
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 10	n. 39	p. 1-256	jan./mar. 2010
--	----------------	--------	-------	----------	----------------

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
ROMEUFELIPE
BACELLAR

© 2010 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisoras: Lourdes Nascimento, Ana Flávia Inácio Ferreira
Projeto gráfico: Luis Alberto Pimenta
Diagramação: Bruno Lopes
Bibliotecária: Paloma Fernandes Figueiredo - CRB 2751 - 6ª Região

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

A246	A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral
	ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	ISSN 1516-3210
	1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 33.342

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho
Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta
Editora Acadêmica Responsável
Ana Cláudia Finger
Secretário Editorial Executivo
Daniel Wunder Hachem
Conselho Diretivo
Adriana da Costa Ricardo Schier
Edgar Chiuratto Guimarães
Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial
Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)
Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)
Carlos Ayres Britto (UFSE)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)
Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)
Clovis Beznos (PUC/SP)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile)
Eros Roberto Grau (USP)
Guilherme Andrés Muñoz (in memoriam)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
José Carlos Abraão (UEL)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)
José Luís Said (UBA – Argentina)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz - Bolívia)
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Juarez Freitas (UFRGS)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional do Paraguai)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Marçal Justen Filho (UFPR)
Marcelo Figueiredo (PUC/SP)
Márcio Cammarosano (PUC/SP)
Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Nelson Figueiredo (UFG)
Odilon Borges Junior (UFES)
Pascual Caiella (Universidad de La Plata - Argentina)
Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)
Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Rogério Gesta Leal (UNISC)
Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional do Chile)
Sérgio Ferraz (PUC/RJ)
Valmir Pontes Filho (UFCE)
Weida Zancaner (PUC/SP)
Yara Stroppa (PUC/SP)

Conselho Consultivo
Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi - Itália)
Profa. Dra. Cristiana Fortini (UFMG - MG)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (UniBrasil - PR)
Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR - PR)
Prof. Dr. Emerson Gabardo (UniBrasil - PR)
Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (UFG - GO)
Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba - PR)
Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP - SP)
Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires - Argentina)
Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña - Espanha)
Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidad Católica de Lisboa - Portugal)
Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (UniBrasil - PR)
Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP - PR)
Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco - PR)
Profa. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR - PR)
Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba - PR)
Profa. Dra. Vanice Lirio de Valle (Universidad Estácio de Sá - RJ)

Breves apontamentos sobre a aplicabilidade restrita do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de transporte coletivo municipal de passageiros

Alexandre Bley R. Bonfim

Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

Resumo: O artigo tem como propósito analisar a incidência do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de transporte municipal de passageiros. Parte-se da análise das relações jurídicas entre pessoas de direito privado para diferenciá-las das relações havidas com o Poder Público, concluindo-se que, quanto mais regulamentada é a atividade prestada, menor a incidência das regras protetoras dos consumidores.

Palavras-chave: Concessão de serviços públicos. Transporte de passageiros. Código de Defesa do Consumidor. Relação jurídica de direito privado e relação de direito público. Direito administrativo.

Sumário: Introdução - O Código de Defesa do Consumidor e as suas bases principiológicas - A Administração como prestadora de serviços públicos - A concessão de serviços públicos - O transporte coletivo municipal de passageiros - O caso de Curitiba - A necessária distinção entre usuário de serviço público e consumidor - A aplicabilidade restrita do Código de Defesa do Consumidor aos usuários de transporte coletivo municipal - Conclusões - Referências

Introdução

O transporte público de passageiros é um desafio para os governantes, o elevado número de passageiros, a necessidade pela redução do número de veículos particulares no sistema viário municipal, a demanda por melhores serviços e, por outro lado, os constantes pleitos para redução da tarifa, fazem que a equação se torne difícil, ou impossível, de ser fechada.

A empresa que opera o sistema, além dos custos necessários a prestação dos serviços, tem como grande fonte de despesas as diversas ações judiciais, calcadas na responsabilidade objetiva que lhes é imposta pela Constituição Federal como também em normas disciplinadoras do Código de Defesa do Consumidor, fazendo com que as indenizações retirem grande parte de seus lucros.

Usualmente, o transporte coletivo municipal de passageiros é operado por meio de delegação a empresas privadas, concessionárias ou

permissionárias de serviços públicos, consoante determina o artigo 30, inciso V, da Constituição Federal brasileira.

Em decorrência do elevado número de transportados, das condições impostas pela Administração Municipal e da própria natureza do serviço prestado, o transporte coletivo municipal de passageiros é terreno fértil para demandas judiciais, notadamente as que buscam reparação de danos decorrentes do serviço prestado.

O surgimento de demandas faz com que seja necessário o correto entendimento sobre a natureza da relação jurídica existente entre as empresas prestadoras desse serviço público e seus usuários, sendo o ponto de partida para que se dê a solução adequada aos litígios existentes em juízo, tanto para os usuários quanto para os prestadores de serviço.

A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos usuários de transporte coletivo urbano é tema recorrente em nossos Tribunais, mas ainda objeto de muita divergência na doutrina, criando a falsa sensação de que a Lei Consumerista se aplica indistintamente aos prestadores de serviço público municipal de transporte de passageiros, o que não é verdade.

O presente trabalho tem como objetivo analisar a natureza da relação jurídica existente entre os usuários de transporte coletivo e os prestadores deste serviço público, sempre no âmbito municipal, a fim de verificar qual a real incidência do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de transporte coletivo de passageiros.

O Código de Defesa do Consumidor e as suas bases principiológicas

A Lei nº 8.078/90, usualmente chamada de Código de Defesa do Consumidor, teve a sua semente no direito positivo brasileiro plantada pela Assembleia Nacional Constituinte, quando classificou a proteção do consumidor como direito fundamental nos termos do artigo 5º, inciso XXXII, e a consagrou como princípio geral da ordem econômica no artigo 170, inciso V do texto constitucional.

