

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS

PARECER N.º ^{DFP} 2011/DECOR/CGU/AGU
PROCESSO N.º 00438.000470/2009-76

INTERESSADA: Consultoria Jurídica da União no Estado de Tocantins – CJU/TO

ASSUNTO: Prestação de serviços públicos à Administração Pública

PODER PÚBLICO NA CONDIÇÃO DE USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. POSSIBILIDADE. CRITÉRIOS DE REAJUSTE DOS CONTRATOS. MULTA MORATORIA. SUSPENSÃO DOS SERVIÇOS POR FAITA DE PAGAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO SOMENTE QUANTO AOS NÃO ESSENCIAIS.

I – Ante o conceito legal de consumidor fixado no art. 2.º da Lei n.º 8.078/90, é possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em favor da Administração quando na posição de usuário do serviço público.

II – os reajustes dos contratos de prestação de serviços públicos devem observar os índices e critérios estipulados nas Leis 8.987/95 (arts. 8.º ao 13), 9.427/96 (arts. 14 e 15), 9.472/97 (arts. 103 a 109) e 11.415/2007 (arts. 37 a 39), bem como nas normas específicas das agências reguladoras competentes.

III – A Advocacia-Geral da União já definiu ser viável a imposição de multa moratória à Administração Pública por concessionária de serviço público (Parecer GQ-170).

IV – No caso de inadimplemento do Poder Público quando na condição de usuário de serviço público, somente é admissível a suspensão dos serviços públicos não essenciais, conforme uníssona jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Senhora Coordenadora-Geral de Orientação,

1. O processo em epígrafe versa sobre a definição de critérios e cláusulas para regular as contratações nas quais a Administração Pública figure como usuário de serviço público.

2. Por intermédio do Memorando n.º 29/2009-GAB/NAJ/PALMAS/TO/CGU/AGU, de 11/05/2009, a Coordenadora-Geral Substituta da Consultoria Jurídica da União no Estado do Tocantins assim solicitou a atuação deste DECOR (fls. 01/03):

(...) venho por meio do presente memorando noticiar a V. S.ª a existência de relevante controvérsia no que tange às contratações, pelos órgãos e entidades da Administração Pública de serviços públicos prestados por concessionárias, permissionárias e/ou autorizadas, todas submetidas à regulação e ao controle por entidades



governamentais especialmente talhadas para esse fim, quais sejam, as chamadas agências reguladoras.

As agências reguladoras atuam, no exercício de seu mister, uma série de instruções, resoluções e portarias que organizam a prestação dos serviços regulados, estabelecendo regras atinentes ao conteúdo dos contratos, as tarifas, etc. Ademais, os consumidores dos serviços prestados estão cobertos pelo marco do Código de Defesa do Consumidor de modo que, em caso de lesão, poderão buscar seus direitos no âmbito administrativo, por intermédio dos Procon's de todo o país, e na esfera judicial. Tudo isso porque os contratos firmados são de adesão, ou seja, a prestadora não discute com o consumidor o seu teor, restando a ele aceitar as cláusulas impostas, sem restrições de qualquer natureza.

Ocorre que a Administração Pública também se utiliza desses mesmos serviços, que, aliás, são essenciais. Assim, tais serviços são atualmente contratados, ou renovados, mes a ausência de regulação específica para o setor público acaba por atrapalhar o processo de contratação. A título de exemplo, encaminhado anexos pareceres expedidos em caso recente, em que a divergência de entendimento entre a prestadora de serviço, Celins, e a Advocacia-Geral da União, por intermédio do NAJTO, acabou gerando considerável atraso na assinatura do contrato, resultando na prestação descoberta durante 03 (três) meses, e na consequente necessidade de reconhecimento de dívida. E a questão não foi integralmente resolvida, pois quitas das cláusulas por nós consideradas essenciais em todo e qualquer contrato administrativo não são analisadas pela Celins.

Em verdade, parece-nos que a discussão casuística dessa espécie de contratação não faz sentido, pois o adequado seria que o setor público dissesse de um contrato de adesão amoldado às suas características, facilitando, inclusive, o trabalho das áreas de execução da AGU, a quem restaria apenas atender a uniformidade da minuta, com a regulamentação do tema. Todavia, tal situação só virá a acontecer a partir da atuação desta Consultoria-Geral da União e das diversas agências reguladoras, resultando na normatização genérica e abstrata do tema, a ser observada por todas as prestadoras dos serviços regulados.

Contudo, admitida-se a provável impossibilidade de regulamentação genérica da matéria, pelas próprias agências reguladoras, é imprescindível a atuação imediata deste DECOR/AGU, com vistas a definir os pontos nodais dessa modalidade de contratação. Ressalte-se que o Parecer/AGU/GO-170 não nos parece suficiente, consoante evidenciam os pareceres que seguem anexos.

Assim, enumeram-se abaixo algumas questões a serem definidas por este DECOR/AGU, não se excluindo outras que venham a surgir no decorrer da análise. Eis o rol exemplificativo:

1) definição da aplicabilidade, ou não, do CDC às contratações envolvendo a Administração Pública;

2) definição dos critérios de reajuste e das penalidades a serem aplicadas em caso de mora da Administração Pública;

3) definição do prazo e das condições para a suspensão da prestação dos serviços em caso de inadimplemento da Administração.

Ante o exposto, requer-se a análise do pleito por este DECOR/AGU e a definição do melhor entendimento acerca do tema, a ser uniformemente aplicado por todos os órgãos de execução da AGU.

(...)

3. As fls. 04/12, foi acostada cópia do Parecer AGU/CGU/NAJ/PALMAS n.º 5/2009, de 26/01/2009, que continha exemplos dos problemas enfrentados pela Consultoria Jurídica da União no Estado de Tocantins no que concerne aos contratos para fornecimento de energia elétrica a órgão do Departamento de Polícia Federal:

(...)

A questão posta a exame resume-se, basicamente, à formalização dos contratos para fornecimento de energia elétrica para as unidades do DPFFTO (...)

(...)

É cediço que o serviço de fornecimento de energia elétrica é serviço público prestado sob o regime de concessão, dispando de agência reguladora específica - ANEEL - para cuidar das condições da prestação do serviço. Assim, é possível afirmar que o Poder Público exerce suas prerrogativas na qualidade de Poder concedente, não se fazendo necessária qualquer demonstração à maior nos contratos celebrados pela Administração na qualidade de usuário do serviço. Esse é o entendimento firmado no Parecer/AGU/GO 170/1998 (...)



Ocorre que tal entendimento não é firme no âmbito da AGU, restando algumas lacunas, especialmente quanto à aplicação de algumas prerrogativas de direito público voltadas à satisfação do interesse público, de cujo cuidado está incumbida a Administração, especialmente, no caso, a Polícia Federal. E a perplexidade é mantida na regulamentação da ANEEL, que, embora não traga disposições específicas para a categoria "Poder Pública", menciona as cláusulas essenciais aos contratos administrativos, consoante art. 23 (...). Igualmente, o Poder Judiciário vem decidindo no sentido de resguardar algumas prerrogativas para os órgãos e entidades públicas, especialmente no que tange ao corte de serviços por falta de pagamento.

Nesse tema, é pertinente a transcrição de outro trecho do Parecer/AGU/50 170/1998, que evidencia a finalidade das prerrogativas outorgadas à Administração Pública (...). Assim, mostrase adequado tentar compatibilizar a adesão ao contrato padronizado e a incidência de algumas regras próprias do direito público, e, entre aquelas fundamentais e indispensáveis ao bom funcionamento do serviço de Polícia Federal. Deste modo, sugerem-se algumas cláusulas a constar do contrato a ser assinado pelo DPF/TO (...).

Uma condição essencial é a previsão diferenciada para a suspensão/interrupção do serviço, nos termos do art. 78, XV, da Lei de Licitações. Tal peculiaridade é necessária em afronta aos princípios da supremacia e da inafectividade do interesse público, quando registrar que o prazo diferenciado para suspensão do serviço é o mínimo garantido, havendo, todavia, inúmeras decisões judiciais no sentido de obstar a suspensão, à dependência do serviço prestado pelo órgão ou entidade pública. (...)

(...) Importa salientar que, ao contrário do disposto na cláusula sétima do contrato apresentado pelo DPF/TO (...), a Resolução ANEEL 456/2000 não veda a suspensão do serviço para usuários de direito público. Ao contrário, o art. 93 estabelece o prazo de 15 (quinze) dias como lapso mínimo entre a comunicação da mora e a efetiva suspensão, ou seja, está expressamente regulado o modo como deve ocorrer a suspensão do serviço nesses casos.

No mesmo sentido, o Parecer/AGU/50 170 admitiu a cobrança de multa de mora, por considerar inexistente norma em sentido diverso n, especialmente, em razão da economia e da moralidade, consagradas constitucionalmente. (...)

