma de RLL. Os comerciantes deverão também comunicar aos consumidores o seu endereço eletrónico, para que estes disponham de um primeiro ponto de contacto. Uma parte significativa dos contratos de vendas e de serviços em linha é celebrada utilizando os mercados em linha, que reúnem ou facilitam as transações em linha entre os consumidores e os comerciantes. Os mercados em linha são plataformas em linha que permitem aos comerciantes disponibilizar os seus produtos e serviços aos consumidores. Esses mercados em linha deverão, por conseguinte, estar sujeitos à mesma obrigação de facultar uma ligação eletrónica à plataforma de RLL. Esta obrigação não deverá prejudicar a aplicação do artigo 13º da Diretiva 2013/11/UE relativa à obrigação que cabe aos comerciantes de informar os consumidores sobre os procedimentos de RAL a que os primeiros estão sujeitos e sobre se se comprometem ou não a utilizar os procedimentos de RAL para resolver litígios com os consumidores. Além disso, esta obrigação não deverá prejudicar o disposto no artigo 6º, nº 1, alínea t), e no artigo 8º da Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores (8). O artigo 6º, nº 1, alínea t), da Diretiva 2011/83/UE prevê que, para contratos de consumo celebrados à distância ou fora de um estabelecimento comercial, o comerciante deverá informar o consumidor sobre a possibilidade de recorrer a um mecanismo extrajudicial de resolução de litígios a que o comerciante esteja sujeito, e sobre o respetivo modo de acesso, antes de o consumidor se vincular contratualmente. Pelas mesmas razões de divulgação junto do consumidor, os Estados-Membros deverão incentivar as associações de consumidores e as associações empresariais a disponibilizar uma ligação eletrónica ao sítio *web* da plataforma de RLL.

(31) A fim de tomar em consideração os critérios que as entidades de RAL usam para definir os seus âmbitos de aplicação, o poder de adotar atos nos termos do artigo 290º do TFUE deverá ser delegado na Comissão para adaptar as informações que o autor da queixa deverá facultar no formulário eletrónico disponível na plataforma de RLL. É particularmente importante que a Comissão proceda às consultas adequadas durante os trabalhos preparatórios, inclusive a nível de peritos. A Comissão, quando preparar e redigir atos delegados, deverá

assegurar a transmissão simultânea, atempada e adequada dos documentos relevantes ao Parlamento Europeu e ao Conselho.

(32) A fim de assegurar condições uniformes para a execução do presente regulamento, deverão ser atribuídas competências de execução à Comissão no que diz respeito ao funcionamento da plataforma de RLL, às modalidades de apresentação de queixas e à cooperação no âmbito da rede de pontos de contacto de RLL. Essas competências deverão ser exercidas nos termos do Regulamento (UE) nº 182/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de fevereiro de 2011, que estabelece as regras e os princípios gerais relativos aos mecanismos de controlo pelos Estados-Membros do exercício das competências de execução pela Comissão (9). O processo consultivo deverá ser utilizado para a adoção de atos de execução relativos ao formulário eletrónico de queixa, dada a sua natureza puramente técnica. O processo de exame deverá ser utilizado para a adoção das normas relativas às modalidades da cooperação entre os conselheiros da rede de pontos de contacto de RLL.

(33) Ao aplicar o presente regulamento, a Comissão deverá consultar, se adequado, a Autoridade Europeia para a Proteção de Dados.

(34) Atendendo a que o objetivo do presente regulamento, a saber, a criação de uma plataforma europeia de RLL para a resolução de litígios em linha, que obedeça a regras comuns, não pode, devido à escala e aos efeitos da ação, ser suficientemente realizado pelos Estados-Membros e pode, pois, ser mais bem alcançado a nível da União, a União pode tomar medidas em conformidade com o princípio da subsidiariedade consagrado no artigo 5º do Tratado da União Europeia. Em conformidade com o princípio da proporcionalidade consagrado no mesmo artigo, o presente regulamento não excede o necessário para alcançar aquele objetivo.

(35) O presente regulamento respeita os direitos fundamentais e observa os princípios reconhecidos, designadamente, nos artigos 7º, 8º, 38º e 47º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

(36) A Autoridade Europeia para a Proteção de Dados foi consultada nos termos do artigo 28º, nº 2, do Regulamento (CE) nº 45/2001 e emitiu parecer em 12 de janeiro de 2012 (10),

ADOTOU O PRESENTE REGULAMENTO:

CAPÍTULO I
Disposições gerais

Artigo 1º
Objeto

O presente regulamento tem por objetivo contribuir para o bom funcionamento do mercado interno, em particular do mercado interno digital, através da consecução de um elevado nível de proteção dos consumidores, proporcionando uma plataforma europeia de RLL ("plataforma de RLL") que facilite a resolução de litígios entre consumidores e comerciantes, em linha e por via extrajudicial, de forma independente, imparcial, transparente, eficaz, célere e justa.

Artigo 2º
Âmbito de aplicação

1. O presente regulamento é aplicável à resolução extrajudicial de litígios relativos às obrigações contratuais resultantes de contratos de venda ou de serviços em linha entre um consumidor residente na União e um comerciante estabelecido na União através da intervenção de uma entidade de RAL inserida numa lista nos termos do artigo 20º, nº 2, da Diretiva 2013/11/UE, e que pressupõe a utilização de uma plataforma de RLL.

2. O presente regulamento é aplicável à resolução extrajudicial de litígios referidos no nº 1, iniciados por um comerciante contra um consumidor, na medida em que a legislação do Estado-Membro em que o consumidor tem a sua residência habitual permita que esses litígios sejam resolvidos através da intervenção de uma entidade de RAL.

3. Os Estados-Membros informam a Comissão sobre se a sua legislação permite ou não a resolução dos litígios referidos no nº 1, iniciados por um comerciante contra um consumidor, através da intervenção de uma entidade de RAL. Ao comunicarem a lista referida no artigo 20º, nº 2, da Diretiva 2013/11/UE, as autoridades competentes informam a Comissão das entidades de RAL que tratam esses litígios.

4. A aplicação do presente regulamento aos litígios referidos no nº 1, iniciados por um comerciante contra um consumidor, não impõe aos Estados-Membros a obrigação de assegurar que as entidades de RAL ofereçam procedimentos de resolução extrajudicial de tais litígios.

Artigo 3º
Relação com outra legislação da União

O presente regulamento não prejudica o disposto na Diretiva 2008/52/CE.

Artigo 4º
Definições

1. Para efeitos do presente regulamento, entende-se por:

a) "Consumidor", um consumidor na aceção do artigo 4º, nº 1, alínea a), da Diretiva 2013/11/UE;

b) "Comerciante", um comerciante na aceção do artigo 4º, nº 1, alínea b), da Diretiva 2013/11/UE;

c) "Contrato de venda", um contrato na aceção do artigo 4º, nº 1, alínea c), da Diretiva 2013/11/UE;

d) "Contrato de serviços", um contrato de serviços na aceção do artigo 4º, nº 1, alínea d), da Diretiva 2013/11/UE;

e) "Contrato de venda ou de serviços em linha", um contrato de venda ou de serviços em que o comerciante, ou o seu intermediário, oferece, num sítio *web* ou através de outros meios eletrónicos, bens ou serviços que o consumidor encomenda no mesmo sítio *web* ou através de outros meios eletrónicos;

f) "Mercado em linha", um prestador de serviços, na aceção do artigo 2º, alínea b), da Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a

certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno ("Diretiva sobre o comércio eletrónico") (11), que permite aos consumidores e aos comerciantes celebrarem contratos de venda ou de serviços em linha no sítio *web* do mercado em linha;

g) "Meio eletrónico", um meio que utiliza um equipamento eletrónico para o tratamento (incluindo a compressão digital) e o armazenamento de dados transmitidos, transportados e recebidos por fios, rádio, meios óticos ou outros meios eletromagnéticos;

h) "Procedimento de resolução alternativa de litígios" ("procedimento de RAL"), um procedimento extrajudicial para a resolução de litígios a que se refere o artigo 2º do presente regulamento;

i) "Entidade de resolução alternativa de litígios" ("entidade de RAL"), uma entidade de RAL na aceção do artigo 4º, nº 1, alínea h), da Diretiva 2013/11/UE;

j) "Autor da queixa", o consumidor ou o comerciante que tenha apresentado uma queixa através da plataforma de RLL;

k) "Parte requerida", o consumidor contra o qual ou o comerciante contra o qual tenha sido apresentada uma queixa através da plataforma de RLL;

l) "Autoridade competente", uma autoridade pública na aceção do artigo 4º, nº 1, alínea i), da Diretiva 2013/11/UE;

m) "Dados pessoais", as informações relativas a uma pessoa singular identificada ou identificável ("pessoa em causa"). É considerado identificável quem possa ser identificado, direta ou indiretamente, nomeadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social.

2. O lugar de estabelecimento do comerciante e da entidade de RAL é determinado nos termos do artigo 4º, nºs 2 e 3, da Diretiva 2013/11/UE, respetivamente.

CAPÍTULO II
Plataforma de RLL

Artigo 5º
Criação da plataforma de RLL

1. A Comissão cria uma plataforma de RLL e é responsável pelo seu funcionamento, incluindo todas as funções de tradução necessárias ao objetivo do presente regulamento, à sua manutenção, ao seu financiamento e à segurança dos dados dela constantes. A plataforma de RLL deve ser de fácil utilização. A criação, o funcionamento e a manutenção da plataforma de RLL devem assegurar que a privacidade dos seus utilizadores seja respeitada desde a fase de conceção, e que a plataforma de RLL seja acessível e utilizável por todos os utilizadores, incluindo, na medida do possível, os utilizadores vulneráveis.

2. A plataforma de RLL deve constituir um ponto único de entrada para os consumidores e os comerciantes que pretendam obter a resolução extrajudicial dos litígios abrangidos pelo presente regulamento. Deve ser um sítio *web* interativo, gratuito e acessível em linha em todas as línguas oficiais das instituições da União.

3. A Comissão deve tornar a plataforma de RLL acessível, conforme adequado, através dos seus sítios *web* que prestam informações aos cidadãos e às empresas na União e, em particular, através do portal "A sua Europa", criado de acordo com a Decisão 2004/387/CE.

4. A plataforma de RLL tem as seguintes funções:

a) Disponibilizar um formulário eletrónico que pode ser preenchido pelo autor da queixa nos termos do artigo 8º ;

b) Informar a parte requerida sobre a queixa;

c) Identificar a entidade ou entidades de RAL competentes e transmitir a queixa à entidade de RAL a que as partes decidiram recorrer de comum acordo, nos termos do artigo 9º;

d) Disponibilizar uma ferramenta eletrónica de gestão gratuita que permita às partes e à entidade de RAL conduzir o procedimento de resolução de litígios em linha através da plataforma de RLL;

e) Disponibilizar às partes e à entidade de RAL a tradução das informações necessárias à resolução do litígio, trocadas através da plataforma de RLL;

f) Disponibilizar um formulário eletrónico através do qual as entidades de RAL transmitam as informações referidas no artigo 10º, alínea c);

g) Disponibilizar um sistema de retroação que permita às partes exprimirem os seus pontos de vista sobre o funcionamento da plataforma de ODR e sobre a entidade de RAL que tratou do seu litígio;

h) Facultar ao público os seguintes elementos:

i) informações de caráter geral sobre a RAL como meio de resolução extrajudicial de litígios,

ii) informações relativas às entidades de RAL inseridas numa lista nos termos do artigo 20º, nº 2, da Diretiva 2013/11/UE competentes para tratar os litígios abrangidos pelo presente regulamento,

iii) um guia em linha sobre a forma de apresentar as queixas através da plataforma de RLL,

iv) informações, incluindo as coordenadas, sobre os pontos de contacto de RLL designados pelos Estados-Membros nos termos do artigo 7º, nº 1, do presente regulamento,

v) dados estatísticos sobre o resultado dos litígios transmitidos às entidades de RAL através da plataforma de RLL.

5. A Comissão deve assegurar que as informações referidas no nº 4, alínea h), sejam exatas, atualizadas e disponibilizados de forma clara, compreensível e facilmente acessível.

6. As entidades de RAL inseridas na lista nos termos do artigo 20º, nº 2, da Diretiva 2013/11/UE competentes para tratar dos litígios abrangidos pelo presente regulamento, devem ser registadas eletronicamente na plataforma de RLL.

7. A Comissão adota, por meio de atos de execução, regras de execução no que se refere às funções previstas no nº 4 do presente artigo. Esses atos de execução são adotados pelo procedimento de exame a que se refere o artigo 16º, nº 3, do presente regulamento.

Artigo 6º
Ensaio da plataforma de RLL

1. A Comissão testa, até 9 de janeiro de 2015, a funcionalidade técnica e a facilidade de utilização da plataforma de RLL e do formulário de queixa, inclusivamente no que se refere à

tradução. Os ensaios são realizados e avaliados em cooperação com peritos em RLL dos Estados-Membros e com representantes dos consumidores e dos comerciantes. A Comissão apresenta um relatório ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre os resultados dos ensaios e toma as medidas adequadas para resolver potenciais problemas a fim de assegurar um funcionamento eficaz da plataforma de RLL.

2. No relatório a que se refere o nº 1 do presente artigo, a Comissão descreve igualmente as medidas técnicas e organizativas que tenciona tomar para assegurar que a plataforma de RLL cumpra os requisitos de privacidade previstos no Regulamento (CE) nº 45/2001.

Artigo 7º

Rede de pontos de contacto de RLL

1. Os Estados-Membros devem designar um ponto de contacto de RLL e comunicar o seu nome e as suas coordenadas à Comissão. Os Estados-Membros podem delegar a responsabilidade pelos seus pontos de contacto de RLL nos seus centros da Rede de Centros Europeus do Consumidor, nas associações de consumidores ou em qualquer outro organismo. Cada ponto de contacto de RLL deve dispor pelo menos de dois conselheiros de RLL ("conselheiros de RLL").

2. Os pontos de contacto de RLL prestam assistência na resolução de litígios relativos a queixas apresentadas através da plataforma de RLL, desempenhando as seguintes funções:

a) Facilitar, se tal lhes for solicitado, a comunicação entre as partes e a entidade competente de RAL, o que pode consistir, nomeadamente, em:

i) ajudar à apresentação da queixa e, se necessário, da documentação relevante,

ii) prestar às partes e às entidades de RAL informações gerais acerca dos direitos dos consumidores em matéria de contratos de venda e de serviços no Estado-Membro do ponto de contacto de RLL ao qual pertença o conselheiro de RLL em causa,

iii) prestar informações sobre o funcionamento da plataforma de RLL,

iv) prestar explicações às partes sobre as regras processuais aplicadas pelas entidades de RAL identificadas,

v) informar o autor da queixa acerca de outras vias de recurso, caso o litígio não possa ser dirimido através da plataforma de RLL;

b) Apresentar, de dois em dois anos, um relatório de atividade à Comissão e aos Estados-Membros, baseado na experiência prática adquirida com o exercício das suas funções.

3. O ponto de contacto de RLL não é obrigado a desempenhar as funções enumeradas no nº 2 no caso de litígios em que as partes tenham a sua residência habitual no mesmo Estado-Membro.

4. Não obstante o disposto no nº 3, os Estados-Membros podem decidir, tendo em conta as circunstâncias nacionais, que o ponto de contacto de RLL desempenhe uma ou mais funções enumeradas no nº 2 no caso de litígios em que as partes tenham a sua residência habitual no mesmo Estado-Membro.

5. A Comissão cria uma rede de pontos de contacto ("rede de pontos de contacto de RLL") que permita a cooperação entre os pontos de contacto e que contribua para o desempenho das funções referidas no nº 2.

6. A Comissão convoca, pelo menos duas vezes por ano, uma reunião dos membros da rede de pontos de contacto de RLL, a fim de permitir o intercâmbio das melhores práticas e a discussão de eventuais problemas recorrentes associados ao funcionamento da plataforma de RLL.

7. A Comissão adota as regras de execução relativas à cooperação entre os pontos de contacto de RLL por meio de atos de execução. Esses atos de execução são adotados pelo procedimento de exame a que se refere o artigo 16º, nº 3.

Artigo 8º

Apresentação de queixas

1. Para apresentar uma queixa à plataforma de RLL, o autor da queixa deve preencher o formulário eletrónico. O formulário deve ser de fácil utilização e facilmente acessível na plataforma de RLL.

2. As informações transmitidas pelo consumidor devem ser suficientes para determinar a entidade competente de RAL. Essas informações estão indicadas no anexo do presente regulamento. O autor da queixa pode anexar documentos para instruir a queixa.

3. A fim de tomar em consideração os critérios que as entidades de RAL, referidas nos termos do artigo 20º, nº 2, da Diretiva 2013/11/UE e que lidam com litígios abrangidos pelo presente regulamento, usam para definir os respetivos âmbitos de aplicação, a Comissão fica habilitada a adotar atos delegados nos termos do artigo 17º do presente regulamento para adaptar as informações que figuram no anexo do presente regulamento.

4. A Comissão adota as regras de execução relativas ao formulário eletrónico por meio de atos de execução. Esses atos de execução são adotados pelo procedimento consultivo a que se refere o artigo 16º, nº 2.

5. Só são tratados através do formulário eletrónico e dos seus anexos dados exatos, pertinentes e que não sejam desproporcionados em relação às finalidades para as quais são recolhidos.

Artigo 9º

Tratamento e transmissão das queixas

1. As queixas apresentadas à plataforma de RLL só são tratadas se todos os campos necessários do formulário eletrónico de queixa estiverem preenchidos.

2. Se o formulário de queixa não estiver devidamente preenchido, o autor da queixa é informado de que a queixa será abandonada enquanto não tiverem sido prestadas as informações em falta.