Tamanha a importância dada pelo constituinte originário à defesa do consumidor que fez constar, ainda, no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias a determinação para que o Congresso Nacional elaborasse o Código de Defesa do Consumidor dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição.

Porém, as suas bases principiológicas já vinham sendo formuladas desde o início do século XX, quando a supremacia da vontade das partes, base do sistema contratual existente nos ordenamentos jurídicos do século XIX, que

era calcada nos ideais filosóficos e sociológicos do liberalismo,¹ começou a ser questionada em decorrência do surgimento da sociedade industrial.

A forma de contratação individual vigente no século XIX, que vinha aos poucos sendo substituída pela contratação coletiva, na qual as partes já não mais tinham as mesmas condições para negociar, fez com que as bases principiológicas até então vigentes fossem repensadas.²

A ideia de igualdade entre as partes contratantes foi paulatinamente superada no decorrer do século passado, dando lugar à proteção da parte mais fraca da relação contratual em relações jurídicas proveniente da aquisição de produtos industrializados ou serviços massificados, como forma de corrigir o desequilíbrio existente entre os contratantes.

A jurisprudência já vinha atuando na vanguarda deste pensamento, relativizando a força obrigatória dos contratos, mas ainda encontrava acentuada dificuldade em fugir ou negar à aplicabilidade dos textos legais atinentes a matéria, principalmente aqueles existentes no Código Civil de 1916, que ainda carregavam as marcas do Estado Liberal.

Uma das formas encontradas para reequilibrar as relações de consumo foi a positivação de certas regras que tinham como objetivo proteger o consumidor, no decorrer do século passado, aos poucos, diversos países foram editando normas relativas à defesa do consumidor, cada qual com as peculiaridades de seu país.

No Brasil, essa mudança principiológica estampada na Constituição Federal, fez com que, em 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor fosse promulgado pelo Presidente da República.

Este microsistema de normas tem como matriz principiológica a defesa de um grupo específico de indivíduos, que estão em desigualdade nas relações com os fornecedores, não mais podendo fazer valer as suas vontades no momento da contratação.

A mudança foi substancial, pois o novo ordenamento jurídico consagrou a ideia de que a grande parte da autonomia da vontade deixou de existir em relações de consumo, sendo substituída pela imposição das vontades e do poderio econômico dos fornecedores, cabendo aos consumidores a mera posição de aceitar o que lhes era proposto, sem que suas

¹ Conforme explica Cláudia Lima Marques: "É a época do liberalismo na economia e do chamado voluntarismo no direito. A função das leis referentes a contratos era, portanto, somente a de proteger esta vontade criadora e de assegurar a realização dos efeitos queridos pelos contratantes. A tutela jurídica limita-se a possibilitar a estruturação pelos indivíduos destas relações jurídicas próprias, assegurando uma teórica autonomia, igualdade e liberdade no momento de contratar, e desconsiderando por completo a situação econômica e social dos contratantes" (MARQUES. Contratos no Código de Defesa do Consumidor, p. 52).

² Conforme GRINOVER et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto, p. 7.

considerações ou vontades fossem efetivamente consideradas no momento da contratação.

Tais práticas, ainda que consideradas prejudiciais aos consumidores, são naturais da economia de mercado, não sendo possível aos fornecedores discutir condições específicas e avaliar as cláusulas pleiteadas por cada um dos seus consumidores, principalmente em uma economia de escala.

O grande número de contratos firmados por um banco ou por uma loja de departamento faz com que os termos e condições existentes em cada um desses acordos de vontade sejam formulados ou estabelecidos anteriormente, sendo que no momento da contratação o consumidor não poderá modificá-los.

A velocidade com que as transações comerciais são feitas e seu grande número faz com que nenhuma estrutura empresarial possa negociar cada um dos contratos firmados, ficando para o consumidor escolher apenas o dia e o valor de cada uma de suas parcelas.

Se por um lado o Código de Defesa do Consumidor protege a parte mais fraca da relação de consumo, por outro, permite aos fornecedores saberem de antemão quais imposições legais seus produtos vão encontrar no mercado em que atuam, permitindo que se organizem de para suportar tais imposições.

Isto porque, as normas presentes no Código de Defesa do Consumidor, são normas de função social, que tem como propósito diminuir a desigualdade presente entre os fornecedores e os consumidores, ou seja, buscam colocar em pé de igualdade as partes contratantes que por questões econômicas ou organizacionais, já não possuem as mesmas condições de negociar.

É um conjunto de leis voltado a regular as relações contratuais de entes privados, sujeitos a economia de mercado, que por imperativos diversos podem impor a sua vontade à parte mais fraca da relação, necessitando de corretivos legais.

Por outro lado, em paralelo ao desenvolvimento das relações privadas no último século, o Estado também modificou a sua atuação junto aos administrados, buscando intensificar a sua presença e passando a exercer funções anteriormente relegadas ao setor privado.

A Administração como prestadora de serviços públicos

O Estado Moderno detém uma série de atribuições para com os cidadãos, dentre as quais a prestação de certos serviços denominados

de serviços públicos. José Tarcízio de Almeida Melo ensina que desde a Revolução Russa de 1917 e o fim da Primeira Guerra Mundial algumas atividades foram retiradas do âmbito do livre comércio, passando para a competência do poder-dever do Estado,³ sob a forma de monopólio.

Neste mesmo sentido, conforme anotado por Luiz Antônio Rolim,⁴ o afastamento dos ideais do Liberalismo Clássico fez com que o Estado passasse a interferir de maneira direta em algumas atividades anteriormente destinadas exclusivamente à órbita privada, tais serviços passaram a ser conhecidos como serviços públicos, pois prestados pelo ente público, no interesse da coletividade e sob a égide do direito público.

Nas precisas lições de Cármen Lúcia Antunes Rocha, as bruscas mudanças ocorridas no século passado até o presente fizeram com que o Estado Contemporâneo fosse: “capacitado e obrigado a exercer atividades que conduzissem os cidadãos a ter condições de dignidade e aptidão cívica para o exercício de seus direitos”.⁵

Assim, a passagem do Estado Liberal para o Estado Social fez imprimir na Administração Pública a noção de atividade voltada aos cidadãos componentes do Estado, obrigando-a a agir em determinadas áreas para o bem-estar do povo, criando os chamados serviços públicos.