Todavia, é imprescindível que o índice da multa esteja previsto no contrato, bem como todo e qualquer eventual acréscimo decorrente da mora, sabendo-se que o índice adotado é o de 2% (dois por cento), nos termos do Código de Defesa do Consumidor. Assim, compatibilizando o regime da Lei 8.666/93 com a resolução em apreci, sugere-se nova redação para o § 1.º e a inclusão de um novo § 2.º na cláusula nona (fl. 50), com a redação a seguir:

§ 1.º O não pagamento da nota fiscal/atura de energia elétrica até a data do vencimento estabelecida implicará a imposição de multa moratória no importe de 2% (dois por cento) sobre o valor da fatura, além de ensejar a possível suspensão do serviço, nos termos do parágrafo segundo.

§ 2.º A suspensão do serviço poderá ocorrer em caso de atraso superior a 90 (noventa) dias, devendo a concessionária, ainda, resarcir sobre o vencimento com o mínimo de 15 (quinze) dias de antecedência em relação à suspensão.

(...)
Ante a exposto, opina-se no sentido da inviabilidade de assinatura de mais de um instrumento contratual, especialmente se houver qualquer intuito de informalidade, pois a avença deve ser regulada formalmente e por um único contrato. (...)

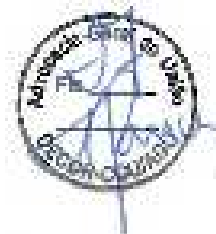
Devendo-se firmar apenas um contrato, sugere-se que o DPF/TO faça novo contrato com a Celins e sugira a assinatura de um único contrato de fornecimento para todas as unidades consumidoras, respeitando-se, todavia, os requisitos necessários aos contratos do Grupo B (...)

Por fim, sugere-se a inclusão necessária de algumas cláusulas próprias do regime de direito público, consoante transcrições destacadas no curso da fundamentação.

Informa-se, ainda, que o presente parecer será encaminhado ao DECOR/CGU/AGU, departamento responsável pela uniformização de entendimentos no âmbito da Consultoria Geral da União (...). Intenta-se, desse modo, obter a uniformização dos procedimentos relativos aos serviços públicos prestados em regime de concessão/permisões/autorização.

(...)

É o relatório. Passa-se a opinar.



II - Objeto do parecer

4. Desde logo, vale determinar o objeto do presente parecer.
5. Nos termos da consulta formulada pela CJU/TO, o parecer tratará dos seguintes temas: a) aplicabilidade ou não do Código de Defesa do Consumidor às contratações envolvendo a Administração Pública na condição de usuário de serviço público; b) critérios de reajuste e penalidades cabíveis em caso de mora da Administração Pública; e c) prazo e condições para a suspensão dos serviços públicos em caso de inadimplemento da Administração.

III - Considerações preliminares: contratos administrativos, contratos da Administração e o Parecer GQ-170

6. Antes de buscar esclarecer as dúvidas suscitadas, convém tecer algumas considerações sobre a natureza dos pactos celebrados pela Administração Pública e o regime jurídico a eles aplicável.
7. Em primeiro lugar, vale dizer que as disposições da Lei n.º 8.666/93 referem-se genericamente a contratos administrativos (arts. 1.º, caput, art. 2.º, parágrafo único, 54, 58 etc.). Todavia, análise cuidadosa do estatuto revela a existência das duas principais espécies de contratos, submetidas a regimes jurídicos distintos.
8. A nomenclatura oscila na doutrina, mas, em linhas gerais, os contratos firmados pela Administração podem ser classificados como contratos administrativos (contratos administrativos em sentido estrito, contratos públicos, contratos administrativos típicos, contratos administrativos puros ou contratos administrativos propriamente ditos) ou contratos da Administração (contratos semipúblicos, contratos administrativos atípicos, contratos de Direito Privado da Administração ou contratos administrativos de figuração privada).
9. Eis as características apontadas por grandes doutrinadores pátrios sobre as características desses dois grandes grupos de contratos:

Embora típica do Direito privado, a instituição de contrato é utilizada pela Administração Pública na sua função privativa (contratos privados realizados pela Administração) ou com as adaptações necessárias aos negócios públicos (contratos administrativos propriamente ditos). Daí porque a teoria geral do contrato é a mesma tanto para os contratos privados (cíveis e comerciais) como para os contratos públicos, de que são espécies os contratos administrativos e os acordos internacionais. Todavia, os contratos públicos são regidos por normas e princípios próprios do Direito Público, atuando o Direito Privado apenas subsidiariamente, jamais substituindo ou demandando as regras privativas da Administração.

(...)
Conceito - Contrato administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração.

(...)
Não é, portanto, o objeto, nem a finalidade pública, nem o interesse público, que caracterizam o contrato administrativo, pois o objeto é normalmente idêntico ao do Direito Privado (obra, serviço, compra, alienação, locação) e a finalidade e o interesse público estão sempre presentes em quaisquer contratos da Administração, sejam públicos ou privados, como pressupostos necessários de toda atuação administrativa. É a participação da Administração, corrigindo normas de Direito Privado e agindo conforme vontade própria, sob o égide do Direito Público, que tipifica o contrato administrativo.



A Administração pode realizar contratos sob normas predominantes do Direito Privado – e frequentemente os realiza – em posição de igualdade com o particular contratante, como para fazê-lo com supremacia do Poder Público. Em ambas hipóteses haverá interesse e finalidade pública como pressupostos do contrato, mas, no primeiro caso, o ajuste será de natureza semipública (contrato administrativo atípico, como já o conceituou o extinto TFR), e somente no segundo haverá contrato administrativo típico. Daí a necessária distinção entre contrato semipúblico da Administração e contrato administrativo propriamente dito, como já o fez a lei art. 62, § 3.º, D.

Nem todas as relações jurídicas travadas entre Administração e terceiros resultam de atos unilaterais. Muitas delas procedem de acordos de vontade entre o Poder Público e terceiros. A estas últimas costuma-se denominar "contratos".

Dentro delas distinguem-se, segundo a linguagem doutrinária corrente:

a) contratos de Direito Privado da Administração;

b) contratos administrativos.

Os primeiros regem-se quanto ao conteúdo e efeitos pelo Direito Privado e os segundos regem-se pelo Direito Administrativo. Assim, como exemplos dos primeiros têm-se a compra e venda de um imóvel, a locação de uma casa para nela instalar uma repartição pública etc. Exemplificam os segundos a concessão de serviço público, o contrato de obra pública, a concessão de uso de bem público.

3. Uns e outros estão pautados pelo menos quanto às condições e formalidades para estipulação e aprovação, disciplinadas pelo Direito Administrativo; do que resultam, caso violadas as normas pertinentes, vícios específicos a estas figuras; vale dizer, caracterizados de acordo com os princípios e normas do Direito Administrativo.

4. Ditos contratos diferem entre si quanto à disciplina do vínculo. Isto é: enquanto os contratos de Direito Privado travados pela Administração regulam-se em seu conteúdo pelas normas desta província do Direito – ressalvados os aspectos supra-referidos – os "contratos administrativos" assubstanciam-se às regras e princípios heurísticos no Direito Público, admitida, tão-só, a aplicação supletiva de normas privadas compatíveis com a índole pública do instituto.¹

8.4 Traços distintivos entre o contrato administrativo e o contrato de direito privado

Os contratos celebrados pela Administração compreendem, quanto ao regime jurídico, duas modalidades:

1. Os contratos de direito privado, como a compra e venda, a locação, a comodato, regidos pelo Código Civil, parcialmente derogados por normas específicas;

2. Os contratos administrativos, dentre os quais incluem-se:

a) os tipicamente administrativos, sem paralelo no direito privado e inteiramente regidos pelo direito público, como a concessão de serviço público, de obra pública e de uso de bem público;

b) os que têm paralelo no direito privado, mas são também regidos pelo direito público, como o mandato, o empréstimo, o depósito, a empreitada.

Embora de regimes jurídicos diversos, nem sempre é fácil a distinção entre os contratos privados da Administração e os contratos administrativos, pois, como os primeiros têm regime de direito privado parcialmente derogados pelo direito público, essa derrogação lhes imprime algumas características que também existem nos de segunda categoria. Importa, portanto, indicar os pontos comuns e os traços distintivos entre os dois tipos de contratos da Administração.

Sabe-se que o regime jurídico administrativo caracteriza-se por prerrogativas e sujeições; as primeiras conferem poderes à Administração, que a colocam em posição de supremacia sobre o particular; as sujeições são impostas como limites à atuação administrativa, necessários para garantir o respeito às finalidades públicas e aos direitos dos cidadãos.

Quando se cuida da forma contratual, verifica-se que, no que se refere às sujeições impostas à Administração, não diferem os contratos de direito privado e os administrativos: todos eles obedecem a exigências de forma, de procedimento de

¹ Hely Lopes Meireles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 23.ª edição, 1998, Malheiros, pp. 188-190.

² Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 23.ª edição, 2007, Malheiros, pp. 595-596



competência, de finalidade; precisamente por essa razão é que alguns autores acham que todos os contratos da Administração são contratos administrativos. Com efeito, sob o aspecto formal, exige-se, para todos os contratos da Administração, pelo menos a forma escrita; mesmo na alienação de bens móveis, essa exigência deve ser respeitada, ressalvados apenas alguns contratos de pequeno valor e pagamento imediato, em que se admite a forma verbal (art. 60, parágrafo único, da Lei n.º 8.086, de 21-6-93).

Com relação às finalidades e procedimentos para a celebração do contrato, também não há distinção: todos eles estão sujeitos, em maior ou menor grau, à observância de requisitos previstos em lei para a sua validade, como autorização legislativa (quando for o caso), avaliação, licitação, motivação, indicação de recursos orçamentários, publicação, aprovação pelo Tribunal de Contas.

Também na que concerne à competência, as regras são as mesmas, pois, em direito administrativo, toda a competência resulta da lei.

A finalidade, direta ou indiretamente, há de ser sempre pública, sob pena de desvio de poder.

Já no que concerne às prerrogativas, as diferenças são maiores. São elas previstas por meio das chamadas cláusulas exorbitantes ou de privilégio ou de prerrogativa.

Tais cláusulas podem ser definidas como aquelas que não são comuns ou que seriam ilícitas nos contratos entre particulares, por encerrarem prerrogativas ou privilégios de uma das partes em relação à outra.

Algumas não são comuns nos contratos de direito privado, mas podem existir, desde que livremente pactuadas pelas partes, dentro do princípio da autonomia da vontade e desde que não haja ofensa à disposição expressa de lei. Tal é o caso das cláusulas que asseguram a uma das partes o poder de alterar unilateralmente o ajuste ou o de rescindi-lo, também unilateralmente, antes do prazo estabelecido, o de fiscalizar a execução do contrato, o de exigir caução.

Outras cláusulas seriam ilícitas nos contratos entre particulares, porque dão a uma das partes poder de império, autoridade, no que é detentora apenas a Administração. É o caso das cláusulas que prevêm aplicação de penalidades administrativas, a retomada da concessão, a responsabilização do contratado sem necessidade de recurso ao Poder Judiciário; em todos esses casos está presente a executoriedade, que constitui atributo de certos atos praticados pela Administração e que não seriam válidos quando conferidos ao particular.

Quando a Administração celebra contratos administrativos, as cláusulas exorbitantes existem implicitamente, ainda que não expressamente previstas; elas são indispensáveis para assegurar a posição de supremacia do Poder Público sobre o contratado e a prevalência do interesse público sobre o particular. Quando a Administração celebra contratos de direito privado, normalmente ela não necessita dessa supremacia e a sua posição pode nivelar-se à do particular; excepcionalmente, algumas cláusulas exorbitantes podem constar, mas eles não resultam implicitamente do contrato; elas têm que ser expressamente previstas, com base em lei que derogue a direito comum. Por exemplo, quando a lei permite a comodato de bem público, pode estabelecer para a Administração a faculdade de extingui-lo de volta por motivo de interesse público.

Por isso, deve ser aceita com reservas a afirmação de que no contrato administrativo a posição entre as partes é de verticalidade (o que é verdadeiro) e no contrato privado celebrado pela Administração, a posição das partes é de horizontalidade, o que não é inteiramente verdadeiro, quer pela submissão do Poder Público a restrições inexistentes no direito comum, quer pela possibilidade de lhe serem conferidas determinadas prerrogativas, por meio de cláusulas exorbitantes expressamente previstas.

Outra diferença entre o contrato administrativo e o contrato de direito privado da Administração diz respeito ao objeto. O contrato administrativo visa à prestação de serviço público, não no sentido restrito de 'atividade exercida sob regime jurídico exorbitante', mas no sentido mais amplo, que abrange toda atividade que o Estado assume, por lhe parecer que a sua realização era necessária ao interesse geral e que a iniciativa privada era insuficiente para realizar adequadamente. (...)

Diferença até que, mais do que o tipo de atividade, o que se considera essencial para a caracterização do contrato administrativo é a utilidade pública que resulta diretamente do contrato. (...)

Ao contrário, quando a Administração celebra contrato cujo objeto apenas indiretamente ou acessoriamente diz respeito ao interesse geral (na medida em que tem repercussão orçamentária, quer do lado da despesa, quer do lado da receita), ela se submete ou pode submeter-se ao direito privado; por exemplo, para comprar

 6



materiais necessários a uma obra ou serviço público, para colocar na segurança os veículos oficiais, para alugar um imóvel necessário à instalação de repartição pública, enfim, para se equipar dos instrumentos necessários à realização da atividade principal, esta sim regida pelo direito público. (...) (1)

6.5.2 Legislação ordinária

A Lei n.º 6.666/93, com as alterações posteriores, abrange todos os contratos por ela disciplinados sob a denominação de contratos administrativos (arts. 1.º e 54), embora nem todos tenham essa natureza. (...) (2)

Nu entanto, alguns desses contratos regem-se basicamente pelo direito privado, com aplicação a algumas normas de direito público constantes nessa lei. (...) (3)

Houve, na entanto, uma evidente intenção do legislador de publicar os contratos de direito privado celebrados pela Administração, é o que decorre do artigo 62, § 3.º, que manda aplicar o disposto nos artigos 55 e 58 a 61 e demais normas gerais, no que couber.

1. aos contratos de seguro, de financiamento, de locação, em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por normas de direito privado;

2. aos contratos em que a Administração for parte, como usuária de serviço público. Dentre as normas que o dispositivo manda aplicar a todos esses contratos, consta a do artigo 50, que é precisamente o que consagra algumas cláusulas exorbitantes, próprias dos contratos administrativos, como os poderes de alteração e rescisão unilateral, de fiscalização e de aplicação de sanções. Essa publicação ou aplicação das normas gerais da Lei n.º 6.666 à normas gerais, pois somente se fará no que for compatível com as regras do direito privado que disciplinam tais contratos; essa conclusão decorre da própria redação do dispositivo, que fala em contratos regidos 'predominantemente por normas de direito privado'.¹

3. Características dos Contratos Administrativos

Hely Lopes Meirelles conceitua contratos administrativos como 'o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração'.

Devemos observar que esta conceituação refere-se apenas aos denominados contratos administrativos propriamente ditos, que são justamente aqueles em que a Administração atua nessa qualidade e, portanto, dotada das prerrogativas características de Direito Público (supremacia).

Entretanto, a Administração, em muitos casos, celebra, também, contratos sob formas predominantemente de Direito Privado, caso em que, em princípio, encontra-se ela, a Administração, em posição de igualdade com o particular contratante. Costuma-se denominar essa espécie como contrato administrativo atípico, ou, mais frequentemente, 'contrato da Administração'. (...) (4)

Em resumo, a doutrina usualmente emprega a expressão 'contrato administrativo' para referir-se aos contratos regidos predominantemente pelo Direito Público, nos quais a Administração figura em posição jurídica de supremacia e, em contraposição, o termo 'contrato da Administração', para aludir aos contratos regidos predominantemente pelo Direito Privado, em que a Administração está, em princípio, em condição de igualdade jurídica com o particular.

Apesar de ser pacífica a existência desses contratos celebrados pela Administração regidos predominantemente pelo Direito Privado, a Lei n.º 6.666/93, em seu art. 62, § 3.º, inciso I, depois de expressamente reconhecer a existência de contratos da Administração cujo conteúdo seja regido predominantemente por normas de direito privado (a Lei expressamente alude, na forma exemplificativa, a contratos de seguro, financiamento e locação em que o Poder Público seja locatário), faz estenderem-se a tais contratos, no que couber, as principais prerrogativas da Administração aplicáveis aos contratos administrativos propriamente ditos, como a possibilidade de modificação unilateral do contrato, o poder de rescisão unilateralmente, a fiscalização de sua execução, aplicação de sanções, ocupação provisória (para garantia na manutenção de continuidade de serviços essenciais).

Observa-se, portanto, que se atenua a distinção entre 'contratos administrativos' e 'contratos da Administração', porque as mais importantes prerrogativas do Direito

¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Direito Administrativo, 10.ª edição, 2007, Atlas, pp. 219-242.



Público, que caracterizam os contratos administrativos propriamente ditos, passaram, por força da Lei n.º 8.666/1993, a ser aplicáveis aos demais contratos celebrados pela Administração. É verdade, portanto, que as prerrogativas de Direito Público aplicam-se aos contratos da Administração somente na que couber e, sem dúvida, nos casos em que o conteúdo do contrato seja próprio do domínio econômico, multa por atraso ou mesmo nenhuma cláusula esgoteia ao Direito Privado poderá ser considerada cabível! Em suma, a Lei criou uma área de insegurança jurídica, porque reconhece que há contratos celebrados pela Administração que são regidos predominantemente pelo Direito Privado, mas, ao mesmo tempo, afirma que a eles se aplicam prerrogativas de Direito Público em favor da Administração, mas somente 'na que couber', sem que se possa saber quando é que, efetivamente, caberá a aplicação de alguma dessas prerrogativas a esse tipo de contrato!⁴

10. No que se refere ao caso em tela, cabe salientar que os contratos nos quais a Administração figura como usuária de serviço público só podem ser enquadrados como contratos da Administração (contratos seminútilicos, contratos administrativos atípicos, contratos de Direito Privado da Administração ou contratos administrativos de figuração privada), ocorrendo, assim, a aplicação precisa das regras de Direito Privado. Essa é a conclusão que se extrai do inciso II do § 3.º do art. 62 da Lei n.º 8.666/93:

Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

§ 1º A minuta do futuro contrato integrará sempre o edital ou ato convocatório da licitação.

