

**CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS
FACULDADE REINALDO RAMOS-FARR
BACHARELADO EM DIREITO**

MICHELEN HÉLIA ARAÚJO LIMA

**A SUSPENSÃO DOS SERVIÇOS DE TELEFONIA MÓVEL PELAS
CONCESSIONÁRIAS EM CASO DE INADIMPLÊNCIA: UMA
DECISÃO QUE FERRE O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE
PREVISTO PELO CDC?**

**Campina Grande – PB
Junho/2011**

MICHELEN HÉLIA ARAÚJO LIMA

**A SUSPENSÃO DOS SERVIÇOS DE TELEFONIA MÓVEL PELAS
CONCESSIONÁRIAS EM CASO DE INADIMPLÊNCIA: UMA
DECISÃO QUE FERRE O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE
PREVISTO PELO CDC?**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado á
Coordenação da Faculdade Reinaldo Ramos –
FARR, como requisito para a obtenção do grau
de Bacharela em Direito pela referida
instituição.

Orientadora: Profa. Ms. Mary Delane Gomes
da Costa

**Campina Grande – PB
Junho/2011**

Ficha Catalográfica Elaborada pela Bibli

L586s

Lima, Michelen Hélia Araújo

A suspensão dos serviços de telefonia móvel pelas concessionárias em caso de inadimplência: uma decisão que fere o princípio da continuidade previsto pelo CDC? / Michelen Hélia Araújo Lima. – Campina Grande: CESREI, 2011.

82 f.

Monografia (Graduação em Direito) Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR - Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI.

Orientadora: Profa. Ms. Mary Delane Gomes da Costa.

1. Direito do Consumidor 2. Serviço Público Essencial 3. Telefonia Móvel - Inadimplência – Suspensão I. Título

CDU 346.548(043)

MICHELEN HÉLIA ARAÚJO LIMA

**A SUSPENSÃO DOS SERVIÇOS DE TELEFONIA MÓVEL PELAS
CONCESSIONÁRIAS EM CASO DE INADIMPLÊNCIA: UMA
DECISÃO QUE FERRE O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE
PREVISTO PELO CDC?**

Aprovada em: ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Ms. Mary Delane Gomes da Costa - FARR
Presidente - Orientadora

Prof. Ms. Valdeci Feliciano Gomes – FARR
1º. Examinador

Prof. Ms. Flávio Alberto Correia
2º. Examinador

Profa. Ms. Ada Kesea Guedes Bezerra
3ª. Examinadora

À MINHA AVÓ:

Josefa Felix, que sempre acreditou na minha capacidade, mesmo quando eu ainda era uma menina, e apesar das circunstâncias, sempre me acompanha e me fortalece em todos os meus passos. Vó sempre te amarei.

In Memoriam

AGRADECIMENTOS

Ao Deus, criador maravilhoso de todas as coisas, por tudo, por me amparar e me encorajar no momento mais difícil da minha vida, momento este que achei que não tinha mais forças para continuar, foi então que ele me amparou pelos braços e me concedeu a vitória.

A minha filha, Maria Luiza, fonte de toda a minha inesgotável inspiração, que me faz querer ser uma pessoa melhor a cada dia.

Aos meus pais, Hélio e Socorro, por acreditarem no meu potencial, e por me darem força e amor neste momento tão especial.

Aos meus irmãos, Michael e Cida, por serem exemplos de companheirismo, nas alegrias e nos momentos de dor.

Ao meu namorado, que esteve ao meu lado em todos os momentos no final desta caminhada, sempre torcendo pelo meu sucesso.

Aos demais Mestres, meu reconhecimento pela colaboração e pelos conhecimentos recebidos, os quais me abrirão, cada vez mais, as portas do aperfeiçoamento pessoal e prático dessa caminhada forense.

À CESREI: Onde encontrei um ambiente propício ao meu desenvolvimento intelectual.

Ao meu amigo, Alan Gaião, no qual me espelho como exemplo de profissional ético, e que me deu a luz que faltava para o desenvolvimento deste trabalho.

A professora e orientadora, Mary Delane, pela sua experiência e pelos conhecimentos com que me orientou neste trabalho.

À família PROCON MUNICIPAL DE CAMPINA GRANDE, onde estagiei aprimorando os meus conhecimentos acerca do Direito do Consumidor, e a todos os meus colegas de repartição os quais tenho um imenso carinho e respeito.

À família SINDICATO DOS TRABALHADORES DO COMÉRCIO DE CAMPINA GRANDE, na pessoa de Coelho e Joelma, amigos pessoais e de militância, local onde também tive a oportunidade de estagiar e me apaixonar pelo Direito do Trabalho.

As minhas tias, Solange, Simone e Graça, pela força e credibilidade que sempre me confiaram.

Aos meus cunhados e a todas as pessoas que contribuíram diretamente ou indiretamente na conquista deste sonho.

Aos meus amigos de faculdade Pétala, Camila, Patrício, Garibaldi, José Carlos, Ana Paula e Júnior por tudo que enfrentamos ao longo desta caminhada, aos colegas ausentes.

Mais uma vez, a minha família e a DEUS, que é à base de tudo o que construí ao longo desses anos de vida.

Toda manhã na África, um antílope acorda e levanta. Ele sabe que deve correr mais rápido que o leão ou será morto. Todo dia na África um leão acorda e levanta. Ele sabe que deve correr mais rápido que o antílope mais lento, ou ele ficará faminto. Então, não importa se você é antílope ou leão - amanheceu..... comece a correr.

PROVÉRBIO AFRICANO

RESUMO

A telefonia móvel não é apenas utilizada na área urbana, mas também na área rural, porém na vida urbana ela tem se tornado cada dia mais essencial. Segundo os dados da ANATEL o caráter essencial do serviço pode ser depreendido inclusive pelo número de consumidores do serviço de telefonia móvel no Brasil, números esses que apontam à preferência, da população, pelo telefone móvel pré-pago em detrimento ao telefone fixo, exatamente porque o primeiro não cobra a “tarifa assinatura” praticado pelo fixo. Assim sendo, a relevância deste tema no mundo social e jurídico encontra-se na verificação da possibilidade da telefonia móvel ser considerada um serviço público essencial, bem como a forma de manutenção deste, possibilitando uma possível solução entre os usuários (parte hipossuficiente) e seus fornecedores. Para análise dessa temática fez-se uso de decisões dos tribunais nos dois sentidos (contra e a favor) da suspensão dos serviços públicos essenciais ante a inadimplência do consumidor. Os doutrinadores que defendem a não interrupção baseia-se nas regras estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor, onde os serviços públicos essenciais devem ser aplicados de forma adequada, eficiente e acima de tudo contínuas e na Constituição Federal de 1988, os que são a favor da interrupção baseia-se na lei de concessão e permissão dos serviços públicos e no Princípio da Continuidade. Para o desenvolvimento do trabalho fez se uso da pesquisa bibliográfica em livros, artigos e na própria lei, utilizando-se do método indutivo. Ao agregar ao rol dos serviços públicos essenciais o serviço de telefonia móvel, analisa-se o serviço de telefonia móvel em face dos serviços já considerados essenciais na forma da lei, propondo ao final outro meio de cobrança senão a suspensão do serviço essencial utilizado.

Palavras-chaves: Telefonia Móvel. Serviço Público Essencial. Inadimplência. Suspensão.

ABSTRACT

Mobile telephony is not only used in urban areas but also in rural, urban life but it has become increasingly essential. According to data from Anatel the essential character of the service can also be inferred by the number of consumers of mobile phone service in Brazil, these figures show that the preference of the population, by pre-paid mobile phone over the telephone, just because the first does not charge a "subscription fee" charged by fixed. Therefore, the relevance of this theme in social and legal world is in checking the possibility of mobile telephony is considered an essential public service, as well as how to maintain this, providing a possible solution among users (part a disadvantage) and their suppliers. For analysis of this issue was made use of court decisions in both directions (and against) on suspension of essential public services before the default of the consumer. The scholars who defend the non-interruption is based on rules established by the Code of Consumer Protection, where essential public services must be applied properly, efficiently and above all continuous and the Constitution of 1988, those in favor the interruption based on the law and grant permission for public services and the Principle of Continuity. For the development of the work is made use of literature in books, articles and even in law itself, using the inductive method. When added to the list of essential public services to mobile phone service, we analyze the mobile phone service in the face of services once considered essential to the law, proposing the end but other means of collecting the suspension of the essential service use.

Keywords: Mobile. Essential Public Service. Default. Suspension.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 NOÇÕES BÁSICAS DE DIREITO DO CONSUMIDOR	18
2.1 Breve relato sobre o surgimento e história da relação de consumo.....	18
2.2 A relação de consumo no CDC.....	20
2.2.1 O código de defesa do consumidor.....	22
2.3 Conceito de consumidor.....	23
2.3.1 Fornecedor.....	25
2.3.2 Produtos e serviços.....	27
3 SERVIÇOS PÚBLICOS	30
3.1 Noção de serviços públicos.....	30
3.2 Serviços públicos essenciais.....	34
3.3 Princípios inerentes aos serviços públicos essenciais.....	38
4. A TELEFONIA MÓVEL NO ROL DOS SERVIÇOS ESSENCIAIS	40
5 METODOLOGIA	47
5.1 Aspectos Metodológicos.....	47
6. AS CORRENTES DOUTRINÁRIAS ACERCA DA SUSPENSÃO OU NÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS POR INADIMPLENTO DO CONSUMIDOR	49
6.1 A inconstitucionalidade na suspensão dos serviços públicos essenciais por inadimplência.....	52
6.1.1 Dos direitos sociais	53
6.1.2 Do meio ambiente.....	54
6.1.3 Direito á vida.....	55
6.2 A ilegalidade na suspensão do serviço público essencial por inadimplência: lei das concessões X CDC	56

6.3 Outros meios de cobrança do crédito ao usuário inadimplente.....	59
7 CONCLUSÃO.....	61
REFERÊNCIAS.....	63
ANEXOS.....	66
ANEXO A: DEMANDA DO PROCON.....	67
ANEXO B: INDICAÇÃO Nº 17.709/2010.....	70
ANEXO C: NOTA TÉCNICA DO DPDC Nº 62/2010.....	72

1 INTRODUÇÃO

O Código de Defesa do Consumidor nasceu pelo advento da Constituição Federal de 1988, que determina que o Estado é responsável pela proteção e defesa do consumidor na forma da lei, conforme preleciona o art.5º, inciso XXXII.

A grande intenção do legislador ao criar o Código supracitado foi a de reequilibrar e harmonizar as relações de consumo, instituindo a igualdade jurídica entre as partes, assim como dirimir questões relativas às práticas abusivas por parte dos fornecedores de bens e dos prestadores de serviços, antes sem qualquer sanção para quem cometesse tais abusos. É a partir daí que se depreende a valoração da figura do consumidor enquanto titular de direitos e garantias constitucionais fundamentais.

Com a valorização do ser humano a partir dos Direitos e Garantias Fundamentais, a Constituição, passou a refletir sobre as exigências sociais tais como: o direito à vida, à saúde, à liberdade e à segurança, passando a garantir uma ordem de atividades indispensáveis à manutenção da vida humana, sobremaneira, sob a ótica da dignidade.

As atividades consideradas essenciais (água, luz, telecomunicações, gás, funerários, controle de tráfego aéreo, compensação bancária, assistência médica hospitalar, etc.) que estão em consonância com as exigências sociais garantidas pela Constituição, vieram firmar sua relevância no ordenamento jurídico uma vez que fazem parte do Código de Defesa do Consumidor, que ao garantir a continuidade dos serviços públicos no sentido de torná-los ininterruptos, faz com que os mesmos além de serem considerados por sua própria natureza um serviço social, torna-os também um serviço indispensável para a manutenção da vida humana.

Frente a este contexto, uma das questões que vêm causando controvérsias, na doutrina e na jurisprudência, relativas à relação de consumo, é a referente à suspensão dos serviços públicos essenciais pelo inadimplemento do usuário. Os prestadores dos serviços públicos sejam as empresas concessionárias ou permissionárias, até mesmo o próprio poder público, tem se utilizado como única forma de reaver seu crédito junto ao consumidor, a punição de “corte” no fornecimento dos serviços prestados.

Na falta de uma legislação específica que regularmente e/ou defina quais são os serviços públicos essenciais, é usada analogamente a Lei 7.783, de 28 de Junho de

1989 (Lei da Greve), a qual faz constar em seu art.10 e incisos, um rol exemplificativo dos serviços públicos considerados essenciais. Além dos serviços de água e energia elétrica, destacou-se aqui o serviço relativo às telecomunicações, mas especificamente a telefonia móvel, uma vez que a mesma é utilizada na atualidade por um grande número de usuários, que vem utilizando-a como substituto a telefonia fixa tradicional, por isso, herdando conseqüentemente as questões controvertidas já anteriormente existentes acerca da prestação (continuada ou não) dos serviços de telefonia frente à inadimplência do usuário.

Nesse diapasão, encontramos um verdadeiro “conflito legal” entre a Lei 8987/95(Lei das Concessões e Permissões dos Serviços Públicos), que por um lado permite a suspensão no fornecimento do serviço por motivo de inadimplência do usuário, e por outro temos o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90), que prevê, com força de Princípio, a continuidade dos serviços públicos essenciais.

O conflito legal está dividido em duas vertentes doutrinárias distintas, na primeira há os doutrinadores que defendem que não é possível a suspensão do fornecimento do serviço público, pois se baseiam nos artigos 22 e 42 da Lei 8.078/90, e no art.5º, incisos LIV e LV, da CF/88 que alega que há meios próprios de cobrar a falta de pagamento, sugerindo a ação judicial e, por se tratar de um serviço essencial não pode ficar condicionado ao pagamento de contraprestação, sendo a interrupção inconstitucional e arbitrária, este posicionamento é respaldado pela jurisprudência do STJ contida no RESP 122.812/ES¹.

Na segunda há os doutrinadores, que defendem ser possível à interrupção do fornecimento do serviço público em caso de inadimplemento dos consumidores, alega esta atitude justificando que o Princípio da Continuidade dos serviços públicos não pode ser tratado como absoluto e incondicional, pois estimularia a inadimplência, já que não se interromperia o fornecimento do serviço em caso de falta de pagamento. Posto que este princípio garantisse o fornecimento do serviço em qualquer hipótese foi submetido a Corte Especial do STJ o RESP N° 363.943, onde decidiu que “a distribuição de energia é feita, em sua grande maioria, por empresas privadas que não estão obrigadas a fazer benemerência em favor de pessoas desempregadas”. O fato de prestarem serviços de primeira necessidade não às obriga ao fornecimento gratuito.

¹ Julga como ilegal a interrupção no fornecimento de energia elétrica, mesmo que inadimplente o consumidor, á vista das disposições do CDC que impede que o consumidor seja exposto ao ridículo.

Diante do exposto, surge então à problemática do trabalho: Que elementos da fundamentação jurídica podem ser levados em consideração para garantir que a telefonia móvel seja considerada como serviço público essencial, mesmo quando ocorre a inadimplência do usuário com a concessionária?

A criação da telefonia móvel encurtou as distâncias e proporcionou uma maior rapidez na troca de informações. As novas tecnologias implantadas na área das telecomunicações cresceram e incorporaram-se aos costumes e as tarefas humanas a ponto de torná-las essenciais à segurança e ao bem-estar social, uma vez que em quase todas as regiões do mundo e do Brasil, você pode conseguir comunicar-se, estabelecer contatos comerciais, passar informações, entre outros, através do telefone celular.

A telefonia móvel não é apenas utilizada na área urbana, mas também na área rural, porém na vida urbana ela tem se tornado cada dia mais essencial, tendo em vista que com ela além das transações comerciais, se requisita socorro (polícia, bombeiros, médico), transmite-se dados e informações, faz-se transações comerciais, além de possuir significativa relevância para a economia e para as relações sociais no cotidiano da população.

Levando-se em conta a importância desse serviço para a população como um todo, independentemente de classe social, justifica-se este estudo, do ponto de vista social uma vez que para se conseguir um melhor entendimento da situação é preciso levar em consideração os dois lados, os das prestadoras de serviços e o dos usuários.

Do ponto de vista jurídico e intelectual, cabe uma reflexão sobre o posicionamento divergente dos doutrinadores acerca da questão, não apenas para a área jurídica, mas também para aqueles que precisam de esclarecimentos sobre esses serviços para que se possa ter um entendimento do que podem pleitear em suas ações.

Para a realização da pesquisa buscou-se atingir os seguintes objetivos:

OBJETIVO GERAL

- Verificar a fundamentação jurídica utilizada pelo ordenamento Brasileiro para inserir a telefonia móvel no rol dos serviços públicos, considerados pela lei como essenciais.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Observar se existem outras medidas cabíveis pelo ordenamento jurídico, sem que seja o corte no fornecimento do serviço público essencial, mas precisamente da telefonia móvel;
- Analisar a posição das concessionárias frente ao CDC, com relação à inadimplência dos serviços de telefonia móvel;
- Estudar se existe contradição entre o serviço prestado pela concessionária e o que defende o CDC em relação aos serviços públicos essenciais.

Este trabalho monográfico classificou-se no elenco da pesquisa qualitativa, tendo em vista que se exigiu respaldo teórico fornecido por meios de informações coligidas em fontes escritas. Que implicou na adoção de uma metodologia para a elaboração da mesma, compatível com a orientação proporcionada pela literatura específica que teve seu eixo central no método descritivo-dedutivo, por ser um método de abordagem, constituído de procedimentos gerais que norteiam o desenvolvimento das etapas fundamentais de uma pesquisa científica.