3. Após receção de um formulário de queixa devidamente preenchido, a plataforma de RLL transmite, de forma facilmente compreensível e sem demora, à parte requerida, numa das línguas oficiais das instituições da União escolhidas por essa parte, a queixa juntamente com os seguintes dados:

a) A necessidade de as partes chegarem a acordo relativamente a uma entidade de RAL à qual a queixa seja transmitida, e que, se as partes não chegarem a acordo ou não for identificada uma entidade competente de RLL, a queixa será abandonada;

b) A entidade ou entidades competentes de RAL para conhecer da queixa, se estiverem referidas no formulário eletrónico de queixa ou se forem identificadas pela plataforma de RLL com base nas informações prestadas nesse formulário;

c) Caso a parte requerida seja um comerciante, um convite para declarar no prazo de 10 dias:

– se o comerciante se compromete ou é obrigado a recorrer a uma entidade de RAL específica para a resolução de litígios que o oponham aos consumidores, e

– a menos que seja obrigado a recorrer a uma entidade de RAL específica, se o comerciante está disposto a recorrer a qualquer entidade ou entidades de RAL referidas na alínea b);

d) Caso a parte requerida seja um consumidor e o comerciante seja obrigado a recorrer a uma entidade de RAL específica, um convite para chegar a acordo, no prazo de 10 dias, sobre essa entidade de RAL, ou, caso o comerciante não seja obrigado a recorrer a uma entidade de RAL específica, um convite para escolher uma ou várias entidades de RAL referidas na alínea b);

e) O nome e as coordenadas do ponto de contacto de RLL no Estado-Membro em que a parte requerida estiver estabelecida ou for residente habitual, bem como uma breve descrição das funções referidas no artigo 7º, nº 2, alínea a).

4. Logo que receba as informações da parte requerida a que se refere o nº 3, alíneas c) ou d), a plataforma de RLL comunica, de forma facilmente compreensível e sem demora, ao autor da queixa, numa das línguas oficiais das instituições da União por ele escolhida, o seguinte:

a) As informações a que se refere o nº 3, alínea a);

b) Caso o autor da queixa seja um consumidor, as informações sobre a entidade ou entidades de RAL indicadas pelo comerciante de acordo com o nº 3, alínea c), bem como um convite para chegar a acordo no prazo de 10 dias sobre uma entidade de RAL;

c) Caso o autor da queixa seja um comerciante e este não seja obrigado a recorrer a uma entidade de RAL específica, as informações sobre a entidade ou entidades de RAL indicadas pelo consumidor de acordo com o nº 3, alínea d), bem como um convite para chegar a acordo no prazo de 10 dias sobre uma entidade de RAL;

d) O nome e as coordenadas do ponto de contacto de RLL no Estado-Membro em que o autor da queixa estiver estabelecido ou for residente habitual, bem como uma breve descrição das funções referidas no artigo 7º, nº 2, alínea a).

5. As informações referidas no nº 3, alínea b), e no nº 4, alíneas b) e c), devem incluir uma descrição das seguintes características de cada entidade de RAL:

a) O nome, as coordenadas e o endereço do sítio *web* da entidade de RAL;

b) As despesas inerentes ao procedimento de RAL, se as houver;

c) A língua ou línguas em que o procedimento de RAL pode ser conduzido;

d) A duração média da tramitação do procedimento de RAL;

e) O caráter vinculativo ou não vinculativo da decisão resultante do procedimento de RAL;

f) Os motivos pelos quais a entidade de RAL pode recusar o tratamento de um litígio de acordo com o artigo 5º, nº 4, da Diretiva 2013/11/UE.

6. A plataforma de RLL transmite automaticamente e sem demora a queixa à entidade de RAL à qual as partes tenham decidido recorrer nos termos dos nºs 3 e 4.

7. A entidade de RAL à qual tenha sido transmitida a queixa informa sem demora as partes se aceita ou recusa conhecer do litígio nos termos do artigo 5º, nº 4, da Diretiva 2013/11/UE. A entidade de RAL que tenha aceitado tratar o litígio informa igualmente as partes das suas regras processuais e, se aplicável, dos custos do procedimento de resolução de litígios em causa.

8. Se as partes não chegarem a acordo sobre uma entidade de RAL no prazo de 30 dias após a apresentação do formulário de queixa, ou se a entidade de RAL recusar conhecer do litígio, a queixa é abandonada e o autor da queixa é informado da possibilidade de contactar um conselheiro de RLL a fim de obter informações gerais sobre outras vias de recurso.

Artigo 10º
Resolução dos litígios

A entidade de RAL que tenha aceitado tratar um litígio nos termos do artigo 9º do presente regulamento:

a) Conclui o procedimento de RAL no prazo referido no artigo 8º, alínea e), da Diretiva 2013/11/UE;

b) Não deve requerer a comparência das partes ou dos seus representantes, salvo se as suas regras processuais previrem essa hipótese e as partes derem o seu acordo;

c) Comunica sem demora as seguintes informações à plataforma de RLL:

i) a data de receção do processo do litígio,

ii) o objeto do litígio,

iii) a data de conclusão do procedimento de RAL,

iv) o resultado do procedimento de RAL;

d) Não é obrigada a conduzir o procedimento de RAL através da plataforma de RLL.

Artigo 11º
Base de dados

A Comissão toma as medidas necessárias para criar e manter atualizada uma base de dados eletrónica na qual armazena as informações tratadas nos termos do artigo 5º, nº 4, e do artigo 10º, alínea c), tendo devidamente em conta o artigo 13º, nº 2.

Artigo 12º
Tratamento de dados pessoais

1. O acesso às informações necessárias, incluindo dados pessoais, relacionadas com litígios e armazenadas na base de dados a que se refere o artigo 11º é concedido, para os fins referidos no artigo 10º, às entidades de RAL a que os litígios tenham sido submetidos nos termos do artigo 9º. O acesso a essas informações é igualmente concedido, para os fins referidos no artigo 7º, nºs 2 e 4, aos pontos de contacto de RLL, na medida em que tal seja necessário.

2. A Comissão tem acesso às informações tratadas nos termos do artigo 10º para assegurar o acompanhamento da utilização e do funcionamento da plataforma de RLL e para elaborar os relatórios referidos no artigo 21º. A Comissão trata os dados pessoais dos utilizadores da plataforma

de RLL apenas na medida em que tal seja necessário ao funcionamento e à manutenção da plataforma de RLL, designadamente para efeitos de controlo da utilização da plataforma de RLL por entidades de RAL e por pontos de contacto de RLL.

3. Os dados pessoais referentes a litígios só são conservados na base de dados referida no nº 1 do presente artigo durante o tempo necessário para alcançar os fins para os quais foram recolhidos e para assegurar que os titulares dos dados possam aceder aos seus dados pessoais a fim de exercer os seus direitos. Estes dados são automaticamente apagados seis meses após a data de conclusão do litígio que tiver sido transmitida à plataforma de RLL nos termos do artigo 10º, alínea c), subalínea iii). Esse período de conservação aplica-se igualmente aos dados pessoais mantidos em ficheiros nacionais pela entidade de RAL ou pelo ponto de contacto de RLL que tiver dirimido o litígio em causa, exceto se as regras processuais aplicadas pela entidade de RAL ou disposições específicas do direito nacional previrem um período de conservação mais alargado.

4. Os conselheiros de RLL são considerados responsáveis no que diz respeito às suas atividades de tratamento de dados exercidas ao abrigo do presente regulamento, nos termos do artigo 2º, alínea d), da Diretiva 95/46/CE, e devem assegurar que essas atividades respeitem a legislação nacional adotada nos termos da Diretiva 95/46/CE no Estado-Membro do ponto de contacto de RLL a que pertencem.

5. As entidades de RAL são consideradas responsáveis no que diz respeito às suas atividades de tratamento de dados exercidas ao abrigo do presente regulamento, nos termos do artigo 2º, alínea d), da Diretiva 95/46/CE, e devem assegurar que essas atividades respeitem a legislação nacional adotada nos termos da Diretiva 95/46/CE no Estado-Membro em que a entidade de RAL estiver estabelecida.

6. No que respeita às suas responsabilidades decorrentes do presente regulamento e ao tratamento dos dados pessoais envolvidos, a Comissão é considerada responsável pelo tratamento dos dados, na aceção do artigo 2º, alínea d), do Regulamento (CE) nº 45/2001.

Artigo 13º
Confidencialidade e segurança dos dados

1. Os pontos de contacto de RLL estão sujeitos às regras de sigilo profissional ou a outras obrigações equivalentes em matéria de confidencialidade previstas pela legislação do Estado-Membro em causa.

2. A Comissão toma as medidas técnicas e organizativas adequadas, incluindo o controlo do acesso aos dados, um plano de segurança e um sistema de gestão de incidentes de segurança, nos termos do artigo 22º do Regulamento (CE) nº 45/2001, a fim de garantir a segurança da informação tratada ao abrigo do presente regulamento.

Artigo 14º
Informação ao consumidor

1. Os comerciantes estabelecidos na União que celebrem contratos de venda ou de serviços em linha e os mercados em linha estabelecidos na União devem disponibilizar nos

seus sítios *web* uma ligação eletrónica à plataforma de ODR. Essa ligação deve ser facilmente acessível aos consumidores. Os comerciantes estabelecidos na União que celebrem contratos de venda ou de serviços em linha devem comunicar igualmente o seu endereço de correio eletrónico.

2. Os comerciantes estabelecidos na União que celebrem contratos de venda ou de serviços em linha e que se tenham comprometido ou sejam obrigados a recorrer a uma ou mais entidades de RAL para resolver litígios com consumidores devem informar os consumidores da existência da plataforma de RLL e da possibilidade de recorrer a essa plataforma para resolver os seus litígios. Devem disponibilizar uma ligação eletrónica à plataforma de RLL no seu sítio *web* e, se a proposta for apresentada através de mensagem eletrónica, nessa mesma mensagem. As informações devem ser igualmente prestadas, se for caso disso, nos termos e nas condições gerais aplicáveis aos contratos de venda e de serviços em linha.

3. Os nºs 1 e 2 do presente artigo não prejudicam o artigo 13º da Diretiva 2013/11/UE nem as disposições relativas à informação dos consumidores sobre procedimentos extrajudiciais de resolução de litígios previstos noutra legislação da União, as quais se aplicam para além do presente artigo.

4. A lista das entidades de RAL referida no artigo 20º, nº 4, da Diretiva 2013/11/UE e as suas atualizações são publicadas na plataforma de RLL.

5. Os Estados-Membros asseguram que as entidades de RAL, os centros da Rede de Centros Europeus do Consumidor, as autoridades competentes definidas no artigo 18º, nº 1, da Diretiva 2013/11/UE e, se adequado, os organismos designados nos termos do artigo 14º, nº 2, da Diretiva 2013/11/UE disponibilizem uma ligação eletrónica à plataforma de RLL.

6. Os Estados-Membros devem incentivar as associações de consumidores e as associações empresariais a disponibilizar uma ligação eletrónica à plataforma de RLL.

7. Caso os comerciantes sejam obrigados a prestar informações nos termos dos nºs 1 e 2 e das disposições referidas no nº 3, devem, sempre que possível, prestar essas informações em conjunto.

Artigo 15º
Papel das autoridades competentes

A autoridade competente de cada Estado-Membro deve verificar se as entidades de RAL estabelecidas nesse Estado-Membro cumprem as obrigações fixadas no presente regulamento.

CAPÍTULO III
Disposições finais

Artigo 16º
Procedimento de comité

1. A Comissão é assistida por um comité. Esse comité deve ser entendido como comité na aceção do Regulamento (UE) nº 182/2011.

2. Caso se faça referência ao presente número, aplica-se o artigo 4º do Regulamento (UE) nº 182/2011.

3. Caso se faça referência ao presente número, aplica-se o artigo 5º do Regulamento (UE) nº 182/2011.

4. Caso o parecer do comité previsto nos nºs 2 e 3 tenha de ser aprovado por procedimento escrito, considera-se esse procedimento encerrado sem resultados se, no prazo fixado para dar o parecer, o presidente assim o decidir, ou a maioria simples dos seus membros assim o requerer.

Artigo 17º
Exercício da delegação

1. O poder de adotar atos delegados é conferido à Comissão nas condições estabelecidas no presente artigo.

2. O poder de adotar os atos delegados a que se refere o artigo 8º, nº 3, é conferido à Comissão por prazo indeterminado, a partir de 8 de julho de 2013.

3. A delegação de poderes referida no artigo 8º, nº 3, pode ser revogada em qualquer momento pelo Parlamento Europeu ou pelo Conselho. A decisão de revogação põe termo à delegação dos poderes nela especificados. A decisão de revogação produz efeitos a partir do dia seguinte ao da sua publicação no *Jornal Oficial da União Europeia* ou de uma data posterior nela especificada. A decisão de revogação não afeta os atos delegados já em vigor.

4. Assim que adotar um ato delegado, a Comissão notifica-o simultaneamente ao Parlamento Europeu e ao Conselho.

5. Os atos delegados adotados nos termos do artigo 8º, nº 3, só entram em vigor se não tiverem sido formuladas objeções pelo Parlamento Europeu ou pelo Conselho no prazo de dois meses a contar da notificação desse ato ao Parlamento Europeu e ao Conselho ou se, antes do termo desse prazo, o Parlamento Europeu e o Conselho tiverem informado a Comissão de que não têm objeções a formular. O referido prazo é prorrogado por dois meses por iniciativa do Parlamento Europeu ou do Conselho.

Artigo 18º
Sanções

Os Estados-Membros estabelecem as regras relativas às sanções aplicáveis às infrações ao presente regulamento e tomam todas as medidas necessárias para garantir a sua aplicação. As sanções previstas devem ser efetivas, proporcionadas e dissuasivas.

Artigo 19º
Alteração do Regulamento (CE) nº 2006/2004

Ao anexo do Regulamento (CE) nº 2006/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho (12), é aditado o seguinte ponto:

"21. Regulamento (UE) nº 524/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, sobre a resolução de litígios de consumo em linha (Regulamento RLL) (JO L de 165 de 18.6.2013, p. 1): Artigo 14º.".

Artigo 20º
Alteração da Diretiva 2009/22/CE

A Diretiva 2009/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (13) é alterada do seguinte modo:

1) No artigo 1º, nºs 1 e 2, e no artigo 6º, nº 2, alínea b), os termos "nas diretivas enumeradas no anexo I" são substituídos pelos termos "nos atos da União enumerados no anexo I".

2) No título do anexo I, os termos "LISTA DAS DIRETIVAS" são substituídos por "LISTA DOS ATOS DA UNIÃO".

3) Ao anexo I é aditado o seguinte ponto:

"15. Regulamento (UE) nº 524/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, sobre a resolução de litígios de consumo em linha (Regulamento RLL) (JO L de 165 de 18.6.2013, p. 1): Artigo 14º ".

Artigo 21º
Relatórios

1. A Comissão apresenta relatórios anuais ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre o funcionamento da plataforma de RLL, o primeiro dos quais um ano após a entrada em funcionamento da plataforma de RLL.

2. Até 9 de julho de 2018 e, posteriormente, de três em três anos, a Comissão apresenta ao Parlamento Europeu e ao Conselho um relatório sobre a aplicação do presente regulamento, nomeadamente sobre a facilidade de utilização do formulário de queixa e sobre a eventual necessidade de adaptação das informações constantes da lista do anexo do presente regulamento. Esse relatório é acompanhado, se necessário, de propostas de adaptação do presente regulamento.

3. Caso os relatórios referidos nos nºs 1 e 2 devam ser apresentados no mesmo ano, deve ser apresentado um relatório conjunto.

Artigo 22º
Entrada em vigor

1. O presente regulamento entra em vigor no vigésimo dia seguinte ao da sua publicação no *Jornal Oficial da União Europeia*.

2. O presente regulamento é aplicável a partir de 9 de janeiro de 2016, com exceção das seguintes disposições:

– artigo 2º, nº 3, e artigo 7º, nºs 1 e 5, que são aplicáveis a partir de 9 de julho de 2015,

– artigo 5º, nºs 1 e 7, artigo 6º, artigo 7º, nº 7, artigo 8º, nºs 3 e 4, e artigos 11º, 16º e 17º, que são aplicáveis a partir de 8 de julho de 2013.

O presente regulamento é obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros.

Feito em Estrasburgo, em 21 de maio de 2013.

Pelo Parlamento Europeu O Presidente M. SCHULZ

Pelo Conselho A Presidente L. CREIGHTON

ANEXO

Informações a prestar ao apresentar uma queixa

1) Se o autor da queixa é um consumidor ou um comerciante;

2) O nome, o endereço de correio eletrónico e o endereço geográfico do consumidor;

3) O nome, o endereço de correio eletrónico, o sítio *web* e o endereço geográfico do comerciante;

4) O nome, o endereço de correio eletrónico e o endereço geográfico do representante do autor da queixa, se for caso disso;

5) A(s) língua(s) do autor da queixa ou do seu representante, se for caso disso;

6) A língua da parte requerida, se for conhecida;

7) O tipo de bem ou serviço a que a queixa se refere;

8) Se o bem ou o serviço foi proposto por um comerciante e solicitado pelo consumidor num sítio *web* ou por outros meios eletrónicos;

9) O preço do bem ou do serviço adquirido;

10) A data em que o consumidor adquiriu o bem ou o serviço;

11) Se o consumidor entrou diretamente em contacto com o comerciante;

12) Se o litígio está a ser ou já foi examinado anteriormente por uma entidade de RAL ou por um tribunal;

13) O tipo de queixa;

14) A descrição da queixa;

15) Se o autor da queixa for um consumidor, as entidades de RAL a que o comerciante seja obrigado ou se tenha comprometido a recorrer nos termos do artigo 13º, nº 1, da Diretiva 2013/11/UE, se forem conhecidas;

16) Se o autor da queixa for um comerciante, a que entidade ou entidades de RAL se compromete ou é obrigado a recorrer.

(1) Ver página 63 do presente Jornal Oficial.

(2) JO L 136 de 24.5.2008, p. 3.

(3) JO L 144 de 30.4.2004, p. 62.

(4) JO L 281 de 23.11.1995, p. 31.

(5) JO L 8 de 12.1.2001, p. 1.

(6) JO L 304 de 22.11.2011, p. 64.

(7) JO L 55 de 28.2.2011, p. 13.

(8) JO C 136 de 11.5.2012, p. 1.