§ 2º Em "carta-contrato", "nota de empenho de despesa", "autorização de compra", "ordem de execução de serviço" ou outros instrumentos hábeis aplica-se, no que couber, o disposto no art. 55 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 8.983, de 1994)

§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 59 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;

II - aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.

11. E qual é exatamente o regime desses contratos em que a Administração aparece como usuária de serviço público?

12. As lições precisas do jurista Marcos Juvencio Villela Souto fornecem os parâmetros do regime jurídico aplicável aos contratos da Administração relativos à prestação de serviços públicos:

2.6. A Administração Pública como Usuária de Serviços Públicos

Sabido que a Administração celebra contratos tanto regidos pelo direito público como pelo direito privado, uma das hipóteses típicas de contrato privado da Administração Pública ocorre quando ela for usuária de um serviço público, conforme se depreende do § 3.º do art. 62 da Lei n.º 8.666/93, que reconhece o caráter diferenciado desses contratos: (...)

Nestes contratos somente incidem as regras que não desnatuam a essência dos ajustes privados, em especial no que concerne à aplicação das cláusulas exorbitantes, que são, quase sempre, incompatíveis com a natureza predominantemente privada de alguns contratos (eis que podem ensejar a total rompimento do equilíbrio contratual, a ponto de inviabilizá-lo).

Nesse passo, a Administração, quando usufrui um determinado serviço público, equipara-se a qualquer usuário, conforme já decidiu o Colendo Tribunal de Contas da União:

⁴ Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, *Direito Administrativo Descomplicado*, 14. edição, 2007, Impetus, pp. 300-301.



É já na fase de execução do serviço público que surgem as relações entre o concessionário e os usuários do serviço. Em princípio, os usuários do serviço público devem ser tratados com igualdade, isonomicamente, salvo se o contrário estiver estabelecido em lei, e ainda assim tal discriminação estará sujeita ao exame de compatibilidade com outros princípios constitucionais (...)

Assim, o poder concedente, quando colocado na situação do usuário de serviço público, equipara-se a qualquer outro usuário de serviço público, despojado-se, nesse caso, das prerrogativas que possui, enquanto poder concedente, em razão da manutenção da titularidade do serviço. Em síntese: enquanto poder concedente, em razão da titularidade do serviço, detém os poderes e prerrogativas (...); enquanto usuário, o que somente ocorre na fase de execução do serviço, equipara-se a qualquer outro usuário. Não há razão de natureza ética ou jurídica que leve a outro entendimento. (Decisão n.º 537/99 - Plenário, D.O.U. de 02/09/1999, no trecho em que transcreve parte do Parecer n.º GG-170 da AGU para apoiar a tese do TCU)

Sabendo-se, portanto, que a Administração iguala-se aos demais usuários de serviços públicos, impõe-se analisar a maneira pela qual são firmadas as relações da prestadora do serviço com os usuários - entre os quais se situa a Administração.

As prestadoras de serviço público relacionam-se com um número indeterminado de pessoas, as quais devem ser tratadas de forma isonômica, até porque, pela quantidade de destinatários envolvidos, impossível se torna a negociação individualizada com cada um deles.

A técnica empregada pelo ordenamento jurídico foi a de manifestação da autonomia da vontade por meio de adesão a cláusulas previamente estabelecidas pelo fornecedor de bens e serviços. A autonomia contratual realiza-se, assim, pela adesão ao não ao instrumento proposto.

(...)
Neste passo, a relação entre os prestadores de serviços públicos e as diversas Administrações Públicas usuárias do serviço prestado materializa-se por meio de um contrato de adesão, que representa a ética técnica do relacionamento econômico em massa.

(...)
Portanto, é possível, preliminarmente, concluir que: a) a circunstância de estar presente a Administração Pública em um contrato não o transforma em contrato administrativo típico; b) nos contratos privados da Administração, caracterizados por uma igualdade de posição jurídica entre as partes, o regime aplicável é o de direito privado, aplicando-se as normas de direito público "cabeíveis", consoante disposto no § 1.º do art. 62 da Lei n.º 8.666/93; c) os contratos celebrados pela Administração enquanto usuária são contratos privados, não havendo nenhuma diferenciação em relação aos demais usuários do serviço; d) este contrato caracteriza-se por ser de adesão, conclui-se esta que decorre da própria natureza do contrato de prestação de serviços públicos, que se destina a um conjunto indeterminado de usuários, estando, pois, padronizado para conferir tratamento isonômico a todos; e) ainda que ostente forma diferenciada de impressão padronizada para os demais usuários, em decorrência da presença de cláusulas típicas dos contratos da Administração, tais como as relativas à fonte dos recursos, à publicação e à remessa do instrumento às Cortes de Contas - o padrão de obrigações é o mesmo, assim como a técnica e o regime regulatório.

(...)²

13. Também Marçal Justen Filho segue a mesma linha ao apontar que a aplicação, no que couber, de algumas normas de Lei n.º 8.666/93, não pode desnaturalizar os contratos da Administração:

5) A questão dos contratos de direito privado

(...)

Mas a participação de entidade administrativa em uma relação contratual caracteristicamente privada não significa a incidência integral do regime de direito público. As competências mais características, indicadas no art. 58, não podem ser aplicadas.

É extremamente problemático estabelecer um critério diferencial entre os contratos privados praticados pela Administração e os contratos administrativos propriamente ditos. Poderia supor-se que a diferenciação relaciona-se com o grau de vinculação entre a avença e a satisfação dos interesses fundamentais. As contratações indispensáveis à promoção do bem comum são subordinadas integralmente ao regime

² Marçal Justen Filho, Direito Administrativo Contratual, 2004, Lumen Juris, pp. 323-326.



de direito pública, enquanto as que não se apresentam assim indispensavelmente relacionadas com os interesses fundamentais permaneceriam sujeitas ao regime privatístico. Mas essa formulação não é satisfatória, especialmente sob o prisma prático. Como diferenciar as duas situações na realidade? É muito difícil. Talvez a melhor solução seja reconhecer que a satisfação de determinadas necessidades estatais pressupõe a utilização de mecanismos próprios e inerentes ao regime privado, subordinados inevitavelmente a mecanismos de mercado.

(...)

14. Com efeito, esta Advocacia-Geral da União no Parecer GO-170, aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República e publicado no DOU de 13/10/1998, tratou dos contratos em que a Administração figura como usuária de serviço público e abordou parte das dúvidas levantadas pela Consultoria Jurídica da União no Estado de Tocantins. Cumprindo destacar que o Parecer GO-170 adotou o Parecer AGU/LA-02/97, que assim cuidou da aplicação de multa moratória à Administração por concessionária de serviço público:

Aplicação de multa moratória à Administração Pública por concessionária de serviço público. A posição do Tribunal de Contas da União, negando a possibilidade dessa aplicação. Os fundamentos do entendimento do TCU. Análise desses fundamentos. Verificação de sua adequação para justificar o entendimento daquela Corte. Conclusão pela legitimidade e legalidade na imposição de multa moratória a pessoas jurídicas de direito público, quando inadimplentes, pelas concessionárias de serviços telefônicos, postais e de energia elétrica.

(...)

VI - O RELACIONAMENTO ENTRE O PODER CONCEDENTE E A CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS

(...) o fato de o serviço público, apesar de concedido ou permitido, continuar sendo público, não se despoja do Poder Concedente de qualquer direito ou prerrogativa pública, nada tem a ver com a possibilidade ou não de a concessionária aplicar multas a órgãos públicas, incluindo o próprio Poder Concedente.

44. O que à manutenção da titularidade do serviço, nas mãos do Poder Concedente, significa é que, embora dada a concessão, por continuar sendo público o serviço, o Poder Concedente mantém a faculdade, inclusive, de reter o serviço, mediante indenização ao concessionário (Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro - 14aed. atual. pela Constituição de 1988 - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 336).

45. Além dessa faculdade, o mesmo autor arrola, ainda, como própria do Poder Concedente, a competência para fiscalizar o serviço, alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares do contrato de concessão e de fiscalizar a execução do serviço (Da. cit., p. 339/345). Celsa Antônio Bandeira de Mello inclui, entre os poderes do Concedente: a) poder de inspeção e fiscalização; b) poder de alteração unilateral das cláusulas regulamentares; c) poder de extinguir a concessão antes de findo o prazo inicialmente estipulado (Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta - 2ª ed. 3ª tiragem - São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p. 39/42).