Como bem explana Medeiros (2005, p.42) a princípio, é importante destacar que a pesquisa científica pretende ampliar o conhecimento humano. Para tanto, busca métodos que permitam orientar a persecução do trabalho monográfico, acrescentando informações criteriosamente selecionadas.

Segundo o autor *supracitado*, a pesquisa científica objetiva fundamentalmente contribuir para a evolução do conhecimento humano em todos os setores, da ciência pura ou aplicada; da matemática ou da agricultura, da tecnologia ou da literatura. Ora, tais pesquisas são sistematicamente planejadas e levadas a efeito segundo critérios rigorosos de processamento de informações. Será chamada pesquisa científica se sua realização for objeto de investigação planejada, desenvolvida e redigida conforme normas metodológicas consagradas pela ciência.

Assim, o emprego de métodos existentes na ciência é fundamental para que a pesquisa possa realmente trazer benefícios.

Na persecução do estudo de qual é a fundamentação jurídica utilizada pelo nosso ordenamento pátrio, para inserir a telefonia móvel como serviço público essencial,

mesmo quando ocorre à inadimplência do usuário com a concessionária. Recorre-se a pesquisa bibliográfica que segundo Leite (1978, p. 59 *apud*. MARCONI 2001, p. 67), no “*campo jurídico, ela é o método por excelência de que dispõe o investigador, sem com isso esgotar as outras manifestações metodológicas*”.

Portanto, no desenvolvimento do trabalho monográfico recorreu-se às disposições sobre o tema encontrado no Código de Defesa do Consumidor, na Constituição Federal de 1988, portarias, Leis, artigos e demais publicações dispostas na rede mundial de computadores, para que se possa compreender o que é entendido.

O trabalho encontra-se estruturado da seguinte forma:

- Têm-se a Introdução onde se encontra a apresentação da delimitação do tema, os objetivos de pesquisa, a justificativa e a apresentação e explicação lógica da estrutura do trabalho.
- Na segunda parte encontra-se a fundamentação teórica, isto é, foram apresentadas as noções básicas de direito do consumidor, um breve relato sobre o surgimento e história da relação de consumo, a relação de consumo no CDC, o Código de Defesa do Consumidor bem como as noções básicas sobre Consumidor, Fornecedor, Produtos e Serviços.
- Na terceira parte estão expostos as noções de serviços públicos, bem como os princípios inerentes aos serviços públicos essenciais.
- Na quarta parte encontra-se explicitado os dados sobre a telefonia móvel no rol dos serviços públicos essenciais.
- Na quinta parte, estão apresentados os aspectos metodológicos de forma mais abrangente, pois se encontram descritos os métodos e procedimentos utilizados para o desenvolvimento do trabalho monográfico.
- Na sexta-parte encontram-se expostos todos os dados sobre as correntes doutrinárias acerca da suspensão ou não dos serviços públicos essenciais por

inadimplemento do consumidor, logo em seguida à sétima parte encontra-se a Conclusão seguida das Referências e Anexos.

2 NOÇÕES BÁSICAS DE DIREITO DO CONSUMIDOR

2.1 Breve relato sobre o surgimento e história da relação de consumo

Ao longo da história da humanidade, as relações, em todas as suas categorias, foram passando por transformações e aos poucos foram se desenvolvendo. Isto ocorreu com a relação entre famílias, entre Estado e cidadão, entre Estados, e como não poderia deixar de ser diferente, com as relações de consumo.

Na Antiguidade, já haviam vestígios de defesa do consumidor, como observa José Geraldo Brito Filomeno, “[...] No Código de Hamurabi (1700 a.C) a Lei nº 233 rezava que o arquiteto que viesse a construir uma casa cujas paredes se revelassem deficientes teria a obrigação de reconstruí-las as suas próprias expensas.” (FILOMENO, 2007, p. 24).

Ainda, segundo Filomeno (*op. cit.*), citando a obra prima de Miguel de Cervantes Saavedra, ‘Dom Quixote de La Mancha’, do início do séc. XVI indica que Sancho Pança, Governador da fictícia Ilha Baratária, determinava que fosse anunciada a procedência e o nome do vinho adulterado, com acréscimo de água ou falsificação do nome, o qual castigava o culpado com a obrigação de ter de bebê-lo até a asfixia (FILOMENO, 2007, p. 25).

Há séculos já existiam leis que tratavam da relação de consumo, o Código de Hamurabi que tinha como função evitar o enriquecimento sem causa dos vendedores e a Lei das XII Tábuas, que exigia que o vendedor demonstrasse com clareza as qualidades de seu produto. Nesse sentido, pode-se perceber que aqueles que tentavam tirar vantagem da parte mais fraca, nas relações, eram punidos com a finalidade de que não mais tornassem a praticar atos abusivos, servindo também de exemplo para os outros fornecedores.

As relações de consumo que ocorriam nos séculos passados, e que eram regidas pelos códigos *supracitados*, eram infinitamente mais simples do que as que ocorrem atualmente, pois as de hoje em dia são mais sofisticadas e envolvem não apenas operações de compra e venda, mas diversos outros sistemas tais como: arrendamento, leasing e importação, que envolvem grandes somas de capital todas elas realizadas através das moedas de uso global.

Com todas essas mudanças nas relações de consumo várias transformações passaram a ocorrer na sociedade, não só no campo econômico, mas também no campo jurídico. E a partir daí, para alguns juristas, fez-se necessário o surgimento de um ramo

específico para a proteção do consumidor que de acordo com Gaio Júnior, (*apud* NERY JÚNIOR, MILARÉ e FERRAZ, 1984, p. 54-55) esclarecem bem esta situação:

O surgimento dos grandes conglomerados urbanos, das metrópoles, a explosão demográfica, a revolução industrial, o desmesurado desenvolvimento das relações econômicas, com a produção e consumo em massa, o nascimento dos cartéis, holdings, multinacionais e das atividades monopolísticas, a hipertrofia da intervenção do Estado na esfera social e econômica, o aparecimento dos meios de comunicação de massa, e, com eles, o fenômeno da propaganda maciça, entre outras coisas, por terem escapado do controle do homem, muitas vezes voltaram-se contra ele próprio, repercutindo de forma negativa sobre a qualidade de vida e atingindo inevitavelmente os interesses difusos. Todos esses fenômenos, que se precipitaram num espaço de tempo relativamente pequeno, trouxeram a lume a própria realidade dos interesses coletivos, até então existentes de forma 'latentes', despercebidos.

Os autores *supracitados* afirmam que a partir da criação da consciência, em âmbito global, de que era necessária uma tutela prestada pelo Estado dirigida ao fim da proteção do consumidor, a ONU (Organização das Nações Unidas) passou a interferir nesta esfera. Em 1985, a ONU editou a Resolução nº 39/248, na qual pôs *in verbis* que “os consumidores se deparam com os desequilíbrios em termos econômicos, níveis educacionais e poder aquisitivo”.

No Brasil, o Direito do Consumidor, iniciou-se como um assunto específico, tutelado pelo Decreto 22.626/1933, que tratava da usura. Após esse Decreto, outras leis e decretos que previam, mesmo que de forma indireta a proteção do consumidor, foi criada com a própria Constituição de 1934, com dispositivos de proteção a economia popular.

Entre 1938 e 1946 foram escritos os Decretos Lei nº 869/38 e 9.840/46 que cuidavam dos crimes contra a economia popular, que fora mais tarde promulgada como lei em 1951. Já em 1962, criou-se a Lei da Repressão ao Abuso do Poder Econômico e o surgimento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o qual fazia parte da estrutura do Ministério da Justiça, hoje, integrante da Secretária Nacional de Direitos Econômicos.

As primeiras manifestações no Brasil “são de 1971 a 1973 os discursos proferidos pelo então Deputado Nina Ribeiro, alertando para a gravidade do problema, densamente de natureza social, e para a necessidade de uma atuação mais enérgica no setor”.

Porém a matéria só veio a ser realmente regulamentada no Brasil em 1990, com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor. Até então, as questões relativas ao

consumo eram solucionadas com a utilização de outras leis, como a Lei de Economia Popular e a Lei de Ação Popular, por exemplo.

O maior passo foi dado com “a inserção, na Constituição Federal da República promulgada em 5 de Outubro de 1988, de quatro dispositivos específicos sobre o tema”². E com isso, a defesa do consumidor passou a ter fundamento na própria Constituição, em seus arts. 5º, XXXII; 24, XIII e 170, V.

As portas estavam então abertas para a consolidação da matéria consumeirista no ordenamento jurídico Brasileiro e isto veio a ocorrer com a promulgação do CDC, em 11 de Setembro de 1990. Este código, para José Geraldo Brito Filomeno, tão importante para o equilíbrio das relações de consumo, ‘vale muito mais pela perspectiva e diretrizes que fixa para a efetiva defesa ou proteção do consumidor [...], do que pela exaustão das normas que tendem a esses objetivos’.

2.2 A relação de consumo no CDC

A origem protecionista do consumidor se deu com as modificações nas relações de consumo, sendo difícil precisar seu início. O ato de consumir faz parte do cotidiano das pessoas, independente de classe social, faixa etária ou renda pessoal, o ser humano consome desde o momento do nascimento e em todas as etapas da vida.

Pode-se definir a Relação de Consumo como toda relação jurídico-obrigacional que liga um consumidor a um fornecedor, tendo como objeto o fornecimento de um produto ou a prestação de um serviço.

Segundo Almeida (2002, p. 10):

As relações de consumo são bilaterais, pressupondo numa ponta o fornecedor, aquele que dispõe a fornecer bens e serviços, e, na outra ponta, o consumidor, aquele subordinado às condições e aos interesses impostos pelo titular dos bens ou serviços, no atendimento de suas necessidades de consumo.

² Ibidem, p.11

Segundo Cavalieri Filho (2009, p. 54), após a transformação do panorama econômico, nasce um capitalismo agressivo que impôs um ritmo elevado na produção, erigindo um novo modelo social, qual seja a sociedade de consumo (*mass consumption society*) ou sociedade de massa. Instaurando-se um novo processo econômico, causando profundas e inesperadas alterações sociais.

O autor *supracitado*, ainda afirma que com o nascimento deste modelo econômico e social, a Relação de Consumo passou naturalmente por um processo de aprimoramento e de desenvolvimento das práticas de comércio, ganhando cada vez mais importância, até chegar à forma de comércio até então conhecida por nós, sendo tal prática posteriormente regulamentada pelo advento do Código de Defesa do Consumidor, que passou a tutelar às relações, revestindo-a de caráter público, a fim de resguardar os interesses da coletividade.

Interesses esses que são segundo o professor Cavalieri Filho (*op cit.*, p. 54):

Didaticamente, os elementos da relação de consumo podem ser classificados em subjetivos, que são relacionados aos sujeitos dessa relação jurídica, e em objetivos, relacionados ao objeto das prestações ali surgidas. No primeiro grupo, encontram-se os consumidores e os fornecedores; no segundo, os produtos e os serviços.

Portanto, pode-se compreender relação de consumo como toda relação jurídica estabelecida entre consumidor e fornecedor, dois pólos de interesses distintos, cujo principal objetivo é a aquisição, por aquele, de produto fornecido ou serviço prestado, por este último. Não há dúvidas de que as relações de consumo ao longo do tempo evoluíram drasticamente. Do primitivo escambo e das minúsculas operações mercantis tem-se hoje complexas operações de compra e venda que envolve milhões de reais ou dólares. Para trás ficou aquelas relações de consumo que estavam intimamente ligadas às pessoas que negociavam entre si, para dar lugar à “operações impessoais e indiretas, em que não se dá importância ao fato que não se ver ou conhecer o fornecedor.

É importante verificar em cada relação comercial se há ou não uma relação de consumo envolvida, e se estão presentes os requisitos que caracterizam esta relação. Em caso positivo, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor; em caso contrário, não. E o que dá a relação essa característica de consumo, é a participação de um consumidor ou de uma pessoa que a ele se equipare, em um dos seus pólos, e a de um fornecedor de produtos ou serviços, no outro. Pode-se dizer também que a relação de consumo sempre visa satisfazer uma necessidade particular do consumidor, seja ela presente ou futura

2.2.1 O Código de Defesa do Consumidor

O anteprojeto que deu origem ao atual Código de Defesa do Consumidor foi elaborado por uma comissão coordenada pela Jurista Ada Pellegrini Grinover. Embora o artigo 48, das Disposições Constitucionais Transitórias tenha estabelecido o prazo de cento e vinte dias, a partir da promulgação da Constituição, para que o Congresso Nacional elaborasse o Código, o mesmo foi sancionado pelo Presidente da República no dia 11 de Setembro de 1990, com muitos vetos, nada menos que 42 (Quarenta e dois). A Lei nº 8.078 foi publicada no Diário Oficial do dia seguinte, 12 de Setembro de 1990. O Código de Defesa do Consumidor está estruturado em cinco capítulos:

- a) no primeiro, trata das regras de direito material relativas aos direitos do consumidor propriamente ditos;
- b) no segundo, das infrações penais relativas aos crimes contra as relações de consumo, sem prejuízo do disposto no Código Penal e em leis especiais, com o mesmo objetivo;
- c) no terceiro, da defesa do consumidor em juízo, cuidando da parte processual correspondente ao exercício desses direitos;
- d) no quarto, define o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor destinado a garantir o planejamento e a execução da Política Nacional de Proteção ao Consumidor;
- e) no quinto, utiliza-se de disposições finais para adaptar diversas leis aos seus objetivos. (Brasil, 1195, p.72).

O CDC é uma lei abrangente que trata das relações de consumo em todas as esferas: civil definindo as responsabilidades e os mecanismos para a reparação de danos causados; administrativa, definindo os mecanismos para o poder público atuar nas relações de consumo; e penal estabelecendo novos tipos de crimes e as punições para os mesmos.

2.3 Conceito de consumidor

Filomeno (2001, p.31) conceituar, normalmente, não é uma tarefa fácil, que se diga então no meio jurídico, em que os pontos de vista são sempre muito politizados. Entende-se que “a noção do que venha a ser ‘consumidor’ dependerá do enfoque sob qual é encarado”. Segundo o autor *supracitado* esta linha de raciocínio, faz uma relação de conceitos, cada uma de um ponto de vista diverso, demonstrado logo abaixo:

Sob o ponto de vista econômico, consumidor é considerado todo indivíduo que se faz destinatário da produção de bens, seja ele ou não adquirente, e seja ou não, a seu turno, também produtor de outros bens. Sob o ponto de vista psicológico, considera-se consumidor o sujeito sobre o qual se estudam as reações a fim de se individualizar os critérios para a produção e as motivações internas que o levam ao consumo. Do ponto de vista Sociológico é considerado consumidor qualquer indivíduo que frui ou se utiliza de bens e serviços, mas pertencente a uma determinada categoria ou classe social. Nas considerações de ordem literária e filosófica, o vocábulo consumidor é saturado de valores ideológicos mais evidentes. E, com efeito, o termo é quase sempre associado à denominada ‘sociedade de consumo’ ou ‘consumismo’, ou a próprio ‘consumeirismo’.

Todas estas conceituações são válidas, mas nem sempre coincidem com os verdadeiros interesses do meio jurídico. Para não dar grande margem á esta interpretação, o próprio CDC, em seu art. 2º, define consumidor como ‘toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final’. Em seu parágrafo único, equipara-se á ‘coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo’.

Neste diapasão Consumidor é toda e qualquer pessoa que compra um produto ou serviço exclusivamente para uso próprio, o que significa que não o comercializará ou empregará na confecção de qualquer coisa que seja posteriormente comercializada. Segundo o CDC, ele é o destinatário final de um produto ou serviço. Assim sendo, não importa se é pessoa física ou jurídica: o que interessa realmente é que o produto ou serviço adquirido não seja destinado á atividade econômica.

O fornecedor, portanto, em alguns casos, pode também estar na posição de consumidor e se valer do CDC em seu benefício. Uma empresa, ao adquirir produtos ou

contratar serviços na condição de destinatária final, sem o intuito de utilizá-los na atividade econômica própria da pessoa jurídica, de produção ou comercialização, poderá recorrer ao CDC para defender seus direitos, se achar necessário. É o caso, por exemplo, da empresa que adquire um equipamento para o clube de seus funcionários e, ao recebê-lo, percebe que está com defeito.

Por outro lado, o fato de vivermos em uma sociedade de consumo de massa faz com que o CDC trate também da produção das coletividades de consumidores, ainda que cada um deles não possa ser determinado. Exemplo dessa situação é o dano que um determinado medicamento pode causar em milhares de pessoas, como ocorreram décadas atrás, com a talidomida.

Para o CDC, a relação de consumo vai além dos atos de compra e venda ou da contratação de um serviço. Ou seja, ela não tem início apenas quando o consumidor adquire um bem ou solicita um determinado serviço, na verdade, pode acontecer muito antes da colocação do produto ou do serviço no mercado. As pessoas envolvidas e eventualmente prejudicadas por práticas comerciais, cláusulas contratuais consideradas abusivas ou por publicidade enganosa estão protegidas pelo código, mesmo que não comprem o produto ou serviço anunciado.

O código estende sua proteção também, a vítima de danos causados por produtos defeituosos, ainda que não seja o consumidor (art. 17 do CDC), bem como a terceiros, determináveis ou não, expostos a oferta indevida, publicidade enganosa, prática abusiva ou cobrança constrangedora (art. 24 do CDC).