(9) JO L 178 de 17.7.2000, p. 1.

(10) JO L 364 de 9.12.2004, p. 1.

(11) JO L 110 de 1.5.2009, p. 30.

JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais
Relator: Tibúrcio Marques

Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais
Relator: Evandro Lopes da Costa Teixeira

Ementário
Julgados do TJ/RS

EXCERTOS

Do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – Acórdão 1 (08.08.2013)

"Não há dúvidas de que o estado de embriaguez do motorista do veículo da autora foi causa direta do acidente causado, tendo em vista o elevado grau de álcool detectado em seu sangue, qual seja, 41,0 dg/l, f. 164, o que comprova o estado de embriaguez"

"A comprovação do nexo de causalidade entre o acidente e o estado de embriaguez do motorista deve sempre estar presente para que seja excluída a cobertura securitária, tanto pela cláusula de excludente, quanto pela aplicação do artigo 768 do Código Civil, que demanda a prova do agravamento do risco"

"O contrato de seguro feito entre a empresa transportadora e a seguradora visa resguardar justamente os veículos dirigidos pelos prepostos da autora e, assim, o estado de embriaguez de um de seus funcionários, em direção de um de seus veículos e dentro de suas funções, é, sim, abarcado pela exclusão de cobertura securitária"

Do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – Acórdão 2 (22.08.2013)

"Não obstante haver provas de que o autor encontrava-se embriagado por ocasião do acidente, tenho que não restou provado que houve o incremento do risco por sua parte, uma vez que o seu estado de embriaguez não contribuiu para a ocorrência do sinistro"

"Se a embriaguez do condutor do veículo segurado não contribui para a ocorrência do evento danoso, ilegítimo se mostra o afastamento da cobertura, nos termos do art. 768 do Código Civil"

"Quanto ao dano moral, é sabido que se caracteriza pela lesão sofrida por pessoa, física ou jurídica, em certos aspectos da sua personalidade, em razão de investidas injustas de outrem, atingindo-a na esfera íntima da moralidade, da honra, do afeto, da psique, da liberdade entre outros, causando-lhe constrangimentos"

ACÓRDÃO 1

EXCLUSÃO securitária em ACIDENTE DE TRÂNSITO causado por ESTADO de EMBRIAGUEZ

Tribunal: **TJ/MG**
Órgão Julgador: **15a. Câm. Cív.**
Relator: **Tibúrcio Marques**

APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DE TRÂNSITO – NEXO CAUSAL ENTRE O ACIDENTE E O ESTADO DE EMBRIAGUEZ – EXCLUDENTE DE COBERTURA. – Tendo o acidente sido causado em decorrência do estado de embriaguez do motorista da segurada, e havendo cláusula contratual de exclusão securitária nesta hipótese, afasta-se o risco contratado.

ACÓRDÃO: 1.0024.09.671199-9/001
ANO: 2009
DECISÃO: 08/08/2013
ÓRGÃO JULGADOR: 15a. CÂM. CÍV.
FONTE: DJ DATA: 20/08/2013
RELATOR: TIBÚRCIO MARQUES
APELANTE: COMPANHIA DE SEGUROS MINAS BRASIL
APELADO: DAMATA BEBIDAS LTDA.

EMENTA:

APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DE TRÂNSITO – NEXO CAUSAL ENTRE O ACIDENTE E O ESTADO DE EMBRIAGUEZ – EXCLUDENTE DE COBERTURA. – Tendo o acidente sido causado em decorrência do estado de embriaguez do motorista da segurada, e havendo cláusula contratual de exclusão securitária nesta hipótese, afasta-se o risco contratado.

ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO:

APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DE TRÂNSITO – NEXO CAUSAL ENTRE O ACIDENTE E O ESTADO DE EMBRIAGUEZ – EXCLUDENTE DE COBERTURA. – Tendo o acidente sido causado em decorrência do estado de embriaguez do motorista da segurada, e havendo cláusula contratual de exclusão securitária nesta hipótese, afasta-se o risco contratado.

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15a. CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

DES. TIBÚRCIO MARQUES

RELATOR.

DES. TIBÚRCIO MARQUES (RELATOR)

VOTO

DAMATA BEBIDAS LTDA. ajuizou "Ação de Cobrança" em face de COMPANHIA DE SEGUROS MINAS BRASIL, em face do acidente de trânsito que acarretou o sinistro de seu veículo.

Após regular tramitação, foi prolatada sentença às f. 323/332 julgando parcialmente procedente os pedidos formulados pela autora, condenando a ré ao pagamento de R$136.641,00, acrescido de correção desde a negativa de pagamento, e juros moratórios de 1% ao mês, desde a citação.

Impôs pagamento de custas e dos honorários advocatícios em 20% sobre o valor da condenação, à ré.

Inconformada, apela a ré, alegando que o preposto da autora se encontrava embriagado no momento do acidente.

Aduz que o condutor deu causa ao infortúnio, razão pela qual não há o que se falar em reparação civil.

Afirma que o seguro contratado prevê a exclusão de cobertura em caso de embriaguez do condutor.

Sustenta que os honorários advocatícios, caso seja mantida a sentença, deverão ser minorados.

Requer o provimento do recurso, nos termos supracitados.

Devidamente intimada, a autora apresentou contrarrazões, f. 351/355, pela manutenção da sentença.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A apelação interposta pela seguradora baseia-se quanto à existência de excludente da cobertura securitário, argumentando que o motorista, preposto da autora, estava em estado de embriaguez, o que agravaria o risco.

Sobre isso, importante destacar que o contrato de seguro firmado entre a autora e a seguradora prevê, em sua cláusula 19.0, que:

"PERDA DE DIREITOS.

Além dos demais casos previstos em lei, a Seguradora ficará isenta de qualquer obrigação decorrente deste contrato se:

f) o veículo estiver sendo conduzido por pessoa alcoolizada ou drogada, desde que a Seguradora comprove que o sinistro ocorreu devido ao estado de embriaguez do condutor do veículo (...)".

Dessa forma, a comprovação do nexo de causalidade entre o acidente e o estado de embriaguez do motorista deve sempre estar presente para que seja excluída a cobertura securitária, tanto pela cláusula de excludente, quanto pela aplicação do artigo 768 do Código Civil, que demanda a prova do agravamento do risco.

No caso dos autos, não há dúvidas de que o estado de embriaguez do motorista do veículo da autora foi causa direta do acidente causado, tendo em vista o elevado grau de álcool detectado em seu sangue, qual seja, 41,0 dg/l, f. 164, o que comprova o estado de embriaguez.

Tem-se, ainda, que no Boletim de Ocorrência, f. 34/38, constou que a pista, a faixa e os pneus se encontravam em bom estado de conservação, que havia visibilidade e não chovia no momento do acidente.

O B.O. foi conclusivo ao afirmar que o motorista perdeu o controle na saída da curva, tendo tombado em seguida.

A jurisprudência vem assim entendendo:

"EMENTA: COBRANÇA – INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA – ACIDENTE DE TRÂNSITO – VEÍCULO TOTALMENTE DANIFICADO – CONDUTOR EMBRIAGADO – AGRAVAMENTO DO RISCO – HIPÓTESE DE EXCLUSÃO DE COBERTURA – DEMONSTRAÇÃO – ÔNUS DA PROVA DO AUTOR – ART. 333, I DO CPC. Incumbe ao autor a produção de prova hábil a demonstrar o fato constitutivo de seu direito, conforme preceitua o artigo 333, I do CPC, mormente quando pretende afastar a presunção *iures tantum* de boletim de ocorrência anexado aos autos. Em se tratando de agravamento do risco contratado, bem como hipótese excludente de pagamento de indenização securitária, qual seja, a condução do veículo segurado em estado de embriaguez, não tendo o autor produzido provas hábeis a afastar tais fatos, deve ser aplicada a exclusão contratual e mantida a recusa de pagamento de indenização. (...)" (Apelação 1.0511.10.000119-3/001 – TJMG – Rel. Des. Fernando Caldeira Brant – Julg. 15/02/2012).

Nos termos do art. 28, do Código de Trânsito Brasileiro:

"Art. 28 – O condutor deverá, a todo momento, ter domínio de seu veículo, dirigindo-o com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito".

No caso em comento, o contrato de seguro feito entre a empresa transportadora e a seguradora visa resguardar justamente os veículos dirigidos pelos prepostos da autora e, assim, o estado de embriaguez de um de seus funcionários, em direção de um de seus veículos e dentro de suas funções, é, sim, abarcado pela exclusão de cobertura securitária.

E como nos termos do artigo 757 do Código Civil, o segurador se obriga contra riscos pré-determinados, o que, no caso dos autos, foi excluído expressamente a hipótese de o acidente ter sido causado por pessoa, incluindo, por óbvio, o preposto da autora, sob a ação de álcool.

Dessa forma, como ficou devidamente constatado que o motorista e preposto da autora estava embriagado, com elevado teor de álcool no sangue, agravando o risco segurado, e havendo cláusula de exclusão securitária pelo estado de embriaguez, a sentença deve ser reformada neste ponto.

– DISPOSITIVO

Mediante estas considerações, DOU PROVIMENTO AO RECURSO, para julgar improcedente a ação e afastar a condenação da seguradora.

Inverto os ônus sucumbenciais. Fixo os honorários advocatícios em 10%, sobre o valor da causa.

Custas recursais pela autora.

DES. TIAGO PINTO (REVISOR) – De acordo com o(a) Relator(a).

DES. ANTÔNIO BISPO – De acordo com o(a) Relator(a).

SÚMULA: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO."

ACÓRDÃO 2

Impossibilidade de AFASTAMENTO de cobertura da SEGURADORA devido a ACIDENTE DE TRÂNSITO sem NEXO DE CAUSALIDADE com a EMBRIAGUEZ do CONDUTOR do VEÍCULO

Tribunal: **TJ/MG**
Órgão Julgador: **17a. Câm. Cív.**
Relator: **Evandro Lopes da Costa Teixeira**

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO – ACIDENTE DE TRÂNSITO – CONDUTOR DO VEÍCULO SEGURADO EM ESTADO DE EMBRIAGUEZ COMPROVADO – AGRAVAMENTO DO RISCO NÃO COMPROVADO – PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA – VIABILIDADE – DANO MORAL – MERO ABORRECIMENTO. – Se a embriaguez do condutor do veículo segurado não contribui para a ocorrência do evento danoso, ilegítimo se mostra o afastamento da cobertura, nos termos do art. 768 do Código Civil. – Não havendo prova no sentido de que houve o efetivo descumprimento contratual, não há de se prosperar a pretensão indenizatória. – O dano moral, assim compreendido todo o dano extrapatrimonial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento inerente a prejuízo material. (Enunciado nº 159) – O instituto do dano moral, de suma importância para as relações sociais, como notável instrumento de contribuição para o respeito entre as pessoas, seja em que relação for, não pode ser banalizado, transformando-se em fonte de recebimento

de quantias pecuniárias por razões de menor relevância e que fazem parte, muitas vezes, do cotidiano das pessoas.

ACÓRDÃO: 1.0024.11.206037-1/001
ANO: 2011
DECISÃO: 22/08/2013
ÓRGÃO JULGADOR: 17a. CÂM. CÍV.
FONTE: DJ DATA: 03/09/2013
RELATOR: EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA
APELANTE: V. J. A. R.
APELADO: MITSUI SUMITOMO SEGUROS S/A

EMENTA:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO – ACIDENTE DE TRÂNSITO – CONDUTOR DO VEÍCULO SEGURADO EM ESTADO DE EMBRIAGUEZ COMPROVADO – AGRAVAMENTO DO RISCO NÃO COMPROVADO – PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA – VIABILIDADE – DANO MORAL – MERO ABORRECIMENTO. – Se a embriaguez do condutor do veículo segurado não contribui para a ocorrência do evento danoso, ilegítimo se mostra o afastamento da cobertura, nos termos do art. 768 do Código Civil. – Não havendo prova no sentido de que houve o efetivo descumprimento contratual, não há de se prosperar a pretensão indenizatória. – O dano moral, assim compreendido todo o dano extrapatrimonial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento inerente a prejuízo material. (Enunciado nº 159) – O instituto do dano moral, de suma importância para as relações sociais, como notável instrumento de contribuição para o respeito entre as pessoas, seja em que relação for, não pode ser banalizado, transformando-se em fonte de recebimento de quantias pecuniárias por razões de menor relevância e que fazem parte, muitas vezes, do cotidiano das pessoas.

ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO – ACIDENTE DE TRÂNSITO – CONDUTOR DO VEÍCULO SEGURADO EM ESTADO DE EMBRIAGUEZ COMPROVADO – AGRAVAMENTO DO RISCO NÃO COMPROVADO – PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA – VIABILIDADE – DANO MORAL – MERO ABORRECIMENTO. – Se a embriaguez do condutor do veículo segurado não contribui para a ocorrência do evento danoso, ilegítimo se mostra o afastamento da cobertura, nos termos do art. 768 do Código Civil. – Não havendo prova no sentido de que houve o efetivo descumprimento contratual, não há de se prosperar a pretensão indenizatória. – O dano moral, assim compreendido todo o dano extrapatrimonial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento inerente a prejuízo material. (Enunciado nº 159) – O instituto do dano moral, de suma importância para as relações sociais, como notável instrumento de contribuição para o respeito entre as pessoas, seja em que relação for, não pode ser banalizado, transformando-se em fonte de recebimento de quantias pecuniárias por razões de menor relevância e que fazem parte, muitas vezes, do cotidiano das pessoas.

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17a. CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

DES. EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA

RELATOR.

DES. EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA (RELATOR)

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a sentença de ff.266/2569, pela qual o MM. Juiz *a quo*, na ação de cobrança movida por (...) em face de MITSUI SUMITOMO SEGUROS S/A, julgou improcedente o pedido inicial e condenou a parte autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em R$1.500,00, ficando suspensa a exigibilidade nos termos do art.12 da Lei 1.060/50.

Em suas razões recursais (ff.302/316), a parte autora alegou o fato de ter se negado a fazer o exame de bafômetro em função das dores no peito que sentia após o acidentes. Argumentou que é consenso nas decisões judiciais não ser suficiente a prova da embriaguez ou culpa do segurado para que se configure a infração contratual. Sustentou que inexistindo prova cabal da voluntariedade do segurado ao agravamento do risco, deve a seguradora honrar o contrato e adimplir a indenização correspondente. Assevera que ao contrário do que restou decidido, os depoimentos das testemunhas confirmam que não havia sinais de embriaguez. Acrescentou que inexiste o nexo causal entre a sua conduta e o resultado do acidente, não devendo ser aplicado, portanto, a teoria do agravamento do risco. Pugnou pelo provimento do recurso, para que seja reformada a sentença, julgando procedentes os pedidos iniciais e condenando a parte ré ao pagamento dos ônus sucumbenciais.

As contrarrazões foram apresentadas às ff.282/288, pleiteando o desprovimento do apelo.

Conheço do recurso, porquanto preenchidos os pressupostos da admissibilidade.

Na espécie, cumpre verificar se o autor faz jus ao recebimento de indenização securitária em virtude da ocorrência de acidente automobilístico, considerando a suspeita por ele de consumo de bebida alcoólica, bem como a existência de dano moral.

Analisando os autos, entendo que parcial razão assiste ao apelante, conforme exposição a seguir.

Como sabido, o contrato de seguro é aquele pelo qual o segurador, mediante o recebimento de um prêmio, obriga-se a pagar ao segurado o valor ajustado, se ocorrer o risco a que está exposto.

No caso concreto, não obstante haver provas de que o autor encontrava-se embriagado por ocasião do acidente, tenho que não restou provado que houve o incremento do risco por sua parte, uma vez que o seu estado de embriaguez não contribuiu para a ocorrência do sinistro.

É certo que o Boletim de Ocorrência de ff.27/29, lavrado no momento do acidente pelo policial (...), atesta que o autor apresentava sintomas de embriaguez (hálito etílico, olhos avermelhados), tendo recusado a se submeter ao teste de alcoolemia.

Contudo, segundo versão da testemunha presencial dos fatos, (...) (f.201), o acidente que gerou os danos no veículo segurado não foi ocasionado pelo autor em razão de sua embriaguez, mas, sim, pelo avanço do sinal pelo condutor do outro veículo envolvido no sinistro:

"que estava logo atrás do veículo do promovido, que viu quando o promovido passou pelo sinal; que viu com clareza que o sinal estava no foco verde; (...) que repete que o sinal estava verde para o promovido; que tanto o sinal estava aberto que o depoente passou pelo sinal atrás do promovido, passou ao lado da batida, estacionou e ainda ajudou o promovido a sair do carro;"

Vale ressaltar que não houve contradita da testemunha supracitada, devendo o seu depoimento ser tomado como imprescindível à solução do desate, uma vez que, repita-se, o interrogado presenciou o acidente no exato momento em que ocorreu.

Assim sendo, dadas as circunstâncias acima apresentadas e as peculiaridades do caso concreto, não se pode dizer que a ingestão de bebida alcoólica pelo autor, infração deliberada de norma de trânsito (art.165 do CTB) que, normalmente, agrava o risco na condução de veículos, tenha contribuído para a ocorrência do evento danoso.

Desse modo, comprovada a culpa do condutor do outro veículo envolvido e não do segurado, afasta-se a tese de que este contribui para o agravamento do risco, nascendo daí a obrigação da parte ré em indenizar o autor.

Diante disso, comprovada a perda total do veículo, deve a ré ser condenada ao pagamento da indenização integral convencionada – "100% do valor do veículo referência da tabela FIPE" – f. 12, vigente na data da recusa de f. 26 (23.05.2011), acrescida de correção monetária, pelos índices da CGJ, desde então, e juros de mora de 1% a.m., a contar da citação, ressalvado o direito daquela ao recebimento do salvado.

Quanto ao dano moral, é sabido que se caracteriza pela lesão sofrida por pessoa, física ou jurídica, em certos aspectos da sua personalidade, em razão de investidas injustas de outrem, atingindo-a na esfera íntima da moralidade, da honra, do afeto, da psique, da liberdade entre outros, causando-lhe constrangimentos.