46. Como se pode facilmente verificar, gratias os autores, dos maiores no campo do direito administrativo brasileiro, são acordos sobre os direitos do Poder Concedente, ou seja, quanto às suas prerrogativas, em relação ao concessionário. São os direitos que possui o Poder Concedente, enquanto tal. Ao se ler a lição desses mestres, nos laços citados, nada se vê que possa, ao menos, indicar que, entre esses poderes ou direitos, encontra-se o de ser tratado privilegiado quando estiver ele - Poder Concedente - na posição de usuário de serviço público por ele concedido. E não coneeço, a esta altura de estágio da ciência jurídica, quem defende essa posição.

47. Existe, para isso, uma explicação lógica, racional e consentânea com os princípios que informam o instituto da concessão. É que, se, de um lado, não há na concessão transferência da titularidade do serviço, pelas razões já expostas, de outro lado, há a transferência da execução do serviço, que o concessionário passa a explorar por sua conta e risco. A manutenção da titularidade do serviço, em mãos do Poder Concedente, dá a este os poderes já enunciados, e que dizem respeito às relações do Poder Concedente, enquanto tal, com a Concessionária.

³ Marcel Justen Filho, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14.ª edição, 2010, Dialética, pp. 761-763.



48. É já na fase de execução do serviço que surgem as relações entre o Concessionário e os Usuários do serviço. Em princípio, os usuários do serviço público devem ser tratados com igualdade, economicamente, salvo se o contrário estiver estabelecido em lei, e ainda assim tal discriminação estará sujeita ao exame de compatibilidade com outros princípios constitucionais, como se verá mais adiante.

49. Assim, o Poder Concedente, quando colocado na situação de usuário de serviço público, equipara-se a qualquer outro usuário do serviço, despojando-se, nesse caso, das prerrogativas que possui, enquanto Poder Concedente, em razão da manutenção da titularidade do serviço. Em síntese: enquanto Poder Concedente, em razão da manutenção da titularidade do serviço, detém os poderes e prerrogativas já examinadas anteriormente; enquanto usuário, o que somente ocorre na fase de execução do serviço, equipara-se a qualquer outro usuário. Não há qualquer razão de natureza ética ou jurídica que leve a outro entendimento.

50. Em razão do exposto, verifica-se que o segundo argumento, ora examinado, não justifica, de forma alguma, a conclusão de ser inaplicável multa moratória, por parte do concessionário de serviços públicos, a órgãos públicos, inclusive o próprio Poder Concedente.

VII - O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

51. O teor do e último fundamento da decisão do TCU diz respeito, como já se disse (item 20, alínea c), ao princípio da legalidade, uma vez que o eminente Relator entendeu que a Portaria nº 663, do Ministro das Comunicações, não tem eficácia para legitimar a despesa que resultaria da aplicação da multa moratória a órgão da Administração Federal, isto é, à União, ou entidades de sua Administração Indireta (item 50 do voto do Relator). E isso porque "no que toca à multa, justo porque quanto à natureza da aplicação, as despesas que dela resultem só se legitimam se norma eficaz a prevê". (idem).

52. Verifica-se, sem grande esforço, que o eminente Relator considerou inexistir norma eficaz prevendo a aplicação da referida multa, entendendo, em consequência, que a Portaria nº 663 inovava o mundo jurídico, criando a referida penalidade.

53. O problema tem, então, relação direta com o princípio da legalidade, que terá de ser examinado, pelo menos, de maneira suficiente para que, desse exame, seja possível extrair conclusões válidas. É o que se fará a seguir.

54. É da tradição do constitucionalismo brasileiro a inserção, nos textos constitucionais, de regra expressa sobre esse princípio. De fato, à exceção da Constituição de 1937, todas as nossas Constituições, desde a Constituição do Império, 1824, consignaram o princípio da legalidade (Const. 1824: art. 179, 1º; Const. 1891: art. 72, § 1º; Const. 1934: art. 113, 2º; Const. 1946: art. 141, § 2º; Const. 1967: art. 150, § 2º; Emenda Const. nº 1/69: art. 153, § 2º; Const. 1988: art. 5º, II).

55. Os referidos textos constitucionais variaram, ligeiramente, mas sempre com a mesma essência. O texto vigente, reza:

"Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei."

56. Os administrativistas, no entanto, procuraram sempre distinguir, no que tange ao princípio da legalidade, a posição dos particulares e a do administrador público. Seria fastidioso citar doutrinadores sobre esse assunto. Basta consignar que se tornou clássica a síntese feita por HELY LOPES MEIRELLES, enunciada nos seguintes termos: "Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza" (Direito Administrativo Brasileiro, cit., p. 70: grifei).

57. Essa síntese, repetida por quase todos os administrativistas pátrios, é, aparentemente, clara, insuscetível de produzir dúvidas. Assim, porém, não é, especialmente quanto ao entendimento que se dava dar à expressão só é permitido fazer o que a lei autoriza.

58. De início, deve se afastar a interpretação segundo a qual essa afirmação significa a necessidade de lei estabelecendo que tal ou qual ato possa ser praticado pela Administração Pública. Tal entendimento, pouco-me, é duplamente inconcebível. Primeiro, porque o legislador, ao regular determinada situação, deveria prever, expressamente, todos os possíveis atos cuja prática seria permitida à Administração. E isso é impraticável. Em segundo lugar, porque essa interpretação entra em choque com a característica de generalidade da lei, pela qual, em princípio, a lei se aplica a todos quantos se encontram nas situações nela descritas.

(...)

65. É sabido que a quantidade de situações passíveis de ocorrer no mundo dos fatos é tão grande que se torna impossível, ao legislador, prevê-las, e, em consequência,



regulá-las. Assim, o legislador regula apenas aqueles que reputa mais relevantes. Ficam, desse modo, sem regulação, várias situações que se podem apresentar, consideradas, pelo legislador, como irrelevantes.

66. Nesse campo de irrelevância jurídica, ou seja, de situações não reguladas pela lei, os particulares, em homenagem ao princípio da liberdade, podem, segundo seus próprias critérios, estabelecer as regras que regerão essas situações. Melhor dizendo, poderão criar a lei que disciplinará ditas relações.

67. Já o administrador público, precisamente por inexistir, quanto a ele, o mencionado princípio da liberdade, quando se encontrar no campo da irrelevância jurídica, isto é, quando se deparar com situação não regulada pela lei, não poderá criar a regra aplicável a essa situação. Para que possa agir, é necessário que a situação seja regulada pela lei, ou seja, que a lei autorize, ao menos de maneira implícita, a prática de determinado ato. Mas, mesmo ser o que se exige é que a prática do ato seja permitida pela lei, e não que esta expressamente autorize que o administrador pratique o ato.

68. Essa, segundo me parece, é a real distinção entre o particular e o administrador público, no que tange ao princípio da legalidade.

VIII - A MULTA MORATÓRIA E A VALIDADE DA PORTARIA Nº 663/79 DO MINISTRO DAS COMUNICAÇÕES

69. Estabelecido o entendimento sobre o princípio da legalidade, no que se refere ao administrador público, passa a examinar a questão da validade da Portaria n.º 663, de 18 de julho de 1979, que aprovou a Norma n.º 5/79, relativa à prestação do serviço telefônico público.

70. São relevantes, para os fins da presente estuda, as seguintes partes da citada Norma n.º 5/79:

a) o item 2.4, que conceitua como Usuário a pessoa natural ou jurídica a quem se presta o serviço telefônico público;

b) o item 7, que afirma que a utilização do serviço implica na adesão do Usuário, para todos os efeitos legais, à referida Norma e às demais disposições que regulam a sua prestação;

c) o item 60, que estabelece que a conta deve ser padronizada, independentemente da categoria do Assinante, pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado; e

d) o item 62, e alínea a, que estabelece que o não pagamento da conta no vencimento sujeita o Assinante ou Locatário às seguintes sanções: a) multa moratória de 10% (dez por cento) do valor da conta, devida, uma única vez, no dia seguinte ao vencimento.

71. Como se pode, facilmente, verificar, a Portaria n.º 663/79 equiparou, no que se refere à condição de Usuário do serviço telefônico público, as pessoas naturais e as pessoas jurídicas, tanto privadas quanto públicas, inclusive no que diz respeito com o pagamento de multa moratória. E foi quanto a isso que o Egrégio Tribunal de Contas da União manifestou-se contrário, argumentando, como já se viu, que a Portaria seria ineficaz, por inexistir norma eficaz (entenda-se lei) que a proveja. É sobre a procedência dessa afirmação que se tratará a seguir.

72. De início, é necessário afirmar-se que a multa moratória tem, no âmbito, a natureza de penalidade. No entanto, esse fato não tem a importância que lhe foi dada nos precedentes já examinados e nas decisões do Tribunal de Contas da União. Lembra-se, a esse propósito, que a Suprema Corte desconsiderou essa argumentação, reduzindo a questão da multa moratória previdenciária a verificação da existência ou não de iminência, concluindo pela inexistência. E isso porque a multa moratória tem natureza contratual, nada tendo a ver com poder de polícia.