Conforme observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a tarefa de definir o que é serviço público não é simples, tendo em vista a evolução sofrida por este conceito ao logo do tempo, bem como pela diversidade de conceitos adotados pelos doutrinadores.⁶

O correto entendimento do que venha a ser serviço público é de essencial importância para distingui-lo dos serviços prestados pelo mercado em uma sociedade industrializada, a fim de que se possa auferir com segurança a diversidade dos conceitos jurídicos e matrizes principiológicas existente entre os serviços públicos e as relações de consumo.

Os serviços públicos são atribuições do Estado, somente podendo ser prestados por particulares na forma delegada, conforme prevê expressamente o texto constitucional (artigo 175, da Constituição), devendo sempre ser executado sob a fiscalização do Estado.

Diversos são os serviços públicos prestados pelo Estado. Em sua acepção mais ampla, os serviços públicos englobam a própria atividade legislativa e administrativa, exercido direta ou indiretamente, para a

³ MELO, José Tarcízio de Almeida. Direito constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 588.

⁴ ROLIM. A administração indireta, as concessionárias e permissionárias em juízo, p. 30.

⁵ ROCHA. Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro, p. 10.

⁶ DI PIETRO. Direito administrativo, p. 95.

satisfação do interesse público, conforme defendido por parte expressiva da doutrina nacional, como exemplo Mário Masagão e José Cretella Jr.

No âmbito deste trabalho, será utilizado o conceito de serviço público adotado pela Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, como sendo: “toda a atividade material que a lei atribuiu ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente as necessidades coletivas, sob o regime jurídico total ou parcial público.”⁷

Com base neste conceito, é possível verificar que a Administração Pública⁸ no cumprimento de seus deveres constitucionais foi incumbida de prestar uma série de serviços em prol do interesse coletivo, tais como educação, transporte, fornecimento de energia elétrica, água e esgoto, dentre outros necessários à satisfação das necessidades coletivas, que podem ser considerados serviços públicos.

A própria Constituição Federal nos artigos 21, 25 e 30, trata de elencar quais das atividades prestadas pelo Estado seriam serviços públicos, o que para a maioria da doutrina seria um rol exaustivo, sendo que a aceção de serviço público estaria ligado a uma opção legislativa, de forma que seria serviço público aquilo que a Constituição definisse como tal.

A doutrina também se mostra alinhada no que se refere aos elementos de definição do serviço público, que são: elemento subjetivo, elemento material e elemento formal.

Por elemento deve compreender-se a pessoa por quem o serviço é ofertado, se pelo Estado ou por particular no interesse do Estado e qual o fim da atividade prestada, visando estabelecer a ligação dela com a Administração Pública.

Já o elemento material, como anota Maria Sylvia Zanella Di Pietro, está ligado ao atendimento de necessidades públicas, já que nem toda atividade prestada pelo Estado em prol do interesse público pode ser definida como sendo um serviço público.⁹

De toda a forma, os serviços públicos são exercidos pelo Estado, direta ou indiretamente, em prol do interesse coletivo, devendo obedecer aos princípios gerais inerentes aos serviços públicos.

⁷ DI PIETRO. Direito administrativo, p. 99.

⁸ Ensina Alexandre de Moraes que: “A Administração Pública pode ser definida objetivamente como a atividade concreta e imediata eu o Estado desenvolve para a consecução dos interesses coletivos e subjetivamente como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado” (MORAES. Direito constitucional, p. 313).

⁹ DI PIETRO. Direito administrativo, p. 101.

Os princípios gerais são os da continuidade do serviço público, o da mutabilidade do regime jurídico e o da igualdade dos usuários.

O princípio da continuidade do serviço público pressupõe que os serviços públicos não podem parar, não podendo, por exemplo, serem totalmente interrompidos por força de fatores graves ou outros fatores de ordem interna da Administração.

Como exemplo do princípio da continuidade, pode-se citar a necessidade de o prestador de serviço público de transporte coletivo continuar a operar quando haja um determinado aumento no diesel ou gasolina não esperado, devendo ser recomposto posteriormente pela Administração.

Pelo princípio da mutabilidade do regime jurídico, entende-se aquele pelo qual fica autorizada a Administração a efetuar mudanças no regime de execução de determinado contrato a fim de acomodá-lo ao interesse público.

Por este princípio, a Administração Pública pode alterar determinados contratos sempre que o interesse público demandar, como exemplo pode-se citar a extinção de determinado contrato em prol do interesse público, não ensejando a parte contratada a manutenção do contrato, somente perdas e danos.

Por fim, o autoexplicativo princípio da igualdade dos usuários impõe que os serviços sejam prestados a todos os usuários da mesma forma, sem qualquer restrição em decorrência de características pessoais.

Desta forma, a Administração Pública, quando presta serviços públicos, deve se nortear pelos princípios acima expostos, de forma a cumprir com as determinações constitucionais, bem como, seguir todas as demais regras atinentes à própria Administração.

Por fim, cumpre fazer menção à responsabilidade objetiva a que estão sujeitos os prestadores de serviços públicos quando no exercício de sua atividade causar danos a terceiros. Em decorrência desta opção legislativa os prestadores de serviço público passam a responder pelos danos causados a terceiros no exercício de sua atividade, independente da verificação da culpa.

A teoria da responsabilidade objetiva do Estado teve origem na França, sob o fundamento da teoria do risco, pela qual se um serviço do Estado não funcionou de forma correta, vindo a causar danos maiores a um administrado do que ao outro, desfez-se o equilíbrio existente entre os administrados, devendo, pois, ser o equilíbrio restabelecido mediante o pagamento de uma indenização, sem a necessidade de se apurar a culpa pelo dano.