Registre-se que, na III Jornada de Direito Civil, foi aprovado o Enunciado nº 159, em nota ao art. 186 do Código Civil, segundo o qual "O dano moral, assim compreendido todo o dano extrapatrimonial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento inerente a prejuízo material."

No caso dos autos, não há provas de que o autor tenha sido submetido a sofrimento ou abalo emocional tal que o caracterize.

Isso porque ainda que se considere ter existido um inadimplemento contratual por parte da seguradora ré, que se recusou a efetuar o pagamento da indenização securitária, não se pode afirmar que essa recusa resultou em sofrimento e abalo psicológico ao autor, até porque era questionável a existência ou não do agravamento do risco.

Sobre o tema em apreço, destacam-se os seguintes entendimentos:

EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – OFENSA VERBAL – ATO ILÍCITO NÃO DEMONSTRADO – MERO ABORRECIMENTO – INDENIZAÇÃO INDEVIDA – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO – SENTENÇA CONFIRMADA.

Os simples aborrecimentos e chateações não podem ensejar indenização por danos morais, visto que não trazem maiores conseqüências ao indivíduo, caso se considerasse que qualquer aborrecimento ou desentendimento enseja dano moral, assistiríamos a uma banalização deste instituto e a vida em sociedade se tornaria inviável. (TJMG. APELAÇÃO CÍVEL Nº 10172070121139001. Relator do Acórdão: Des.(a) WANDERLEY PAIVA. Data do Julgamento: 11/08/2010. Data da Publicação: 26/08/2010)

EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – OFENSA VERBAL – MERO ABORRECIMENTO – DANO MORAL NÃO CONFIGURADO.

A indenização por danos morais exige a demonstração de que houve ofensa aos direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, etc.

Meros aborrecimentos decorrentes de desentendimentos corriqueiros não caracterizam o direito à reparação pretendida. (TJMG.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0686.10.016954-5/001. Relator do Acórdão: Des.(a) VEIGA DE OLIVEIRA. Data do Julgamento: 28/06/2011. Data da Publicação: 08/07/2011)

EMENTA: INTERNET. CELEBRAÇÃO DE CONTRATO. VENDA PRODUTO. MERCADORIA NÃO ENTREGUE. VALOR PAGO. RESTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. INDENIZATÓRIA. INEXISTÊNCIA DO DANO MORAL. IMPROCEDÊNCIA. MERO ABORRECIMENTO. Meros aborrecimento e chateações não configuram dano de cunho moral, sendo indevido o pagamento de indenização a tal título decorrente de tais fatos. Recurso não provido. (TJMG. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.08.437009-0/001. Relator do Acórdão: Des.(a) CABRAL DA SILVA. Data do Julgamento: 09/12/2008. Data da Publicação: 09/01/2009)

Desse modo, não há que se falar em indenização por dano moral.

POSTO ISSO, dou parcial provimento ao recurso, para julgar parcialmente procedentes os pedido iniciais, condenando a ré ao pagamento da indenização integral convencionada na apólice de seguro – "100% do valor do veículo referência da tabela FIPE" – f. 12, vigente na data da recusa de f. 26 (23.05.2011), acrescida de correção monetária, pelos índices da CGJ, desde então, e juros de mora de 1% a.m., a contar da citação, ressalvado o direito daquela ao recebimento do salvado.

Ante a sucumbência recíproca, condeno ambas as partes ao pagamento de metade das despesas processuais, incluídas as recursais, e honorários advocatícios, que fixo em R$2.500,00, permitida a compensação, nos termos do art. 21, do CPC e Súmula 306, do STJ. Suspendo a exigibilidade de tais verbas, por parte do autor, nos termos do art. 12, da Lei n. 1.060/50.

DES. EDUARDO MARINÉ DA CUNHA (REVISOR) – De acordo com o(a) Relator(a).

DES. LUCIANO PINTO – De acordo com o(a) Relator(a).

SÚMULA: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO"

EMENTÁRIO

1) Reparação civil por cobrança indevida de valor relativo à locação de equipamento de oxigenoterapia após morte

Tribunal: **TJ/RS**
Órgão Julgador: **16a. Câm. Cív.**
Relator: **Paulo Sérgio Scarparo**

Locação. Contrato extinto por falecimento do locatário. Cobranças indevidas. Dano moral. 1. Agravo retido desprovido. Desnecessidade de dilação probatória para a demonstração de fato incontroverso nos autos. 2. Contrato de locação de equipamentos para oxigenoterapia. Falecimento do locatário. Caso em que a viúva ingressou em juízo visando à cessação de cobranças indevidas, reiteradamente remetidas à residência da demandante, que persistiam cerca de um ano depois do falecimento do locatário. Cobranças frequentes e injustificadas que geravam inscrições indevidas, em nome do *de cujus*, órgãos de proteção ao crédito. Necessidade de inúmeros telefonemas por parte da demandante, visando ao cancelamento de cada uma das cobranças. Pessoa idosa, abalada pela recente perda do *de cujus*. Dano moral inequivocamente configurado. Dever

de indenizar. Agravo retido desprovido. Apelo provido. (TJ/RS – Ap. Cível n. 70050793769 – Porto Alegre – 16a. Câm. Cív. – Rel.: Des. Paulo Sérgio Scarparo – Fonte: DJ, 17.12.2012).

2) Indenização por débito errôneo no cartão de crédito que comprometeu o limite e prejudicou viagem do cliente

Tribunal: **TJ/RS**
Órgão Julgador: **16a. Câm. Cív.**
Relator: **Paulo Sérgio Scarparo**

Locação. Automóvel. Cobrança indevida. Valor superior ao triplo do aluguel contratado. Danos morais. Repetição em dobro. Caso em que a locadora de veículos lançou no cartão de crédito do autor valor superior ao triplo do aluguel contratado por locação de automóvel. Utilização indevida da integralidade do limite do cartão, durante viagem internacional. Locatário que se viu desprovido de meios de custear a vigem, sendo compelido ao pagamento antecipado da fatura – e da cobrança indevida dos aluguéis – para fins de prover suas necessidades durante a viagem. Situação capaz de gerar dano moral. Erro não justificável da locadora. Repetição em dobro na forma do parágrafo único do art. 42 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Mantido o valor da indenização por danos morais. Apelo da parte autora provido em parte. Apelo da parte ré desprovido. (TJ/RS – Ap. Cível n. 70050862036 – Gramado – 16a. Câm. Cív. – Rel.: Des. Paulo Sérgio Scarparo – Fonte: DJ, 03.12.2012).

3) Empresa locadora de veículo responde civil e solidariamente com o locatário pelo dano por este causado a terceiro no uso do veículo locado

Tribunal: **TJ/RS**
Órgão Julgador: **12a. Câm. Cív.**
Relator: **Umberto Guaspari Sudbrack**

Apelação cível. Responsabilidade civil em acidente de trânsito. Locadora. Locatária. Solidariedade passiva. Cruzamento. Colisão. Preferencial. Culpa. Danos materiais. *Quantum*. 1. Agravo retido: impugnação meramente formal às notas fiscais que vieram aos autos, em resposta a ofício do Juízo. Ausência de razões concretas para duvidar da idoneidade dos itens e valores lançados, para fins de deslinde do feito, que desautorizam a reabertura da instrução. 2. Legitimidade passiva da locadora de veículos: a locadora do automóvel envolvido em acidente de trânsito responde solidariamente com a locatária, pelos danos advindos do sinistro, nos termos da Súmula 492 do STF e da jurisprudência pacífica deste Tribunal. 3. Presunção de culpa: presume-se culpado o condutor que, inobservando preferência de passagem que assiste a quem trafega pela via perpendicular, avança sem adotar as devidas cautelas, colidindo contra este. 4. Danos materiais: a impugnação meramente formal não desautoriza a pretensão embasada em nota fiscal relativa ao conserto do veículo acidentado. Agravo retido e apelos desprovidos. (TJ/RS – Ap. Cível n. 70037782547 – Caxias do Sul – 12a. Câm. Cív. – Rel.: Des. Umberto Guaspari Sudbrack – Fonte: DJ, 17.12.2012).

4) Configuração de culpa exclusiva da requerida, ou de seu preposto, por deterioração de material biomédico para análise em laboratório durante o transporte

Tribunal: **TJ/RS**
Órgão Julgador: **12a. Câm. Cív.**
Relator: **Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout**

Apelação cível. Contrato de transporte. Ação de indenização por danos morais. Transporte de material biomédico para análise em laboratório nos Estados Unidos. Vazamento do tanque de nitrogênio líquido, onde haviam

sido acondicionadas as amostras de material biológico (58 placas de ateroma extraídas de artérias coronárias de humanos), dando causa à sua deterioração (degeneração). Projeto de alta relevância clínica e científica, desenvolvido em associação com o laboratório estrangeiro, elaborado a partir de intensas pesquisas durante três anos. Sentença *extra petita*. Arguição de nulidade. Prescrição. Decadência. Ilegitimidade ativa. Código de Defesa do Consumidor. Em se tratando de relação de consumo, a matéria deverá ser analisada e julgada de acordo com as disposições do Código de Defesa do Consumidor, não havendo por que adotar-se legislação combinada, quando a lei consumerista é aquela que rege a hipótese concreta. Embora a situação dos autos seja peculiar (transporte de material biomédico), cuida-se de contrato de transporte aéreo e, conforme entendimento não dissonante nas Câmaras que compõem o 6º Grupo Cível (11ª e 12ª Câmaras Cíveis), a quem está afeta a matéria dos contratos de transporte, dentre eles o aéreo, a legislação de regência é o Código de Defesa do Consumidor, cujos dispositivos serão aplicados em detrimento de outros que, porventura, lhe contrariem. Inaplicabilidade do Código de Aeronáutica Brasileiro. Precedentes jurisprudenciais. Prescrição. Decadência. Assentada a legislação de regência, afastam-se as preliminares de prescrição e decadência suscitadas pela apelante. Uma vez adotado o Código de Defesa do Consumidor, não há palco para que se discuta o protesto formal previsto no art. 244 do Código de Aeronáutica Brasileiro, pois o diploma do consumidor não exige qualquer protesto nesse sentido. Quanto à prescrição, a regra é aquela do art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe prescrever em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria. Ilegitimidade ativa. Sendo o autor o titular do direito à reparação de danos promovida, tem, pois, legitimidade ativa *ad causam*. Não é o órgão expedidor o titular do direito em conflito e nem se discute quem seria, eventualmente, o proprietário do material biomédico expedido ao exterior. Não se trata de celeuma relativa a patentes e não se questiona, porque não interessa à lide, a propriedade do que quer que seja. A controvérsia gravita em torno do direito do autor de ter ultimado o projeto que havia iniciado e motivo da expedição das amostras transportadas pela ré. Em outras palavras, o autor é o titular do interesse afirmado na pretensão inicial no que tange à ré, como essa é a titular do interesse contraposto. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. Sentença *extra petita*. Dentro do universo de vetores para avaliar a dimensão do prejuízo moral, a julgadora sopesou a *perte d une chance*. Diversamente do alegado, a sentença não se mostrou desvirtuada do cerne da questão, nem baseada em fundamento diverso daquele da inicial, tampouco tendo alterado a causa de pedir, senão feito uso da prerrogativa de que, se os fatos são dados ao juiz, este dará o direito, não tendo sido decisivo ao julgamento a eventual consideração de que uma chance profissional estivesse comprometida. Na avaliação das consequências psicológicas ao autor, e na finalidade de bem desenhar a dosimetria da indenização reclamada e da necessidade de atingir o tríplice objetivo da reparação (punitivo, pedagógico e reparatório), lembrou a teoria extraída do direito francês (perda de uma chance), o que não implica concluir-se que tenha se afastado do pedido. Preliminares rejeitadas. Mérito. Dano. Tratando-se o objeto de transporte de amostras para fins de análise laboratorial e estudos clínicos, a requerida, empresa especializada e registrada perante a ANVISA, deveria estar atenta para as condições necessárias ao transporte da mercadoria e às condições de armazenamento dessa, de modo

que ocorresse de forma a cumprir sua obrigação de resultado (a entrega incólume do cilindro contendo as amostras). O referido cilindro sofreu avarias durante o voo entre Miami e Atlanta, o que a ré reconhece, tanto que afirma que houve a necessidade de troca do cilindro, para que, depois, o novo cilindro fosse remetido ao destino. Ora, tais fatos, incontroversos, demonstram claramente que, entre o momento do dano ao cilindro criogênico e a transferência do material para o novo cilindro, as amostras foram danificadas (degeneradas), pela ausência do frio necessário à sua conservação. Assim, não há dúvida de que foi por culpa exclusiva da requerida, ou de seus prepostos (entre eles a companhia aérea que efetivou o transporte por contratação da ré), que o material restou deteriorado, não havendo qualquer participação do autor no evento, pelo que a responsabilidade civil é evidente, havendo o dever de reparação pelos danos sofridos. Danos morais. Dano *in re ipsa. Quantum* indenizatório. Os danos experimentados, de ordem moral, já que os danos materiais o autor declinou de postular, são evidentes. Há prova de que o material remetido consistia em amostras colhidas pelo requerente durante vários anos, para seu projeto de doutorado, Incontroverso que, em virtude da avaria (degeneração) das amostras, o autor necessitou concluir seu doutorado com outro projeto, mas aproveitando amostras em animais e não em pessoas humanas, o que, obviamente, não detém o mesmo valor científico, o que até um leigo em medicina é capaz de avaliar, por se tratar de fato notório. Não causa espécie, portanto, o desespero e o sentimento de hipovalia acometidos ao demandante, a par de outras sensações normais depressivas, o que colore a figura do dano moral *in re ipsa*. Quantum Indenizatório. Relativamente ao valor da indenização, há que ser mesurado o superlativo prejuízo causado pela desídia da apelante, não apenas ao autor, mas a toda a coletividade – privada da conclusão do projeto de alta relevância clínica e científica, desenvolvido em associação com o laboratório estrangeiro –, considerando a magnitude do empreendimento frustrado. Por tal razão, dadas as nuances do caso concreto, é de ser mantido o valor fixado na sentença. Juros moratórios e correção monetária. Quanto ao marco dos juros moratórios e correção monetária, correta a forma como a sentença dispôs. A correção monetária do valor arbitrado seguiu a orientação da Súmula n. 362 do STJ, sendo computada a partir do arbitramento do valor (sentença). No que concerne aos juros de mora, em se tratando de responsabilidade contratual, passam a fluir desde a data a citação, como determinado no veredicto. Honorários advocatícios. Por derradeiro, descabe a redução do percentual dos honorários advocatícios fixados em prol das procuradoras do autor, sublinhando que a singeleza do processo não se mede pelo número de embates enfrentados ao longo da lide, tampouco pela necessidade de esgrimirem-se teses jurídicas variadas. A importância a causa e o zelo que se espera do profissional que a patrocina, também, se avaliam pelo reflexo da demanda na vida do constituinte. Pelo que se apreendeu da demanda, o autor confiou causa de extrema valia emocional às nobres advogadas que lhe patrocinaram a demanda, sendo justo, portanto, que percebam pelo trabalho desempenhado o percentual máximo concedido na sentença. Preliminares rejeitadas. Apelo desprovido. (TJ/RS – Ap. Cível n. 70043467588 – Porto Alegre – 12a. Câm. Cív. – Ac. unânime – Rel.: Desa. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout – Fonte: DJ, 13.11.2012).

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção)
Relator: A. Tizzano

Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção)
Relator: J.J. Kasel

EXCERTOS

Do Tribunal de Justiça (03.10.2013)

"A presente diretiva tem por objetivo a aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas a certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, com vista a assegurar um nível mínimo uniforme de defesa dos consumidores no contexto do mercado interno"

"Se o bem não é conforme ao contrato, o consumidor pode exigir a reparação ou a substituição do bem, a menos que uma dessas possibilidades seja impossível ou desproporcionada. A partir do momento em que o consumidor informa o vendedor da escolha feita, tal vincula ambas as partes. Esta decisão do consumidor não prejudica o disposto no artigo seguinte quando a reparação ou a substituição não permitem colocar o bem em conformidade com o contrato"

"Uma vez fixado o objeto do processo na petição, na contestação e, se for o caso, no pedido reconvencional, as partes não o podem alterar posteriormente"

Do Tribunal de Justiça (19.09.2013)

"Seria desejável que as práticas comerciais enganosas abrangessem aquelas práticas, incluindo a publicidade enganosa, que, induzindo em erro o consumidor, o impedem de efetuar uma escolha esclarecida e, deste modo, eficiente"

"É considerada enganosa uma prática comercial se contiver informações falsas, sendo inverídicas ou que por qualquer forma, incluindo a sua apresentação geral, induza ou seja suscetível de induzir em erro o consumidor médio"

Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção)

3 de outubro de 2013 (*)
«Diretiva 1999/44/CE – Direitos do consumidor em caso de falta de conformidade do bem – Caráter insignificante dessa falta – Exclusão da rescisão do contrato – Competência do tribunal nacional»

No processo C32/12,
que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 267º TFUE, apresentado pelo Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Badajoz (Espanha), por decisão de 13 de janeiro de 2012, entrado no Tribunal de Justiça em 23 de janeiro de 2012, no processo
Soledad Duarte Hueros
contra
Autociba SA,
Automóviles Citroën España SA,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção),
composto por: A. Tizzano (relator), presidente de secção, M. Berger, A. Borg Barthet, E. Levits e J.-J. Kasel, juízes,
advogado-geral: J. Kokott,
secretário: M. Ferreira, administradora principal,
vistos os autos e após a audiência de 24 de janeiro de 2013,
vistas as observações apresentadas:
– em representação de S. Duarte Hueros, por J. Menaya NietoAliseda, abogado,
– em representação da Autociba SA, por M. Ramiro Gutiérrez e L. T. Corchero Romero, abogados,
– em representação do Governo espanhol, por S. Centeno Huerta, na qualidade de agente,
– em representação do Governo alemão, por F. Wannek, na qualidade de agente,
– em representação do Governo francês, por G. de Bergues e S. Menez, na qualidade de agentes,
– em representação do Governo húngaro, por M. Z. Fehér, K. Szíjjártó e Z. BiróTóth, na qualidade de agentes,
– em representação do Governo polaco, por M. Szpunar e B. Majczyna, na qualidade de agentes,
– em representação da Comissão Europeia, por J. Baquero Cruz e M. van Beek, na qualidade de agentes,
ouvidas as conclusões da advogadageral na audiência de 28 de fevereiro de 2013,
profere o presente

Acórdão

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação da Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de maio de 1999, relativa a certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas (JO L 171, p. 12).