Na visão de Filomeno (*op. cit.* p. 26) o conceito de consumidor no CDC nada mais é do que caráter econômico, pois “levando-se em consideração tão somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vista ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de outra atividade comercial”.

No entanto, não coaduna com esse pensamento Almeida (2002, p. 31), quando afirma que o conceito (econômico) abrange, pois, não apenas aquele que adquire para uso próprio, ou seja, como destinatário final, mais também aquele que o faz na condição de intermediário, para repasse a outros fornecedores, como já se decidiu no sentido de que “empresa produtora de celulose é consumidora, nos termos do artigo 2º, caput da lei 8078/ 90, de formicida pra aplicação em suas florestas” (RDC, 20- 171).

Vários são os doutrinadores que tentaram definir com exatidão, o conceito de consumidor. Não obstante, o conceito jurídico e que melhor traduz a vontade do CDC é o de Sidou, (*apud* FILOMENO, 2004, p. 36), abaixo transcrito:

O consumidor é aquela pessoa, natural ou jurídica, que como trata para a sua utilização, aquisição de mercadorias ou a prestação de serviço, independentemente do modo de manifestação da vontade; isto é, sem forma especial, salvo quando a lei expressamente a exigir.

2.3.1 Fornecedor

Para Almeida (2002, p.41) fornecedor é toda pessoa física ou jurídica que, de alguma forma, participa da cadeia de consumo, seja criando, fabricando, construindo, distribuindo, montando, importando, exportando ou comercializando produtos ou prestação de serviços. Isso significa que mesmo quem se dedica apenas ao comércio deve estar atento aos produtos com os quais trabalha, pois para o consumidor ele também é um fornecedor e responderá como o tal.

Assim, segundo o autor *supracitado*, só estaria excluído do conceito de fornecedor, aqueles que exerçam ou pratiquem transações típicas de direito privado e sem o caráter profissional ou atividade, como a compra e venda de imóvel entre pessoas físicas particulares, por acerto direto e sem qualquer influência de publicidade.

Pode-se verificar no art. 3º. do Código de Defesa do Consumidor³, uma definição do conceito de fornecedor, a qual é bastante clara.

Art. 3º *Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.*

Por serem várias as atividades econômicas no mercado de consumo, mais fácil seria destacar aquelas que não se enquadram no referido conceito. Cabe asseverar também a abrangência do conceito de fornecedor que se estende não só aqueles que produzem e detém

³ BRASIL. Lei n. 8.078 de set. 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor. Senado, 1990

os meios de produção, como também a todos aqueles que fazem parte da cadeia de produção de consumo, exceto, o destinatário final.

Diferentemente do que ocorre com o conceito do consumidor, não se percebe tanta divergência entre os doutrinadores, acerca da definição do que seria o conceito de fornecedor.

Importante ressaltar que o CDC tem um conceito de fornecedor diferente daquele que é normalmente adotado pelos empresários, que o identificam como explicita sua posição a seguir, “a pessoa ou empresa que fornece matéria-prima ou suprimentos utilizados na fabricação do produto a ser comercializado com o consumidor final”.

Outrossim, segundo o art.3º do CDC, retro transcrito, as Pessoas Jurídicas de Direito Público, podem figurar no pólo ativo da relação de consumo, como fornecedoras de serviços. Deste modo, possuem o dever de como fornecedores de serviços públicos, fornecê-los em conformidade com os ditames previstos no CDC.

Acerca desta relação de consumo estabelecida entre o Estado e os cidadãos, dispõe o artigo 22 do CDC⁴:

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

Parágrafo único- Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

O referido artigo traz, em sua interpretação que, ao fornecedor de serviços públicos incube diversas obrigações, qual sejam a adequação, a eficiência e a segurança dos serviços prestados. Tais exigências atingem desde o próprio Poder Público até as suas concessionárias e permissionárias.

Assim, a responsabilidade dos fornecedores em geral, alcança também o Poder Público, pois enquanto fornecedor de serviços públicos estará também sujeito á reparação dos danos que vier a causar aos consumidores, de acordo com a Teoria do Risco Administrativo⁵.

⁴ Idem.

⁵ Tal teoria prevê a responsabilização do Estado e das Concessionárias, pelo fato do serviço prestado pela mesma ter causado danos a terceiros, adota-se a responsabilidade objetiva estatal, fundada na Teoria do Risco Integral.

2.3.2 Produtos e serviços

O conceito de produto nos dias atuais é universal e está estreitamente ligado à idéia do bem, resultado da produção no mercado de consumo das sociedades contemporâneas consumistas. Seu uso é vantajoso, pois o conceito passa a valer no meio jurídico e já era usado por todos os demais agentes do mercado econômico, financeiro, de comunicações e outros.

Assim sendo de acordo com Nunes (2004, p. 91):

[...] o legislador coloca no conceito de produto 'qualquer bem' e designa este como 'móvel ou imóvel', e ainda "material ou imaterial". Da necessidade sistemática do CDC nascerá à hipótese de fixação do produto como durável e não durável, por previsão do art.26(acontecerá no que tange aos serviços). Desse modo, a utilização dos vocábulos 'móvel' e 'imóvel' nos remete ao conceito tradicional advindo do Direito Civil, o sentido é o mesmo.

Endossando-se o coro dos que sustentam que teria andado melhor o legislador se tivesse utilizado o vocábulo bens ao invés do vocábulo produto, eis que, juridicamente, o primeiro tem significado genérico, sendo mais abrangente do que o segundo. Deste modo, estaríamos referindo-se a todos os valores (economicamente apreciáveis), materiais ou imateriais, suscetíveis de serem objetos de uma relação jurídica. Assim, de pronto, estariam incluídos na definição os bens materiais e/ou juridicamente consumíveis e, ao contrário, conceitualmente afastados os bens indisponíveis e as coisas fora do comércio. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 68)

O parágrafo do art.3º está definido, de maneira simples e objetiva:

§1º- Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

Entretanto, a opção pelo vocábulo produto- bastante difundido no mercado de consumo- indica a intenção do legislador de tornar a lei mais compreensível aos que nela atuam e, por isso, produto é utilizado em seu sentido econômico e universal, isto é, aquilo que resulta do processo de produção ou fabricação.

A esse respeito, a posição do Min. José Augusto Delgado, que entende que o conceito de produto deve-se apresentar elastecido, entendendo-se como tal toda utilidade produzida. E, nesse sentido, tanto designa as utilidades materiais, tiradas do solo e subsolo, ou produzidas direta ou indiretamente por eles, como os que se fabricam ou se produzem pela ação do homem, pela transformação de uma coisa em outra e pelo trabalho, envolvendo, por consequência, os materiais e imateriais, naturais e as industriais. A mesma compreensão de largueza de entendimento devem-se ter para com o serviço prestado, só excluindo-se, por causa da determinação legal, os decorrentes de relação trabalhista (Interpretação dos contratos regulados pelo Código de Proteção ao Consumidor, informativo jurídico da biblioteca Oscar Saraiva, v.8, nº. 2, p. 107 e 103).

Segundo Moraes (*apud* SILVA, 1965, p. 57), “*serviço, vem a ser o resultado da atividade humana na criação de um bem que não se apresenta sob a forma de bem material, como por exemplo, a atividade do transportador, do locador de bens imóveis, de médico, etc*”.

O §2º do art.3º, define serviço no Código de Defesa do Consumidor:

§2º- Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das legislações de caráter trabalhista (BRASIL, CDC, 1990, p. 23).

Neste parágrafo que diz respeito aos serviços, o legislador fez uma extensão a definição do CDC, assim como deixou explícita a proteção aos contratos bancários, financeiros e de seguros, para prevenir qualquer discussão a respeito. Mesmo assim, em algumas situações as instituições financeiras têm questionado a incidência do código.

Segundo Nunes (2009, p.100) a hipótese da divisão de serviços, da mesma forma dos produtos, está tratada no art.26, I e II do CDC. Mas, para encontrar o verdadeiro sentido da durabilidade e não durabilidade do serviço será preciso ampliar o significado de serviço não durável. Assim, serviços não duráveis serão aqueles que, de fato, exercem uma vez prestados, tais como, por exemplo, os serviços de transporte, de diversões públicas, de hospedagem, etc.

E ainda segundo o Nunes (*op. cit.*), serviços duráveis serão aqueles que:

- a) Tiverem continuidade no tempo em decorrências de uma estipulação contratual. São exemplos a prestação dos serviços escolares, os chamados planos de saúde, etc., bem como todo e qualquer serviço que no contrato seja estabelecido como contínuo;
- b) Embora típicos de não durabilidade e sem estabelecimento contratual de continuidade, deixarem como resultado um produto. Por exemplo, a pintura de uma casa, a instalação de um carpete, o serviço de Buffet, a colocação de um boxe, os serviços de assistência técnica e de consertos (o conserto de um veículo), etc. Nesses casos, embora se possa destacar o serviço do produto deixado (o que gerará diferenciais no aspecto de responsabilidade), o produto faz parte do serviço- às vezes- até com ele se confundindo, como acontece, por exemplo, com a pintura de uma parede.

Segundo o autor *supracitado* os serviços duráveis são aqueles que perduram no tempo em decorrência da existência de uma relação contratual entre consumidor e fornecedor. Estão enquadrados neste rol todos os serviços estabelecidos através de contrato contínuo. Existem ainda, os serviços que não possuem contrato de continuidade, embora sejam típicos de não durabilidade, como por exemplo, um conserto de um automóvel. Nesses casos, mesmo destacando o serviço do produto deixado, às vezes se confunde produto e serviço.

3 SERVIÇOS PÚBLICOS

3.1 Noção de serviços públicos

Segundo o professor Miguel Reale (1995, p. 340) “os Serviços Públicos são por conseguintes, os meios e processos através dos quais a autoridade estatal procura satisfazer as aspirações comuns da convivência”

Das palavras do professor Reale, verifica-se que a prestação dos Serviços Públicos à sociedade é atividade de caráter primordial. Tanto é que a Constituição Federal, do Brasil no art., 175, parágrafo único, prevê expressamente a competência do Estado para prestar, de forma direta ou não, os Serviços Públicos. Após as alterações jurídicas realizadas na Constituição Federal/88 é que as novas concessões tornaram-se viáveis, tendo em vista que a Constituição passou a tratar do tema com maior amplitude.

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-Politica tarifária;
IV- a obrigação de manter serviço adequado.

De acordo com Melo a respeito dos serviços públicos (1999, p. 612):

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e prestar por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de Direito Público-portanto, consagrador de prerrogativa de supremacia e de restrições especiais-, instituídos em favor dos interesses definidos como público nos sistemas normativo.

Segundo o autor *supracitado* pode-se afirmar que serviço público é aquele que o Estado, por meio de normas jurídicas próprias, diz ser. Dispondo a lei que determinado serviço é público ou de interesse público, não há dúvida de que ele é público, ainda que prestado por particular em virtude de delegação.

Para Meireles (2004, p. 320), “o Serviço Público é aquele prestado pela administração ou por seus delegados, sob as normas e controle estatal para satisfazer necessidades secundária da coletividade ou simples conveniências do Estado.”

No contexto exposto por Meireles (*op. cit.*), pode-se perceber que determinadas atividades atribuídas ao Estado podem ser executadas por terceiros, pois nem sempre o mesmo tem condições de assumir encargos advindos de determinados serviços, e na impossibilidade de executar os Serviços Públicos de forma adequada, como veremos mais adiante, para que atenda as necessidades coletivas, delega seus poderes para que um particular seja na forma de concessão, permissão ou autorização, de forma indireta execute tais atividades em nome deste.

Tal possibilidade está acobertada constitucionalmente, nos termos do art. 21, XII, da CF de 1988, dispositivo transcrito:

Art. 21. Compete á União:

XII- explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão;

*a) os serviços de radiodifusão sonora, e o de sons e imagens;
(Redação dada pela Emenda Constitucional n° 8, de 15 /08/95:)*

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se

situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

d) os serviços de transportes ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres.

È dessa forma, que a Constituição Federal do Brasil, através do dispositivo retro mencionado, dispõe sobre a prestação de serviços públicos de forma direta, pelo Poder Público, bem como autoriza a realização dos mesmos de forma indireta, mediante concessão ou permissão aos particulares.

Art. 37, §6º da CF/88 - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O artigo *supracitado* na Constituição Federal, ao mesmo tempo em que trata da possibilidade de concessão de serviços públicos a outros entes públicos ou privados, prevê a responsabilização dos mesmos (Estado e Concessionárias) pelo fato do serviço ter causado danos aos usuários, adota-se a responsabilidade objetiva estatal, fundada na Teoria do Risco Integral. De acordo com Velloso (2002, p. 11), citando afirmação feita por Serrano Júnior (*apud* CARVALHO NETO, p. 117) pode-se descrever a teoria do risco da seguinte forma:

Pela Teoria do Risco Integral, o Estado tornar-se-ia uma espécie de 'segurador universal'. Todo e qualquer evento danoso ocorrido em seu território seria por ele indenizado. Os contribuintes, responsáveis pela formação do patrimônio público, seriam, seus segurados.

Os serviços públicos estão também sujeitos às regras do consumidor uma vez que o art. 22 do CDC dispõe que “os órgão públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimentos são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros, e, quanto aos essenciais, contínuos”.

Além dos serviços públicos de competência exclusiva de cada ente estatal da Administração Direta: União (art. 21. CF/ 88), Municípios (art. 30, inciso V), Estados (art. 25, § 2º), há também aqueles que são prestados pelo Poder Público a agrupamentos indeterminados, sem possibilidade de identificação de seus destinatários, chamados de serviços UTI UNIVERSI. Os serviços UTI UNIVERSI são financiados pelos impostos, como são os serviços de segurança pública, os de saúde, entre outros.

Segundo Meirelles (2004, p. 322) há os serviços públicos que se preordenam a destinatários individuais, cujos usuários são determináveis, os quais permitem a aferição do

quantum utilizado por cada consumidor, o que ocorre com os serviços de telefone, água e energia elétrica. Tais serviços são chamados de UTI SINGULI⁶.

Embora a titularidade dos serviços públicos pertença ao Estado, pode ser executada direta ou indiretamente. A execução é direta quando o próprio Estado (pessoa federativa) presta serviços públicos através dos diversos órgãos que compõem a estrutura administrativa da pessoa prestadora – administração direta.

Há a execução indireta quando os serviços são prestados por entidades diversas das pessoas federativas, os entes da chamada Administração Indireta, cujo modelo vem com o Decreto- Lei nº 200/67. Criou-se ali, ao lado da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas.

A primeira corrente, para qual só os serviços remunerados por tarifa podem ser regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, em razão do direito de escolha do usuário, um dos direitos básicos para o reconhecimento da condição de consumidor. Esse é também o entendimento que prevalece no Superior Tribunal de Justiça, sintetizado no RESP 525.520-AL, do qual foi relatora a Min. Eliana Calmon.

Administrativo. Serviço Público. Concedido. Energia Elétrica. Inadimplência.

1. Os serviços públicos podem ser próprios e gerais, sem possibilidade de identificação dos destinatários. São financiados pelos tributos e prestados pelo próprio Estado, tais como segurança pública, saúde, educação, etc. Podem ser também impróprios e individuais, com destinatários determinados ou determináveis. Neste caso, tem uso específico e mensurável, tais como os serviços de telefone, água e energia elétrica.

2. Os serviços públicos impróprios podem ser prestados por órgãos da Administração Pública indireta ou, modernamente, por delegação, como previsto na CF (art.175). São regulados pela Lei nº 8.987/ 95, que dispõe sobre concessão e permissão dos serviços públicos.

3. Os serviços prestados por concessionárias são remunerados por tarifa, sendo facultativa a sua utilização, que é regida pelo CDC, o que diferencia da taxa, remuneração do serviço público.

4. Os serviços públicos essenciais, remunerados por tarifa, e prestados por concessionárias do serviço podem sofrer interrupção

⁶ Dados retirados do RECURSO ESPECIAL Nº460.271 SP (2002/0107397-1)

quando há inadimplência, como previsto no artigo. 6º, §3º, II, da Lei nº 8.987/95. Exige-se, entretanto, que a interrupção seja concedida por aviso, existindo na Lei nº 9.427/97, que criou a ANEEL, idêntica previsão.

5. *A continuidade do serviço, sem o efetivo pagamento, quebra o princípio da igualdade das partes e ocasiona o enriquecimento sem causa, repudiado pelo Direito (arts. 42 e 71 do CDC, em interpretação conjunta).*

6. *Recurso especial provido.*

Em conclusão, os serviços públicos remunerados por tributos (impostos, taxas ou contribuições de melhoria) não estão submetidos à incidência do CDC porque se trata entre o Poder Público e o contribuinte uma relação administrativo-tributária, conforme já ressaltado, disciplinada pelas regras do Direito Administrativo. Só estão sujeitos às regras do CDC os serviços públicos remunerados por tarifa ou preço público.

3.2 Serviços públicos essenciais

São Serviços Públicos Essenciais na concepção de João Sardi Junior⁷, “aqueles nos quais atribuem todo desenvolvimento de uma sociedade e geração de um país inteiro. A falta ou a interrupção de tais serviços geram verdadeiras catástrofes”.

Sobre o conceito de Serviço Público Essencial, destaca Denari (*et al.*, 2005, p. 215)

É sempre muito complicado investigar a natureza do Serviço Público, para tentar surpreender, neste ou naquele, o traço da sua Essencialidade. Com efeito, cotejados, em seus aspectos multifários, os serviços de comunicação telefônica, de fornecimento de energia elétrica, água, coleta de esgoto ou lixo domiciliar, todos passam por uma gradação de essencialidade, que se exarceba justamente quando estão em causa de Serviços Públicos difusos (uti universi) relativos à segurança, saúde e educação.

