

## SITUAÇÃO JURÍDICA DO USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO CONCEDIDO

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA

1 — Várias têm sido as posições dos mestres de Direito Administrativo, no tocante à matéria, de profundo conteúdo doutrinário, concernente à situação jurídica do usuário de serviço público concedido.

Com relação ao assunto em pauta, sobressai, entre as soluções de cunho civilista, a que considera o vínculo *concessionário-consumidor* como de *natureza contratual*, tese que evoluiu no sentido da caracterização de dito contrato como de *adesão*.

Mesmo WALINE, consagrado administrativista francês, em seu *Droit Administratif* (9.<sup>a</sup> ed., Sirey 1963), sustenta (págs. 779/780) :

*“La personne qui utilise un service public est-elle dans une situation contractuelle? — Il est des services publics pour lesquels la réponse est évidemment négative. Le justiciable, par exemple, n'est pas vis-à-vis de l'État qui juge sa requête dans une situation contractuelle, non plus que le plaignant dont la plainte provoque des enquêtes de police, etc...”*

.....

“En réalité, il faut distinguer les services sans caractère commercial, (dont les usagers ne sont pas des contractants et les services commerciaux ou industriels). Pour ces derniers, la situation juridique de l'usager est contractuelle; T. C., 1<sup>er</sup> juillet 1935, — *demoiselle Demangeon*; C. E., 23 déc. 1946; *Société électrométallurgique de Saint-Léger*, Req. 25 juin 1941, *Société béthunoise d'éclairage et d'énergie*, — D.C., 1943. J. 12, note Blaevonet; Civ., 11 avril 1938, *commune de Savigny-les-Beaume*, D.H.,

1938. 322). De l'avis conforme de ces hautes juridictions, il se forme entre l'exploitant et l'usager du service public des contrats de droit privé."

No que tange, especificamente, ao *fornecimento de energia elétrica*, diversas são as manifestações em prol de sua natureza contratual.

Há os que sustentam tratar-se de *compra e venda*, como M. I. CARVALHO DE MENDONÇA (*Rios e Águas Correntes*, pág. 301), e JACQUES GOSSET (*Distributeurs d'électricité et usagers*, Paris, 1938, pág. 162). O próprio *Supremo Tribunal Federal*, em antigo acórdão, decidiu neste sentido (cf. ODILON ANDRADE, in *Revista de Jurisprudência Brasileira*, vol. 64, pág. 122). Aliás, o *Código de Águas*, em seu artigo 162, letra d, alude a "preços e condições de venda aos consumidores" (\*).

WALTER T. ÁLVARES, em seu *Direito da Eletricidade* — (Ed. Bernardo Álvares S. A., Belo Horizonte, 1962, vol. 1, págs. 243/4), sustenta:

"Efetivamente, no comércio de energia elétrica, pode-se admitir que a energia elétrica seja vendida e, portanto, se submeta a um contrato de compra e venda. Na realidade a empresa geradora, quando contrata com a distribuidora, a respeito de fornecimento de energia elétrica, convencionada uma compra e venda; assim como a concessionária de produção quando fornece energia em quantidades maciças a determinadas atividades industriais realiza um contrato de compra e venda do seu produto, mesmo assim este contrato está sujeito ao poder de polícia do órgão competente e deve ceder ao bem público." (\*\*).

Há os que vêem no fornecimento de energia elétrica um *contrato de locação* (de coisa ou serviços) ou *misto de compra e venda e locação*.

Entre os que defendem o contrato de adesão, estão PLANIOL e J. X. CARVALHO DE MENDONÇA (*Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 1956, Freitas Bastos, Rio, vol. VI, 2.<sup>a</sup> Parte, n.º 760, págs. 151/2).

2. Outras teses privatistas existem, podendo citar-se a que vê na relação *poder concedente-concessionário-consumidor* uma *estipulação em favor de terceiros*. O *Poder Concedente* seria o *estipulante*; o *concessionário*, o *devedor*; e o *usuário*, o *terceiro*

---

(\*) Cf. n. 5 *infra*.

(\*\*) Cf. n. 5 *infra*.

beneficiário (cf. decisão do Conselho de Estado, de 29-10-1926, Gay, S. 1928. 3.38).