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe S. Duarte Hueros à Autociba SA (a seguir «Autociba») e à Automóviles Citroën España SA a respeito do seu pedido de rescisão de um contrato de venda de um veículo por falta de conformidade deste com o referido contrato.

Quadro jurídico

Direito da União

3 O primeiro considerando da Diretiva 1999/44 enuncia:

«Considerando que os nºs 1 e 3 do artigo 153º [CE] estabelece que a Comunidade deve contribuir para a realização de um nível elevado de defesa dos consumidores através de medidas adotadas nos termos do artigo 95º [CE]».

4 O artigo 1º, nº 1, da mesma diretiva dispõe:

«A presente diretiva tem por objetivo a aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos EstadosMembros relativas a certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, com vista a assegurar um nível mínimo uniforme de defesa dos consumidores no contexto do mercado interno.»

5 O artigo 2º, nº 1, da referida diretiva prevê:

«O vendedor tem o dever de entregar ao consumidor bens que sejam conformes com o contrato de compra e venda.»

6 O artigo 3º da Diretiva 1999/44, sob a epígrafe «Direitos do consumidor», tem a seguinte redação:

«1. O vendedor responde perante o consumidor por qualquer falta de conformidade que exista no momento em que o bem lhe é entregue.

2. Em caso de falta de conformidade, o consumidor tem direito a que a conformidade do bem seja reposta sem encargos, por meio de reparação ou de substituição, nos termos do nº 3, a uma redução adequada do preço, ou à rescisão do contrato no que respeita a esse bem, nos termos dos nºs 5 e 6.

3. Em primeiro lugar, o consumidor pode exigir do vendedor a reparação ou a substituição do bem, em qualquer dos casos sem encargos, a menos que isso seja impossível ou desproporcionado.

[…]

5. O consumidor pode exigir uma redução adequada do preço, ou a rescisão do contrato:

– se o consumidor não tiver direito a reparação nem a substituição, ou

– se o vendedor não tiver encontrado uma solução num prazo razoável, ou

– se o vendedor não tiver encontrado uma solução sem grave inconveniente para o consumidor.

6. O consumidor não tem direito à rescisão do contrato se a falta de conformidade for insignificante.»

7 O artigo 8º, nº 2, da referida diretiva dispõe:

«Os EstadosMembros podem adotar ou manter, no domínio regido pela presente diretiva, disposições mais estritas compatíveis com o Tratado [CE], com o objetivo de assegurar um nível mais elevado de proteção do consumidor.»

8 Nos termos do artigo 11º, nº 1, primeiro parágrafo, da mesma diretiva:

«Os EstadosMembros adotarão as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente diretiva […]»

Direito espanhol

9 A lei nacional de transposição para o direito espanhol da Diretiva 1999/44 em vigor à época dos factos do litígio no processo principal era a Lei 23/2003 sobre garantias na venda de bens de consumo (Ley 23/2003 de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo), de 10 de julho de 2003 (BOE nº 165, de 11 de julho de 2003, p. 27160, a seguir «Lei 23/2003»).

10 Nos termos do artigo 4º, primeiro parágrafo, da Lei 23/2003:

«O vendedor responde perante o consumidor por qualquer falta de conformidade que exista no momento em que o bem lhe é entregue. Nas condições fixadas na presente lei, reconhece-se ao consumidor o direito à reparação do bem, ou à sua substituição, à redução do preço e à rescisão do contrato».

11 O artigo 5º, nº 1, da referida lei estabelece:

«Se o bem não é conforme ao contrato, o consumidor pode exigir a reparação ou a substituição do bem, a menos que uma dessas possibilidades seja impossível ou desproporcionada. A partir do momento em que o consumidor informa o vendedor da escolha feita, tal vincula ambas as partes. Esta decisão do consumidor não prejudica o disposto no artigo seguinte quando a reparação ou a substituição não permitem colocar o bem em conformidade com o contrato.»

12 O artigo 7º da mesma lei tem a seguinte redação:

«Procede-se à redução do preço ou à rescisão do contrato, à escolha do consumidor, quando este não pode exigir a reparação ou a substituição, ou quando a reparação ou a substituição não foram feitas num prazo razoável ou sem inconveniente maior para o consumidor. Não há rescisão quando a falta de conformidade for insignificante.»

13 O artigo 216º do Código de Processo Civil (Ley de Enjuiciamiento Civil) dispõe:

«Os tribunais cíveis conhecerão dos processos que lhe são submetidos com base nos elementos de facto, nas provas e nos pedidos das partes, salvo se a lei dispuser diferentemente em casos especiais.»

14 O artigo 218º, nº 1, do Código de Processo Civil enuncia:

«As decisões judiciais devem ser claras e precisas e devem pronunciarse sobre os pedidos e outras pretensões das partes deduzidos oportunamente no processo. Tais decisões incluem as declarações exigidas, condenam ou absolvem o réu e decidem de todos os aspetos controvertidos que foram objeto da discussão.

O tribunal, sem se afastar do pedido ao admitir elementos de facto ou de direito diferentes dos que as partes procuraram alegar, decide nos termos das disposições aplicáveis ao processo, ainda que estas não tenham sido corretamente citadas ou invocadas pelas partes em litígio.»

15 O artigo 400º do Código de Processo Civil determina:

«1. Quando os pedidos que constam da petição puderem basearse em diversos factos ou em fundamentos jurídicos distintos, devem ser deduzidos na petição os que sejam conhecidos ou possam ser invocados no momento da sua propositura, não sendo permitido reservar a sua alegação para um processo posterior.

[…]

2. Em conformidade com o disposto no número anterior, para efeitos de litispendência e de caso julgado, os factos e os fundamentos jurídicos invocados num litígio consideramse como tendo sido alegados num processo anterior se estes pudessem ter sido alegados neste último.»

16 O artigo 412º, nº 1, do Código de Processo Civil prevê:

«Uma vez fixado o objeto do processo na petição, na contestação e, se for o caso, no pedido reconvencional, as partes não o podem alterar posteriormente.»

Litígio no processo principal e questão prejudicial

17 Em julho de 2004, S. Duarte Hueros comprou à Autociba um veículo equipado com uma capota amovível. No mês de agosto seguinte, após o pagamento do veículo pela compradora por um preço de 14 320 euros, a Autociba fez a entrega desse veículo.

18 Uma vez que, quando chovia, a água se infiltrava pelo tejadilho para o interior do veículo, S. Duarte Hueros levou este à oficina da Autociba. Sendo infrutíferas as várias tentativas de reparação, S. Duarte Hueros pediu a substituição deste veículo.

19 Na sequência da recusa da Autociba de proceder a essa substituição, S. Duarte Hueros intentou uma ação no Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Badajoz em que pedia a rescisão do contrato de compra e venda e a condenação solidária da Autociba e da Citroën España SA – esta última, na qualidade de fabricante do veículo – ao reembolso do preço de aquisição do veículo.

20 O Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Badajoz salienta, no entanto, que, sendo insignificante o defeito que deu origem ao litígio que lhe foi submetido, improcede o pedido de rescisão do contrato de compra e venda, nos termos do artigo 3º, nº 6, da Diretiva 1999/44.

21 Neste contexto, embora S. Duarte Hueros tivesse direito a uma redução do preço de aquisição, com base no artigo 3º, nº 5, da referida diretiva, o órgão jurisdicional de reenvio declara, todavia, que essa solução não pode ser acolhida devido às regras processuais internas, designadamente, o artigo 218º, nº 1, do Código de Processo Civil, relativo ao princípio da congruência entre o requerido pelas partes e o pronunciado pelos tribunais, uma vez que nenhum pedido tinha sido formulado nesse sentido pelo consumidor, quer a título principal quer a título subsidiário.

22 Por outro lado, visto que S. Duarte Hueros tinha a possibilidade de reclamar tal redução do preço, ainda que a título subsidiário, no quadro do processo principal, nenhum pedido judicial seria admissível num litígio posterior devido ao facto de, em direito espanhol, o princípio do caso julgado abranger todas as reivindicações que teriam podido ser já formuladas num processo anterior.

23 Nestas condições, tendo dúvidas quanto à compatibilidade do direito espanhol com os princípios decorrentes da Diretiva 1999/44, o Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Badajoz decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«No caso de um consumidor, não tendo obtido a reposição do bem em conformidade porque, embora a tenha pedido de forma reiterada, a reparação não foi levada a cabo, pedir judicialmente com caráter exclusivo a resolução do contrato e esta não for procedente por se estar perante uma falta de conformidade insignificante, pode o tribunal conceder oficiosamente ao consumidor uma redução adequada do preço?»

Quanto à questão prejudicial

24 Com a sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se a Diretiva 1999/44 se opõe à regulamentação de um EstadoMembro, como a que está em causa no processo principal, que, quando um consumidor com direito a uma redução adequada do preço de um bem estipulado no contrato de compra e venda se limita a pedir judicialmente apenas a rescisão desse contrato, quando esta não pode ser obtida devido ao caráter insignificante da falta de conformidade desse bem, não permite ao juiz nacional incumbido da apreciação do litígio conceder oficiosamente essa redução, e isto não obstante o referido consumidor não estar autorizado a precisar o seu pedido inicial nem a intentar nova ação para esse efeito.

25 A este propósito, importa recordar que a finalidade da Diretiva 1999/44 consiste, como indicado no seu primeiro considerando, em garantir um nível elevado de defesa dos consumidores (acórdão de 17 de abril de 2008, Quelle, C404/06, Colet., p. I2685, nº 36).

26 Em especial, o artigo 2º, nº 1, da Diretiva 1999/44 impõe ao vendedor a

obrigação de entregar ao consumidor um bem que seja conforme com o contrato de compra e venda.

27 Nesta perspetiva, nos termos do artigo 3º, nº 1, da referida diretiva, o vendedor responde, perante o consumidor, por qualquer falta de conformidade do bem que exista no momento da entrega (v. acórdãos Quelle, já referido, nº 26, e de 16 de junho de 2011, Gebr. Weber e Putz, C65/09 e C87/09, Colet., p. I5257, nº 43).

28 O referido artigo 3º enumera, no seu nº 2, os direitos que o consumidor pode invocar face ao vendedor em caso de falta de conformidade do bem entregue. Num primeiro momento, nos termos do nº 3 desse artigo, o consumidor tem o direito de exigir a reposição da conformidade do bem. Não sendo possível repor essa conformidade, pode exigir, num segundo momento, nos termos do nº 5 do mesmo artigo, uma redução do preço ou a rescisão do contrato (v. acórdãos, já referidos, Quelle, nº 27, e Gebr. Weber e Putz, nº 44). Todavia, como resulta do nº 6 desse artigo 3º, quando a falta de conformidade do bem entregue for insignificante, o consumidor não tem direito a pedir essa rescisão e, nesse caso, dispõe apenas do direito a pedir uma redução adequada do preço de venda do bem em causa.

29 Neste contexto, como realçou, no essencial, a advogadageral no nº 41 das suas conclusões, importa precisar que o referido artigo 3º não contém disposições por força das quais o tribunal nacional esteja obrigado, em circunstâncias como as que estão em causa no processo principal, a conceder oficiosamente ao consumidor uma redução adequada do preço de venda do bem em causa.

30 O artigo 3º da Diretiva 1999/44, lido em conjugação com o artigo 11º, nº 1, desta última, limitase, de facto, a impor aos EstadosMembros a adoção das medidas necessárias para que o consumidor possa efetivamente exercer os seus direitos, recorrendo a várias opções previstas em caso da falta de conformidade do bem. Como também realçou a advogadageral no nº 25 das suas conclusões, esta diretiva não contém indicações quanto aos mecanismos que permitem invocar os referidos direitos por via judicial.

31 Por conseguinte, na falta de regulamentação da União na matéria, as regras processuais destinadas a assegurar a salvaguarda dos direitos conferidos aos consumidores pela Diretiva 1999/44 são as previstas na ordem jurídica interna dos EstadosMembros, por força do princípio da autonomia processual destes últimos. No entanto, essas regras não devem ser menos favoráveis do que as que regulam situações análogas de natureza interna (princípio da equivalência) nem ser organizadas de forma a, na prática, tornar impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica da União (princípio da efetividade) (v., neste sentido, acórdão de 21 de fevereiro de 2013, Banif Plus Bank, C472/11, ainda não publicado na Coletânea, nº 26 e jurisprudência referida).

32 Relativamente ao princípio da equivalência, há que salientar que os autos de que o Tribunal de Justiça dispõe não revelam nenhum elemento que permita suscitar dúvidas quanto à conformidade da regulamentação processual espanhola com este princípio.

33 Com efeito, resulta dos autos que esta regulamentação se aplica independentemente do facto de o direito com base no qual foi intentada a ação pelo consumidor ser abrangido pelo direito da União ou pelo direito nacional.

34 No que se refere ao princípio da efetividade, há que recordar que, segundo jurisprudência constante do Tribunal de

Justiça, cada caso em que se coloque a questão de saber se uma disposição processual nacional torna impossível ou excessivamente difícil a aplicação do direito da União deve ser analisado tendo em conta o lugar que essa disposição ocupa no processo, visto como um todo, no desenrolar deste e nas suas particularidades, perante as várias instâncias nacionais (acórdãos de 14 de junho de 2012, Banco Español de Crédito, C618/10, ainda não publicado na Coletânea, nº 49, e de 14 de março de 2013, Aziz, C415/11, ainda não publicado na Coletânea, nº 53).

35 No presente caso, decorre da decisão de reenvio que, por um lado, em aplicação dos artigos 216º e 218º do Código de Processo Civil, o tribunal nacional está vinculado pelos pedidos apresentados pelo demandante na sua petição e, por outro, este último não pode modificar o objeto de tal pedido no decurso do processo, nos termos do artigo 412º, nº1, do mesmo código.

36 Além disso, por força do artigo 400º do referido código, o demandante não tem possibilidade de intentar nova ação alegando pretensões que teria podido invocar, pelo menos a título subsidiário, no momento de um processo anterior. Com efeito, com base no princípio do caso julgado, essa ação seria inadmissível.

37 Por conseguinte, decorre destas indicações que, no sistema processual espanhol, um consumidor que requer judicialmente a rescisão do contrato de compra e venda de um bem fica definitivamente impossibilitado de beneficiar do direito de obter a redução adequada do preço deste, ao abrigo do artigo 3º, nº 5, da Diretiva 1999/44, se o juiz nacional incumbido de apreciar o litígio considerar que, na realidade, a falta de conformidade deste bem reveste um caráter insignificante, exceto quando for apresentado, a título subsidiário, um pedido em que se solicita a concessão dessa redução.

38 A este respeito, importa, no entanto, declarar que, tendo em conta o desenrolar e as especificidades do referido sistema processual, essa hipótese deve ser considerada como muito improvável, porquanto existe um risco não despiciendo de o consumidor em causa não apresentar um pedido subsidiário, o qual, de resto, visaria obter uma proteção inferior à visada com o pedido principal, quer devido à obrigação particularmente rígida de concomitância com esta última, quer porque ignora ou não se apercebe do alcance dos seus direitos (v., por analogia, acórdão Aziz, já referido, nº 58).

39 Neste contexto, cumpre concluir que tal regime processual, ao não permitir ao tribunal nacional reconhecer oficiosamente o direito de o consumidor obter uma redução adequada do preço de venda do bem, quando este não está autorizado a precisar o seu pedido inicial nem a propor nova ação para esse efeito, é de molde a prejudicar a efetividade da proteção dos consumidores pretendida pelo legislador da União.

40 Com efeito, o sistema espanhol exige, no essencial, ao consumidor que antecipe o resultado da apreciação relativa à qualificação jurídica da falta de conformidade do bem que deve ser efetuada, a título definitivo, pelo juiz competente, o que confere uma natureza meramente aleatória e, portanto, inadequada à proteção que é concedida pelo artigo 3º, nº 5, da Diretiva 1999/44. E tanto mais quanto, como no processo principal, essa análise se revela particularmente complexa, de modo que a referida qualificação depende de modo determinante da instrução levada a cabo pelo juiz a quem foi submetido o litígio.

41 Nestas condições, como realçou a advogadageral no nº 31 das suas conclusões, há que concluir que a regulamentação espanhola em causa no processo principal não se afigura conforme com o princípio da efetividade, dado que a mesma torna excessivamente difícil ou mesmo impossível nos processos judiciais intentados pelos consumidores em caso de falta de conformidade com o contrato de compra e venda do bem entregue a aplicação da proteção conferida pela Diretiva 1999/44 a estes últimos.

42 Assim sendo, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar quais as disposições nacionais aplicáveis ao litígio que lhe foi submetido e fazer tudo o que for da sua competência, tomando em consideração o direito interno no seu todo e aplicando os métodos de interpretação por este reconhecidos, para garantir a plena eficácia do artigo 3º, nº 5, da Diretiva 1999/44 e alcançar uma solução conforme com o objetivo prosseguido por esta (v., neste sentido, acórdão de 24 de janeiro de 2012, Dominguez, C282/10, ainda não publicado na Coletânea, nº 27 e jurisprudência referida).

43 Atendendo às considerações precedentes, há que responder à questão submetida que a Diretiva 1999/44 deve ser interpretada no sentido de que se opõe à regulamentação de um EstadoMembro, como a que está em causa no processo principal, que, quando um consumidor com direito a uma redução adequada do preço de um bem estipulado no contrato de compra e venda se limita a pedir judicialmente apenas a rescisão desse contrato, quando esta não pode ser obtida devido ao caráter insignificante da falta de conformidade desse bem, não permite ao juiz nacional incumbido de apreciar o litígio conceder oficiosamente essa redução, e isto não obstante o referido consumidor não estar autorizado a precisar o seu pedido inicial nem a intentar nova ação para esse efeito.