Por esta teoria, o Estado é responsável pelo dano causado aos administrados independente de culpa, porém, é possível a apresentação

de excludentes de responsabilidade, motivo pelo qual, entende-se, não foi adotada a teoria do risco integral, na qual o dano sempre deve ser reparado, sem a possibilidade de excludentes.

A concessão de serviços públicos

Conforme visto acima, a Administração Pública tem o dever de prestar alguns serviços à coletividade em prol do bem comum. Tais serviços podem ser prestados diretamente pela Administração ou por meio de delegações — concessões, permissões ou autorizações —, em que terceiros passam a prestar os serviços, nos termos do artigo 175 da Constituição Federal.

É notório que a Administração Pública não tem condições técnicas e estruturais para prover sozinha todas as atividades a que está obrigada ofertar para a coletividade, sendo certo que a delegação de alguma delas não é só uma questão de opção legislativa, mas, sobretudo, a única forma de viabilizá-la.

Prova incontestável da necessidade de delegação de serviços é o caso das telecomunicações. Finalizado no ano de 1988, a privatização do setor de telecomunicações não apenas se mostrou exitosa em seu processo, mas foi muito bem sucedida na criação da concorrência entre empresas, possibilitando o acesso da população às linhas de telefone, até então disponíveis a pequenas camadas da sociedade.

Por certo, a Administração Pública não detém capacidade técnica nem vocação para exercer certas atividades que estão afeitas aos meios empresariais, mas que ainda assim são considerados serviços públicos, a saída legislativa encontrada para tais casos é a delegação, por meio de contratos de concessão ou permissão, ou ainda, simplesmente por autorizações.¹⁰

Assim a delegação de serviços públicos tem como objetivo transferir para particulares a responsabilidade pela sua execução, todavia, essa transferência não retira as características próprias de serviço público e de atuação do Estado, sendo apenas exercida por um particular como se Estado fosse.¹¹

¹⁰ Nas lições de Cármen Lúcia Antunes Rocha: “Mas a entidade competente pode prestar também indiretamente o serviço público. Fá-lo, então, designando pessoas por ela criadas, ou terceiras, que se incumbem, segundo o quanto lhes seja definido juridicamente, da prestação do serviço público indicado; ou possibilitando legalmente a sua prestação por particulares. Não se transfere, modifica ou anula a titularidade juridicamente atribuída à pessoa pública. Apenas a prestação, o desempenho, a execução, a realização concreta e material podem ser conferidos a terceiros. Segundo normas previamente postas e devidamente acatadas” (ROCHA. Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro, p. 28).

¹¹ Conforme ensina Luiz Antônio Rolim: “Em nossos dias, impulsionado por contextos sócio-político-econômicos específicos, o Estado pode centralizar a execução de todos os serviços públicos, tanto os considerados essenciais à manutenção do próprio Estado e do corpo social como, também, aqueles entendidos como necessários, úteis ou oportunos aos interesses dos administrados. Pode, também, levado por imperativos de segurança nacional ou interesses coletivos, ou simplesmente influenciado por ventos liberalizantes, transferir a execução desses mesmos serviços e atividades a pessoas jurídicas de direito privado ou então a entidades por ele mesmo criadas ou autorizadas para esse fim (ROLIM. A administração indireta, as concessionárias e permissionárias em juízo, p. 30).

Luiz Antônio Rolim ressalta que a transferência de determinado serviço público para pessoas jurídicas de direito privado é um meio de descentralização por colaboração, em que o ente privado assume o papel executor do serviço, mas não a sua titularidade, que continua nas mãos do Estado, bem como a função de fiscalizar a correta prestação do serviço, nele intervir e, se for o caso, retomá-lo.¹²

O ponto basilar na transferência do serviço público para o particular é que este assume por sua conta e risco a operação do serviço, contratando pessoal próprio, maquinário apropriado e assumindo a responsabilidade pela sua execução.

Assim, a Administração Pública que antes era responsável por toda a parte gerencial e executiva do serviço, com as implicações e dificuldades a que está sujeita por força do regime jurídico-administrativo, passa à condição de fiscalizadora da atividade exercida pelo particular.

Conforme já dito acima, a transferência de serviços públicos para os particulares pode se dar por meio de concessão, permissão ou autorização. A análise detalhada dessas formas de transferência não será objeto do presente estudo, contudo é importante frisar que a doutrina vem firmando entendimento de que a concessão tem natureza jurídica de contrato administrativo, submetido a todas as cláusulas e condições atinentes a esta espécie.

Com isso, os contratos administrativos de concessão pressupõem a existência de cláusulas exorbitantes, fazendo com que os interesses da Administração Pública prevaleçam sobre o interesse do particular que decidiu unir-se à Administração para prestar serviços públicos mediante concessão.

No contrato de concessão devem estar presentes todas as obrigações a serem seguidas pelo particular, bem como o meio pelo qual será remunerado, a fim de que a Administração possa fiscalizar o particular que presta o serviço público.

Além da fiscalização permanente, a Administração ainda possui o dever de aplicar penalidades em caso de descumprimento de preceitos contratuais e de retomar as atividades, desde que haja causa justificável para tanto.

Desta feita, quando o particular assume a obrigação de prestar o serviço público em nome da Administração, estará assumindo além das obrigações gerenciais e operacionais, o próprio ônus suportado em decorrência do contrato administrativo celebrado, com as prerrogativas que a Administração Pública possui.

¹² ROLIM. A administração indireta, as concessionárias e permissionárias em juízo, p. 31.

Finalmente, é imperioso destacar que a Constituição Federal em seu artigo 37, §6º, estendeu a responsabilidade objetiva às pessoas jurídicas de direito privado quando prestadoras de serviços públicos.

Lembra José Tarcízio de Almeida Mello que o disposto no artigo 37, §6º da Constituição Federal também é aplicável às pessoas jurídicas que prestam serviço de transporte coletivo, equiparando-as ao Estado.¹³

O transporte coletivo municipal de passageiros

A Constituição Federal, em seu artigo 30, inciso V, estabeleceu como competência municipal a organização do transporte coletivo, assegurando o seu caráter essencial. Por certo, o transporte coletivo habita lugar de destaque na Administração Pública Municipal, já que afeta direta e indiretamente todos os cidadãos, usuários ou não deste serviço.