3. A posição que, a nosso ver, atende à natureza do vínculo em questão é, todavia, a que tem a situação jurídica do usuário como *regulamentar, geral, impessoal, objetiva*.

Combatendo opiniões acima expostas, diz ANDRÉ DE LAUBADÈRE, em seu *Manuel de Droit Administratif* (7.<sup>a</sup> ed., 1963, págs. 246/7) :

“Cette construction jurisprudentielle est loin de recueillir l’approbation générale de la doctrine; elle a été notamment critiquée par DUGUIT (R. D. P., 1907, p. 141). HAURIUO (S. 1907, 333) et JÈZE (*Principes*, IV, p. 355) :

1.<sup>o</sup> En ce qui concerne le cas de la concession, on fait valoir non seulement que la concession de service public n’est pas un véritable contrat, mais aussi, plus spécialement que dans la théorie civiliste de la stipulation pour autrui, que l’on transporte ici en la déformant, le tiers bénéficiaire doit être une personne individuellement désignée et non un public anonyme.

2.<sup>o</sup> D’une manière plus générale, les auteurs classiques repoussent l’idée du contrat individuel de droit commun passé entre le service public et l’usager; pour eux la situation de l’usager d’un service industriel est la même que celle de l’usager d’un service administratif: légale et de droit public; ces droits et obligations résultent du règlement du service (dans l’hypothèse de la concession, de la “partie réglementaire du cahier des charges” qui constitue la “loi du service”). Ainsi la situation de l’abonné au gaz, par exemple, ne serait pas différente, par sa nature, de celle du plaideur en justice.”

Não se trata, destarte, de *contrato*, nem mesmo de *adesão*, entre concessionário e consumidor, sendo as condições de fornecimento, inclusive seu preço, a *tarifa*, alteráveis, mesmo após a formação do vínculo pelas manifestações de vontade do prestador do serviço e do usuário.

É, em verdade, patente o caráter regulamentar da situação do consumidor, como mostra, com precisão, MANOEL RIBEIRO (*Direito Administrativo*, Ed. Itapoã Ltda., Salvador, 1964, vol. 2, págs. 126/127) :

“Os juristas dividem-se quando encaram a natureza jurídica das relações entre o concessionário e os usuários ou utentes.

Há os que pretendem encontrar explicação no direito civil. Inclina-se uns pela estipulação em favor de terceiro; outros pelo contrato de adesão ou de “guichet.” Tanto uma tese como a outra podem ser refutadas.

a) O poder público, ao regular ou regulamentar o funcionamento do serviço público, estabelece, unilateralmente, as condições de prestação de serviço aos usuários, o que exclui a estipulação em favor de terceiro.

Dir-se-á, é outra tese civilista, que o usuário se encontra frente ao concessionário numa relação de contrato de adesão. A parte mais fraca — o usuário ou utente — aceitaria as condições que o concessionário estabelecesse, sem discussão. Haveria uma adesão. Nada impediria, entretanto, que o concessionário criasse uma exceção para este ou aquêle usuário, se fôsse mero contrato de adesão. A realidade, porém, é que os usuários são iguais perante o serviço público. Não é possível, em qualquer hipótese, tratamento discriminatório.

Verdadeira é a tese de Direito Público. As relações entre o concessionário e os utentes são estabelecidas no regulamento da organização e funcionamento do serviço público. Existe uma situação geral da qual, preenchidas determinadas condições ou requisitos, todos podem gozar. Com o assentimento do indivíduo ou de uma empresa, passará quem assentiu a ter um “status”: o de usuário.”