Quanto às despesas

44 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Primeira Secção) declara:

A Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de maio de 1999, relativa a certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, deve ser interpretada no sentido de que se opõe à regulamentação de um EstadoMembro, como a que está em causa no processo principal, que, quando um consumidor com direito a uma redução adequada do preço de um bem estipulado no contrato de compra e venda se limita a pedir judicialmente apenas a rescisão desse contrato, quando esta não pode ser obtida devido ao caráter insignificante da falta de conformidade desse bem, não permite ao juiz nacional incumbido de apreciar o litígio conceder oficiosamente essa redução, e isto não obstante o referido consumidor não estar autorizado a precisar o seu pedido inicial nem a intentar nova ação para esse efeito.

Assinaturas

* Língua do processo: espanhol.

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62012CJ0032:PT:HTML

Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção)

19 de setembro de 2013 (*)
«Diretiva 2005/29/CE – Práticas comerciais desleais – Brochura publicitária que contém uma informação falsa – Qualificação de 'prática comercial enganosa' – Caso em que não pode ser imputada ao profissional nenhuma violação do dever de diligência»

No processo C435/11,
que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 267º TFUE, apresentado pelo Oberster Gerichtshof (Áustria), por decisão de 5 de julho de 2011, entrado no Tribunal de Justiça em 26 de agosto de 2011, no processo
CHS Tour Services GmbH
contra
Team4 Travel GmbH,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção),
composto por: A. Tizzano, presidente de secção, M. Berger, A. Borg Barthet, E. Levits e J.J. Kasel (relator), juízes,
advogadogeral: N. Wahl,
secretário: A. Calot Escobar,
vistos os autos,
vistas as observações apresentadas:
– em representação da CHS Tour Services GmbH, por E. Köll, Rechtsanwalt,
– em representação da Team4 Travel GmbH, por J. Stock, Rechtsanwalt,
– em representação do Governo austríaco, por A. Posch, na qualidade de agente,
– em representação do Governo alemão, por T. Henze e J. Kemper, na qualidade de agentes,
– em representação do Governo italiano, por G. Palmieri, na qualidade de agente, assistida por M. Russo, avvocato dello Stato,
– em representação do Governo húngaro, por M. Z. Fehér, K. Szíjjártó e Z. BiróTóth, na qualidade de agentes,
– em representação do Governo polaco, por B. Majczyna, na qualidade de agente,
– em representação do Governo sueco, por K. Petkovska e U. Persson, na qualidade de agentes,
– em representação do Governo do Reino Unido, por S. Ossowski, na qualidade de agente,
– em representação da Comissão Europeia, por S. Grünheid, na qualidade de agente,
ouvidas as conclusões do advogadogeral na audiência de 13 de junho de 2013,
profere o presente

Acórdão

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação da Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e o Regulamento (CE) nº 2006/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho («diretiva relativa às práticas comerciais desleais») (JO L 149, p. 22).

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a CHS Tour Services GmbH (a seguir «CHS») à Team4 Travel GmbH (a seguir «Team4 Travel») relativamente a uma brochura publicitária desta última que continha uma informação falsa.

Quadro jurídico

Direito da União

3 Os considerandos 6 a 8, 11 a 14 e 17 e 18 da diretiva relativa às práticas comerciais desleais enunciam o seguinte:

«(6) [A] presente diretiva aproxima as legislações dos EstadosMembros relativas às práticas comerciais desleais, incluindo a publicidade desleal, que prejudicam diretamente os interesses económicos dos consumidores […] Não abrange nem afeta as legislações nacionais relativas às práticas comerciais desleais que apenas prejudiquem os interesses económicos dos concorrentes ou que digam respeito a uma transação entre profissionais; […]

(7) A presente diretiva referese a práticas comerciais relacionadas com o propósito de influenciar diretamente as decisões de transação dos consumidores em relação a produtos. […]

(8) A presente diretiva protege diretamente os interesses económicos dos consumidores das práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores. […]

[...]

(11) O elevado nível de convergência atingido pela aproximação das disposições nacionais através da presente diretiva cria um elevado nível comum de defesa dos consumidores. A presente diretiva estabelece uma proibição geral única das práticas comerciais desleais que distorcem o comportamento económico dos consumidores. […]

(12) A harmonização aumentará de forma considerável a segurança jurídica tanto para os consumidores como para as empresas. Tanto os consumidores como as empresas passarão a poder contar com um quadro jurídico único baseado em conceitos legais claramente definidos regulando todos os aspetos das práticas comerciais desleais na União Europeia. […]

(13) A fim de realizar os objetivos comunitários através da supressão dos entraves ao mercado interno, é necessário substituir as cláusulas gerais e princípios jurídicos divergentes em vigor nos EstadosMembros. Deste modo, a proibição geral comum e única estabelecida na presente diretiva abrange as práticas comerciais desleais que distorcem o comportamento económico dos consumidores. […] A proibição geral é concretizada por disposições sobre os dois tipos de práticas comerciais que são de longe as mais comuns, ou seja, as práticas comerciais enganosas e as práticas comerciais agressivas.

(14) Seria desejável que as práticas comerciais enganosas abrangessem aquelas práticas, incluindo a publicidade enganosa, que, induzindo em erro o consumidor, o impedem de efetuar uma escolha esclarecida e, deste modo, eficiente. […]

[...]

(17) É desejável que essas práticas comerciais consideradas desleais em quaisquer circunstâncias sejam identificadas por forma a proporcionar segurança jurídica acrescida. Por conseguinte, o anexo I contém uma lista exaustiva dessas práticas. Estas são as únicas práticas comerciais que podem ser consideradas desleais sem recurso a uma avaliação casuística nos termos dos artigos 5º a 9º […]

(18) […] De acordo com o princípio da proporcionalidade, e a fim de possibilitar a aplicação efetiva das proteções previstas na mesma, a presente diretiva utiliza como marco de referência o critério do consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, tendo em conta fatores de ordem social, cultural e linguística, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça, […]»

4 Nos termos do artigo 1º da referida diretiva:

«A presente diretiva tem por objetivo contribuir para o funcionamento correto do mercado interno e alcançar um elevado nível de defesa dos consumidores através da aproximação das disposições legislativas, regulamentares e

administrativas dos EstadosMembros relativas às práticas comerciais desleais que lesam os interesses económicos dos consumidores.»

5 O artigo 2º da mesma diretiva tem a seguinte redação:

«Para efeitos da presente diretiva, entendese por:

[…]

b) 'Profissional': qualquer pessoa singular ou coletiva que, no que respeita às práticas comerciais abrangidas pela presente diretiva, atue no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional e quem atue em nome ou por conta desse profissional;

c) 'Produto': qualquer bem ou serviço […];

d) 'Práticas comerciais das empresas face aos consumidores' (a seguir designadas também por 'práticas comerciais'): qualquer ação, omissão, conduta ou afirmação e as comunicações comerciais, incluindo a publicidade e o *marketing,* por parte de um profissional, em relação direta com a promoção, a venda ou o fornecimento de um produto aos consumidores;

[…]

h) 'Diligência profissional': o padrão de competência especializada e de cuidado que se pode razoavelmente esperar de um profissional em relação aos consumidores, avaliado de acordo com a prática de mercado honesta e/ou o princípio geral da boa-fé no âmbito da atividade do profissional;

[…]»

6 O artigo 3º da diretiva relativa às práticas comerciais desleais dispõe:

«1. A presente diretiva é aplicável às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores, tal como estabelecidas no artigo 5º, antes, durante e após uma transação comercial relacionada com um produto.

2. A presente diretiva não prejudica o direito contratual […]»

7 O artigo 5º da referida diretiva, sob a epígrafe «Proibição de práticas comerciais desleais», tem a seguinte redação:

«1. São proibidas as práticas comerciais desleais.

2. Uma prática comercial é desleal se:

a) For contrária às exigências relativas à diligência profissional;

e

b) Distorcer ou for suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico, em relação a um produto, do consumidor médio a que se destina ou que afeta, ou do membro médio de um grupo quando a prática comercial for destinada a um determinado grupo de consumidores.

[…]

4. Em especial, são desleais as práticas comerciais:

a) Enganosas, tal como definido nos artigos 6º e 7º;

ou

b) Agressivas, tal como definido nos artigos 8º e 9º

5. O anexo I inclui a lista das práticas comerciais que são consideradas desleais em quaisquer circunstâncias. A lista é aplicável em todos os EstadosMembros e só pode ser alterada mediante revisão da presente diretiva.»

8 Conforme resulta dos seus títulos, os artigos 6º e 7º da diretiva relativa às práticas comerciais desleais definem, respetivamente, as «ações enganosas» e as «omissões enganosas».

9 O artigo 6º, nº 1, da referida diretiva prevê:

«É considerada enganosa uma prática comercial se contiver informações falsas, sendo inverídicas ou que por qualquer forma, incluindo a sua apresentação geral, induza ou seja suscetível de induzir em erro o consumidor médio, mesmo que a informação seja factualmente correta, em relação a um ou

mais dos elementos a seguir enumerados e que, em ambos os casos, conduza ou seja suscetível de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo:

a) A existência ou natureza do produto;

b) As características principais do produto, tais como a sua disponibilidade, as suas vantagens […]

[…]»

10 Os artigos 8º e 9º da mesma diretiva dizem respeito às práticas comerciais agressivas e à utilização do assédio, da coação e da influência indevida.

Direito austríaco

11 Na Áustria, a diretiva relativa às práticas comerciais desleais foi transposta, com efeitos a partir de 12 de dezembro de 2007, pela Lei federal contra a concorrência desleal de 1984 [Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 (BGBl. 448/1984)], na sua versão alterada aplicável ao litígio no processo principal (BGBl. I, 79/2007).

Litígio no processo principal e questão prejudicial

12 Resulta da decisão de reenvio que a CHS e a Team4 Travel são duas sociedades austríacas que exploram agências de viagens em Innsbruck (Áustria), que concorrem na organização e venda de cursos de esqui e férias de inverno na Áustria para grupos de crianças em idade escolar do Reino Unido.

13 Na sua brochura publicitária em língua inglesa relativa à época de inverno de 2012, a Team4 Travel, demandada no órgão jurisdicional de reenvio, qualificou alguns estabelecimentos hoteleiros de «exclusivos», termo que significa que os hotéis em questão tinham uma relação contratual exclusiva com a Team4 Travel e não podiam, nas datas indicadas, ser disponibilizados por outro operador turístico. Esta menção relativa à reserva exclusiva de um determinado número de camas por parte da Team4 Travel constava também da sua lista de preços.

14 A Team4 Travel celebrou com vários estabelecimentos hoteleiros contratos tendo por objeto um determinado número de camas para períodos específicos de 2012. Quando da celebração desses contratos, a diretora da Team4 Travel obteve desses estabelecimentos a garantia de que não tinha sido feita nenhuma reserva por parte de outros operadores turísticos. Além disso, teve em atenção que, por falta de capacidade dos estabelecimentos hoteleiros, esses hotéis não poderiam acolher outros grupos de viagem organizada durante os períodos em questão. Os referidos contratos incluíam uma cláusula segundo a qual o número de quartos atribuído seria mantido incondicionalmente à disposição da Team4 Travel e esses estabelecimentos hoteleiros não poderiam proceder de outra forma sem autorização expressa por escrito desta. Além disso, para garantir a exclusividade, a Team4 Travel acordou com os estabelecimentos hoteleiros direitos de denúncia assim como uma cláusula penal.

15 Posteriormente, a CHS reservou também um certo número de camas nos mesmos estabelecimentos hoteleiros e para as mesmas datas que a Team4 Travel. Portanto, os hotéis em questão violaram os seus deveres contratuais para com a Team4 Travel.

16 No mês de setembro de 2010, a Team4 Travel, que desconhecia que a CHS tinha efetuado reservas concorrentes, divulgou as suas brochuras publicitárias e a lista de preços para o inverno de 2012.

17 A CHS considera que a declaração de exclusividade contida nestes documentos viola a proibição de práticas comerciais desleais. Consequentemente, pediu ao Landesgericht

Innsbruck (Tribunal Regional de Innsbruck – Áustria) que, através de providência cautelar, proibisse a Team4 Travel de afirmar, no exercício da sua atividade de agência de viagens, que um determinado alojamento, em determinado período, só pode ser reservado por seu intermédio, quando na realidade esta afirmação é falsa, porquanto o alojamento no referido período também pode ser reservado através da CHS.

18 Em contrapartida, a Team4 Travel alega que, por um lado, usou da diligência profissional devida na elaboração das brochuras e que, por outro, até ao momento do seu envio não tinha conhecimento dos contratos celebrados entre a CHS e os hotéis em questão, pelo que não pode ser acusada de nenhuma prática comercial desleal.

19 Por despacho de 30 de novembro de 2010, o Landesgericht Innsbruck julgou improcedente o pedido da CHS considerando que a alegação de exclusividade contestada por esta era fundada à luz dos contratos de reservas irrevogáveis celebrados previamente pela Team4 Travel.

20 No seguimento do recurso interposto pela CHS no Oberlandesgericht Innsbruck, este confirmou, por despacho de 13 de janeiro de 2011, o referido despacho do Landesgericht Innsbruck uma vez que não existia prática comercial desleal pois a Team4 Travel respeitara as exigências da diligência profissional para garantir a possibilidade de reserva em exclusivo com os hotéis em questão. O Oberlandesgericht Innsbruck considerou que a Team4 Travel podia confiar legitimamente na lealdade contratual dos seus parceiros contratuais.

21 A CHS interpôs então recurso de «Revision» no Oberster Gerichtshof.

22 Esse órgão jurisdicional salienta que, segundo o artigo 5º, nº 2, da diretiva relativa às práticas comerciais desleais, uma prática comercial é desleal quando dois critérios cumulativos estão preenchidos, a saber, se essa prática for contrária às exigências relativas à diligência profissional [artigo 5º, nº 2, alínea a)] e distorcer ou for suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico, em relação a um produto, do consumidor médio [artigo 5º, nº 2, alínea b)].

23 Ora, os artigos 6º, nº 1, e 8º da mesma diretiva retomam apenas o segundo destes critérios, sem referir expressamente a exigência do artigo 5º, nº 2, alínea a), dessa diretiva.

24 Assim, há que perguntar se, em caso de prática enganosa ou de prática agressiva previstas, respetivamente, nos artigos 6º e 7º, bem como 8º e 9º da diretiva relativa às práticas comerciais desleais, o legislador da União se baseou na hipótese de que há automaticamente violação do dever de diligência profissional ou se, pelo contrário, o profissional está autorizado a provar, caso a caso, que não violou o seu dever de diligência.

25 Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, a lógica milita a favor desta segunda interpretação. Com efeito, embora, como neste caso, uma disposição de caráter geral (artigo 5º, nº 2, da referida diretiva) seja objeto de especificações através de normas especiais (artigos 6º e seguintes da mesma diretiva), sem que estas derroguem formalmente a primeira disposição, não se pode considerar que o legislador pretendeu eliminar um dos dois elementos essenciais da norma geral.

26 Nestas condições, o Oberster Gerichtshof decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«O artigo 5º da [diretiva relativa às práticas comerciais desleais] deve ser interpretado no sentido de que, no caso das 'práticas comerciais enganosas' previstas no

artigo 5º, nº 4, desta diretiva, não é admissível apreciar separadamente o critério estabelecido no artigo 5º, nº 2, alínea a), [desta mesma diretiva]?»

Quanto à questão prejudicial

27 A título preliminar, há que recordar que o artigo 2º, alínea d), da diretiva relativa às práticas comerciais desleais define, utilizando uma formulação particularmente ampla, o conceito de «prática comercial» como «qualquer ação, omissão, conduta ou afirmação e as comunicações comerciais, incluindo a publicidade e o *marketing,* por parte de um profissional, em relação direta com a promoção, a venda ou o fornecimento de um produto aos consumidores» (v., designadamente, acórdãos de 23 de abril de 2009, VTBVAB e Galatea, C261/07 e C299/07, Colet., p. I2949, nº 49; de 14 de janeiro de 2010, Plus Warenhandelsgesellschaft, C304/08, Colet., p. I217, nº 36; e de 9 de novembro de 2010, Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag, C540/08, Colet., p. I10909, nº 17). Além disso, em conformidade com o artigo 2º, alínea c), da mesma diretiva, o conceito de «produto», nos termos aí definidos, compreende também os serviços.

28 Ora, conforme consta da decisão de reenvio, a informação em questão no processo principal, que foi prestada por uma agência de viagens em brochuras publicitárias que propõem cursos de esqui e férias de inverno para grupos escolares, diz respeito à exclusividade que esse profissional, neste caso, a Team4 Travel, alega deter, nas datas indicadas, em certos estabelecimentos hoteleiros.

29 Tal informação, segundo a qual certos alojamentos só estariam disponíveis através da Team4 Travel e, como tal, não podiam ser reservados por intermédio de outro profissional, diz respeito à disponibilidade do produto, na aceção do artigo 6º, nº 1, alínea b), da diretiva relativa às práticas comerciais desleais.

30 Nestas condições, a informação relativa à exclusividade que a Team4 Travel invocou constitui incontestavelmente uma prática comercial na aceção do artigo 2º, alínea d), da referida diretiva e está, consequentemente, sujeita às disposições estabelecidas na mesma.

31 Feito este esclarecimento, há que reconhecer que a questão submetida pelo Oberster Gerichtshof tem por objeto apenas a interpretação do artigo 5º da diretiva relativa às práticas comerciais desleais.

32 Todavia, na sua decisão de reenvio, esse mesmo órgão jurisdicional verificou que a informação relativa à exclusividade contida nas brochuras distribuídas pela Team4 Travel é objetivamente incorreta e constitui, pois, para um consumidor médio, uma prática comercial enganosa conforme definida no artigo 6º, nº 1, da referida diretiva.