A forma pela qual o transporte é organizado, com vistas a otimizar a circulação de pessoas por meio do sistema viário municipal, tem influência direta na qualidade de vida dos munícipes, gerando mais ou menos poluentes e engarrafamentos, refletindo na qualidade de vida dos cidadãos.

A boa qualidade do transporte coletivo municipal influencia diretamente na redução de veículos particulares no sistema viário municipal, por outro lado, sua deficiência ou má-prestação de serviço também produz efeitos inversos.

O preço da passagem — a chamada tarifa — também é um fator de atenção constante do administrador público, pois ao passo que a tarifa deve ser suficiente para remunerar o prestador do serviço, se este for feito por delegação, não pode ser proibitiva para o usuário.

Aliado a todos esses fatores, o texto legal ainda determina que o transporte coletivo é serviço essencial, condição esta que, conforme lembra José Tarcízio de Almeida Melo,¹⁴ “diz respeito à afirmação absoluta de sua continuidade”, o que implica na impossibilidade de suspensão total por força de greve, devendo ser mantido um contingente mínimo.

Assim, o transporte público nos grandes centros urbanos é, por definição Constitucional, um serviço público, prestado diretamente pela Administração Municipal ou por empresas concessionárias ou permissionárias.

Sendo serviço público, o transporte de passageiros está sujeito a todas as regras Constitucionais atinentes a espécie, inclusive a responsabilização objetiva por danos causados na execução destes serviços.

¹³ MELO. Direito constitucional brasileiro, p. 645.

¹⁴ MELO. Direito constitucional brasileiro, p. 562.

Desta forma, mesmo que as linhas de transporte coletivo sejam operadas por empresas particulares, se algum acidente ocorrer com seus passageiros, estas também estarão sujeitas as regras da responsabilidade objetiva, somente se eximindo de dever de ressarcimento no caso de culpa exclusiva da vítima ou de terceiro.

O caso de Curitiba

A cidade de Curitiba, considerada exemplo no transporte coletivo municipal, desenvolveu uma metodologia própria para a organização do transporte coletivo, interligando todas as linhas municipais e da região metropolitana.

Com as suas vias próprias para o transporte coletivo e terminais que permitem a integração, possibilitou grande benefício para a população local, que pode circular por longas distâncias pagando apenas uma passagem.

O convênio celebrado entre o Estado do Paraná e a Prefeitura Municipal de Curitiba, através de seus respectivos órgãos — Coordenação da Região Metropolitana de Curitiba (COMEC) e a Urbanização de Curitiba (URBS) — fez com que a gestão, a regulação, o controle e a remuneração de linhas integradas de transporte da Região Metropolitana de Curitiba seja concentrada na URBS.

A metodologia utilizada em Curitiba para a remuneração dos prestadores de serviço de transporte coletivo difere em muito dos contratos de concessão em geral, em que a remuneração das operadoras é feita mediante a cobrança de tarifa do próprio usuário, sendo tal valor auferido como renda pela empresa prestadora do serviço.

Em Curitiba, as empresas concessionárias do transporte não são as titulares da receita arrecadada nos ônibus, nos terminais ou nas centrais de venda de créditos eletrônicos de transporte, sendo que toda a arrecadação tarifária é entregue diariamente à URBS pelas empresas operadoras.

As empresas que operam no transporte coletivo de passageiros são remuneradas diretamente pela URBS, através de uma fórmula que leva em conta os quilômetros percorridos pelos ônibus, o custo por quilômetro rodado, o tipo de veículo, e com base nestes dados remunera as empresas de acordo com os valores resultantes da fórmula de cálculo.

A URBS também é responsável por todas as decisões operacionais do sistema de transporte coletivo de Curitiba, sendo responsável pela determinação de horários, número de veículos que operam em cada linha, tipo de veículos utilizados no transporte, frequência dos veículos, compra e inclusão de novos veículos na frota que efetua o transporte coletivo, enfim, todas as questões referentes ao funcionamento do sistema.

Esse sistema operacional, extremamente vantajoso para a Administração Pública, pois possibilita controlar com rigor as concessionárias de serviço público de transporte, faz com que as empresas privadas somente operem nos exatos limites do que restou definido pela própria URBS, não podendo tomar nenhuma decisão operacional ou estratégica.

A necessária distinção entre usuário de serviço público e consumidor

Conforme visto acima, as bases principiológicas e constitucionais do Código de Defesa do Consumidor são diversas daquelas que normatizam os serviços públicos, sendo dois institutos de matrizes diferentes.¹⁵

O Código de Defesa do Consumidor foi pensado como meio de ajustar condutas praticadas pelo mercado, visando corrigir a desigualdade existente entre o consumidor e os fornecedores. Assim, é um conjunto de leis que visa igualar a relação entre pessoas de direito privado.

Por outro lado, a matriz constitucional dos usuários de serviços públicos é relacionada a serviços que estão fora da economia de mercado, exercidos pela Administração Pública por meio direto ou por delegação, sendo que obedecem a uma rígida disciplina imposta à Administração Pública.

Assim, embora as figuras de usuário e consumidor sejam bastante similares na prática, não podem e não devem ser confundidas, tendo em vista que do ponto de vista jurídico estão fundamentadas em diferentes matrizes principiológicas, econômicas e, principalmente, constitucionais.

Conforme ensina José Tarcízio de Almeida Melo, os prestadores de serviço público não têm a possibilidade de escolher e efetivá-lo segundo seu interesse econômico,¹⁶ devendo seguir os ditames da Administração Pública, estabelecidos no momento da delegação ou por meio de atos supervenientes.