É oportuno citar um elucidativo trecho do já referido GASTON JÈZE, acêrca da condição do usuário (*Les principes généraux du Droit Administratif*, vol. III, pág. 13 e segs.):

“É uma situação jurídica geral, impessoal. Todos os indivíduos que reúnem as condições fixadas pelas leis e regulamentos sôbre a organização de determinado serviço público, podem exigir que o serviço funcione em seu proveito nas condições legais e regulamentares. Não há aí o menor traço de contrato. O usuário manifesta sua vontade unilateral de beneficiar-se do funcionamento do serviço público. Os agentes públicos têm o dever funcional, enquanto encarregados do serviço público, de fazê-lo funcionar a pedido de qualquer administrador, nas condições legais e regulamentares. Nada mais, nada menos. O usuário não é

“credor” de uma prestação, no sentido de credor em consequência de um contrato de compra e venda. O conteúdo da prestação não é fixado por acôrdo das partes; as condições para que a prestação seja efetuada, não são, *nem podem* ser objeto de um acôrdo de vontades. Tudo é unilateral. Os agentes públicos organizam unilateralmente o serviço público, que funciona segundo suas instruções. Os encarregados do funcionamento do serviço público não estão obrigados por uma dívida com relação aos usuários” (os grifos são nossos).

SAYAGUÉS LASO, o grande mestre uruguaio, em seu *Tratado de Derecho Administrativo* (Montevideo, 1959, vol. I, págs. 76/77) diz:

“En efecto, múltiples soluciones que consagra el derecho positivo o admiten pacíficamente la doctrina y la jurisprudencia, no encuentran solución lógica sino con el criterio estatuario. Por ejemplo: el derecho de los particulares a exigir las prestaciones previstas; la fijación unilateral de las condiciones de funcionamiento del servicio; la posibilidad de modificar la organización del servicio en todo momento; el tratamiento de los usuarios en igualdad de condiciones; etc. Todas estas soluciones son inconciliables con la idea del contrato.”

Quanto, especialmente, ao *fornecimento de energia elétrica*, o próprio WALTER T. ÁLVARES (ib., págs. 244 e segs.) que admite, como vimos, a compra e venda de quantidades maciças de energia, sustenta a tese da *situação regulamentar*, no que concerne ao grosso dos usuários.

Outrossim, no agravo de petição n.º 20.926, o *Tribunal de Alcada de São Paulo*, em acórdão de 19/3/58 (*in Rev. de Dir. Adm.*, 54/51), sendo relator o Juiz LAFAYETTE SALES JÚNIOR, declarou:

“Desde então, impossível configurar-se o consumidor como mero comprador, em face do fornecedor, em idêntica posição, em suma, a quem compra uma mercadoria ou um artigo do produtor. Não se trata de simples contratante de uma compra-e-venda e, sim, de um verdadeiro usuário de um serviço público concedido.

Mostrou JÉZE, em lúcidas páginas, a impossibilidade de se ver no usuário um contratante, um comprador, em contrato privatístico de adesão ou de “guichet”, o usuário não adere a qualquer contrato proposto pelo concessionário; as relações jurídicas entre ambos se fixam por leis e regulamentos.

No caso de funcionamento de serviços públicos, a situação dos usuários não é contratual, porque não há acôrdo de vontades. Examine-se um a um todos os serviços públicos; far-se-á em todos a mesma constatação: os agentes públicos sòzinhos fixam, unilateralmente, as condições precisas, nas quais o serviço funcionará. Nem de fato, nem de direito, os usuários intervêm ou podem intervir. Nos casos, bastante frequentes, em que o serviço público constitui um monopólio, o usuário não tem mesmo o direito de recusar recorrer ao serviço público porque só a Administração pode fornecer a prestação. Exemplos: o Correio, o Telégrafo, telefone, etc., tudo isso, não é de fato, é de direito.”

Mais adiante, prosseguindo, destaca o mesmo tratadista:

“Tomemos o caso do serviço postal, telegráfico ou telefônico, ou do serviço público de transportes por caminho de ferro.

Os usuários não discutem de modo algum as condições do funcionamento do serviço postal; êles não podem obter, a qualquer preço que seja, uma modificação do funcionamento do serviço, o mesmo ocorre para tôda a gente, não sòmente de fato, mas também de direito.”

.....  
“Esta é, pois, a situação jurídica de um usuário, pouco importando se o serviço público seja prestado diretamente, ou por intermédio de um concessionário. Trata-se de uma situação não contratual e sim de Direito Público Administrativo, exorbitante da alçada do Direito Privado.

Posta a questão nêsses têrmos, impossível se verifica enquadrar-se o fornecimento de electricidade como uma venda ou uma consigação...”