33 O órgão jurisdicional de reenvio interrogase também quanto à questão de saber se, para a aplicação do artigo 6º, nº 1, e para efeitos da qualificação da prática da Team4 Travel de «enganosa» na aceção desta disposição, basta examinar esta prática atendendo apenas aos critérios enunciados nesta e que, segundo as conclusões desse órgão jurisdicional, se encontram todos preenchidos neste caso ou se, pelo contrário, há que verificar além disso se o critério da contrariedade da prática comercial às exigências da diligência profissional, conforme previsto no artigo 5º, nº 2, alínea a), da mesma diretiva, se encontra igualmente preenchido, o que contudo não se verifica no caso concreto, uma vez que a agência de viagens em questão fez tudo para garantir a exclusividade que invoca nas suas brochuras publicitárias.

34 Noutros termos, deve entenderse que o presente pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação do artigo 6º, nº 1, da diretiva relativa às práticas comerciais desleais e a eventual relação entre esta disposição e o artigo 5º, nº 2, desta diretiva. No essencial, visa determinar se, caso uma prática comercial satisfaça todos os critérios enunciados no artigo 6º, nº 1, da diretiva para ser qualificada de prática enganosa na aceção desta disposição, o órgão jurisdicional está ainda obrigado a verificar se essa prática é igualmente contrária às exigências da diligência profissional a título do artigo 5º, nº 2, alínea a), desta mesma diretiva para que possa ser considerada desleal e, como tal, proibila com base no nº 1 desse artigo 5º.

35 A este respeito, há que recordar que, quanto ao artigo 5º da referida diretiva, o Tribunal de Justiça já declarou reiteradamente que este artigo, que prevê, no seu nº 1, o princípio da proibição das práticas comerciais desleais, estabelece os critérios que permitem determinar esse caráter desleal (v. acórdãos, já referidos, VTBVAB e Galatea, nº 53; Plus Warenhandelsgesellschaft, nº 42; e Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag, nº 31).

36 Assim, em conformidade com o nº 2 do referido artigo, uma prática comercial é desleal se for contrária às exigências relativas à diligência profissional e se for suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico de um consumidor médio em relação a um produto (acórdãos, já referidos, VTBVAB e Galatea, nº 54; Plus Warenhandelsgesellschaft, nº 43; e Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag, nº 32).

37 Além disso, o artigo 5º, nº 4, da diretiva relativa às práticas comerciais desleais define duas categorias precisas de práticas comerciais desleais, a saber, as «práticas enganosas» e as «práticas agressivas», que correspondem aos critérios especificados, respetivamente, nos artigos 6º e 7º, bem como 8º e 9º, da mesma diretiva (acórdãos, já referidos, VTBVAB e Galatea, nº 55; Plus Warenhandelsgesellschaft, nº 44; e Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag, nº 33).

38 Por último, a diretiva relativa às práticas comerciais desleais prevê, no seu anexo I, uma lista exaustiva de 31 práticas comerciais que, em conformidade com o disposto no artigo 5º, nº 5, desta diretiva, são consideradas desleais «em quaisquer circunstâncias». Por conseguinte, como o considerando 17 da referida diretiva expressamente especifica, estas são as únicas práticas comerciais que podem ser consideradas desleais sem serem objeto de uma avaliação caso a caso ao abrigo das disposições dos artigos 5º a 9º da mesma diretiva (acórdãos, já referidos, VTBVAB e Galatea, nº 56; Plus Warenhandelsgesellschaft, nº 45; e Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag, nº 34).

39 Neste contexto, importa salientar que o artigo 5º, nº 4, da referida diretiva qualifica de desleais as práticas comerciais que se revelem enganosas ou agressivas «tal como definido», respetivamente, nos artigos 6º e 7º, bem como 8º e 9º, desta diretiva, expressão que sugere que a determinação do caráter enganoso ou agressivo da prática em questão depende apenas da sua apreciação à luz somente dos critérios enunciados nestes últimos artigos. Esta interpretação tem apoio no facto de esse nº 4 não incluir nenhuma referência aos critérios mais gerais que constam do nº 2 do referido artigo 5º

40 Além disso, o referido nº 4 começa com a expressão «[e]m especial» e o considerando 13 da diretiva relativa às práticas comerciais desleais precisa a este respeito que «a proibição geral […] estabelecida na […] diretiva […] é concretizada por disposições sobre os dois tipos de práticas comerciais que são de longe as mais comuns, ou seja, as práticas comerciais enganosas e as práticas comerciais agressivas». Daqui decorre

que a regra de base desta diretiva, segundo a qual são proibidas as práticas comerciais desleais, conforme prevê o artigo 5º, nº 1, da referida diretiva, é aplicada e concretizada por normas mais específicas para ter devidamente em conta o risco que representam para os consumidores os dois casos que ocorrem mais frequentemente, a saber, as práticas comerciais enganosas e as práticas comerciais agressivas.

41 No que diz respeito aos artigos 6º e 7º, bem como 8º e 9º da referida diretiva, o Tribunal de Justiça já declarou que, por força dessas disposições, tais práticas são proibidas quando, tendo em conta as suas características e o contexto factual, conduzirem ou forem suscetíveis de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo (acórdão VTBVAB e Galatea, já referido, nº 55). Por conseguinte, o Tribunal de Justiça não fez depender a proibição dessas práticas de nenhum critério para além dos enunciados naqueles artigos.

42 Mais concretamente, no que diz respeito ao artigo 6º, nº 1, da diretiva relativa às práticas comerciais desleais, em questão no processo principal, há que sublinhar que, em conformidade com a redação desta disposição, o caráter enganoso de uma prática comercial depende apenas do facto de ser incorreta na medida em que contém informações falsas ou que, de forma geral, é suscetível de induzir em erro o consumidor médio em relação, designadamente, à natureza ou às características principais de um produto ou de um serviço e que, como tal, é suscetível de levar esse consumidor a tomar uma decisão de transação que não tomaria na inexistência de tal prática. Quando estas características estão reunidas, a prática é «considerada» enganosa e, como tal, desleal por força do artigo 5º, nº 4, desta diretiva e deve ser proibida por aplicação do nº 1 deste mesmo artigo.

43 Há, pois, que constatar que os elementos constitutivos de uma prática comercial enganosa, conforme constam do artigo 6º, nº 1, da diretiva relativa às práticas comerciais desleais e foram recordados no número anterior, foram essencialmente concebidos segundo a perceção do consumidor enquanto destinatário de práticas comerciais desleais (v., neste sentido, acórdão de 12 de maio de 2011, Ving Sverige C122/10, Colet., p. I3903, nºs 22 e 23) e correspondem, no essencial, ao segundo critério que caracteriza uma prática dessa natureza, conforme enunciada no artigo 5º, nº 2, alínea b), desta diretiva. Em contrapartida, no referido artigo 6º, nº 1, não se alude ao critério, que consta do artigo 5º, nº 2, alínea a), da referida diretiva, relativo à contrariedade da prática às exigências da diligência profissional, que diz respeito à esfera do empresário.

44 O Tribunal de Justiça também não fez nenhuma referência a esse critério quando, no seu acórdão de 15 de março de 2012, Pereničová e Perenič (C453/10, ainda não publicado na Coletânea, nºs 40 e 41), examinou em que medida uma prática comercial como a que está em causa no processo que deu origem ao referido acórdão podia ser qualificada de «enganosa» nos termos do artigo 6º, nº 1, da diretiva relativa às práticas comerciais desleais.

45 Decorre do exposto que, atendendo quer à redação e à estrutura dos artigos 5º e 6º, nº 1, da referida diretiva quer à sistemática geral desta última, uma prática comercial deve ser considerada «enganosa» na aceção da segunda dessas disposições quando os critérios aí enumerados estiverem preenchidos, sem que seja necessário verificar se o critério da contrariedade da prática comercial às exigências da diligência profissional, conforme previsto no artigo 5º, nº 2, alínea a), da mesma diretiva, se encontra também preenchido.

46 A interpretação precedente é a única que preserva o efeito útil das normas particulares previstas nos artigos 6º a 9º da diretiva relativa às práticas comerciais desleais. Com efeito, se os critérios de aplicação destes artigos fossem idênticos aos enunciados no artigo 5º, nº 2, da mesma diretiva, os referidos artigos seriam desprovidos de todo o alcance prático, apesar de terem como objetivo a proteção do consumidor das práticas desleais mais frequentes (v. nº 40 do presente acórdão).

47 A referida interpretação é ainda corroborada pela finalidade prosseguida pela diretiva relativa às práticas comerciais desleais, que consiste em garantir, em conformidade com o seu considerando 23, um elevado nível de defesa do consumidor ao proceder a uma harmonização completa das regras relativas às práticas comerciais desleais, incluindo a publicidade desleal, das empresas em face dos consumidores (v., designadamente, acórdão Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag, já referido, nº 27), sendo certo que a interpretação adotada tende a facilitar a aplicação efetiva do artigo 6º, nº 1, desta diretiva num sentido favorável aos interesses dos consumidores destinatários de uma informação falsa que consta de brochuras publicitárias distribuídas por um profissional.

48 Atendendo ao conjunto das considerações precedentes, importa responder à questão submetida que a diretiva relativa às práticas comerciais desleais deve ser interpretada no sentido de que, no caso de uma prática comercial preencher todos os critérios enunciados no artigo 6º, nº 1, desta diretiva para ser qualificada de prática enganosa para o consumidor, não é necessário verificar se essa prática é igualmente contrária às exigências da diligência profissional na aceção do artigo 5º, nº 2, alínea a), da mesma diretiva para que possa validamente ser considerada desleal e, como tal, proibida nos termos do artigo 5º, nº 1, da referida diretiva.

Quanto às despesas

49 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Primeira Secção) declara:

A Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e o Regulamento (CE) nº 2006/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho («diretiva relativa às práticas comerciais desleais»), deve ser interpretada no sentido de que, no caso de uma prática comercial preencher todos os critérios enunciados no artigo 6º, nº 1, desta diretiva para ser qualificada de prática enganosa para o consumidor, não é necessário verificar se essa prática é igualmente contrária às exigências da diligência profissional na aceção do artigo 5º, nº 2, alínea a), da mesma diretiva para que possa validamente ser considerada desleal e, como tal, proibida nos termos do artigo 5º, nº 1, da referida diretiva.

Assinaturas

* Língua do processo: alemão.

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62011CJ0435:PT:HTML

Entrevista concedida por Mário Frota à *Revista do Balcão do Consumidor* da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo

Mário Frota

Fundador e primeiro presidente da AIDC – Associação Internacional de Direito do Consumo. Fundador e presidente da apDC - associação portuguesa de Direito do Consumo – de Coimbra. Fundador e presidente da Comissão de Instalação da Escola Superior de Ciências do Consumo.

1. Qual foi a sua participação na elaboração do Código de Defesa do Consumidor no Brasil?

Mário Frota: A AIDC – *Associação Internacional de Direito do Consumo* (projeto por nós ideado e consubstanciado no termo do I Congresso Europeu das Condições Gerais dos Contratos/Cláusulas Abusivas) constituiu-se em Coimbra a 21 de maio de 1988.

A presidência internacional da AIDC foi-nos no ato constitutivo cometida.

Estava presente, como convidado nosso, nesse memorável congresso (que reuniu participantes de 32 países, atingindo sete centenas de congressistas e constituindo assinalável marco no desenvolvimento da disciplina), o atual ministro Herman Benjamin, que na altura coadjuvava a comissão coordenada por Ada Pellegrini Grinover. Só mais tarde se tornaria seu membro efetivo.

Presentes ainda os nomes mais sonantes da jusconsumerística europeia e internacional – Jean Calais-Auloy, Ewoud Hondius, T. Bourgoignie… e outros que se nos juntaram ulteriormente – Eike Von Hippel, Norbert Reich…

Logo ali se delineou, no quadro da AIDC, um conjunto de manifestações científicas em apoio ao projeto de tanta relevância e magnitude desencadeado naquele ano.

Para além dos congressos e seminários internacionais promovidos sob a égide da AIDC nas principais capitais brasileiras e a cujas comissões científicas presidimos, em 1989 e 1990, e em que se discutiu cada um dos relevantes temas levados ao anteprojeto, a saber,

– da proteção da saúde e da segurança do consumidor;
– da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço;
– da responsabilidade pelo vício do produto e do serviço;
– da reparação integral dos danos;
– das práticas comerciais: ofertas, comunicação comercial, práticas abusivas;
– da proteção contratual: contratos de adesão, cláusulas abusivas, sanções;
– da defesa do consumidor em juízo,

debatemos com a Comissão do Código, ponto por ponto, as soluções visualizadas nos diferentes capítulos do anteprojeto, à luz do direito em vigor na Comunidade Econômica Europeia ou em fase de aprovação e no anteprojeto do código francês de Calais-Auloy, cujos trabalhos preparatórios seguimos de muito perto e bem assim os da *Commission de Refonte du Droit de la Consommation* de França.

Interviemos, enquanto presidente da AIDC, em discussões acirradas com distintas entidades, em São Paulo como no Rio de Janeiro, no Rio Grande do Norte ou no Ceará, como no Rio Grande do Sul, mormente com os quadros dirigentes das federações empresariais a sindicatos outros, em defesa das soluções propugnadas.

Fomos sucessivamente recebidos, enquanto presidente da entidade internacional, pelos presidentes da Fiesp e da Fecomércio/SP para aclaramento de aspectos parcelares do anteprojeto e definição das soluções consagradas na Comunidade Econômica Europeia como nos Estados Unidos, sempre, e só, com o propósito de reforçar a ideia de que o código o era em favor da cidadania brasileira e não contra qualquer dos segmentos estruturantes do mercado de consumo.

Fizemo-lo ainda, enquanto *lobby* circunstancial, e em momentos particularmente difíceis, sempre a instâncias de Benjamin, excelente articulador, perante a Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados, nas pessoas de Michel Temer, Geraldo Alckmin Filho e Nelson Jobim, os dois primeiros com substitutivos. E ainda Joaci Goes, que fora designado relator da comissão constituída sob a égide do Congresso Nacional.

Houve momentos de particular dureza, não tanto no convencimento da bondade das soluções técnico-jurídicas propugnadas pelos egrégios membros da comissão, mas perante as hesitações e até os recuos nas estâncias políticas, tantas e tais as tergiversações e as resistências a algo que rompesse com o direito convencional, a despeito do comando constitucional emergente da Constituição Cidadã de 5 de outubro de 1988 em ordem à edificação de uma lei neste particular.

Em suma, para além dos trabalhos encetados próximo dos 'sete magníficos' – Ada Pellegrini Grinover, Brito Filomeno, Daniel Roberto Fink, Kazuo Watanabe, Zelmo Denari, Herman Benjamin e Nelson Nery Júnior –, de reter outros momentos, a saber:

– abater a resistência de professores tradicionalistas de universidades conceituadas, que mal admitiam as soluções perfilhadas noutros quadrantes e mais conformes com situações de justiça contratual, fora de meros quadros formais até então subsistentes;

– romper a resistência de conglomerados empresariais, convictos de que a legislação emergente constituiria um autêntico terremoto que de todo os destruiria, esclarecendo-os dos propósitos são do código;

– difundir *urbi et orbi*, em instituições as mais distintas – das universidades às associações empresariais e cívicas –, do interior da Paraíba, mais concretamente de Campina Grande aos confins do Rio Grande do Sul, o direito novo, que elegia o homem, o ser humano, como princípio e fim das relações de consumo, em uma construção nova liberta de constrangimentos e de visos de exploração, em uma equanimidade e em uma base de justiça

contratual, sem extrapolações desnecessárias e como afronta à iniquidade, à prepotência e à injustiça, de molde a buscar também a sua adesão ao projeto;

– e, por último, a presença internacional (que não internacionalista, no pior dos sentidos…) em apoio às pretensões da comissão e das comissões, no palco político onde tudo, afinal, em última instância se desenrolaria, pela presença física, como através de contatos epistolares em reforço dos textos que se submeteriam a discussão e aprovação nas Câmaras.

Tarefas de somenos, afinal, perante a magnitude do movimento e a gestão das comissões e dos que nelas se integraram.

Recordar Paulo Salvador Frontini, Secretário de Estado da Justiça de São Paulo, ao tempo, será também preito de homenagem que cumpre consignar neste passo. Porque de elementar justiça!

2. Quais são os maiores desafios da atualidade na proteção aos consumidores?

Mário Frota: A União Europeia (UE) elegeu uma variedade de segmentos – no horizonte do ciclo de 2014-2020 – que constituem, hoje por hoje, o alfa e o ómega da política que intenta desencadear no septenato que se avizinha.

Repare-se que é da União Europeia que se trata. União Europeia que é, ainda que com flutuações, crises econômicas, austeridade e recessão, observáveis um pouco por toda a parte, o maior bloco econômico do globo, em que as políticas estão muito distantes das aspirações mais comezinhas dos consumidores, como amiúde se observa.

Ei-los:

1. Segurança de produtos e serviços, com uma peculiar intervenção no segmento ou na vertente da segurança alimentar;

2. Modificações no tecido econômico-social;

2.1. Revolução digital;

2.2. Consumo sustentável;

2.3. Exclusão social, consumidores hipervulneráveis, vulneráveis e acessibilidade;

3. Sobrecarga de informação – défice de conhecimentos – em detrimento do consumidor: informação em excesso equivale a informação nenhuma…

4. Direitos que, na prática, não são plenamente cumpridos, fasquia que importa superar em ordem a um integral respeito pelo estatuto do consumidor;

5. Desafios específicos em setores-chave.

E, neste particular, seguimos de perto a comunicação emanada em maio de 2012 da Comissão Europeia, que faz uma adequada radiografia às insuficiências e às deficiências detectadas no seio da União Europeia sob o tema das políticas de consumidores.

Determinados setores revestem-se de peculiar relevância em tempos de crise econômica, tanto mais que afetam profundamente os interesses básicos dos consumidores no que tange a bens e serviços essenciais, como:

– a alimentação;

– a energia;

– os transportes públicos;

– as comunicações eletrônicas; e

– os serviços financeiros.