⁷ SARDI JUNIOR, João. **Dos Serviços Públicos essenciais quanto á continuidade da sua prestação frente á legislação vigente**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br> Acesso em 01 abr.2011.

Parece-nos, portanto, mais razoável sustentar a imanência desse requisito em todos os serviços prestados pelo Poder Público. Portanto, na visão de Denari, “todos os Serviços Públicos são Essenciais⁸. Bem provável é, a dificuldade para definir quais são os Serviços Públicos considerados Essenciais, pois ocorre um silêncio na Lei nº 8078/90(Código de Defesa do Consumidor) no caput do art.22, o qual apenas menciona a existência dos Serviços Públicos Essenciais, sem ao menos enumerar ou exemplificar.

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 (Grifo nosso).

Então, em face do CDC, os doutrinadores utilizam, analogamente, a Lei nº 7.783/89, a chamada ‘Lei da Greve’⁹, que em seu artigo 10, enumeram quais são os Serviços ou atividades considerados essenciais na forma da lei, assim:

Art.10 São considerados serviços essenciais 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;(Grifo nosso)***
- VIII- *Guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;*
- IX- *Processamento de dados ligados a serviços essenciais;*
- X- *Controle de tráfego aéreo;*
- XI- *Compensação bancária (BRASIL, 1989).*

A Jurisprudência se encarregou também de elencar alguns Serviços Públicos considerados Essenciais. Nesse sentido, tem- se:

132011651 MANDADO DE SEGURANÇA CORTE DE FORNECIMENTO DE ÁGUA ABUSIVIDADE SERVIÇO ESSENCIAL. O fornecimento de água é serviço essencial que deve ser

⁸ *Iden. Ibdem*

⁹ BRASIL. Lei nº 7.783 de 28 de jul 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Brasília: Senado, 1989.

contínuo e não pode sofrer corte, ainda que haja falta de pagamento. O débito deve ser cobrado pelas vias judiciais, impondo-se reconhecer o direito líquido e certo do impetrante em receber o fornecimento de água, posto ser-lhe necessário á própria vida. Apelação não provida. Unânime. (TJDF APC 19990110461302 DF 1ª T. Cív. Relª. Desª. Maria Beatriz Parrilha DJU 14.08.2002, p. 40)

SERVIÇO PÚBLICO-ENERGIA ELÉTRICA-SUSPENÇÃO DO FORNECIMENTO EM FACE DA INADIMPLÊNCIA DO CONSUMIDOR- INADMISSIBILIDADE SERVIÇO INDISPENSÁVEL À POPULAÇÃO, SUBORDINADO AO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DE SUA PRESTAÇÃO. Medida interruptiva, ademais, que quando efetuada, deve observar a regra do devido processo legal. Agravo de instrumento interposto contra decisão que deferiu liminar a normalização do fornecimento de energia elétrica na residência do recorrido. Não se revela legítimo o ato administrativo praticado pela empresa concessionária fornecedora de energia consistente na interrupção de seus serviços, em face de inadimplência do consumidor. A energia é, na atualidade, um bem essencial á população, constituindo-se serviço público indispensável, subordinado ao princípio da continuidade prestação, pelo que se torna impossível a sua interrupção. O artigo 22 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor assevera que “Os órgãos públicos, por si ou por suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”. Não obstante o fornecimento da força elétrica possa ser feito contra consumidor inadimplente, a medida interruptiva deve ser efetuada, observando-se as regras do devido processo legal, hipótese não demonstrada in causa. Não havendo qualquer prova material de que tenha havido um procedimento em que se respeitassem a oportunidade de defesa e o direito ao contraditório, antes de proceder ao corte, não há como considerá-lo legítimo. (RECIFE, TRF. Agin. 2005.05.00.000327/0, Rel. Des. FEDERAL Ubaldo Ataíde Cavalcante, 2005)

SERVIÇO PÚBLICO-ABASTECIMENTO DE GÁS-NÃO PAGAMENTO DA TARIFA- INTERRUÇÃO DO SERVIÇO- INADMISSIBILIDADE-SERVIÇO ESSENCIAL E INDISPENSÁVEL QUE DEVE SER CONTÍNUO E PRESTADO COM SEGURANÇA- IMPOSSIBILIDADE DE MEIOS COERCITIVOS PARA COBRANÇA DA DÍVIDA. O abastecimento de gás e um serviço público indispensável, por isso devem ser contínuos e prestados com eficiência e segurança. O seu fornecimento não pode ser interrompido mesmo diante do não pagamento da tarifa, sendo vedado o emprego de meios sensíveis para cobrança da dívida. (RIO DE JANEIRO, TJRJ. Ag. 10252-01, Rel. Des. Jorge Luiz Habib, 2001).

TELEFONE-CANCELAMENTO DO DIREITO DE USO DE TERMINAL TELEFÔNICO POR ATRASO NO PAGAMENTO DA TARIFA-INADMISSIBILIDADE. Tratando-se de serviço de utilidade pública e devendo a administração direta ou indireta obedecer, entre outros, os princípios da Legalidade e Moralidade (cf. CF artigos.5º , II e 37, Caput), Afigurasse inadmissível o seu cancelamento em prejuízo do usuário, por temporária falta de pagando da tarifa, mesmo porque, em face do elevado valor comercial do direito de uso da linha telefônica, aquele ato em tais circunstâncias em portaria em autentica expropriação sem a correspondente indenização, além de violar o código de defesa do consumidor (cf. arts. 3º 51, 2-, 1V, VI, XV e seu§ 1º, 1II, III). Apelação desprovida (TJPR, Ap.19.034/5, 2º Câm. Civ. J. 25-3-1992, Rel.Des. Negi Calixto, RDC, 17.207).

É imperativo esclarecer que, o rol dos Serviços Públicos Essenciais, destacados na Lei nº7.783/89, não é taxativo está disposto em (*Numerus clausus*). Mas tão somente exemplifica, de forma aberta, algumas das possibilidades previstas pelo legislador, abrindo-se, por tanto, um leque de outras modalidades de Serviços Públicos considerados Essenciais.

Ainda, quanto à dificuldade para se definir os Serviços Públicos considerados Essenciais, temos que a mesma, em razão de critérios sociais, relativos aos costumes, espaço, dentre outros. Como exemplo, podemos destacar o fornecimento do serviço de abastecimento de água para uma população da zona urbana de um ‘Grande Centro’, os quais somente dispõem desse recurso natural através do mesmo, em comparação a uma população ribeirinha que vive as margens de um rio.

É indubitável, o caráter essencial que o fornecimento de água tem para a sobrevivência. No entanto, no caso citado acima, a comunidade ribeirinha dispõe desse recurso gratuitamente, se desejar, podendo decidir pelo desabastecimento de água fornecido por uma empresa delegatária do poder público.

Tão imprescindível, como os Serviços Públicos Essenciais a consecução da necessidade da sociedade, se pode prescindir à definição de Essencialidade, trazida por João Sardi Junior¹⁰, que esclarece que tais serviços são na verdade indispensáveis a vida moderna, e basicamente são os pilares de sustentação de uma nação, tanto é que quando alguns países declaram guerra, os primeiros ataques são contras alvos ligados aos serviços essenciais pelo simples motivos de ser a espinha dorsal da infra- estrutura do país.

Nesse sentido, entende-se serem revestidos de essencialidade, aqueles serviços os quais deve ser fornecidos de maneira imediata, tornando-se imperativa a inafastabilidade de

¹⁰ *Op. Cit.*

sua prestação, por satisfazerem as necessidades de subsistência humana e proporcionar o mínimo indispensável a uma vida digna.

3.3 Princípios inerentes aos serviços públicos essenciais

No estudo das regras norteadoras dos serviços públicos, tem-se como obrigatória o atendimento ao Princípio da Adequação (art.175, parágrafo único, inciso IV, CF/88). O mesmo princípio está na Lei nº8.987/95, que regulamentou as condições para a prestação dos serviços públicos sob o regime da concessão ou permissão, havendo o mencionado diploma definido, no art.6º,§1º, “*Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade nas tarifas*”.

Conclui-se, pelo dispositivo transcrito, que a continuidade consiste na indispensabilidade do serviço público essencial, devendo ser prestado sem interrupções com qualidade e preços acessíveis ao consumidor. Essas condições de qualidade do serviço são essenciais, no caso dos transportes coletivos, por exemplo, a regularidade da circulação dos coletivos é indispensável, vez que os usuários são trabalhadores em geral e se sujeitam a horários. O art.22 do CDC é expresso ao indicar a continuidade como característica do serviço, impondo a reparação de dano em caso de descumprimento por parte do fornecedor.

Segundo Meirelles (2008, p. 235), outro princípio da Administração Pública, importante nos serviços públicos essenciais é o da Eficiência, que disciplina ser um dever imposto a todo e qualquer agente público, no sentido de que ele realize suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional.

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.

Como bem expõe o autor *supracitado*, os serviços devem ser de boa qualidade e eficientes. Os equipamentos e máquinas envolvidas diretamente na prestação do serviço precisam estar em perfeitas condições de uso e em bom estado de segurança. As pessoas

encarregadas pelos serviços devem ser bem treinadas e preparadas para desempenhar com presteza e eficiência o máximo em suas funções.

Segundo Bastos (1996, p.165), o Princípio da Continuidade do Serviço Público visa não prejudicar o atendimento à população, uma vez que os serviços essenciais não podem ser interrompidos, ele é um dos doutrinadores que defende a não interrupção do serviço público essencial como deixa claro sua posição citada abaixo:

O serviço público deve ser prestado de maneira contínua, o que significa dizer que não é passível de interrupção. Isto ocorre pela própria importância de que o serviço público se reveste o que implica ser colocado à disposição do usuário com qualidade e regularidade, assim como com eficiência e oportunidade'... "Essa continuidade afigura-se em alguns casos de maneira absoluta, quer dizer, sem qualquer abrandamento, como ocorre com serviços que atendem necessidades permanentes, como é o caso de fornecimento de água, gás, eletricidade. Diante, pois, da recusa de um serviço público, ou do seu fornecimento, ou mesmo da cessação indevida deste, pode o usuário utilizar-se das ações judiciais cabíveis, até as de rito mais célere, como o mandado de segurança e a própria ação cominatória.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 22, assegura ao consumidor que os serviços essenciais, devem ser contínuos, caso contrário, caberá aos responsáveis indenizar o consumidor que teve o seu direito prejudicado. Teoria do Risco Administrativo. O referido código, não diz quais seriam esses serviços essenciais, podendo-se usar por analogia, o artigo 10 da lei 7783/89 (Lei de Greve).

Em virtude do dever da Administração Pública de prestar os serviços de forma direta ou indiretamente, serviços ininterruptos ou continuados, o direito lhe confere prerrogativas para se fazer cumprir o acertado. A administração pode intervir nas empresas concessionárias de serviços públicos, se os serviços não estiverem sendo prestados de forma adequada, até intervir ou rescindir o contrato de concessão por decisão judicial.

4 A TELEFONIA MÓVEL NO ROL DOS SERVIÇOS ESSENCIAIS

Com a evolução do tempo as pessoas mudam e com elas mudam as suas necessidades, as suas vontades, os seus desejos. E para acompanhar essas mudanças, diariamente são criados, em qualquer lugar do mundo, novos inventos, novas tecnologias, objetivando facilitar o nosso dia- a- dia sendo inseridas no mercado para atender as necessidades de consumo.

Envolvidos nesse pensamento, foi que os técnicos (cientistas da tecnologia) conseguiram criar vários itens, dentre estes, o “cell phone” (telefone celular), ou telefone móvel, como sendo mais um item que iria, e muito, contribuir para facilitar a rotina das pessoas.

Hoje, a exemplo da telefonia móvel que em pouco mais de uma década se popularizou, passando a ser um serviço de telefonia com o maior número de usuários.

Segundo os dados da ANATEL¹¹ o caráter essencial do serviço pode ser depreendido inclusive pelo número de consumidores do serviço de telefonia móvel no Brasil. Segundo informações divulgadas pela Anatel em Novembro de 2009, o Brasil atingiu, neste mês, uma base de 169.753.909 de assinantes, sendo que desse total 82,34% usam o sistema pré- pago, ou seja, 139.774.792 de assinantes. Tais números apontam para a preferência, da população, pelo telefone móvel pré-pago em detrimento ao telefone fixo, exatamente porque aquele não cobra a “tarifa assinatura” praticado por este último serviço.

De acordo com os dados utilizados pelo Blog do Sistema Jangadeiro de Telecomunicações, o Sudeste é a região do Brasil que concentra o maior número de acessos ao serviço de telefonia celular, com 87.087.910 celulares, seguido pela região Nordeste, com 42.942.825; Sul com 28.243.164; e Centro-Oeste com 16.354.137 acessos. Os Estados do Nordeste com o maior número de aparelhos celulares estão: Ceará contabilizando 7,24 milhões de aparelhos no mês de Setembro, sendo superado pela Bahia com (11,56 milhões) e Pernambuco (8,75 milhões). No país, já são mais de 191 milhões de telefones móveis, dados este que demonstra a importância desses serviços frente à população nacional, sem contar no seu uso no mundo inteiro¹².

¹¹ Todos os dados coletados neste parágrafo foram retirados da indicação nº 17.709/2010.

¹² PEDROSA, Aline. Celular pré-pago: 89,9% dos cearenses utilizam Disponível em: <http://blog.jangadeiroonline.com.br/tag/celular/> Acesso: 20 de maio 2010

A telefonia móvel encurtou as distâncias e proporcionou maior rapidez na troca de informações no mundo inteiro. Atualmente, a telefonia é essencial à vida urbana, tendo em vista que se requisita socorro (polícia, bombeiros, médico), transmite-se dados e informações, faz-se transações comerciais, além de possuir significativa relevância para a economia e para as relações sociais no cotidiano da população.

A Jurisprudência Brasileira já se posicionou sobre essa nova realidade:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CÍVEL PÚBLICA. DIREITO DO CONSUMIDOR. TUTELA ANTECIPADA. TELEFONIA MÓVEL. SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL. ALEGAÇÃO DE INTERRUPTÃO DO SERVIÇO SEM PRÉVIO AVISO PELA PRESTADORA. AUSÊNCIA DE PROVA. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS. TUTELA REVOGADA. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO. Independentemente do regime jurídico de sua prestação, o serviço de telefonia móvel também se submete ao Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos Essenciais, nos termos do art.22 do Código de Defesa do Consumidor. (TJES, 3ª TURMA CÍVEL, Agravo de Instrumento 38049000466, Des. Catharina Maria Novaes Barcellos, publicado em 25 out. 2006).

DANO MORAL-INTERRUPTÃO INDEVIDA DOS SERVIÇOS DE TELEFONIA-TELEFONE COMO ESSENCIAL À ATIVIDADE ECONOMICA DA AUTORA- CONSTRANGIMENTO PERANTE OS CLIENTES-PROVA TESTEMUNHAL-DANO MORAL CARACTERIZADO (TJSP- Seção de Direito Privado- 31ª Câmara- Apelação com revisão nº1172033-0/6- Rel. Des. João Omar Marçura- 16/10/2008).

*A lide cinge-se à responsabilidade da empresa apelante pelo pagamento de indenização por danos morais decorrente da suspensão do serviço de telefonia. E o dano moral é evidente. ...A conduta da concessionária teve como consequência imediata a restrição da utilização do telefone pelo apelado, fato que, à evidência, trouxe a ele abalo psicológico que extrapola meros aborrecimentos, mormente porque sua obrigação foi cumprida em dia e a referida restrição só teve fim após a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional... Até mesmo se justifica a caracterização do dano moral pela ausência de justa causa para a suspensão do serviço. **Por certo, que a utilização do telefone é essencial para o dia-a-dia do cidadão, estando voltadas para a liberdade de comunicação entre as pessoas, realização de negócios e até mesmo a resolução das mais variadas pendências, como o caso dos autos (TJSP – Apelação nº7.118.284-0 – 20ª Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Luís Fernando Balieiro Lodi- 04/08/2008) (Grifamos)***

RESPONSABILIDADE CIVIL- AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS- SUSPENSÃO DE LINHA TELEFÔNICA MÓVEL SEM AVISO PRÉVIO- ALEGADA FALTA DE PAGAMENTO DE SERVIÇO CONTRATADO (TECNOLOGIA GSM) – CONDUTA ARBITRÁRIA E INJUSTA VERIFICADA- REFLEXO NO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE PROFISSIONAL- RECONHECIMENTO DE DANO MORAL ANTE OS TRANSTORNOS CAUSADOS PELA INICIATIVA DANOSA DA PRESTADORA DE SERVIÇOS- DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO- DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO-INSURGÊNCIA NO TOCANTE AO QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO (CERCA DE R\$- 4.690,00 ATUAIS) - MANUTENÇÃO – VALOR QUE SE MOSTRA JUSTO E PEDAGOGICAMENTE EFICAZ- SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS DESPROVIDOS 1.