73. De fato, a matéria referente ao descumprimento de obrigações, a consequente mora e a possibilidade de aplicação de multa moratória está regulada pelo Direito Civil. Assim, o art. 955 do Código Civil estabelece que "considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que a não quiser receber no tempo, lugar e forma convenionados" (Griffel). E o art. 960 completa: "O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo constitui de pleno direito em mora o devedor".

74. Por outro lado, o mesmo Código Civil, ao tratar da Cláusula Penal, afirma que: a) a cláusula penal pode ser estipulada conjuntamente com a obrigação ou em ato posterior (art. 916);

b) a cláusula penal pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora (art. 917; Griffel);

c) quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada juntamente com o desempenho da obrigação principal (art. 919; Griffel);

d) o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal (art. 920); e



- e) incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que se vença o prazo da obrigação, ou, se o não há, desde que se constitua em mora (art. 921).
75. Dos referidos dispositivos do Código Civil desprende-se que a matéria referente ao descumprimento de obrigações, à mora daí consequente e à possibilidade de aplicação de multa moratória está, repete-se, amplamente regulada em lei. Por outro lado, está claro que o sujeito passivo da aplicação da multa moratória é o devedor, sem qualquer restrição. Fica evidente, também, a natureza contratual da multa moratória, uma vez que, se fundada fosse a multa no poder de polícia, seria ela inaplicável entre particulares, e o é.
76. A doutrina é pacífica quanto à aplicabilidade, nos contratos administrativos, de princípios gerais e normas de direito privado. Na campo legislativo, a matéria é tratada desde o vetusto Código de Contabilidade da União (Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922), cujo art. 76º estabelecia que "os contratos administrativos regulam-se pelo princípios gerais que regem os contratos de direito comum, no que concerne ao acordo de vontades e ao objeto, observadas, porém, quanto à sua estipulação, aprovação e execução, as normas prescritas no presente capítulo".
77. O Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, não tratou dessa matéria, mantendo-se, assim, a norma anterior. Já o Decreto-lei nº 2.308, de 21 de novembro de 1986, cuidou expressamente da questão, estabelecendo, no caput do art. 4º, que "os contratos administrativos de que trata este Decreto-lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelas preceitos de direito público, aplicando-se, supletivamente, disposições de direito privado." (Grifei)
78. Finalmente, a vigente Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, estabelece, no caput do art. 54, que "os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado." (Grifei)
79. Percebe-se, assim, que as citadas princípios e as disposições de direito privado são aplicáveis, supletivamente, aos contratos administrativos, desde que não entrem em choque com preceitos de direito público. Ora, não há qualquer preceito de direito público, em nosso ordenamento jurídico, que requeira as pessoas jurídicas de direito público, ou seus órgãos, da incidência de multa moratória nos casos de prestação de serviços públicos ora examinados. E mesmo que houvesse, é necessário que se diga, tal norma teria de ter sua validade atendida em confronto com princípios constitucionais, com destaque para os princípios da economia e da moralidade.
80. Desse modo, parece evidente que as citadas disposições do Código Civil são aplicáveis aos contratos administrativos, incluindo as de prestação de serviços públicos à Administração Pública, dos quais se tratará mais adiante. Em sendo assim, em princípio, é perfeitamente legítima que a Administração participe de contrato de prestação de serviços públicos em que se estabeleça multa moratória pelo pagamento na conta após o seu vencimento.
81. O que se poderia argumentar é que, sendo de natureza contratual a multa moratória, os entes públicos poderiam recusar a inclusão de tal cláusula nos contratos que tivessem de celebrar com as concessionárias de serviços públicos. Tal argumentação, porém, não tem condições de prosperar.
82. O contrato para prestação de serviço público, a ser celebrado entre a Concessionária e o Usuário, é da espécie denominada contrato de adesão. Essa espécie contratual é característica da prestação de serviços públicos, embora não seja exclusiva dela. Essa pelo menos por duas razões: a primeira porque, em se tratando de serviços públicos, os usuários contam-se aos milhares ou até milhões, tornando-se impossível que a concessionária discuta as cláusulas contratuais com os possíveis usuários; a segunda porque, conforme já se disse, os usuários, em princípio, devem ser tratados isonomicamente. Assim sendo, nada mais lógico que sejam as cláusulas padronizadas, gerando o contrato de adesão.
83. SUI VIC RODRIGUES conceitua contrato de adesão como "aquele em que todas as cláusulas são previamente estipuladas por uma das partes, de modo que a outra, no geral mais fraca e na necessidade de contratar, não tem poderes para debater as condições, nem introduzir modificações, no esquema proposto. Este último contrato aceita tudo em bloco ou recusa tudo por inteiro". (Direito Civil - Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade, 6ª edição - São Paulo: Saraiva, 1977 - Vol. III, p. 451).
84. Em prosseguimento, o mesmo autor, após considerações sobre as diferenças entre os contratos paritários e os de adesão, enquadra nesta última espécie os contratos celebrados com as concessionárias de serviços públicos, afirmando que aquele que deseja contratar com esse tipo de empresa "não pode discutir o preço e outras condições propostas pela outra parte; e acrescenta "ou se submete a elas,



contratando, ou se priva de contratar, o que nem sempre é possível". (Da: cit. p. 46).
 85. A toda evidência, como se viu, a competência para estabelecer os termos do contrato de adesão é da concessionária, e não do usuário. Não se diga que, quando o usuário seja pessoa jurídica de direito público (ou seus órgãos), tal competência seja transferida para esta última. HELY LOPES MEYRELLES sustentava que o contrato entre a concessionária de serviços públicos e os usuários era contrato privado. Na entanto, TOSHIO MUKAI ponderou que, a partir da modificação do art. 52 do Decreto-lei nº 7.300/86, operada pelo Decreto-lei nº 2.348, de 29 de julho de 1987, acrescentando-lhe o § 3º, a administração pública brasileira celebra, tão só, contratos de direito público: contratos administrativos puros e contratos administrativos de figuração privada. Isso fez HELY LOPES MEYRELLES rever sua anterior posição. Adotando a posição de TOSHIO MUKAI, apenas denominando contrato semi-público o que este chama de contrato administrativo de figuração privada (Licitação e Contrato Administrativo, 10ª ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e Célia Maria Frenhas - São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 184/185).

86. O referido § 3º do art. 52 do Decreto-lei nº 2.300/86, no que aqui interessa, dispõe: 'Aplica-se o disposto nos artigos 45, 46, 49, 50, 51 e demais normas gerais, na que couber: a) ...; b) aos contratos em que a União for parte, como usuário de serviço público.' (Grifei).

87. Referindo-se a esse dispositivo, assevera TOSHIO MUKAI:

'Quando à letra b do § 3º, isto é, quando floga nesse contexto contratos em que a União for parte, como usuário de serviço público, essa eleição também mostra que aí se trata de contratos públicos (emora de figuração privada), porque, como afirma Francis Paul Génoul, esta situação na qual o usuário está dominado pelas autoridades do serviço é, de modo característico, uma situação de direito público, sendo, portanto, a situação dos usuários efetivos dos serviços públicos industriais ou comerciais uma pura situação de direito administrativo' (O Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos - São Paulo : Saraiva, 1968, p. 78).

88. A vigente Lei nº 8.666/93 contém disposição equivalente, dispando, no art. 62, § 3º, inciso II: 'Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, na que couber: II ... III aos contratos em que a Administração for parte como usuário de serviço público.' (Grifei).

89. A diferença essencial entre os dois textos é que o vigente se refere à Administração, enquanto a anterior referia-se à União, mais restrito, portanto. Quanto ao mais, os textos são idênticos, exceto quanto à referência aos artigos, que, naturalmente, têm numeração diferente.

90. O art. 55 refere-se às cláusulas obrigatórias (necessárias) em todo contrato administrativo. O art. 58 estabelece as prerrogativas da Administração, no que se refere a esses contratos. O art. 59 trata dos efeitos da declaração de nulidade do contrato administrativo. Os arts. 60 e 61 cuidam de aspectos referentes à formalização desses contratos.

91. Como se pode observar, independentemente do nome que se dá aos contratos referidos no inciso II do § 3º da Lei nº 8.666/93 e da natureza que a eles se atribua, o fato é que a esses contratos não se aplicam todos os dispositivos da Lei. As demais normas gerais e mesmo as citadas arts. 55 e 58 a 61 aplicam-se no que couber. E o que está expresso no termo sob exame.