Há que contar com a incidência das alterações econômicas e sociais sobre tais setores primaciais.

À UE cumpre curar em particular do modo como atualmente os consumidores se apercebem e escolhem os diversos serviços financeiros.

Tecnologias, como as do telebanco, facilitam a vida dos consumidores. Porém, a complexidade e os riscos acrescidos de certos produtos e serviços financeiros (em que a própria poupança-reforma se inclui) exigem um nível mais elevado de transparência e de literacia financeira. As comissões exigidas pelos serviços financeiros de base são geralmente opacas e os consumidores continuam a ser dissuadidos a não mudar de banco dado recearem (muitas vezes justificadamente) que tal solução será sempre mais onerosa.

Os consumidores não retiram, em geral, pleno proveito da liberalização das indústrias de rede, como a energia, os transportes e as comunicações eletrônicas, seja nos preços seja nos níveis de qualidade do serviço.

A liberalização do setor dos transportes, em especial, estimulou a concorrência, beneficiando um número cada vez maior de cidadãos que circulam pela Europa. Mas é indispensável tornar exequível, efetiva, a carta de direitos dos passageiros na UE, aplicando-a em plenitude, por forma a opor eficazmente os meios de defesa contra práticas desleais e violações extremes do direito da UE em vigor.

O impacto decisivo da revolução digital no domínio das viagens aponta para a importância de uma maior adequação entre os direitos dos consumidores e os objetivos imbricados no seu exercício.

Os mercados da eletricidade e do gás, no segmento dos consumidores domésticos, recentemente sujeitos à concorrência, permanecem com uma incógnita, já que muitos consumidores continuam a considerar difíceis as comparações, devido aos procedimentos complicados e/ou às condições de mercado verdadeiramente opacas.

No que toca à energia, estima-se que os agregados familiares na UE poderiam economizar, em média, até 1.000 €/ano, através de simples medidas de eficiência, tais como o isolamento das casas, instalação de termóstatos e painéis solares para aquecimento da água, montagem de vidros duplos nas janelas e substituição de sistemas de aquecimento antigos em razão dos consumos excessivos.

Mas dúvidas e ignorância obstam a que tais objetivos se persigam.

Por conseguinte, os agregados familiares dispõem de um potencial significativo de poupança energética em condições economicamente rendíveis e de melhoria da eficiência no consumo final da energia. Esse potencial, porém, está longe de ser plenamente explorado, principalmente devido ao fato de os utilizadores não conhecerem o seu próprio consumo real nem disporem de dados claros e facilmente acessíveis no que se prende com a contagem e a faturação.

Embora os mercados das comunicações eletrônicas hajam provado a sua resistência à crise econômica, os consumidores não retiram vantagens da concorrência, em razão da ausência de transparência das tarifas, da deficiente qualidade dos serviços e dos obstáculos que se opõem à mudança de fornecedor.

Estima-se que no futuro haja um aumento da pressão ambiental global decorrente do consumo alimentar, devido, por exemplo, às alterações dos hábitos alimentares e ao acréscimo dos resíduos alimentares; prevê-se que tal acréscimo afete a Europa nos próximos anos e se traduza em um desperdício manifesto de recursos e de divisas.

No que tange ao Brasil, em particular, permita-se-nos que se defina os domínios essenciais em que os desafios se suscitam, a saber:

1. Reforço da disciplina do direito do consumidor nas universidades, contrariando a tendência para a sua inserção no currículo como disciplina optativa;

2. Peculiares exigências neste particular nas escolas superiores da Magistratura, Ministério Público e Advocacia, de forma a habilitar os juristas a um pleno exercício do seu múnus funcional, em obediência ao ordenamento e sem prejuízo da específica tutela da posição jurídica do consumidor;

3. Inserção da educação para o consumo nos currículos escolares;

4. Desencadeamento de campanhas adequadas de informação para o consumo nos meios de comunicação social de forma regular e maciça;

5. Reforço dos meios e incrementos dos Procons estaduais e municipais para que a informação e a mediação dos conflitos se opere de forma ajustada às necessidades;

6. Reforço dos juizados especiais com seções vocacionadas à litigiosidade de consumo, onde tal se justifique, para que os conflitos que ocorram se dirimam de forma célere, segura e graciosa, contrariando-se a tendência, face ao volume processual desmesurado que em tantos domínios se observa, para um alongamento no tempo da resolução dos litígios, com manifestas desvantagens para os consumidores e sua estabilidade emocional;

7. Monitorização do acesso da generalidade dos consumidores, em particular dos hipossuficientes e vulneráveis, como dos hipervulneráveis, a produtos e serviços essenciais – da dieta alimentar à agua, à energia, aos transportes públicos e ao mais;

8. Acesso dos consumidores à sociedade digital com peculiar tutela no domínio do comércio eletrônico;

9. Acesso dos consumidores a um sistema de consumo sustentável;

10. Efetivo controle dos serviços prestados pelas instituições de crédito e sociedades financeiras, como forma de obstar o fenômeno erosivo do superendividamento que dissolve as próprias bases da sociedade como das famílias.

3. O senhor defende a necessidade de educar para o consumo. Qual seria a forma ideal de trabalhar este tema?

Mário Frota: Educar para o consumo pressupõe e impõe, em nosso entender:

1. A inserção nos currículos escolares de matérias de direito e dos direitos dos consumidores, de modo transversal, disciplina a disciplina, e de forma coordenada – da língua pátria ao desenho ou *design*, da biologia à matemática.

2. A consideração de segmentos, no quadro da educação para o consumo, como os de educação para:

2.1. a qualidade;

2.2. a segurança (nos seus múltiplos desdobramentos, a saber, a segurança em geral, a segurança doméstica, a segurança em ambiente escolar, a segurança em ambiente laboral, a segurança em atividades de lazer, a segurança infantil, a segurança rodoviária, a segurança de produtos em geral, a segurança de produtos alimentícios, a segurança de produtos farmacêuticos, a segurança de produtos químicos (agrotóxicos), a segurança de cosméticos, a segurança dos serviços em geral, a segurança em estâncias turísticas, a segurança nos transportes em geral e nos transportes públicos em particular, a segurança de serviços financeiros…);

2.3. a saúde;

2.4. a formação (passe a aparente redundância);

2.5. a informação;

2.6. a mídia (os meios de comunicação social, em que se incluem os audiovisuais);

2.7. a comunicação comercial (marketing, publicidade, rotulagem);

2.8. a responsabilidade;

2.9. a justiça;

2.10. a não conflitualidade;

2.11. o associativismo (a cooperação);

2.12. o empreendedorismo (a iniciativa nos múltiplos domínios do mercado do consumo);

2.13. os serviços financeiros (a educação financeira com vista à prevenção do risco do superendividamento);

2.14. enfim, o consumo em sentido estrito (saber escolher, saber comprar…).

Em nosso modesto entender, educar para o consumo não significa inscrever nos planos de estudo uma disciplina mais, susceptível de concorrer com as mais disciplinas, de modo vertical, setorial, quando os planos de estudo já estão sobrecarregados de disciplinas. E, de cada vez que surgem na vida concretos problemas, há sempre mais uma voz a exigir, com autonomia, sem nenhuma visão de conjunto, uma disciplina de saúde, outra de segurança rodoviária, outra ainda de educação sexual, e mais de educação financeira, com programas mais ou menos artificiosos, e de empreendedorismo, como se todos tivessem de vestir o traje de capitalistas para criar negócios e prosseguir nessa senda… enfim, há uma perspectiva caótica do ensino, que conviria superar com uma reflexão mais detida sobre a aprendizagem e sua correlação com a vida…

Como não significa ainda (que nos perdoem os que de tal perspectiva discordam) ensinar o Código de Defesa do Consumidor ou as leis avulsas a crianças em idade escolar, com as dificuldades que uma visão de tal jaez naturalmente postula.

Como não constitui ainda promover, em meio escolar, ações mais ou menos dispersas, episódicas, circunstanciais, fugazes… de que nem sequer uma marca distintiva permanece no espírito dos receptores, do universo-alvo a que se dirigem, tal a volatilidade de tais ações!

Educar para o consumo exige, como missão primeira, formar formadores. E os formadores serão os professores de cada uma das disciplinas, já que a educação para o consumo não conhece compartimentos estanques, antes especificidades na língua pátria, nas línguas estrangeiras, nas ciências naturais, na matemática… convergentes no objetivo comum que é exatamente o de educar para o consumo, de modo integral!

A educação para o consumo completa-se pela formação, ao jeito de uma preparação contínua, permanente, para a vida, para faixas etárias mais avançadas…

Afigura-se-nos que a missão primeira das Escolas de Defesa do Consumidor, entretanto criadas aqui e além, deveria ser a da instrução de formadores, de multiplicadores, de transmissores, como adjuvante do que importaria fosse levado aos bancos da escola, pública ou privada, por imperativos da Constituição e das leis ordinárias.

Daí que se entenda que há que estabelecer pontes entre o Ministério da Justiça e o da Educação para que se concerte esta perspectiva e as escolas passem a dispor regularmente, como algo de conatural ao ensino professado, de educação para o consumo, no enquadramento visualizado.

Se se ignorar uma tal perspectiva, nunca mais de arremedo em arremedo, de proposta em proposta, se atingirá um tal *desideratum*…

Lamentavelmente para o presente, para o futuro, para a cidade, para a cidadania, em suma!

4. Como o senhor avalia o trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, com o projeto Balcão do Consumidor?

Mário Frota: Por estranho que pareça, horas antes de surgir esta proposta de entrevista, emanada do professor Rogério da Silva, que cumpre agradecer penhoradamente e que aceitamos conceder incondicionalmente, escrevíamos para o nosso jornal digital *NetConsumo* algo do estilo:

Nem todas as universidades no Brasil se empenham em levar por diante eventuais programas de defesa do consumidor.

Há, porém, excelentes iniciativas que primam ou pela originalidade ou pela utilidade manifesta que delas derivam para as populações que são o seu alvo preferencial.

Em Passo Fundo, no interior do Estado do Rio Grande do Sul, no Brasil, a universidade dispõe de um balcão de atendimento móvel ao serviço da informação dos consumidores que careçam de ser esclarecidos sobre relações de consumo em que se enlacem ou de conflitos em que se envolvam.

Trata-se de um meritório exemplo que importaria fosse seguido em outros espaços, mormente entre nós, em Portugal. Mas para tanto teria de haver sensibilidade das entidades coenvolvidas: estado, regiões, municípios, universidades e instituições de consumidores, o que nem sempre ocorre. Mormente quando as teses neoliberais avultam de novo com inusitada intensidade e os consumidores e seus direitos injustamente relegados para as calendas gregas…"

Para nós, não só o modelo constitutivo da universidade é algo de singular e abrangente, já que radica na própria comunidade de povos, como presta com o Balcão inestimável serviço

às populações porque, numa das suas vertentes, vai ao seu encontro, em busca dos mais carenciados e, numa perspectiva de proximidade, porque itinerante, fato que cumpre registar de modo impressivo.

Importa que o modelo se torne conhecido, como noutra oportunidade o referimos, do Oiapoque ao Chuí e de Porto Seguro, na Bahia, a Bujari, no Acre.

A informação ao consumidor, em estádios de desenvolvimento precoces, é algo de relevante para que a cidadania se afirme e a exploração no mercado de consumo se atenue. Informação descodificada, simples, acessível, mas rigorosa, é aliada preferencial dos direitos que há que reconhecer imperativamente aos consumidores, sobretudo aos de menor capacidade, hipossificiência e efetiva hipervulnerabilidade.

Como na oportunidade o exprimimos, no prefácio à obra "Balcão do Consumidor", para que o professor Rogério da Silva nos desafiara:

"A Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo assumiu, vai para um quinquénio, como imperativo, o projeto do balcão do consumidor: como um serviço público de inestimável valor, e uma dádiva às populações, como missão, dir-se-ia neste passo, inarredável de cidadania".

O fato representa por si algo de saudar fragorosamente, envolvendo, a um tempo, os seus mentores e os que lhes seguiram na peugada em proveito dos povos.

O Balcão do Consumidor, como projeto de extensão da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, serviu diretamente mais de 20 mil pessoas, com repercussões que extrapolam a sua utilidade aos círculos familiar e profissional.

O Balcão tem como missão promover a educação para o consumo, de mãos dadas com os poderes públicos, carrear informação aos consumidores e mediar os conflitos que estalem no mercado de consumo.

A iniciativa possibilita aos universitários o exercício de uma prática jurídica consequente.

Os universitários, como estagiários, devidamente assistidos, atendem os consumidores, identificam os problemas, participam das audiências e perseguem uma solução para o conflito, através da mediação.

Trata-se de um meritório labor que oferece aos que se expõem às suas exigências e consequências um lastro assinalável, não só pelos contatos estabelecidos como pela peculiaridade das situações recortadas e das soluções ajustáveis, num tirocínio de serviço à comunidade que dificilmente logrará paralelo noutras atividades.

O serviço à comunidade que neste passo se consubstancia deveria ser reproduzido um pouco por toda a parte, numa doação da universidade aos povos, como forma de retribuição singular ao que a comunidade oferta à universidade.

É singular o que em Passo Fundo se registra com o Balcão-Móvel, que permite uma aproximação mais íntima do serviço às populações, pelo qual se amplia naturalmente a sua capacidade de intervenção. E se atingirá decerto um universo muito mais significativo, ao chegar a círculos de consumidores que dos seus benefícios se achariam privados não fora essa louvável iniciativa.

O modelo carece de ser mostrado ao imenso Brasil, onde por vezes, a despeito das inúmeras manifestações empreendidas um pouco por toda a parte, se ignora, no fundo, o que de relevante se faz, quando as inovações são de monta, como é o caso.

A grande massa de consumidores muito beneficiaria se a universidade se envolvesse nas políticas de consumidores e, na sua multidimensionalidade, proporcionasse a todos e cada um parte do seu "saber-fazer", nos diferentes segmentos por que se espraiam as suas atividades: da segurança e qualidade dos gêneros alimentícios à segurança de produtos químico-farmacêuticos ou de cosmética, como de produtos em geral ou, de modo específico, os de puericultura, os brinquedos, os artefatos pirotécnicos, a natureza e qualidade dos materiais da construção civil, a específica qualidade das construções, as perícias técnicas a eletrodomésticos, a veículos automóveis e, em particular, a produtos de grande consumo.

Um mero exercício se proporia a fim de se obter uma categórica resposta: os azeites (óleos de oliva) extravirgem (acidez inferior a 0,8%) importados da Europa obedecem aos requisitos de integridade, pureza e demais propriedades?

Será que as universidades não poderiam cooperar, de modo articulado, com as instituições de consumidores, públicas e privadas, ante as sistemáticas dúvidas que assaltam os consumidores indefesos perante, por exemplo, uma panóplia de alimentos processados ou outros que, sendo aparentemente naturais, se têm conceitualmente como anormais (falsificados, corruptos, avariados ou com ausência de requisitos)?

E, neste passo, seria ultrapassar o quadro estrito, mas relevante, das faculdades ou escolas de direito para se envolver, de modo articulado e em rede, as Universidades, afinal, o grande desafio que se suscita à política de consumidores no Brasil, tanto quanto se nos afigura.

Mas o passo primeiro, encetado pela Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo é a pedra fundacional deste imenso edifício que estará, decerto, por erigir no país-continente que é o Brasil.

Revelar-se-á instante atrair as universidades, seja qual for a sua natureza, para a órbita do serviço à comunidade no plano de que se cura, a fim de conferir expressão aos domínios pluridimensionais de uma qualquer política de consumidores.

As universidades terão de ser o embrião de um novo paradigma na promoção dos interesses e na proteção dos direitos do consumidor, em particular em países em que as fragilidades da denominada sociedade civil são preocupantemente acentuadas.

Cumpre às universidades formar formadores, ensaiar programas de educação para o consumo destinados a distintos graus e ramos de ensino, dirigir ações de formação inicial e contínua ou permanente a distintos extratos populacionais, no quadro de políticas concertadas com as entidades a que incumbe primacialmente este complexo de atribuições e competências.

Cumpre à universidade preparar programas-modelo de informação para alimentar de forma elementar as rádios comunitárias e as televisões que se abram, ao jeito de serviço público irredutível, à difusão de tais emissões.

Cumpre ainda à universidade reproduzir balcões do estilo do que a Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo exibe como um contributo possível para minorar o défice de estruturas de formação, informação e mediação nos conflitos de consumo.

Cumpre à universidade concorrer para que produtos e serviços dispensados aos consumidores o sejam sem afetação da sua genuinidade, qualidade ou composição de gêneros alimentícios e aditivos alimentares, desenvolvendo – até para fins pedagógico-didácticos – processos de avaliação do risco como suporte a ações tanto de autoridades de regulação, como das promotorias do consumidor, das delegacias do consumidor ou dos Procons, onde atuem autonomamente (não integrados no Ministério Público).

Seria, na realidade, um passo de gigante se um projeto do jaez destes pudesse implementar-se de modo generalizado por esse imenso e privilegiado território.

E constituiria um marco para o mundo onde nem sempre os pilares de uma qualquer política de consumidores se mostram visíveis nos arremedos de que se tecem os planos, projetos e programas disponíveis.

Honra e louvor aos que são os esteios de um balcão que não é uma divisória, um obstáculo, um biombo, um murete separador, mas um traço de união entre os que se consagram a uma missão de serviço público e os que de tal serviço carecem instantemente, dele fruindo as vantagens propiciadas.

Honra e louvor a quem denodadamente se prepara para as tarefas ingentes do quotidiano, cooperando entusiástica e solidariamente para que o acesso à Justiça seja preceito constitucional com uma carga particular, que não mera norma destituída de sentido.

Um aceno de simpatia à Universidade e à Faculdade de Direito de Passo Fundo que souberam interpretar de modo inspirado os sinais de uma comunidade ávida de um serviço da igualha do que o Balcão a todos proporciona.

Que lhes não doam as mãos na arte de bem fazer em que a cidadania se traduz no seu quotidiano mourejar."

Entrevista conduzida pelo prof. **Rogério da Silva**, da Universidade de Passo Fundo.