Antes a necessidade do serviço telefônico como forma de relacionamento das pessoas, seja no âmbito profissional, sua suspensão indevida e sem aviso prévio é suficiente para causar dano moral, independentemente de comprovação do prejuízo. 2. A indenização por danos morais- que tem por escopo atender, além da reparação ou compensação da dor em si, ao elemento pedagógico, consiste na observação pelo ofensor de maior cuidado de forma a evitar a reiteração da ação ou omissão danosa- deve harmonizar-se com a intensidade da culpa do lesante, o grau de sofrimento do indenizado e a situação econômica de ambos, para não ensejar a ruína ou a impunidade daquele, bem como o enriquecimento sem causa ou insatisfação deste. (Grifo)

INDENIZAÇÃO- Dano moral- Interrupção do serviço telefônico por dezesseis dias, a pretexto do não pagamento da fatura- Pagamento efetuado com bastante antecedência á interrupção – Linha instalada em escritório de advogado militante – Ato ilícito gerador de dano moral e não de mero aborrecimento- Culpa concorrente não reconhecida –Pretensão principal e cautelar julgada procedente- Recurso provido. (TJSP- Apelação com Revisão 992.311-007- 33ª Câmara de Direito Privado – Relator Des. Sá Duarte-11/ 06/2008)

O ordenamento jurídico também reconheceu essa realidade quando a Lei Federal nº 9.472/97, que trata sobre a organização dos serviços de telecomunicações, passou a estabelecer, em seu art.2º, I que “o Poder Público tem o dever de garantir a toda população, o acesso aos serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade adequados á sua natureza, em qualquer ponto do território nacional ¹³.”

¹³ BRASIL, Lei nº 9472 de 16 jul 1997. **Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais**, Brasília: Senado, 1997.

Sobre o trecho acima, tem-se que o serviço de telefonia faz parte do rol dos serviços essenciais, sob o gênero telecomunicações, previsto no art.10, VII da Lei nº 7.783/89, conhecida como Lei de Greve.

Ainda sobre o trecho acima, no que concerne a necessidade do serviço essencial de telefonia, destaca-se a indicação da Casa Legislativa Nacional (ver em anexo. B), datada de 12 de Janeiro de 2010, pelo Senhor Deputado Álvaro Gomes, do estado da Bahia, o qual solicita do Presidente da ANATEL, o Sr. Ronaldo Motta Sandemberg, que determine às operadoras de telefonia móvel que procedam à instalação de aparelhagem necessária para a disponibilização do serviço de telefonia móvel na cidade de Maiquinique, localizada no Estado da Bahia.

Abaixo alguns trechos, sobre a referida indicação:

[...] O deputado infrafirmado vem, com esteio nos dispositivos regimentais, fazer incluir na ata dos trabalhos desta Egrégia Casa Legislativa indicação ao Ilmo. Presidente da Agencia Nacional de Telecomunicações- ANATEL, Sr. Ronaldo Mota Sandemberg, que determine às operadoras de telefonia móvel que procedam à instalação da aparelhagem necessária para disponibilização do serviço na cidade de Maiquinique.

[...] O desenvolvimento do serviço de telefonia móvel deve ser encarado como uma forma de proteção ao consumidor, tendo em vista a necessidade de extensão da sua disponibilidade a todos os cidadãos, ainda que nos rincões mais distantes do Brasil. A telefonia hoje está longe de ser um luxo, se constitui uma das necessidades básicas de todo ser humano.

No entanto, em que pese à essencialidade do serviço de telefonia móvel, a população do município de Maiquinique ainda não foi favorecida com tal serviço, em que pese o avanço tecnológico do setor.

[...] O caráter essencial do serviço pode ser depreendido inclusive pelo número de consumidores do serviço de telefonia móvel no Brasil. Segundo informações divulgadas pela Anatel em Novembro de 2009, o Brasil atingiu, neste mês, uma base de 169.753.909 de assinantes, sendo que desse total 82,34% usam o sistema pré-pago, ou seja, 139.774.792 de assinantes. Tais números apontam para a preferência, da população, pelo telefone móvel pré-pago em detrimento ao telefone fixo, exatamente porque aquele não cobra a “tarifa de assinatura” praticada por este último serviço.

O município de Maiquinique possui uma população de 8.848 habitantes, estando situado na região Centro-Sul Baiano. É uma cidade

que tem um grande potencial de desenvolvimento e para que isso aconteça com maior facilidade o acesso ao serviço de telefonia móvel será um instrumento de fundamental importância.

Ainda sobre a necessidade e essencialidade do serviço de telefonia móvel, destacam-se alguns dados da pesquisa realizada pelo PROCON Municipal de Campina Grande, onde os dados da telefonia móvel e telefonia fixa¹⁴ não são diferentes dos dados nacionais, onde se verificou que no período de 16 de junho a 31 de dezembro de 2010, foram registrados 2.304 atendimentos, sendo 1.617 de demandas registradas. O ranking das empresas reclamadas aponta que as áreas mais demandadas são: assuntos financeiros com 36,49% de reclamações registradas; seguido de produtos diversos, neste segmento os celulares são os produtos que mais apresentam defeitos com 31,42%, e em terceiro lugar serviços essenciais com 29,93%, onde a Nota Técnica n° 62/2010 já enquadra os aparelhos de telefonia móvel a produtos essenciais. (ver em anexo A)

No comércio a principal queixa de 2010, corresponde a aparelhos celulares, pois muitas lojas não asseguravam a troca imediata do produto em caso de defeito, sendo muitas delas punidas com multa pelo PROCON. No caso da telefonia móvel, as reclamações mais frequentes, diz respeito à má prestação dos serviços e a cobrança indevida.

Diante das informações apresentadas pode-se verificar a importância que o setor de telefonia móvel representa para a sociedade de maneira geral, encurtando a distância entre as pessoas, influenciando na economia e nas atividades dos profissionais que dependam desse serviço para a sua atividade, a telefonia móvel, vem se tornando cada vez mais indispensável e por que não, essencial no cotidiano dos usuários.

O Parecer Técnico n° 62/CGSC/DPDC/2010 (ver anexo C) do dia 15 de Junho de 2010, considera os aparelhos de telefonia móvel a produtos essenciais, tendo em vista que estes são o meio pelo qual se viabiliza o serviço de telecomunicações, sendo este expressamente considerado essencial pela lei Federal n°. 7.783/89.

02. No ano de 2009, o Cadastro Nacional de Reclamações Fundamentadas¹⁵, apontou mais uma vez que as demandas relativas a aparelhos celulares superaram em muito as referentes a todos os

¹⁴ Todos os dados deste parágrafo foram retirados de: PROCON divulga ranking das reclamações registradas pelo Sindec em 2010 em Campina. Disponível em: <http://www.campinagrande.pb.gov.br/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=323>. Acesso em: 20 maio de 2011.

¹⁵ BRASIL. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. Cadastro Nacional de Reclamação Fundamentada 2009: Relatório Analítico/ Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC).

demais produtos e serviços, representando quase um quarto (24,87%) do total registrado junto aos órgãos do SNDC (...).

04. Tal cenário de desrespeito sistemático aos direitos do consumidor inquieta os órgãos do SNDC, sobretudo em consideração ao significado social do produto em questão: os aparelhos celulares têm por finalidade viabilizar a prestação do serviço de telefonia móvel e, mais do que isso, são o único meio disponível para tanto. Assim, a gravidade da situação imperante no mercado consiste no fato de que, no caso de vício, o consumidor vê-se privado longamente não apenas do uso do produto, mas também da fruição de um serviço que, no ordenamento jurídico brasileiro, qualifica-se como essencial.

05. “Serviços Essenciais”, conforme a Lei nº 7.783/89, que define as atividades essenciais e dispõe sobre o exercício do direito de greve, são aqueles indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, isto é, as necessidades cujo desatendimento coloca em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população (art.11). Dentre eles, o referido diploma inclui expressamente os serviços de telecomunicações (...).

06. No que toca a defesa do consumidor, considerando-se que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) não traz um conceito próprio de “serviço essencial”, é fundamental que se interprete a definição da Lei nº 7.783/89 à luz da Constituição Federal (art.5º, XXXII, e 170, V) e dos objetivos que regem a política nacional de relações de consumo, tais como o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos e a harmonia das relações de consumo (art.4º, caput, do CDC). O serviço essencial, sob essa perspectiva, pode ser entendido como aquele cuja prestação é indispensável à dignidade, à saúde e à segurança dos consumidores, conceito no qual se enquadram legalmente tanto o serviço telefônico fixo, como o móvel.

07. Nesse ponto, por oportuno, ressalta-se que a definição de serviço essencial sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor não se confunde com o conceito de serviço público presente na Lei nº 9.472/97 a Lei Geral das Telecomunicações (LGT). Essa lei classifica os serviços de telecomunicações quanto ao regime jurídico de sua prestação, demarcando como públicos os serviços delegados mediante concessão ou permissão e cuja existência, universalização e continuidade a própria União compromete-se a assegurar (arts. 63 e 64) e como privados o residual (Conforme explicitado pelo Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, art.14).

08. A partir do art.64, parágrafo único, da LGT, a regulamentação infralegal estabeleceu que o serviço de telefonia fixa fosse prestado nos regimes público e privado, mediante concessão ou permissão e autorização (Plano Geral de Outorgas, art. 1º c/c Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado, art.5º) e que o serviço de telefonia móvel é prestado exclusivamente no regime privado, mediante

autorização (Plano Geral de Outorgas, art.3º c/c Regulamento do Serviço Móvel Pessoal, art.5º). Convém enfatizar que o quadro normativo específico do setor em momento algum associa qualquer dessas categorias à essencialidade ou não do serviço.

11. Tal leitura é coerente com a atual realidade sócio-econômica do Brasil: não seria razoável reputar essenciais apenas os serviços de telefonia prestados no regime público, quando o acesso a comunicação é muito mais significativo no regime privado. Segundo dados publicados pela ANATEL, no ano de 2008 já havia 150,6 milhões de números de acesso ao serviço móvel, contra somente 41,2 milhões de números de acesso em uso ao serviço fixo.

12. Além disso, a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (Pnad) de 2008, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), demonstrou que há hoje mais famílias com aparelho celular do que com telefone fixo no Brasil. Dos domicílios com acesso a telefone, 92% contam com o serviço móvel, ao passo que apenas 54% dispõem de serviço fixo. Ainda mais expressivo: de todas as famílias pesquisadas, mais de um terço (37%) utiliza exclusivamente telefonia móvel, enquanto meros 6% usufruem somente de telefonia fixa.

Segundo foi apresentado pelo DPDC essa estatística é importante, pois comprova que a telefonia móvel é mais requisitada que a fixa para atender às necessidades inadiáveis da comunidade e assegurar a proteção de sua dignidade, saúde e segurança. Evidencia-se, assim, o importante papel social e o caráter essencial do serviço móvel para a população.

Desse modo, em sendo a telefonia móvel essencial, não se pode admitir que o consumidor seja privado do acesso a ela em razão de vício de qualidade ou inadimplência, seja na prestação do serviço em si, seja no produto que viabiliza sua fruição (...).

5 METODOLOGIA E ANÁLISE DE CONTEÚDO

5.1 Aspectos Metodológicos

A pesquisa é uma atividade voltada para a solução de problemas, através do emprego de processos científicos. Ela parte de uma ou mais dúvidas ou problemas e, com o uso de métodos científicos adequados, busca-se respostas e soluções, soluções que somente poderá ocorrer quando o problema levantado tiver sido trabalhado com instrumentos científicos e procedimentos adequados.

A pesquisa pode ser entendida como um procedimento reflexivo sistemático, controlado e crítico, que permite descobrir novos fatos ou leis, em qualquer campo de conhecimento, cujas respostas existentes não são satisfatórias.

O presente trabalho fez uso da pesquisa bibliográfica, onde através do método de pesquisa científica, delimitou-se o tema, a definição do problema, a justificativa, o objetivo geral e os específicos, introdução e conclusão.

A pesquisa bibliográfica é uma etapa fundamental em todo trabalho científico e influencia todas as demais etapas de uma pesquisa, na medida em que fornece o embasamento teórico em que se baseará o trabalho, ela consiste no levantamento, seleção, fichamento e arquivamento de informações relacionadas à pesquisa.

A pesquisa bibliográfica utilizada neste trabalho, abrangeu a leitura, análise e interpretação de livros, periódicos, leis, etc. Todo material recolhido foi submetido a uma triagem, a partir da qual foi estabelecido um plano de leitura, sistemático que se fez acompanhar de anotações e fichamentos que foram utilizados para a fundamentação teórica do estudo e análise dos resultados.

A pesquisa bibliográfica como foi demonstrada aqui é o passo inicial na construção efetiva de um protocolo de investigação, para Manzo (1971, p. 32 *apud*. MARCONI, 2001, p. 56), afirma que a bibliografia “oferece meios para definir, resolver não somente problemas já conhecidos, mas também explorar novas áreas em que os problemas não se cristalizaram suficientemente”.

Segundo Leite (1978, p. 59), no campo jurídico, a pesquisa bibliográfica é o método por excelência de que dispõe o investigador, sem com isso esgotar as outras manifestações metodológicas

Na área jurídica, se o assunto for uma norma jurídica, tem-se uma fonte primária; já a doutrina e a jurisprudência relativa a ela serão fontes secundárias. As fontes primárias aquelas que complementam o texto principal; e fontes secundárias, as monografias ou livros relacionados com o tema. Essa separação para muitos autores só tem validade quando se trata de trabalho sobre um autor e/ou sua obra (fonte primária) e os comentadores desse autor ou suas obras (fonte secundária)

Para a realização deste trabalho foi utilizada as fontes primárias e secundárias, e a pesquisa por ser de cunho bibliográfico abrangeu oito fases:

- a) a escolha do tema;
- b) delimitação do tema;
- c) apontamentos;
- d) identificação;
- e) definição dos termos;
- f) fichamentos;
- g) análise dos termos;
- h) redação.

Vale salientar que, assim como diz Gonsalves (2005, p 12), que apesar de ser um trabalho bibliográfico, este não se trata de uma série de resumos, mas sim de uma série de análises sobre os conteúdos compilados que pretendem contribuir para verificar até que ponto a suspensão dos serviços de telefonia móvel pelas concessionárias em caso de inadimplência é uma decisão que fere o princípio da continuidade previsto pelo CDC.

6 AS CORRENTES DOUTRINÁRIAS ACERCA DA SUSPENSÃO OU NÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS POR INADIMPLEMENTO DO CONSUMIDOR

Como apresentado nos tópicos anteriores, o conceito de Serviço Público ao ser analisado não pode estar dissociado do princípio da continuidade, importante nos Serviços Públicos Essenciais. Portanto a temática que este trabalho propôs analisar encontra-se dentro da discussão doutrinária concernente a este princípio, no que tange a possibilidade ou não de suspensão dos serviços públicos considerados essenciais em caso de inadimplemento do consumidor com a fornecedora, como por exemplo, energia, água ou telecomunicações.

O posicionamento dos doutrinadores frente a esse princípio é divergente, uma parte defende que não é possível a suspensão em hipótese alguma dos serviços públicos considerados essenciais, enquanto a outra parte, como já foi demonstrado durante a exposição do tema, defende que é possível com o inadimplemento do consumidor ser efetuado a suspensão do serviço.

Entre os doutrinadores que defendem que não é possível a suspensão do fornecimento do serviço público baseiam-se nos artigos 22 e 42 da Lei nº 8.078/90, e no artigo 5º, incisos LIV e LV da CF/88, alegando que há meios próprios de cobrar a falta de pagamento, sugerindo a ação judicial, por ser um serviço essencial, o mesmo não pode ficar condicionado ao pagamento de contraprestação, sendo a sua interrupção inconstitucional e arbitrária.

Neste sentido há jurisprudência do STJ contidas no RESP 122.812/ES, ratifica a posição dos doutrinadores que defendem a não interrupção dos serviços considerados essenciais, e julgou assim, a ilegalidade da interrupção no fornecimento de energia elétrica, mesmo que inadimplente o consumidor, à vista das disposições do Código de Defesa do Consumidor que impede que o usuário seja exposto ao ridículo, devendo a concessionária de serviço público utilizar-se de uma ação judicial para receber os pagamentos em atrasos.

Coadunando com esta idéia a doutrinadora Di Pietro (2004), entende que o usuário tem direito à prestação do serviço; se este lhe for indevidamente negado, podendo exigir judicialmente o cumprimento da obrigação pela concessionária; situação comum de ocorrer em casos de interrupção na prestação de serviços como os de luz, água gás e telecomunicações.

Quando o usuário interrompe o pagamento; mesmo nessas circunstâncias, existe jurisprudência no sentido de que o serviço, sendo essencial, não pode ser suspenso, cabendo à concessionária cobrar do usuário as prestações devidas, usando das ações judiciais cabíveis.

No ensinamento de Meirelles (2006), serviços *uti singuli* ou individuais: são os que têm usuários determinados e utilização particular e mensurável para cada destinatário, como ocorre com o telefone, a água e a energia elétrica domiciliar.

[...] O não pagamento desses serviços por parte do usuário tem suscitado hesitações da jurisprudência sobre a legitimidade da suspensão de seu fornecimento. Há que se distinguir entre o serviço obrigatório e o facultativo. Naquele, a suspensão do fornecimento é ilegal, pois se a Administração o considera essencial, impondo-o coercitivamente ao usuário (como é a ligação domiciliar à rede de esgoto e da água e a limpeza urbana), não pode suprimi-lo por falta de pagamento; neste, é legítima, porque, sendo livre sua fruição, entende-se não essencial, e, portanto, suprimível quando o usuário deixar de remunerá-lo, sendo, entretanto, indispensável aviso prévio.