Todavia, tal posicionamento não é pacífico na doutrina. Em sua maioria, os autores que fazem comentários ao Código de Defesa do Consumidor são defensores da aplicabilidade irrestrita das leis consumeristas aos prestadores de serviços públicos.

Este é de Luiz Antonio Rizzato Nunes, em seus comentários ao Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, afirma de maneira categórica

¹⁵ Ensina César A. Guimarães Pereira que: "A diferença de tratamento constitucional ressalta a impossibilidade de se pretender identificar as duas figuras. O consumidor é um agente da economia de mercado (art. 170, V, da Constituição); o usuário é o destinatário de uma prestação que, por definição, está fora do mercado (art. 175 da Constituição). O consumidor tem uma posição jurídica caracterizada pela titularidade de direitos subjetivos; o usuário ocupa uma posição jurídica instrumental para a realização dos valores que inspiram a definição de certos serviços como públicos, pelo que titulariza direitos funcionalizados. O usuário tem direitos em relação à criação e organização do serviço completamente incompatíveis com a posição de um consumidor" (PEREIRA. Usuários de serviços públicos, p. 136).

¹⁶ MELO. Direito constitucional brasileiro, p. 590.

que o CDC incide nas relações firmadas com prestadores de serviço público, inclusive afirmando que o próprio conceito de fornecedor esculpido no artigo 3º da Lei nº 8.078/90 já assegurava isso.¹⁷

Segue o respeitável autor afirmando que a existência do artigo 22 no Código de Defesa do Consumidor tem fundamental importância no sentido de inibir a construção de teses jurídicas que limitem ou restrinjam a aplicação deste estatuto aos prestadores de serviços públicos, como afirma ter feito a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo, em argumentação rejeitada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Neste mesmo sentido é o entendimento dos autores do anteprojeto, capitaneados por Ada Pellegrine Grinover,¹⁸ a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público, centralizadas ou descentralizadas, podem ser consideradas fornecedoras nos termos definidos pelo artigo 3º da Lei nº 8.078/90.

Sendo que o artigo 22 do CDC, apenas serviria para a inclusão das concessionárias de serviços públicos aos ditames do Código, não havendo nenhuma restrição ou limitação em sua aplicação aos usuários de serviço público.

A abalizada doutrina de Cláudia Lima Marques, Antônio Herman Benjamin e Bruno Miragem, em sua clássica obra Comentários ao Código do Consumidor, também redundam na mesma conclusão, admitindo a incidência das normas do CDC aos contratos celebrados com concessionários de serviço público.

Completam estes autores, afirmando que: “Assim, aplica-se o CDC, sempre que presente um consumidor, aos serviços públicos referentes ao fornecimento de água, energia elétrica, gás, telefonia, transportes públicos, financiamentos, construção de moradias populares, etc.”.¹⁹

Ao que parece, para esses autores, a incidência dos ditames presentes no Código independe da origem constitucional da relação jurídica prestada, levando-nos a crer que a interpretação das normas partiu do Código de Defesa do Consumidor e amoldando-se o sistema jurídico à definição contida em seu artigo 3º.

Conforme exposto acima, a atuação do Poder Público em áreas de interesse coletivo fez com que a surgisse a necessidade de terceirizar a sua execução,

¹⁷ “O CDC, no art. 3, já havia incluído no rol dos fornecedores a pessoa jurídica pública (e, claro, por via de consequência todos aqueles que em nome dela — direta ou indiretamente — prestam serviços públicos), bem como, ao definir ‘serviço’ no parágrafo segundo do mesmo artigo, dispôs que é qualquer atividade fornecida ao mercado de consumo, excetuando apenas os serviços sem remuneração ou custo e os decorrentes das relações de caráter trabalhista” (NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 302).

¹⁸ GRINOVER et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto, p. 214.

¹⁹ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 330.

sendo que em alguns casos a Administração Pública atua em colaboração com empresas privadas para execução dos chamados serviços públicos.

Nesta linha, mesmo que a prestadora de serviço público seja uma empresa privada, ainda assim, presta um serviço que está fora do mercado, o qual é de competência e titularidade exclusiva do Poder Público, devendo ser executado pela Administração.

Assim, parece mais acertado o entendimento de Antônio Carlos Cintra Amaral, quando afirma que a relação jurídica entre concessionária e usuário não pode ser equiparada uma relação de duas pessoas privadas, pois no caso de concessão a titularidade continua sendo do Poder Público, ao passo que na relação de consumo, o Poder atua na defesa dos interesses de uma parte juridicamente mais fraca.²⁰

Por certo, a relação jurídica estabelecida entre um banco e seus clientes não pode ser equiparada com a relação jurídica estabelecida entre a empresa de transporte coletivo e seus passageiros. Na primeira, a relação é eminentemente de direito privado, sendo que se o banco prestar uma série de serviços para determinado cliente cobrando quantias substanciais por isso, em nada afetará a coletividade, ao passo que se um transportador resolver prestar uma série de serviços aos transportados e lucrar mais por isso, certamente atingirá o interesse coletivo, inclusive por tornar a tarifa proibitiva.

Não há razão para que a tutela de consumidores e usuários seja exercida da mesma forma, pois as consequências implicaram em prejuízo para toda a coletividade. Ciente desta condição, a Emenda Constitucional nº 19/1998, em seu artigo 27, faz expressa menção à elaboração de um código de defesa dos usuários de serviço público.

Assim, é certo que a determinação constitucional para que seja elaborado um código de defesa dos usuários de serviço público não pode ser ignorada pela doutrina, utilizando como ponto de partida lei infraconstitucional (artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor) para dar a interpretação ao sistema de proteção ao usuário.