4. Conclui-se daí que o usuário se coloca nesta situação de natureza jurídica regulamentar, não através de um *ato-subjetivo* (criador de situação jurídica *individual*), mas sim, mercê

de um *ato-condição*, nas festejadas sistematização e nomenclatura de JÉZE e DUGUIT.

O *ato-condição*, de que são exemplos a nomeação do funcionário público no Direito Administrativo, o ato de contrair matrimônio no Direito Civil, é aquêlo pelo qual alguém se põe em uma situação regulamentar, objetiva, impessoal, geral, igual para todos que se acham nas mesmas condições, concretizando-a.

Tal como ocorre com a nomeação e a posse dos funcionários públicos, o pedido do usuário e a aquiescência daquele que presta o serviço público na prestação do mesmo, não formam um vínculo contratual: são manifestações unilaterais, sucessivas.

Torna-se evidente que, para poder colocar-se em tal situação regulamentar, aquêlo que deseja ser consumidor, precisa preencher tôdas as condições, todos os requisitos legais e regulamentares e, em princípio, manifestar, tácita ou expressamente, sua vontade de se tornar usuário do serviço.

Aliás, como salienta, com precisão, GABINO FRAGA (*in Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa, México, 1963, 10.<sup>a</sup> ed., pág. 448), com relação a certos serviços públicos nem há necessidade de manifestação de vontade, bastando o preenchimento dos requisitos objetivos. Diz o eminente administrativista:

“dentro de ellas se considera que cuando el particular cumple con los requisitos que la ley establece para obtener de la Administración la prestación que aquélla determina, tal cumplimiento es, por sí solo, la condición para que al caso individual se aplique la situación jurídica general creada por dicha ley, o bien la condición para que la Administración realice un acto especial que es el que coloca al individuo en esa situación jurídica general o en una situación jurídica individual, pero que en este último caso se opera por la voluntad unilateral de la Administración.

Así, por ejemplo, cuando un particular llena los requisitos que la ley respectiva establece para el funcionamiento del servicio postal, adquiere, por ese motivo los derechos y obligaciones que la propia ley establece en favor y a cargo de los remitentes de correspondencia o de los otros usuarios del servicio, según el caso”.

SAYAGÉS LASO, (citado *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1959, vol. 1, pág. 75), assim doutrina acêrca do ato que habilita o particular a usar o serviço, isto é, do *ato-condição*:

“Examinados en su contenido, dichos actos tipifican actos de admisión.

Però no debe olvidarse las formas variadas que assume la admisión a los servicios públicos. En algunos casos, tratándose de servicios gratuitos, el particular lo utiliza sin necesidad de ningún requisito previo. Esto ocurre, por ejemplo, con las fuentes o grifos públicos de agua, etc. El hecho de la utilización implica simultáneamente la admisión. En otros casos la admisión tiene lugar con el pago del precio: telégrafo, autobuses, tranvías y otros servicios en que se paga boleto. Finalmente, en los servicios cuya prestación es permanente, el acto de admisión es previo y se distingue plenamente de la utilización del servicio y del pago precio: teléfonos, suministro de agua corriente, energía eléctrica, etc.”

Por outro lado, como é dominante o entendimento a respeito (cf. ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, L.G.D.J., 4.<sup>a</sup> ed., 1967, pág. 576), cabe ao interessado que preenche os requisitos para tal, ação contra o concessionário que o desatender (pode ser usado, inclusive, o mandado de segurança, conforme o art. 1.<sup>o</sup>, § 2.<sup>o</sup>, da Lei 1.533, de 31-12-51).