Acerca desta corrente, o professor Nunes (2009, p. 109), faz pertinente comentário:

Infelizmente alguns juristas, de forma equivocada, têm-se manifestado no sentido contrário à norma (e mesmo contra sua clara letra expressa), admitindo que o prestador de serviço público corte o fornecimento do serviço essencial em caso de inadimplemento.

No mesmo texto complementa o autor *supracitado*, ser surpreendente que tal posicionamento errôneo seja adotado pelos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor como Ada Pellegrini, Denari, entre outros.

Para os doutrinadores do anteprojeto do CDC acima mencionado, a empresa fornecedora destes serviços tem a sua disposição os mecanismos legais, as vias judiciais, para ressarcir-se dos valores não pagos, levando-se em conta o princípio do contraditório e da ampla defesa.

A corrente que se opõe a esta posição, defende ser possível a interrupção do fornecimento do serviço público em caso de inadimplemento dos consumidores, e alegam que o princípio da continuidade do serviço público não pode ser tratado como absoluto e incondicional, pois estimularia a inadimplência, já que não se interromperia o fornecimento do serviço, em caso de falta de pagamento.

Seguindo o mesmo posicionamento da corrente *supracitada*, à Corte Especial do STJ o RESP nº 363.943, decidiu que “a distribuição de energia é feita, em sua grande maioria, por empresas privadas que não estão obrigadas a fazer benemerência em favor de pessoas desempregadas. A circunstância de elas prestarem serviço de primeira necessidade não às obriga ao fornecimento gratuito... O corte é doloroso, mas não acarreta vexame. Vergonha maior é o desemprego e a miséria que ele acarreta... é lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica, se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica mantém inadimplência no pagamento da respectiva conta”.

No entendimento da Profª. Marinela, em entrevista ao jornal eletrônico LFG News, da Rede de Ensino Luiz Flavio Gomes, acerca da possibilidade de interrupção do serviço público, salientou:

Não é razoável garantir serviço público a usuário que não paga prejudicando toda a coletividade. Teríamos aqui uma violação ao princípio da isonomia, pois não é justo que o que paga, e o que não paga, tenham tratamento igualitário.

Quanto aos que defendem tal posicionamento, apresentam como fundamentação que o Estado não está obrigado a prestar serviços, continuamente, se não houver uma contraprestação pecuniária por parte do usuário, ou seja, que o ente estatal, seja através de suas concessionárias ou permissionárias, não estaria obrigado a fornecer serviço público de forma gratuita.

Portanto, por discordar com a interrupção dos serviços públicos essenciais por inadimplência do consumidor, é que o presente trabalho teve como propósito explicar e provar que a prática da suspensão dos serviços públicos essenciais é reprovável, pois, fere o princípio da continuidade.

Uma vez que só será admitido o corte no fornecimento do Serviço Público Essencial, mediante autorização judicial, se demonstrado na ação que o consumidor está inadimplente. Quando o consumidor pode pagar a prestação vencida, isto é, tenha condições de adimplir a obrigação e não o fez, por outro motivo qualquer, somente neste caso que é cabível o corte em caso de inadimplemento pelo consumidor.

6.1 A inconstitucionalidade da suspensão do serviço público por inadimplência

Procurando uma resposta para o questionamento citado abaixo, analisa-se a partir dele algumas Garantias Constitucionais asseguradas pela Constituição Federal de 1988 pertinentes ao fato apresentado sobre a situação de uma família que se torna inadimplente pelo desemprego do chefe da família. O primeiro aspecto importante que deve ser observado ao analisar o caso é tratado no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (art.1º, III, CF) e as garantias constitucionais que dela decorrem.

Neste tópico fazendo uso da posição de Nunes (2009, p. 112), com a exposição fática do seguinte exemplo:

Suponhamos que 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.

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 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 3 meses, já que a maior parte foi usada para complementar a parcela de entrada da residência.

Com dificuldade 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?

O que irá acontecer é o que ocorre de praxe, isto é, os serviços essenciais dele serão interrompidos por falta de pagamento e o mesmo, portanto, terá que recorrer ao PROCON na tentativa de resolver o problema. Onde será feita uma conciliação que nem sempre logrará em êxito para o consumidor, uma vez que existe uma contradição entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei das Concessionárias e Permissionárias de Serviços

Públicos, que vê a necessidade de cobrar a dívida para continuar prestando os serviços aos usuários pagantes.

6.1.1 Dos direitos sociais

A prestação dos Serviços Públicos Essenciais visa atender as necessidades básicas e inadiáveis da sociedade. Assim, no caso exposto no tópico 5.1, exemplo dado por Nunes (2009), tem-se que o corte no fornecimento dos serviços de água, esgoto, bem como o de energia elétrica, além das perdas imediatas, como o estrago de alimentos perecíveis que necessitam de refrigeração, há também o risco de acidentes domésticos devido ao fato que a noite com o corte da energia elétrica é preciso fazer uso de velas e/ou outro meio para iluminar a residência.

Com a falta d'água pode provocar o aparecimento de doenças entre outros problemas que a falta d'água acarreta em uma casa, pode-se refletir a partir desse exemplo simples, mas pertinente a realidade de muitos usuários dos serviços essenciais que tem este serviço interrompido, como a indisponibilidade dos serviços essenciais torna-se um empecilho para a manutenção digna da saúde e da segurança familiar, abrindo assim um parêntese para uma reflexão sobre o posicionamento dos doutrinadores que apóiam a interrupção, como é o caso da posição já apresentada aqui no tópico 5, da Prof^a. Marinela, que não acha razoável garantir serviço público a usuário inadimplente, pois ao fazer isso o jurista que dá causa ganha ao usuário inadimplente vai de encontro ao princípio da isonomia, pois quem não paga prejudica toda a coletividade que paga, pois aumenta o ônus do usuário não inadimplente sobre esses serviços.

A saúde pública, a educação e a segurança pública são direitos de todos e dever do Estado, e devem ser garantidas mediante políticas sociais e econômicas que visem o acesso universal e igualitário aos mesmos, no caso da telefonia móvel, este serviço devido ao grande número de usuários e a sua constante necessidade neste mundo moderno e informatizado onde as pessoas não dispõem de muito tempo para executar suas tarefas, fazer visitas a familiares, solicitar serviços de terceiros e até mesmo na questão de cadastro para encontrar emprego, uma vez que o celular tornou-se um mecanismo de fácil acesso ao solicitante, às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação devem também ser asseguradas pelo dispositivo legal que considera os serviços essenciais como um direito do cidadão.

6.1.2 Do meio ambiente

O meio ambiente no qual vivemos, nossa residência, nosso trabalho, a cidade como um todo, deve ser um ambiente sadio e equilibrado, para que possamos desempenhar nossas atividades normalmente como trabalhar, estudar e criar nossos filhos. E para que isso ocorra de forma equilibrada e ordenada, não podemos prescindir dos serviços essenciais a vida humana, já que o mesmo é garantido constitucionalmente pelo ordenamento pátrio, é o que dispõe o artigo citado:

Art.225, caput, CF- *Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.*

Assim, o fornecimento de água, energia elétrica e telecomunicações, (além de outros serviços públicos essenciais) contribuem para que todos tenham uma existência digna e com qualidade de vida. Sem qualidade de vida, não se cogita a manutenção de um meio ambiente sadio e equilibrado.

Diante das informações apresentadas no tópico 4, pode-se verificar a importância que o setor de telefonia móvel representa para a sociedade de maneira geral, uma vez que ao encurtar a distância entre as pessoas, facilita diversas transações comerciais e pessoais, influencia na economia e nas atividades dos profissionais que dependam desse serviço para a sua atividade entre outras funções, por isso a telefonia móvel, vem se tornando cada vez mais indispensável e por que não, essencial no cotidiano de seus usuários.

Na zona urbana e na zona rural, nos mais distantes lugarejos do país a telefonia móvel têm se tornado um elemento essencial para a comunicação entre as pessoas. Na zona urbana ela é essencial, tendo em vista que se requisita através do aparelho (celular) de forma gratuita serviços de emergência tais como: socorro (polícia, bombeiros, médico), transmite-se dados e informações, transações comerciais etc., na zona rural estes serviços também podem ser realizados pela telefonia móvel até mesmo com maior facilidade do que pela telefonia fixa, uma vez que a telefonia móvel dependendo da operadora ativa na área tem um alcance bem maior do que a fixa.

6.1.2 Direito à vida

Sem a observância dos direitos à saúde, a segurança, bem como o direito a um meio ambiente equilibrado, mencionado nos itens anteriores, não há como se falar em consecução do direito fundamental à vida.

Ainda, o corte do serviço gera uma violação direta ao direito do cidadão e indiretamente à própria sociedade. Aliás, numa análise mais 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 de fornecimento dos serviços essenciais, do que fornecê-lo gratuitamente (afora o problema das doenças se espalharem). (NUNES, 2009, p. 113).

Art.5º, caput, CF- Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida.

Embora o serviço de telefonia móvel não esteja circunscrito no âmbito dos serviços essenciais tais como água, esgoto, energia elétrica, entre outros que dizem respeito à questão da saúde e da vida humana, ele pertence sim, aos serviços essenciais, portanto o seu corte ao gerar constrangimento ao usuário inadimplente, indubitavelmente, constitui violação ao Princípio da Dignidade Humana, por submeter o mesmo a uma situação de certa forma humilhante, o que também é expressamente vedado pelo CDC, no caput do art.42, abaixo transcrito:

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

Neste sentido a jurisprudência do STJ contida no RESP 122.812/ES, ratifica a posição da não interrupção dos serviços considerados essenciais, e julgou assim, a ilegalidade da interrupção no fornecimento de energia elétrica, mesmo que inadimplente o consumidor, à vista das disposições do CDC, que impede que o usuário seja exposto ao ridículo, devendo a concessionária de serviço público utilizar-se dos meios próprios para receber os pagamentos em atraso.

Assim, se o STJ ratificou a posição dos serviços considerados essenciais, e julgou como apresentado acima a ilegalidade da interrupção do fornecimento de energia elétrica, porque não obter o mesmo recurso no caso da telefonia móvel? Por que não considerá-la um serviço essencial, fazendo com que a concessionária do serviço utilize-se de meios próprios para receber o pagamento em atraso.

É esta posição que aqui se defende, uma vez que deve-se considerar imprescindível o entendimento de que a impossibilidade de garantir segurança, vida sadia e segura, num meio ambiente equilibrado, com vistas a respeitar a dignidade humana, se os serviços públicos essenciais não forem contínuos.

6.2 A ilegalidade na suspensão do serviço público por inadimplência: lei das concessões X CDC

É importante fazer alguns comentários à Lei nº 8.987/95, a qual será analisada mais adiante. Este dispositivo legal disciplina o regime de concessão e permissão dos Serviços Públicos, em decorrência do disposto no art.175 da CF/88, já referido em capítulos anteriores.

Observe-se o que diz o seu art. 6º, §§1º e 2º:

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.*

Tendo em vista o texto legal *supracitado*, vê-se que a própria lei de concessão e permissão expressamente determina que os Serviços Públicos sejam eficientes, regulares, adequados, seguros e (principalmente) contínuos.

Para comprovar a afirmação do subtítulo mencionado, faz-se necessário fazer um paralelo entre os dispositivos legais concernentes a matéria, contidos na Lei n.º.8.987/95 (Lei de Concessões e Permissões) e a Lei n.º.8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Quanto ao caráter de continuidade, inerente aos Serviços Públicos Essenciais dispõe a lei de concessões e permissões, que só poderão ser interrompidos os serviços públicos em situação de emergência por motivo de “ordem técnica ou de segurança das instalações”. (Art.6º,§3º, I).

Tal dispositivo apenas prevê que certas situações podem eventualmente ocorrer, mas que não deviam, tendo em vista problemas de ordem técnica e de segurança das instalações, mesmo sendo eventuais, geram interrupção irregular do serviço público, o que contradiz com os valores de adequação e eficiência que essa modalidade de serviço deve apresentar.

Outro aspecto importante é o evidente conflito legal existente entre a Lei de Concessões e Permissões e o Código de Defesa do Consumidor, no que se refere à continuidade (ou não) dos Serviços Públicos Essenciais. Essa contradição se depreende, mais precisamente, entre o disposto no art.6º, §3º, II da Lei n.º.8.987/95 e o art.22 do CDC.

Para melhor analisar essa contraposição legal faz-se necessário a transcrição do dispositivo da Lei de concessões:

Art. 6º Toda concessões ou permissão pressupõe a prestação de serviços adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido neste lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

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

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

Agora, também o disposto no art. 22 do Código de Defesa do Consumidor:

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, eficiente, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Enquanto a lei de concessões prevê que em razão da inadimplência, o serviço público poderá ter seu fornecimento interrompido, sem caracterizar a descontinuidade do mesmo; o art. 22 do Código de defesa do Consumidor, que regula as relações de consumo entre fornecedor e consumidor, em momento algum faz referência a qualquer possibilidade de suspensão no fornecimento do serviço, ao determinar que todo ele, sendo essencial, deverá ser contínuo.

Nesse sentido, a observação de Nunes (2009, p. 111), é pertinente ser apresentada aqui com o objetivo de ratificar o que foi escrito aqui:

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 (CDC) terminar no adjetivo seguro. Em sendo assim, o prestador de serviço público essencial poderia cortar o seu fornecimento, desde que existisse previsão contratual para tanto. Porém, a lei declara expressamente: serviço essencial é contínuo.

Dos dispositivos legais já mencionados, pode-se perceber o claro conflito entre os princípios da livre iniciativa e da propriedade privada contra a proteção do consumidor.

Nas palavras de Marques (2002, p. 514), em comentário a antinomia principiológica aqui existente a antinomia aqui é aparente e desejada pelo próprio constituinte, da tese a antítese nascerá à síntese: a interpretação do ordenamento jurídico conforme a Constituição.

Portanto, para que haja uma melhor solução para o conflito legal aqui existente, entre a Lei de concessões e o CDC, deverá haver uma harmonização dos princípios constitucionais contraditórios (propriedade privada X proteção do consumidor).

Para tanto, é preciso ter em mente que o interesse patrimonial é de ordem privada, ou seja, de caráter disponível. Não obstante, o direito do consumidor, além de sua função social, é de caráter público, e conseqüentemente indisponível.

O Código de Defesa do Consumidor é norma de direito público e por positivar dispositivos básicos sociais, se sobrepõe hierarquicamente às normas de direito privado que visam apenas o atendimento de interesse meramente individuais.

Portanto, nenhuma lei ordinária, mesmo que seja ou posterior a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, não poderá derogar a competência da norma consumerista, por ser esta a norma protetora do consumidor em qualquer relação de consumo.

6.3 Outros meios de cobrança do crédito ao usuário inadimplente

A prática de suspensão do fornecimento de serviço público essencial é amplamente utilizada pelas concessionárias como único meio de proteção de sua propriedade privada (na figura de crédito junto ao consumidor), garantida constitucionalmente. Todavia temos que, como já mencionado, a proteção dos direitos do consumidor é um valor hierarquicamente superior ao direito de crédito da concessionária.

Se por um lado a suspensão do serviço público essencial é o modo mais fácil e o mais praticado pelas empresas, de garantir o seu direito de crédito junto ao usuário/consumidor; por outro se torna a maneira mais grave ao se retirar do mesmo a disponibilidade do serviço imprescindível a sua sobrevivência.

Nesse sentido, dispõe o Código de Processo Civil em seu art. 620, que a execução da dívida será feita do modo menos gravoso para o devedor. Nesse sentido:

Art. 620 - Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que o faça pelo modo menos gravoso para o devedor.

Então, em se tratando de serviço (público e essencial), o modo mais grave da execução de um crédito para o usuário/devedor, é indiscutivelmente a suspensão daquele serviço que lhe é essencial.

Ainda sobre o Código de Processo Civil, é fato e direito que o consumidor/devedor, só terá retirado de si um bem – no caso serviço- mediante o devido processo legal, como assegura a Constituição Federal de 88, em seu art. 5º, LIV, que determina que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal”, bem como também deve ser garantido ao usuário/devedor” o direito ao contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (CF, art. 5º, LV).

A ameaça na suspensão do serviço, nada mais é do que Coação, para que o consumidor inadimplente venha a quitar seu débito.

Por isso, o consumidor/devedor, só poderá ter o fornecimento do serviço suspenso, quando provado em juízo que mesmo podendo pagar, não adimpliu o seu débito constituído em razão do uso do serviço prestado, buscando-se assim um equilíbrio entre o direito de crédito do fornecedor e a imprescindibilidade desse serviço ao consumidor.

O posicionamento do STJ acerca da matéria:

O inadimplemento de uma obrigação é fato reprovável pelo Direito, mas a cobrança do crédito deve ser feita pelos meios legais. O poder público ou seus delegados (concessionárias) tem direito ao crédito em função da prestação do serviço público, contudo, utilizar a suspensão do serviço essencial como forma de compelir o usuário ao pagamento da tarifa extrapola os limites da legalidade. Não há de se prestigiar a atuação da justiça privada no Brasil, especialmente, quando exercida por credor econômica e financeiramente mais forte, em largas proporções, do que o devedor. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 1ª Turma. RESP nº. 442814/RS. Relator: José Delgado. Brasília, DF, 3 de set. 2002. DJ de 11.11.2002, p.161).

Para que os prestadores de serviços públicos possam reaver seus créditos, junto ao devedor, poderá, se julgar necessário, inserir o nome deste nos cadastros de Serviços de Proteção ao Crédito (SPC), e posteriormente cobrar essa dívida, na justiça, através de uma ação de cobrança.