César Guimarães Pereira, em sua obra *Usuários de serviços públicos*, parece melhor definir a questão quando depois de aprofundada análise de pontos divergentes sobre o conceito de consumidor e de usuário, conclui que

²⁰ "A relação jurídica entre concessionárias e usuários não pode ser equiparada à existente entre duas pessoas privadas, que atuam na defesa de seus interesses específicos. O serviço público, cujo exercício é atribuído à concessionária, continua na titularidade e sob a responsabilidade do poder concedente. Perante a relação de consumo, diversamente, o Poder Público atua como 'protetor' da parte considerada hipossuficiente, que em regra, é o consumidor" (AMARAL. *Concessão de serviço público*, p. 115).

os conceitos de consumidor e usuários são muito próximos, podendo gerar uma aparente confusão, mas partindo de premissas Constitucionais, é possível estabelecer a necessária diferença entre uma e outra figura jurídica.²¹

O conceituado autor apresenta alguns pontos de divergência entre o usuário e o consumidor, ressaltando que o consumidor não é necessariamente o destinatário final do serviço público; não há necessária prestação onerosa de serviço público, a vulnerabilidade é prescindível, o prestador de serviço público está sujeito ao regime jurídico de direito público, dentre outras.

Para o referido autor a aplicação das normas do CDC se dará sempre subsidiariamente, ou seja, quando as normas do direito administrativo não incidirem ou deixarem de disciplinar determinada matéria, bem como o grau de regulamentação incidente sobre o serviço prestado.

Assim, as empresas de telefonia, que possuem ampla liberdade tarifária e de atuação com seus clientes — ressalvadas limitações territoriais — possuem baixa regulamentação legal no que concerne aos serviços com os seus usuários, de forma que a aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor será mais ampla.

De outro lado, as empresas de água e esgoto possuem pouco espaço de atuação, quase sempre operam sob o regime de monopólio e detém políticas tarifárias e operacionais reguladas por normas de direito administrativos, limitam substancialmente a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

A constatação desta assertiva é simples. Um usuário do serviço de água não pode alegar que a cobrança de esgoto pela mesma companhia é considerada venda casada, requerendo a declaração de prática abusiva, pois a taxa de esgoto decorre de uma regra de direito administrativo.

Neste mesmo sentido, a cláusula que autoriza os concessionários de serviço público a efetuar reajustes sempre que autorizados pelo poder concedente não podem ser consideradas abusivas nos termos do artigo 51, inciso X do Código de Defesa do Consumidor.

Também a modificação das cláusulas contratuais, que é uma prerrogativa da Administração Pública, é vedada pelo Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 51, inciso XIII.

Esses exemplos são apenas algumas ilustrações de como a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor pode variar em decorrência

²¹ “Consumidor e usuários são conceitos jurídicos diversos, mas que apresentam pontos de aproximação. Convém que as diferenças e semelhanças sejam destacadas, para que se evitem conclusões absolutas. Não é possível equiparar as duas figuras nem confundi-las quanto ao seu regime jurídico” (PEREIRA. Usuários de serviços públicos, p. 196).

da espécie do serviço público prestado, dependendo da esfera de atuação do próprio concessionário e das normas que a ele são impostas.

Certo é que a aplicabilidade não pode ser geral e irrestrita, pois a submissão a normas de direito administrativo fazem com que a prestação de determinados serviços seja completamente regulamentada, não sobrando qualquer espaço de atuação para o concessionário para que possa ser igualado a agente do mercado.

Nesta ótica, encontram-se alguns dos contratos de concessão de transporte coletivo, cuja prestação do serviço público se encontra totalmente regulada, sendo que o colaborador privado não possui nenhuma espécie de ingerência nas decisões tomadas, agindo apenas como mero executor das determinações do poder concedente.

A aplicabilidade restrita do Código de Defesa do Consumidor aos usuários de transporte coletivo municipal

Com base naquilo que já foi exposto, pode-se concluir que o transporte coletivo municipal, sendo serviço público por expressa determinação constitucional, terá a aplicação do Código de Defesa do Consumidor condicionada a maior ou menor atuação do Poder Concedente.

Alguns municípios, como é o caso de Curitiba, apenas concedem à empresa privada prestadora de serviço público a execução do transporte, ficando com toda a responsabilidade operacional e técnica em seu poder.

Assim, se determinada empresa opera em uma linha de pouco fluxo de passageiros, não poderá por sua vontade reduzir a tarifa para aumentar a lotação em seus ônibus, da mesma forma que uma linha com grande volume de passageiros não poderá ter o seu valor aumentado, seguindo a lei da oferta e procura.

A variação de preços em decorrência do interesse de usuários pelo serviço, regra comum na economia de mercado, é prejudicada quando se trata de transporte coletivo, pois, ainda que as empresas pudessem obter maiores lucros, o valor da tarifa é fixado com base no interesse coletivo.

Diante disso, em um ambiente de concessão amplamente regulado pelo Poder Concedente, em que não há espaço de atuação para o particular prestador do serviço, a incidência do Código de Defesa do Consumidor será sempre restrita.

Assim, não poderá o usuário pleitear ao prestador de serviço público que instale cintos de segurança nos coletivos, a fim de limitar a incidência de quedas ou de lesões decorrentes de solavancos sofridos no

interior do veículo com base nos artigos 12 ou 14 do Código de Defesa do Consumidor, alegando que o produto é defeituoso.

Não poderá a Empresa, mesmo que assim queira, colocar cintos de segurança e impedir o ingresso de mais passageiros que os assentos existentes do ônibus, pois assim não foi determinado pelo Poder Concedente.

Da mesma forma, não caberá à prestadora de serviço público blindar os ônibus para evitar que tiros ou outros objetos jogados de fora do coletivo atinjam os seus passageiros, somente podendo fazê-lo se o contrato de concessão assim o prever.

Ignorando tais pontos, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná,²² em recente julgado, entendeu que o concessionário de serviço público teria o dever de dar proteção ao passageiro, pois o arremesso de objetos é fato rotineiro, devendo, pois, ser coibido pelo transportador.

Tal visão não se mostra apropriada, pois conforme explanado alhures, a prestação de serviço público de transporte coletivo é bastante restrita, sempre sujeita a normas operacionais traçadas pelo Poder Concedente.

Não há como o transportador blindar os seus ônibus ou se negar a operar em determinada linha considerada perigosa, não trata de opção do concessionário, mas sim, de determinação da Administração.