92. Para o que aqui interessa, impende ressaltar que uma das regras que não se aplicam aos contratos em que a Administração for parte como usuário de serviço público é a referida no inciso I do art. 58, ou seja, modificar unilateralmente, os contratos, para melhor adequação às finalidades de interesse público, ressalvados os direitos no contratado. Não se pode aplicar, ao caso, esse dispositivo, esclareça-se, no sentido de que caberia a qualquer órgão ou entidade da Administração modificar unilateralmente o contrato. Admitir-se isso, ou seja, que os órgãos públicos pudessem, eles próprios, modificar o contrato, constituiria uma total subversão do conceito de contrato de adesão, além de uma interferência indevida no poder regulamentar do representante do Poder Concedente, fracionando esse poder regulamentar.

93. Como já se viu, tais contratos são contratos de adesão, cujas cláusulas são estabelecidas pela Concessionária. Quem tem poder de influir nesse contratos, e, em consequência, nas suas cláusulas, é o representante do Poder Concedente. Este tem esse poder em razão da competência que tem de alterar as cláusulas regulamentares do serviço, entre as quais se encontram aquelas referentes ao relacionamento entre a Concessionária e os Usuários. Parece-me evidente que esse relacionamento se enquadra no que se costuma denominar de normas de serviço, que são de competência do representante do Poder Concedente.

94. Embora a legislação geral sobre concessões (Lei nº 8.907, de 13 de fevereiro de



1995 e Lei n.º 9.074, de 7 de julho de 1995) não dispunha, expressamente, sobre a submissão, pelas concessionárias, ao representante do Poder Concedente, das minutas dos contratos de adesão a serem celebrados com os usuários, isso não impede, como se viu no item anterior, que o representante do Poder Concedente interfira nesses referidos contratos, inclusive para determinar a inclusão, noes, de cláusulas consideradas convenientes ou necessárias.

95. Ressalte-se que a recente Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997, que dispôs sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n.º 8, de 1995, estabeleceu, no art. 96, inciso III, que a concessionária deverá submeter à aprovação da Agência a minuta de contrato-padrão a ser celebrado com os usuários, bem como os acordos operacionais que pretenda firmar com operadores estrangeiros (Grifei)

96. A Agência a que se refere o texto é a Agência Nacional de Telecomunicações (art. 9.º da citada Lei), que, após sua instalação, passará a exercer, no setor, as funções de órgão regulador, representante do Poder Concedente, em substituição ao Ministério das Comunicações, que hoje exerce essa função. A exigência constante do mencionado inciso III do art. 96, da Lei n.º 9.472/97 deveria, segundo entendo, ser estendida a todos os serviços públicos.

97. Em síntese, quanto ao aspecto ora tratado, referente à validade da Portaria n.º 663/79, parece-me lícito afirmar que a matéria relativa à aplicação de multa moratória, pelas concessionárias de serviço telefônico público, a órgãos públicos inadimplentes, tem fundamento legal nos citados dispositivos do Código Civil, sendo legítima, dada a característica do contrato de adesão e o poder regulamentar do representante do Poder Concedente, que este representante determine a aplicação da mencionada multa, inclusive a órgãos integrantes do próprio Poder Concedente.

98. Há mais a ser ressaltado. A partir da vigência do Decreto-lei n.º 2.300/86, passaram a existir, nos contratos administrativos, cláusulas chamadas necessárias, portanto obrigatórias. Entre elas, a que estabelecesse “as responsabilidades das partes, penalidades e valor da multa” (art. 45, inciso VIII. Hoje, vigente a Lei n.º 8.666/93, o art. 55, inciso VII, reza:

“Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

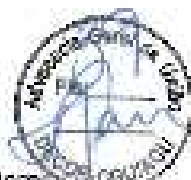
.....
VII - as direitas e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas” (Grifei).

99. A redação do Decreto-lei n.º 2.300/86 (art. 45, inciso VIII) já não admitiria conclusão diversa da de que seria obrigatória cláusula prevendo aplicação de multa inclusive a órgãos públicos, uma vez que se faz referência, de início, às responsabilidades das partes e as penalidades e valor da multa teriam de ser, igualmente, relativos às partes. A redação dada pela Lei n.º 8.666/93, ao levar para o plural as expressões “penalidades cabíveis” e “valores das multas”, ainda mais evidencia essa conclusão. Ressalte-se, além disso, que nos contratos administrativos propadamente ditos pelo menos uma das partes deve ser, necessariamente, integrante da Administração Pública. Por outro lado, não havendo a lei, em ambos os casos (Decreto-lei n.º 2.300/86 e Lei n.º 8.666/93), especificado a que multas se estaria fazendo referência, é evidente que, entre outras, aí estaria prevista a multa moratória, justamente aquela que tem natureza contratual, como já se viu.

100. Ora, nesta caso referente às cláusulas obrigatórias, especialmente da regra contida no citado inciso VII do art. 55 da Lei n.º 8.666/93, aí sim sabe a aplicação prevista no inciso II do § 3.º do art. 62 da mesma lei, uma vez que tal aplicação não denota um contrato de adesão, peculiar ao relacionamento entre a concessionária e os usuários. No meu entender, as disposições legais ora examinadas reforçam, ainda mais, a legitimidade da imposição da referida multa moratória a órgãos públicos, por ato fundado no poder regulamentar do representante do Poder Concedente.

101. Cabeira, finalmente, apenas discutir se o valor estabelecido para a multa moratória (10%) estaria em desconformidade com a legislação vigente. Já se viu que, pelo Código Civil, o valor da cominação imposta na cláusula penal, que inclui a multa moratória, é limitado ao valor da obrigação principal (C. Civil, art. 390). Há tanta legislação limitando o valor das multas, várias delas prevendo valores superiores a 10%. No entanto, não há qualquer legislação limitando o valor da multa moratória no caso de prestação de serviços telefônicos públicos, ou de qualquer outro serviço público.

102. A própria Lei n.º 8.670, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor, e dá outras providências, que ficou conhecida como Código de Defesa do Consumidor, estabeleceu, no § 1.º do art. 52, que “as multas de mora



decorrentes do inadimplemento de obrigação no seu termo não poderão ser superiores a 10% (dez por cento) do valor da prestação. (Grifei)

103. Ataca que o mencionado § 1º do art. 52 da Lei nº 8.078/90, em sua redação primitiva, tenha fixado em 10% o teto do valor da multa por inadimplemento de obrigação no seu termo, mesmo valor da multa ora examinada, tal regra é, inequivocamente, inaplicável na prestação de serviços públicos. Observe-se que o próprio final da citada § 1º refere-se a valor da prestação. Por outro lado, o caput do art. 52, a que se prende o parágrafo em questão, diz respeito a fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor. Ora, na prestação de serviços públicos não há outorga de crédito ou concessão de financiamento ao usuário, nem pagamento à prestação. O que se dá, no caso de prestação de serviços públicos, é a cobrança, geralmente mensal, do valor dos serviços usufruídos dentro do período, o que é completamente diferente. Daí a inaplicabilidade, no caso, do dispositivo citado na Lei nº 8.078/90.

104. O § 1º do art. 52 da Lei nº 8.078/90 foi alterado pela Lei nº 9.290, de 1º de agosto de 1996, passando o valor da multa a ser limitado a "dois por cento do valor da prestação". Pelas mesmas razões apontadas no item anterior, tal regra é inaplicável aos contratos de prestação de serviços públicos.

105. Ressalte-se, na entantia, que o representante do Poder Concedente, em razão do poder regulamentar, já entretanto, poderá, se assim o quiser, reduzir a multa moratória hoje existente, compatibilizando-a com a redução feita pela Lei nº 9.290/96. Entretanto, ao que se sabe, tal providência está sendo cogitada pelo Congresso Nacional, para edição de lei nesse sentido, o que seria salutar, para afastar, de vez, qualquer dúvida que possa remanescer.

106. Concluída o presente tópico, parece-me leito concluir que, ao contrário do que entendeu o Tribunal de Contas da União, a Portaria nº 663/79 tinha e tem eficácia para legitimar as despesas dos órgãos públicos, no que se refere à multa moratória, uma vez que existe nome eficaz propondo a citada multa, conforme se demonstrou.

IX - OS SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA E OS SERVIÇOS POSTAIS- PECULIARIDADES

107. Embora o exame até aqui feito refira-se aos serviços públicos de telefonia, pois em relação a eles é que se consolidou o entendimento do Tribunal de Contas da União, toda a análise feita nos títulos IV, V, VI e VII deste estudo aplica-se aos serviços públicos de energia elétrica e aos postais. O mesmo se diga quanto ao título VIII, no que se refere aos itens 72 a 105.

(...)

X - ALGUMAS DÚVIDAS A SEREM DIRIMIDAS

110. Antes de apresentar a conclusão deste estudo, parece-me necessário esclarecer algumas dúvidas que podem surgir, em razão de observações feitas até aqui.

111. A primeira delas diz respeito aos limites de poder regulamentar dada ao Poder Concedente, quer no que se refere às concessionárias, quer aos usuários do serviço público. Entendo que esse poder regulamentar é amplo, limitado, apenas, pelos direitos concedidos pela lei às concessionárias e aos usuários.

(...)