O fato de ser cobradas tarifas pela utilização dos já referidos Serviços Públicos Essenciais - Água, Luz e Telefonia- não tira o condão de, precipuamente, se atender as necessidades primeiras da sociedade, e só em segundo plano, objetivar lucro, mas nunca se olvidando de sua prestação adequada, eficiente e principalmente, contínua.

7 CONCLUSÃO

Na presente pesquisa verifica-se que os Serviços Públicos, são atividades de atribuição do Estado, e tem como finalidade primeira a satisfação das necessidades coletivas, podendo em alguns casos ser prestados de forma indireta, ou por terceiros mediante concessão, foi feito um breve levantamento histórico e conceitual com base na lei e na doutrina e nos institutos ao longo deste, discutidos, para uma melhor elucidação do tema.

Há alguns serviços públicos que se destacam por assumirem uma maior relevância social, que por terem a finalidade de atender as necessidades mais urgentes e imprescindíveis da sociedade, seja no campo pessoal, econômico ou social, são considerados como essenciais.

Assim, procuramos esclarecer que a suspensão desses Serviços Públicos Essenciais se configura em prática abusiva e arbitrária por parte das empresas fornecedoras, as quais submetem os consumidores a situações humilhantes, vexatórias.

Salientamos também que o CDC (Lei 8078/90), claramente protege os usuários em seu art. 22, parágrafo único, e art. 42 ao dispor que os serviços devem ser prestados de forma segura, eficiente, adequada e contínua, aqueles considerados essenciais.

Esclarecer acerca do caráter ilegal da suspensão dos serviços públicos essenciais, por meio dos dispositivos contidos no Código de Defesa do Consumidor e da “Lei de greve”, que proíbem qualquer suspensão dos serviços essenciais, bem como demonstramos, a inconstitucionalidade do disposto no art. 6º, § 3º, inciso II, da Lei N.º. 8987/95 (Lei das Concessões e Permissões), que não considera como descontinuidade dos serviços públicos essenciais o corte por inadimplência, violando assim os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, entre outros, e os princípios da Administração Pública como: modicidade, adequação, eficiência e continuidade, pois a lei infraconstitucional que viola os princípios de lei especial, como o CDC, fere diretamente a Constituição Federal de 1988.

Em momento algum do trabalho, posicionou-se contra as cobranças de tarifas impostas pelo fornecedor, pois não se almeja, nesse trabalho, incentivar a inadimplência, tampouco a gratuidade dos serviços públicos, considerados essenciais.

O que se pretende nesse trabalho é defender que as empresas fornecedoras de Serviços Públicos Essenciais, em especial de telefonia móvel, procurem os meios judiciais para a cobrança de seu crédito e não a coação do usuário ao pagamento da tarifa com ameaças de suspensão no fornecimento, pois mesmo sendo executados por empresas privadas, os referidos Serviços Essenciais são Públicos, e não podem ser interrompidos.

Visando-se assim garantir o equilíbrio, a harmonia nas relações de consumo, através da efetivação dos princípios e direitos fundamentais constitucionais, prevalecendo-se, portanto, à continuidade dos serviços públicos essenciais, mesmo com a inadimplência do usuário/consumidor do serviço.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Saraiva 2002.

BRASIL. **Constituição (1988)**. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. Lei n°. 5.869 de 11 de Jan 1973. **Institui o código de processo civil**. Brasília: Senado, 1973.

_____. Lei n°. 7.783 de 28 de Jul 1989. **Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade**. Brasília: Senado, 1989.

_____. Lei n°. 8.987 de 13 de Fev 1995. **Dispõe sobre o regime das concessões e permissões de serviços públicos**. Brasília: Senado, 1995.

_____. Lei n°. 8.078 de 11 de Set 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor**. Brasília: Senado, 1990.

_____. Lei n°. 9.472 de 16 de Jul 1997. **Dispõe sobre a organização dos serviços telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais**. Brasília: Senado, 1997.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros.1999.

BASTOS, Celso Ribeiro de. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva 1996.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direito do consumidor**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GAIO JUNIOR, Antônio Pereira. **A dimensão internacional do consumo: ONU e a proteção ao consumidor.** Disponível em: < <http://www.fiscolesc.com.br/doc6221851>. Acesso em: 20 abr. 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores de anteprojeto.** 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

MARINELA, Fernanda. **Entrevista ao LFG News.** Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_htmarticle.php?story=20070228081431131>. Acesso em: 25 abr. 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEIRELLES, Helly Lopes et al. **Direito Administrativo Brasileiro.** 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 17. ed. São Paulo: Malheiros,

NUNES, Luiz Antonio Rizatto. **Curso de direito do consumidor: com exercícios.** 4. ed. São Paulo: Saraiva 2009.

PEDROSA, Aline. **Celular pré-pago: 89,9% dos cearenses utilizam** Disponível em: <http://blog.jangadeiroonline.com.br/tag/celular/> Acesso em: 20 Maio 2011.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Do direito privado na Administração Pública.** São Paulo: Atlas, 2004.

REVISTA DIREITO DO CONSUMIDOR (RDC) 31, Editora Revista dos Tribunais: 1999.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 22 ed. São Paulo: Saraiva 1995.

Recurso Especial nº 460271- SP (2002/0107397-1)

SARDI JUNIOR, João. **Dos serviços públicos essenciais quanto à continuidade da sua prestação frente à legislação vigente.** Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br> Acesso em: 22 Abr. 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10 ed.rev. São Paulo: Malheiros, 1994.

VELLOSO, Cristina Pontes Lins Côrrea. **A transferência da gestão de serviço público e a responsabilidade civil: análise do caso das concessionárias de rodovias**. VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, Portugal, 8-11 Oct. 2002. Disponível em: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0044208.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2011.

ANEXOS

ANEXO A

Procon divulga ranking das reclamações registradas pelo Sindec em 2010 em Campina Grande

Enviado por CODECOM - 07-Jan-2011

No primeiro ano de atividade do Sistema Nacional de Informação de Defesa do Consumidor (SINDEC), em Campina Grande, o Procon Municipal registrou no período de 16 de junho a 31 de dezembro de 2010, o número de 2.304 atendimentos, sendo 1.617 de reclamações registradas. O ranking das empresas mais reclamadas aponta que as áreas mais demandadas são: Assuntos financeiros, que lideram com 36,49% das reclamações registradas; seguido por produtos com 31,42%, e em terceiro lugar os Serviços Essenciais com 23,93%. No gráfico geral do Cadastro de reclamações do Procon, as empresas mais demandadas foram o Banco Paraná com 4,96% das reclamações, Bompreço 3,77%, e o Banco Bom Sucesso com 2,61%. Segue a lista das empresas por atividade, que lideram as reclamações do Órgão: em Assuntos financeiros, a principal reclamação é referente a problemas com empréstimos consignados, seguido das queixas com cartão de crédito. Em relação aos fabricantes, a principal queixa é de produtos inadequados para o uso (com vícios de qualidade), e neste segmento, os celulares são os produtos que mais apresentam defeitos. No comércio, a principal queixa de 2010, corresponde a aparelhos celulares, muitas lojas não asseguravam a troca imediata do aparelho celular em caso de defeito e por este motivo foram punidas. No caso da telefonia móvel, as reclamações mais frequentes dizem respeito à má prestação de serviço, e a cobrança indevida. No caso dos bancos, a demora para o atendimento em filas, é a reclamação mais frequente. O Sindec ainda traça um perfil dos consumidores que mais visitam Órgão.

Segundo os dados do sistema, com percentual de 52,35%, são as mulheres que mais buscam ajuda na solução dos problemas de consumo. A faixa etária que mais reclama é composta por adulto com idade entre 31 a 40 anos (24,45%). Em 2010, foram realizadas mais de mil diligências, que incluíram a visita dos fiscais em instituições públicas e privadas, lojas, escolas, postos de combustíveis e outras empresas para apurar denúncias. Destas, foram identificadas 338 infrações, sendo elas: Precificação (97); Fila (77); Produto vencido (48); Empacotador (36); Cartão/Dinheiro (26); Publicidade enganosa (5).

As ações de fiscalização do Procon Municipal a instituições que de alguma forma infringem as normas do CDC são contínuas, como medida de assegurar a proteção aos direitos do consumidores. O atendimento do Procon funciona de segunda a sexta, das 8 às 18h na Rua Afonso Campos, 304, Centro. O consumidor também pode acionar o Órgão através do disque denúncia 151.

Empresas mais reclamadas:

Ramo/Atividade

Empresa

Ranking

Financeiras

Banco Paraná

1º lugar (112)

Banco Bonsucesso

2º lugar (59)

BMG

3º lugar (17)

Fabricantes

Nokia

1º lugar (53)

Samsung

2º lugar (49)

Consul/Brastemp

3º lugar (44)

Operadoras de Telefonia Celular

Oi

1º lugar (55)

Claro

2º lugar (45)

Tim

3º lugar (29)

Comércio

Bompreço

1º lugar (85)

Armazém Paraíba

2º lugar (56)

Atacadão dos Eletros

3º lugar (47)

Bancos

Bradesco

1º lugar (37)

Itaú

2º lugar (31)

Banco do Brasil

3º lugar (23)

Cartão de Crédito

Hipercard

1º lugar (53)

Visa

Ibicard

3º lugar (15)

2º lugar (20)

Prefeitura Municipal de Campina Grande <http://www.campinagrande.pb.gov.br> Fornecido por Joomla! Produzido em: 4 June, 2011, 17:16

ANEXO B

INDICAÇÃO Nº 17.709/2010

Indica ao Presidente da Agência Nacional de Telecomunicações, Ilmo Ronaldo Mota Sandenberg, que determine às operadoras de telefonia móvel que procedam à instalação da aparelhagem necessária para disponibilização do serviço na cidade de Maiquinique.

JUSTIFICATIVA

O deputado infrafirmado vem, com esteio nos dispositivos regimentais, fazer incluir na ata dos trabalhos desta Egrégia Casa Legislativa Indicação ao Ilmo. Presidente da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, Sr. Ronaldo Mota Sandenberg, que determine às operadoras de telefonia móvel que procedam à instalação da aparelhagem necessária para disponibilização do serviço na cidade de Maiquinique.

A proteção e a defesa do direito do consumidor foram alçadas ao patamar de princípio constitucional, quando a Constituição de 1988, no seu art. 5º, XXXII, asseverou que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor". Tal princípio foi ratificado pelo art. 170, V, também do texto constitucional. Neste diapasão, foi promulgada a Lei 8.078/90, que "dispõe sobre a proteção do consumidor".

O desenvolvimento do serviço de telefonia móvel deve ser encarado como uma forma de proteção do consumidor, tendo em vista a necessidade de extensão da sua disponibilidade a todos os cidadãos, ainda que nos rincões mais distantes do Brasil. A telefonia hoje longe de ser um luxo se constitui uma das necessidades básicas de todo ser humano.

No entanto, em que pese a essencialidade do serviço de telefonia móvel, a população do município de Maiquinique ainda não foi favorecida com tal serviço, em que pese o avanço tecnológico do setor.

Atento a essa necessidade tenho tido a preocupação de utilizar todos os instrumentos possíveis para assegurar esse direito, inclusive apresentei projeto de lei junto à Assembléia

Legislativa do Estado da Bahia onde busca estabelecer a obrigação para que “as empresas de telefonia móvel” ofertem “seus serviços em todos os municípios do Estado da Bahia”.

O caráter essencial do serviço pode ser depreendido inclusive pelo número de consumidores do serviço de telefonia móvel no Brasil. Segundo informações divulgadas pela Anatel em novembro de 2009, o Brasil atingiu, neste mês, uma base de 169.753.909 de assinantes, sendo que desse total 82,34% usam o sistema pré-pago, ou seja, 139.774.792 de assinantes. Tais números apontam para a preferência, da população, pelo telefone móvel pré-pago em detrimento ao telefone fixo, exatamente porque aquele não cobra a "tarifa assinatura" praticada por este último serviço.

O município de Maiquinique possui uma população de 8.848 habitantes, estando situado na região Centro-Sul Baiano. É uma cidade que tem um grande potencial de desenvolvimento e para que isso aconteça com maior facilidade o acesso ao serviço de telefonia móvel será um instrumento de fundamental importância.

INDICAMOS, assim, com a anuência da Mesa Diretora, após ouvir o plenário, que o Presidente da ANATEL, Sr. Ronaldo Mota Sandenberg, que determine às operadoras de telefonia móvel que procedam à instalação da aparelhagem necessária para disponibilização do serviço na cidade de Maiquinique.

Sala das Sessões, 12 de janeiro de 2010.

Deputado Álvaro Gomes

ANEXO C
NOTA TÉCNICA N° 62/2010



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO
DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR
COORDENAÇÃO GERAL DE SUPERVISÃO E CONTROLE

Nota n.º	62/CGSC/DPDC/2010
Data:	15 de junho de 2010.
Assunto:	Direitos do consumidor em caso de vício em aparelho celular

Senhora Coordenadora-Geral,

I. RELATÓRIO

01. Trata-se de parecer técnico acerca do direito do consumidor de exigir, em caso de vício em aparelho celular, o cumprimento imediato das alternativas previstas no art. 18, §1º, da Lei nº 8.078/90 perante quaisquer fornecedores, inclusive varejistas e fabricantes.

II. FUNDAMENTAÇÃO

02. No ano de 2009, o Cadastro Nacional de Reclamações Fundamentadas¹ apontou mais uma vez que as demandas relativas a *aparelhos celulares* superaram em muito as referentes a todos os demais produtos e serviços, representando quase um quarto (24,87%) do total registrado junto aos órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC)². Dos problemas computados, os correspondentes à *garantia de produtos* foram os mais frequentes, alcançando a monta de 37,46% das reclamações³.

¹ BRASIL. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. *Cadastro Nacional de Reclamações Fundamentadas 2009: Relatório Analítico / Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC)*. Brasília: DPDC, 2010.

² Tabela 5.2, p. 44.

³ Tabela 5.4, p. 46.

03. A partir dos dados coletados pelo Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor (SINDEC), constata-se que a grande maioria das queixas dos consumidores recai sobre o esquema de substituição e reparo de aparelhos celulares viciados consolidado pelas empresas do setor. De maneira geral, em prática manifestamente abusiva, os varejistas (fornecedores imediatos) evadem-se da responsabilidade pelos vícios de qualidade, deixando ao consumidor como única alternativa buscar junto ao fabricante ou importador (fornecedores mediatos) a resolução das inadequações do produto. As assistências técnicas, por sua vez, recusam-se a substituir o telefone e adotam a política de retê-lo para fins de avaliação, a pretexto de averiguar eventual culpa do consumidor por seu mau funcionamento. No mais das vezes, os laudos são inconclusivos quanto à causa do vício, o consumidor é desaposado do aparelho por longos períodos, e afinal não se opera a troca.

04. Tal cenário de desrespeito sistemático aos direitos do consumidor inquieta os órgãos do SNDC, sobretudo em consideração ao significado social do produto em questão: os *aparelhos celulares* têm por finalidade viabilizar a prestação do *serviço de telefonia móvel* e, mais do que isso, são o único meio disponível para tanto. Assim, a gravidade da situação imperante no mercado consiste no fato de que, em caso de vício, o consumidor vê-se privado longamente não apenas do uso do produto, mas também da fruição de um serviço que, no ordenamento jurídico brasileiro, qualifica-se como *essencial*.

05. “Serviços essenciais”, conforme a Lei nº 7.783/89, que define as atividades essenciais e dispõe sobre o exercício do direito de greve, são aqueles *indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade*, isto é, *as necessidades cujo desatendimento coloca em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população* (art. 11). Dentre eles, o referido diploma inclui expressamente os *serviços de telecomunicação*. Leia-se (grifos nossos):

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 substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;
- IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;
- X - controle de tráfego aéreo;
- XI - compensação bancária.

Art. 11. Nos **serviços ou atividades essenciais**, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, **a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.**

Parágrafo único. **São necessidades inadiáveis, da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.**

06. No que toca a defesa do consumidor, considerando-se que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) não traz um conceito próprio de “serviço essencial”⁴, é fundamental que se interprete a definição da Lei nº 7.783/89 à luz da Constituição Federal (art. 5º, XXXII, e 170, V) e dos objetivos que regem a política nacional de relações de consumo, tais como o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos e a harmonia das relações de consumo (art. 4º, *caput*, do CDC). O serviço essencial, sob essa perspectiva, pode ser entendido como aquele cuja prestação é indispensável à dignidade, à saúde e à segurança dos consumidores, conceito no qual se enquadram legalmente tanto o serviço telefônico fixo, como o móvel.

07. Nesse ponto, por oportuno, ressalta-se que a definição de *serviço essencial* sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor não se confunde com o conceito de *serviço público* presente na Lei nº 9.472/97, a Lei Geral de Telecomunicações (LGT). Essa lei classifica os serviços de telecomunicações quanto ao regime jurídico de sua prestação, demarcando como *públicos* os serviços delegados mediante concessão ou permissão e cuja existência, universalização e continuidade a própria União compromete-se a assegurar (arts.

⁴ O CDC determina, em seu art. 22, que os serviços essenciais prestados por órgãos públicos ou por suas empresas delegadas devem ser contínuos. No entanto, não define o que qualifica um serviço essencial, nem quais atividades devem ser assim consideradas.

63 e 64) e como *privados* o residual (conforme explicitado pelo Regulamento dos Serviços de Telecomunicações⁵, art. 14).