Se a Administração entende que determinado ônibus deve operar certa linha, o concessionário deve fazê-lo nos exatos limites daquilo que foi estabelecido, não cabendo a ele a avaliação das necessidades específicas daquela linha.

Dentro da esfera processual, inócua são as diversas decisões²³ que determinam a inversão do ônus da prova com base no Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que as concessionárias de transporte coletivo estão sujeitas as regras próprias da responsabilidade objetiva, além de não cabível a alegação de hipossuficiência do usuário frente à Administração.

Não há hipossuficiência frente à Administração Pública, pois não se trata de uma relação de direito privado, o Estado é quem está atuando na prestação do serviço público, sendo que a sua posição sempre é preponderante sobre o particular, motivo pelo qual está sujeito ao regime de prerrogativas e sujeições.

Situação bastante diversa da que ocorre em um contrato de prestação de serviço de telefonia, na qual o usuário tem ampla liberdade de escolher qual o plano, minutos ou pacote de dados está disposto a pagar, neste

²² Apelação Cível nº 534.308-6

²³ Apelações Cíveis nºs 358.699-0, 425.255-9, 447.424-8, todas do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

caso é possível alegar suposta hipossuficiência do usuário, colocando-o em condição análoga ao do consumidor.

No transporte coletivo não há esta liberdade, não se cogita se o usuário entende ou compreende as técnicas de transporte, o funcionamento do ônibus ou o complexo cálculo de formação da tarifa, esses fatores não importam, se o cidadão quiser ir de um ponto ao outro utilizando-se do transporte coletivo, terá que pagar pela tarifa, mesmo que não considere o serviço adequado, por excesso de passageiros ou falta de ar condicionado.

Jamais haverá relação de desigualdade a ser corrigida por medidas protecionistas, visando ao equilíbrio da relação jurídica, pois não se trata de uma relação de direito privado, mas sim de uma atuação concreta e efetiva do Estado, retirada do mercado por meio de dispositivos constitucionais, sendo imposto o seu *modus operandi* pela Administração Pública na estrita vontade do interesse coletivo.

Assim, percebe-se que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos usuários de transporte coletivo é restrita, tendo em vista a ausência de vazio normativo para ser por ele suprido.

Conclusões

Equiparar duas figuras jurídicas distintas, ignorando a suas bases principiológicas e as respectivas matrizes constitucionais, é questão que não pode ser admitida pela doutrina e jurisprudência.

As regras atinentes ao Código de Defesa do Consumidor foram pensadas e embasadas no sentido de defender a parte mais fraca em uma relação de consumo, ao passo que a relação jurídica entre usuários de serviço público e os prestadores deste serviço fazem parte de uma relação de sujeição aos ditames do Estado, sempre com a observância do interesse coletivo.

Se o legislador se furtou ao cumprimento do dever constitucional de elaborar um código de defesa dos usuários de transporte coletivo, ao aplicador do direito não cumpre utilizar-se desse vazio legislativo para aplicar uma outra lei, ofendendo diretamente a constituição.

O consumidor é uma agente da economia de mercado, adquirindo produtos e serviços de entes privados e devendo ser protegido por ser juridicamente considerado fraco na relação comercial. Esta ideia decorre da superação das relações pessoais existentes no século passado para sociedade industrial, em que o fornecedor de serviço e de produtos assume uma figura intangível e incapaz de negociar as bases contratuais.

Os serviços públicos são atividades retiradas do mercado de consumo, transferidas ao Estado e por ele operadas, direta ou indiretamente, sempre em prol do bem comum. O serviço público não pode ser moldado a uma relação de simples consumo, pois uma das partes envolvida no negócio jurídico é o Estado ou um particular atuando em nome do Estado.

O Código de Defesa do Consumidor deverá ser aplicado de forma subsidiária, sempre atentando para o espaço de atuação deixado para o ente privado, de forma que quanto maior a liberdade na prestação do serviço público, maior a incidência das normas consumeristas.

Por outro lado, quando o serviço público é apenas executado pela empresa privada, sendo que todas as normas e definições gerenciais são ditadas pelo Poder Público, não haverá a incidência das normas protetora dos consumidores, estando os usuários sujeito ao regime jurídico de direito público.

As empresas de transporte coletivo são exemplos de incidência restrita do Código de Defesa do Consumidor às suas operações, pois apenas executam o serviço público nos exatos termos determinados pelo Poder Concedente.

A vontade da Empresa transportadora em nada influência a prestação do serviço, dela não depende a criação de novas linhas, a redução ou majoração da tarifa, a implementação de dispositivos de segurança, ou qualquer aspecto operacional.

Dessa forma, ao contrário do que afirmado por parte da doutrina, o Código de Defesa do Consumidor é apenas aplicável de maneira restrita aos serviços públicos.

Brief Notes about the Consumers Code Application on the Concession of Public Services for Passenger Municipal's Transportation

Abstract: The purpose of this article is to study the application of the Consumer's Code to the municipal transportation contracts of passenger's. The study tries to demonstrate the juridical differences between relations evolving particulars and the relations with the particulars and the State. The conclusion is the application of Consumer's Code will depend of the State regulatory system of the Public Concession.

Key words: Concession of public services. Passenger municipal's transportation. Consumer's Code. Particulars relationship and State relationship. Administrative law.

Referências

AMARAL, Antônio Carlos Cintra. Concessão de serviço público. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

GRINOVER, Ada Pelegrine et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MELO, José Tarcízio de Almeida. 44. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PEREIRA, César A. Guimarães. Usuários de serviços públicos. São Paulo: Saraiva, 2006.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROLIM, Luiz Antônio. A administração indireta, as concessionárias e permissionárias em juízo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BONFIM, Alexandre Bley R. Breves apontamentos sobre a aplicabilidade restrita do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de transporte coletivo municipal de passageiros. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 163-182, jan./mar. 2010.

Recebido em: 14.07.09

Aprovado em: 25.02.10