Cabe citar, a propósito, a esclarecedora lição de HELY LOPES MEIRELLES (*in Direito Administrativo Brasileiro*, 2.<sup>a</sup> ed., 1966. Ed. Rev. dos Trib., pág. 330):

“A êsse propósito já tivemos oportunidade de decidir que o usuário, desatendido na obtenção de qualquer serviço concedido, tem ação cominatória (Cód. de Proc. Civil, art. 302, XII) para haver judicialmente a prestação que lhe é assegurada, com todos os consectários da condenação. Naquela oportunidade sustentamos, com base na doutrina e na jurisprudência estrangeira, porquanto, até então, não se admitia entre nós a ação do usuário contra o concessionário, que, “sendo a concessão instituída a benefício da coletividade, não se podem interpretar as cláusulas do contrato contra os interesses dessa mesma coletividade, e que o usuário de serviço público concedido tem ação para fazer valer os seus direitos quando relegados”. Em ação subsequente, reiteramos êsse ponto-de-vista, acolhido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, e posteriormente pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal com os mesmos argumentos de nossa primeira decisão. Firmada está hoje a jurisprudência de que o pretendente à utilização de serviço concedido pode demandar diretamente contra o concessionário, para constrangê-lo



a prestar o serviço, sob pena de lhe pagar perdas e danos ou a multa correspondente, cominada na sentença.”

Se, posteriormente, alguém deixa de preencher as condições objetivas que o tornavam utente de determinado serviço, deixa de ser, em verdade, o *usuário* ou *consumidor*, isto é, aquêlê que, por preencher as condições necessárias, e ter manifestado sua vontade, realmente usa do serviço, não podendo impedir que outrem, que passou a preencher ditas condições e a usar do serviço, se torne o usuário ou consumidor de direito.

A situação, como já foi salientada, é objetiva e não, subjetiva. Daí, quem, objetivamente, preenche as condições de consumidor e manifesta a vontade de sê-lo, é, juridicamente, o usuário.

5. É claro que a posição aqui sustentada, não exclui a possibilidade de o legislador, em texto expresso, para certos serviços, adotar a tese contratual, desde que não contrarie a natureza dos mesmos.

É o que ensina SAYAGÉS LASO (ob. cit., pág. 77):

“Pero la opinión aceptada no excluye, como es natural, la posibilidad de que el legislador, a texto expreso, para determinado servicio, consagre la tesis contractual. Siempre, claro está, que el régimen de funcionamiento del servicio realmente admita la noción de contrato. Pero estas hipótesis son excepciones a la regla de principio.”

Em nota ao texto acima, exemplifica, em abono da tese de WALTER T. ÁLVARES sôbre *venda* de energia elétrica em quantidades maciças:

“Tambien pueden existir vinculos contractuales — si la organización del servicio lo permite — en ciertos casos de excepción, en que es lícito pactar condiciones especiales con los usuarios. Asi puede ocurrir, por ejemplo, en el servicio de suministro de energia eléctrica, con algunas grandes fábricas de muy alto consumo que necessitan instalaciones apropiadas o servicios fuera de lo corriente, para assegurar los cuales se celebran pactos expresos”.

Quanto ao fato de a lei, muita vez impròpriamente, referir-se a *contrato*, sustenta, com total exatidão:

“Aunque la ley o los reglamentos se refieran al *contrato*, no cabe admitir la tesis contractual si, conforme a las condiciones reales de funcionamiento del servicio, es evidente que no existe tal contrato y el usuario está en situación estatutaria. En esos casos hay una designación legal técnicamente errónea”.

6. Finalmente, gostaríamos de salientar que o fato de uma *pessoa administrativa* ser de *Dreito Privado*, não significa prestar serviço, sob o regime contratual. Assim, a *Fábrica Nacional de Motores* (sociedade de economia mista) pode negar-se a contratar com tal ou qual pessoa mas a *Companhia Estadual de Águas da Guanabara* (embora também seja sociedade de economia mista), não.

A distinção vista no n.º 1 *supra*, feita por WALINE e certa jurisprudência francêsa, entre serviços *comerciais* e *industriais* e os sem êste caráter, não satisfaz, pois os serviços de fornecimento de água, podem (foram-no, por muito tempo, no Rio de Janeiro) ser entregues a uma concessionária, que é uma empresa comercial, e, nem por isto, dito fornecimento passa a ser contratual.

O fator *monopólio* é, sem dúvida, decisivo, se existente. Mas pode não estar presente e o regime não ser o contratual: a *Universidade do Estado da Guanabara* (fundação instituída pelo Poder Público local), embora não monopolize o ensino superior, no Estado, não poderia recusar candidato que preenchesse os requisitos de admissão.