08. A partir do art. 64, parágrafo único, da LGT, a regulamentação infralegal estabeleceu que o *serviço de telefonia fixa* é prestado nos *regimes público e privado*, mediante concessão ou permissão e autorização (Plano Geral de Outorgas⁶, art.1º, c/c Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado⁷, art. 5º) e que o *serviço de telefonia móvel* é prestado exclusivamente no regime *privado*, mediante autorização (Plano Geral de Outorgas⁸, art. 3º, c/c Regulamento do Serviço Móvel Pessoal⁹, art. 5º). Convém enfatizar que o quadro normativo específico do setor em momento algum associa qualquer dessas categorias à essencialidade ou não do serviço.

09. Consoante se percebe, a distinção entre serviço público e privado extraída da LGT tem fins meramente regulatórios e refere-se exclusivamente ao regime jurídico de prestação e contratação com o poder público. Assim, não guarda qualquer relação com o conceito de serviço essencial firmado com base no Código de Defesa do Consumidor, já que nada elucida acerca do atendimento das necessidades dos consumidores e da proteção a sua dignidade, saúde e segurança. Do contrário, haveria uma inconsistência intrínseca na definição, pois a própria LGT prevê que uma mesma modalidade de serviço de telecomunicações pode ser prestada em ambos os regimes concomitantemente (art. 65): por óbvio, um serviço não pode ser classificado ao mesmo tempo como essencial e não essencial.

10. Outro exemplo de independência entre as concepções de serviço público e serviço essencial são os *serviços funerários*, que, embora qualificados como essenciais pela Lei 7.783/89, têm caráter privado. Por isso, é fundamental que não se confunda a definição de serviço essencial extraída da principiologia do Código de Defesa do Consumidor, aliada à Lei 7.783/89, com a classificação dos serviços em público e privado decorrente da LGT.

⁵ Anexo à Resolução nº 73/98 da ANATEL.

⁶ Aprovado pelo Decreto nº 2.534/98.

⁷ Anexo à Resolução nº426/05 da ANATEL.

⁸ Aprovado pelo Decreto nº 2.534/98.

⁹ Anexo à Resolução nº477/07 da ANATEL.

11. Tal leitura é coerente com a atual realidade sócio-econômica do Brasil: não seria razoável reputar essenciais apenas os serviços de telefonia prestados no regime público, quando o acesso à comunicação é muito mais significativo no regime privado. Segundo dados publicados pela ANATEL¹⁰, no ano de 2008 já havia 150,6 milhões de números de acesso ao serviço móvel, contra somente 41,2 milhões de números de acesso em uso ao serviço fixo.

12. Além disso, a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (Pnad) de 2008¹¹, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), demonstrou que há hoje mais famílias com aparelho celular do que com telefone fixo no Brasil. Dos domicílios com acesso a telefone, 92% contam com serviço móvel, ao passo que apenas 54% dispõem de serviço fixo. Ainda mais expressivo: de todas as famílias pesquisadas, mais de um terço (37%) utiliza exclusivamente telefonia móvel, enquanto meros 6% usufruem somente de telefonia fixa.

13. Essa estatística é de suma relevância, pois comprova que a telefonia móvel se presta tanto quanto ou mais que a fixa para atender às necessidades inadiáveis da comunidade e assegurar a proteção de sua dignidade, saúde e segurança. Evidencia-se, assim, o importante papel social e o caráter essencial do serviço móvel pessoal para a população.

14. Desse modo, em sendo a telefonia móvel *essencial*, não se pode admitir que o consumidor seja privado do acesso a ela em razão de vício de qualidade, seja na prestação do serviço em si, seja no produto que viabiliza sua fruição. Por isso, é inconcebível a concessão do prazo de 30 (trinta) dias previsto no CDC, art. 18, §1º, para que o fornecedor sane vício em aparelho celular: consoante demonstrado, trata-se de *ferramenta indispensável para satisfazer necessidades imediatas do consumidor* e, em tal condição, *produto essencial*.

¹⁰ <http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalInternet.do#>

¹¹ Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (Pnad), realizada no ano de 2008, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), p.113.

In: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2008/brasilpnad2008.pdf>

15. Assim sendo, é imperativa nesse caso a aplicação do §3º do artigo 18, o qual prescreve que, quando o vício atinge produto essencial, o consumidor não é obrigado a entregá-lo ao fornecedor e esperar durante 30 (trinta) dias enquanto este procura repará-lo. Justamente em virtude da natureza do bem, indispensável à vida, é direito do consumidor exigir *imediatamente* a substituição, a restituição da quantia paga ou o abatimento proporcional do preço, conforme melhor lhe convier. Leia-se:

Art. 18. Os **fornecedores** de produtos de consumo duráveis ou não duráveis **respondem solidariamente** pelos **vícios de qualidade ou quantidade** que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

§ 1º **Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias**, pode o consumidor exigir, **alternativamente e à sua escolha**:

I - a **substituição** do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II - a **restituição** imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o **abatimento** proporcional do preço. [...]

§ 3º O consumidor poderá fazer **uso imediato das alternativas do § 1º** deste artigo **sempre que**, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou **se tratar de produto essencial**.

16. Observe-se ainda que o *caput* do referido dispositivo determina a *responsabilidade solidária* de todos os fornecedores pelos vícios de qualidade e quantidade dos produtos. Isso implica que, em caso de vício em telefone celular, o consumidor tem o direito de exigir pronto cumprimento de qualquer das alternativas do §1º pelo *fornecedor à sua escolha* – seja o imediato ou o mediato.

17. Desse modo, demonstra-se a evidente ilegalidade da prática estabelecida pelo setor de telefonia: segundo previsto no Código de Defesa do Consumidor, o consumidor não é obrigado a procurar assistência técnica para sanar vício em aparelho celular, nem a ficar sem a posse do produto durante 30 (trinta) dias para fins de avaliação e conserto. Pelo contrário, pode exigir diretamente do lojista (vendedor) a imediata substituição do produto, se assim preferir.

18. Nesse sentido tem entendido a jurisprudência:

CONSUMIDOR. VÍCIO DO PRODUTO. TELEFONE CELULAR. PRODUTO ESSENCIAL. EMPRESA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA. OPÇÃO DO CONSUMIDOR COM BASE NO ART. 18, §1º E §3º DO CDC. SUBSTITUIÇÃO IMEDIATA DO PRODUTO. NEGATIVA DA VENDEDORA. POSTERIOR CONserto DO APARELHO PELA ASSISTÊNCIA TÉCNICA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESSARCIMENTO. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

(Apelação Cível Nº 70030724124, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Antônio Kretzmann, Julgado em 26/11/2009)

CONSUMIDOR. VÍCIO DO PRODUTO. USO IMEDIATO DA ALTERNATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DO PRODUTO. INCIDÊNCIA DO ART. 18, §1º E §3º DO CDC. ALTERNATIVA DO CONSUMIDOR NÃO RESPEITADA PELA RÉ (SUBSTITUIÇÃO DO PRODUTO). PRODUTO ESSENCIAL AO AUTOR. ENVIO DO PRODUTO À ASSISTÊNCIA TÉCNICA, POR DIVERSAS VEZES. AUSÊNCIA DE SOLUÇÃO DO DEFEITO APRESENTADO. DANO MORAL. SENTENÇA MANTIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1 - Ação onde postula a parte a reparação por danos morais. Consumidor que adquire **telefone celular com defeito, não se prontificando a ré a realizar a troca do aparelho. Incidência do art. 18, §1º e do §3º, do CDC, o qual autoriza o consumidor, imediatamente, vez que **produto essencial**, a exigir, a sua própria escolha, a substituição do produto, a restituição da quantia paga, ou o abatimento proporcional do preço. 2 - Descumprimento de dever contratual de parte da ré. 3 - Quantum indenizatório. Critérios de fixação no caso concreto. Valor mantido, vez que se apresenta consentâneo com a realidade do caso concreto e com os parâmetros adotados por esta Câmara. 4 - Honorários advocatícios majorados para 15% sobre o valor da condenação, para que bem remunerem o profissional do direito. Apelo improvido. Recurso adesivo parcialmente provido.**

(Apelação Cível Nº 70025048943, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Antônio Kretzmann, Julgado em 30/10/2008)

VÍCIO DO PRODUTO. CELULAR. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALOR PAGO. NÃO CONFIGURADO O MAU USO DO PRODUTO PELA CONSUMIDORA. FACULTADO À COMPRADORA A SUBSTITUIÇÃO DO BEM OU A RESTITUIÇÃO DO EQUIVALENTE EM DINHEIRO. FALHA NA PLACA PRINCIPAL DO TELEFONE CELULAR - PEÇA ESSENCIAL PARA O NORMAL FUNCIONAMENTO DO PRODUTO, O QUE ACARRETA A APLICAÇÃO DO ART. 18, §3º, DO CDC, NÃO SENDO NECESSÁRIO, DESTA FORMA, SE AGUARDAR O PRAZO DE TRINTA DIAS, FIXADO NO § 1º DO MESMO DISPOSITIVO. RECURSO PROVIDO.

(TJRS Recurso Cível Nº 71000625418, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Maria José Schmitt Sant Anna, Julgado em 14/12/2004)

19. Considerando-se que, conforme o regime do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade do fornecedor pelo vício é objetiva (art. 18) e sempre se presume a boa-fé (art. 4º, III), a única hipótese em que seria legítimo ao fornecedor recusar o cumprimento das alternativas do art. 18, §1º é a comprovação irrefutável de causa de exclusão da garantia legal, ou seja, de inexistência de vício ou culpa do consumidor pela ocorrência do problema. É esse o posicionamento da jurisprudência pátria:

CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. APARELHO DE TELEFONIA CELULAR. DEFEITO NA PLACA, OXIDAÇÃO. CULPA DO CONSUMIDOR NÃO COMPROVADA. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DO PRODUTO. 1. Fornecedor e fabricante têm a obrigação de colocar no mercado produtos de boa qualidade, sendo responsáveis por eventuais falhas que estes venham a apresentar, e não se desobrigam de prestar a devida garantia ao produto ou serviço (art. 24 do CDC). 2. **Se o defeito apresentado no produto, ainda sob garantia, não decorreu de culpa exclusiva do consumidor, respondem fornecedor e fabricante, solidariamente, pelo vício do produto, devendo providenciar a imediata restituição da quantia paga ao consumidor, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos (art. 18, § 1º, II, do CDC).** 3. Recurso conhecido e improvido.

(20040410072435 AC TJDF. Registro do Acórdão Número: 217619. Data de Julgamento: 01/06/2005. Órgão Julgador: Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF. Relator: MARCO ANTONIO DA SILVA LEMOS. Publicação no DJU: 27/06/2005 Pág. 36).

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PRODUTO COM DEFEITO. PEDIDO DE TROCA DO APARELHO. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS. COMPLEXIDADE DA CAUSA. DESNECESSIDADE DE PERÍCIA. [...] 3. Alegando o autor/recorrido que o seu telefone celular, adquirido na empresa ré, (dentro do prazo de garantia), encontrava-se com defeito, a negativa do fato pela recorrente ou, ainda, a alegação de que ocorreu mau uso pelo consumidor, atrai-lhe o ônus da prova (art. 6º VIII, CDC e 333, inciso II do CPC). Não se desincumbindo deste fardo, deverá, o recorrente, indenizar em razão de sua responsabilidade civil objetiva. 4. **Caberia ao recorrente fazer a prova do fato impeditivo do direito do autor, consistente em comprovar a inexistência do fato (defeito no aparelho ou mau uso pelo consumidor), diante do princípio da inversão do ônus da prova, aqui aplicado. Ademais, vige em nosso ordenamento jurídico o princípio da boa-fé processual, razão pela qual não se pode presumir que alguém venha a juízo e se utilize do**

processo para conseguir objetivo ilegal, máxime quando a inverdade do fato narrado constitui fato típico de crime contra a Administração da Justiça (art. 347 CPB). O que não conseguiu comprovar o recorrente. [...] 6. Recurso conhecido e improvido, legitimando a lavratura do acórdão nos moldes autorizados pelo artigo 46 da Lei nº.9.099/95. (20060110748562ACJ, Relator ANA CANTARINO, Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F., julgado em 21/08/2007, DJ02/10/2007 p. 140)

RECURSO CIVEL. DEFEITO EM APARELHO CELULAR. INDENIZACAO OU SUBSTITUICAO. 1 – o ônus da prova incumbe a quem alega, especialmente nas relações de consumo, em que **cabe ao fornecedor provar que o defeito no produto decorre de mau uso e não de sua própria qualidade.** 2 – aliando-se a este fato a notoriedade alcançada no dia-a-dia pela quantidade de aparelhos celulares em uso, em que são freqüentes defeitos decorrentes de oxidação tem lugar a aplicação da regra constante no art. 335, do código de processo civil, que autoriza o recurso das máximas da experiência. 3 – recurso conhecido e desprovido. 4 – sentença confirmada por seus próprios fundamentos. (TJGO, Relator Dr. LUIS ANTONIO ALVES BEZERRA DJ 14971 de 30/03/2007, 200500576780).

20. Assim, a fim de excluir a garantia legal, necessariamente recai sobre o fornecedor o ônus de comprovar a causa do vício e estabelecer relação precisa entre ela e eventual mau uso do produto por parte do consumidor. Mais do que isso, como o art. 18, §3º, do CDC faculta ao consumidor exigir o cumprimento *imediato* de alternativa prevista no §1º, o fornecedor deve estar apto a fazer tal prova *imediatamente*: do contrário, o dispositivo perderia sua razão de ser.

21. Desse modo, em caso de vício em aparelho celular, se não for possível à empresa demonstrar imediatamente fato impeditivo do direito do consumidor, deve-se presumir pela boa-fé deste e pela veracidade de suas alegações, sendo direito seu exigir de imediato a substituição do produto, a restituição ou o abatimento do valor pago.

III. CONCLUSÃO

22. Ante o exposto, este Departamento entende que:

a) à luz do Código de Defesa do Consumidor, o serviço de telefonia móvel é considerado essencial, por ser imprescindível ao atendimento das necessidades dos consumidores e indispensável para a proteção de sua dignidade, saúde e segurança;

processo para conseguir objetivo ilegal, máxime quando a inverdade do fato narrado constitui fato típico de crime contra a Administração da Justiça (art. 347 CPB). O que não conseguiu comprovar o recorrente. [...] 6. Recurso conhecido e improvido, legitimando a lavratura do acórdão nos moldes autorizados pelo artigo 46 da Lei nº.9.099/95. (20060110748562ACJ, Relator ANA CANTARINO, Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F., julgado em 21/08/2007, DJ02/10/2007 p. 140)

RECURSO CIVEL. DEFEITO EM APARELHO CELULAR. INDENIZACAO OU SUBSTITUICAO. 1 – o ônus da prova incumbe a quem alega, especialmente nas relações de consumo, em que **cabe ao fornecedor provar que o defeito no produto decorre de mau uso e não de sua própria qualidade.** 2 – aliando-se a este fato a notoriedade alcançada no dia-a-dia pela quantidade de aparelhos celulares em uso, em que são freqüentes defeitos decorrentes de oxidação tem lugar a aplicação da regra constante no art. 335, do código de processo civil, que autoriza o recurso das máximas da experiência. 3 – recurso conhecido e desprovido. 4 – sentença confirmada por seus próprios fundamentos. (TJGO, Relator Dr. LUIS ANTONIO ALVES BEZERRA DJ 14971 de 30/03/2007, 200500576780).

20. Assim, a fim de excluir a garantia legal, necessariamente recai sobre o fornecedor o ônus de comprovar a causa do vício e estabelecer relação precisa entre ela e eventual mau uso do produto por parte do consumidor. Mais do que isso, como o art. 18, §3º, do CDC faculta ao consumidor exigir o cumprimento *imediato* de alternativa prevista no §1º, o fornecedor deve estar apto a fazer tal prova *imediatamente*: do contrário, o dispositivo perderia sua razão de ser.

21. Desse modo, em caso de vício em aparelho celular, se não for possível à empresa demonstrar imediatamente fato impeditivo do direito do consumidor, deve-se presumir pela boa-fé deste e pela veracidade de suas alegações, sendo direito seu exigir de imediato a substituição do produto, a restituição ou o abatimento do valor pago.

III. CONCLUSÃO

22. Ante o exposto, este Departamento entende que:

a) à luz do Código de Defesa do Consumidor, o serviço de telefonia móvel é considerado essencial, por ser imprescindível ao atendimento das necessidades dos consumidores e indispensável para a proteção de sua dignidade, saúde e segurança;

b) aparelhos celulares são produtos essenciais, pois constituem o único meio de prestação dos serviços essenciais de telefonia móvel;

c) é direito do consumidor, em caso de vício em aparelho celular, exigir de imediato as alternativas previstas no art. 18, §1º, da Lei nº 8.078/90 perante quaisquer fornecedores, inclusive varejistas, importadores e fabricantes;

d) quando ao fornecedor não for possível, de imediato, precisar a causa do vício ou comprovar a culpa do consumidor, devem ser presumidas a boa-fé deste e a veracidade de suas alegações.

À consideração superior.


FELIPE ROCHA DOS SANTOS
Chefe de Divisão da CGSC

De acordo. Encaminhe-se ao Diretor do DPDC para apreciação.


LAURA SCHERTEL MENDES
Coordenadora Geral de Supervisão e
Controle


AMAURY MARTINS DE OLIVA
Coordenador Geral de Assuntos Jurídicos

De acordo.


RICARDO MORISHITA WADA
Diretor do DPDC