114. Quanto aos usuários do serviço público, o poder regulamentar do Poder Concedente é, igualmente, amplo. Caberá, neste ponto, levantar a seguinte dúvida: determinada, pelo Poder Concedente, a aplicação de multa moratória aos usuários inadimplentes no pagamento das contas - que é o caso sob exame - essa regra será aplicável a contratos vigentes, em que tal multa não estava prevista? A resposta a essa indagação deve ser positiva, inclusive nos casos em que os contratos vigentes, expressamente, previsserem a inaplicabilidade de multa moratória.

115. Isso porque, do mesmo modo que o servidor público, o usuário de serviço público não tem direito a regime jurídico. A esse respeito, assim proferiu Marçal Justen Filho: "A Administração Pública e o concessionário, nos limites de suas competências, podem alterar unilateralmente as condições de prestação do serviço. A impugnabilidade desses atos far-se-á segundo os princípios de direito público. Não haverá possibilidade de invocar a regra de que a expectativa gerada no usuário produziria cristalização das condições originais. Não cabe, por tudo, submeter a prestação do serviço público à mesma disciplina adotada para serviços privados, no tocante à tutela do usuário." (Concessões de Serviços Públicos - São Paulo: Dialética, 1997, p. 132).

116. Em nota de pé de página, o mencionado autor complementa: "Nessa linha, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera que ... as cláusulas regulamentares do contrato podem ser unilateralmente alteradas pelo Poder concedente para atender as razões de interesse público. Nem o concessionário, nem os usuários do serviço podem opor-se a essas alterações, inexistindo direito adquirido à manutenção do regime jurídico vigente no momento de celebração do contrato. Se é o interesse público que determina tais



alterações, não há como ocorrer a elas (Parcerias na Administração Pública, cit., p. 52). (Grifei)

(...)

119. Observa-se que, em alguns contratos de prestação de serviço público, existe cláusula no sentido de que a adesão válida ao contrato implica na aceitação pelo usuário, das normas que regulam a prestação do serviço, inclusive suas possíveis alterações. No entanto, insista-se, tal cláusula é desnecessária, uma vez que o que nela se contém cabul, como se viu, da própria natureza desses contratos e, hoje, da própria legislação pertinente.

120. Em síntese, pois, o Poder Concedente pode, em função do poder regulamentar, que lhe cabe, estabelecer regras para o relacionamento entre as concessionárias e os usuários do serviço, regra essa que, uma vez editada, se considera inserida no contrato de prestação desses serviços. Inadmissível é que tal regra seja aplicada em relação a serviços prestados anteriormente à sua edição. No entanto, relativamente aos serviços prestados a partir da edição da nova regra, dúvida alguma pode restar quanto à sua aplicação.

121. A última dúvida que poderia ser levantada refere-se à abinação que se fez no tocante à alínea II do § 3º do art. 62 do Decreto-lei nº 2.300/86 e ao inciso II do § 3º do art. 62 da Lei nº 8.666/96 (vide itens 85 a 93 deste Parecer).

122. All se disse (no item 92) que uma das regras que não se aplicam aos contratos em que a Administração seja parte como usuária de serviço público é a referida no inciso I do art. 58 da Lei nº 8.666/93. Pondera-se a objetar que o caput do art. 58 confere à Administração, prerrogativas, entre elas a do estado incisa I, e, em sendo assim, não se poderia sobre isso transgredir. A objeção, no entanto, não pode prosperar.

123. Em primeiro lugar, é preciso dizer-se que as prerrogativas da Administração não lhe são conferidas inativadamente. Elas são dadas para permitir que a Administração realize seus fins, que se resumem "num único objetivo: o bem comum da coletividade administrada". (Hely Lopes Meirelles. Direito Administrativo Brasileiro - 22ª ed. Atualizada - São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 81). E acrescenta o saudoso mestre: "Em última análise, os fins da Administração consistem em se na defesa do interesse público, assim entendidas aquelas aspirações ou vantagens licitamente almejadas por toda a comunidade administrada, ou por parte expressiva de seus membros. O ato ou contrato administrativo realizado sem interesse público configura desvio de finalidade" (Ob. cit., loc. cit.).

124. Em decorrência disso, o interesse público não se confunde com o interesse da Administração ou do administrador. Para estes, no que respeita ao tema sob análise, pode interessar não pagar multas nos casos de inadimplência no cumprimento de suas obrigações. No entanto, o interesse público está em que, como todo usuário, cumpra suas obrigações na forma e no prazo convencionados, e, caso contrário, sujeite-se às sanções próprias do inadimplemento. Mesmo porque, em assim sendo, estar-se-á dando acatamento aos princípios constitucionais da isonomia e da moralidade.

125. Finalmente, em segundo lugar, cabe lembrar que o mencionado dispositivo legal - inciso II do § 3º do art. 62 da Lei nº 8.666/93 - determina que as disposições nele indicadas aplicam-se aos contratos em que a Administração seja parte como usuária de serviço público no que couber. Esta expressão foi introduzida, deliberada e sabiamente, tendo em vista as características próprias desses contratos, de natureza predominantemente privada. Além disso, nesses contratos, as prerrogativas da Administração são exercidas pelo representante do Poder Concedente, que sobre eles, como já se viu, tem ampla disposição. Admitir o contrário, ou seja, que qualquer órgão público, na qualidade de usuário do serviço, exerce essas prerrogativas, constitui total subversão, o que, segundo entendo, visou o legislador a impedir, introduzindo a referida expressão limitativa. Parece-me, assim, que a dúvida não pode prosperar.

XI - CONCLUSÃO

126. À vista do todo o exposto no presente estudo, em que procurei ser o mais sintético possível, sem embargo de procurar examinar todos os aspectos essenciais do assunto, entendo haver restado demonstrado que:

- a) Os precedentes da Consultoria-Geral da República e a Súmula nº 93 do Tribunal Federal de Recursos, referentes a aplicação de multa moratória por entidades previdenciárias são, sem sombra de dúvida, inaplicáveis no caso de prestação de serviços de energia elétrica, postais e telefônicas (itens 22 a 40 deste Parecer);
- b) o fato de, na concessão de serviço público, não haver transferência da titularidade do serviço, mas apenas de sua execução, nada tem a ver com a possibilidade ou não de aplicação de multa moratória a pessoas jurídicas de direito público, inclusive ao Poder Concedente (itens 41 a 58);
- c) o princípio da legalidade, no que toca ao administrador público, não pode ser



entendido no sentido de se exigir que a lei expressamente autorize o administrador a praticar determinado ato, mas sim que a situação a que se refere o ato a ser praticado esteja regulada em lei (arts 51 a 68);

d) a Portaria n.º 663/79, do Ministério das Comunicações, é válida, quanto à imposição de multa moratória a pessoas jurídicas de direito público, por existir norma legal regulando a cobrança de multa, por ser de adesão o contrato celebrado entre a concessionária e o usuário e por enquadrarse no poder regulamentar do representante do Poder Concedente a faculdade de interferir nesse contrato (arts 69 a 106 e 110 a 125);

e) a imposição de multa moratória é igualmente válida, no que se refere aos serviços públicos de energia elétrica e aos postais, conforme sintetizado nos precedentes arts 107 a 109.

127. Em razão disso, parece-me evidente que os fundamentos invocados pelo Tribunal de Contas da União não admitem a conclusão a que chegou a referida Corte, no sentido de considerar que é ilegítima a aplicação de multa moratória a pessoas jurídicas de direito público nos casos em que elas paguem, com atraso, contas referentes à prestação dos serviços postais, telefônicos e de energia elétrica.

128. Tenho sérias dúvidas a respeito da correção do entendimento exarado no Parecer L-038 e na Súmula n.º 93 do TCU, ao emprestar validade ao art. 295 do Regulamento da Previdência Social então vigente, ou seja, ao reconhecer que um decreto pudesse excluir as pessoas jurídicas de direito público da imposição de multa moratória que ali se discutia. Tenho dúvidas, até, sobre se seria válido que lei viesse a prever essa exclusão, pura e simplesmente, diante dos princípios constitucionais da isonomia (igualdade) e da moralidade. Essas dúvidas, no entanto, demandariam acurado exame, que não cabe no presente estudo, especialmente tendo-se em conta que, em relação aos serviços aqui analisados, não existe qualquer norma excludente, quer seja decreto, quer lei.

129. O que se impõe, aqui, afirmar é que, à luz do direito vigente, é perfeitamente legítima e legal a aplicação, pelas concessionárias dos serviços telefônicos, postais e de energia elétrica, de multa moratória a pessoas jurídicas de direito público, inclusive ao Poder Concedente, que paguem suas contas com atraso.

(...)

15. Como se percebe, o Parecer AGU/LA-02/97 enfatizou: a) que à Administração Pública não deve ser conferido tratamento privilegiado quando estiver na posição de usuário do serviço público (§§ 46 e 48 do citado parecer); b) a natureza de contrato de adesão dos contratos para a prestação de serviço público; c) a impossibilidade de aplicação do art. 58, I, aos contratos indicados no inciso II do § 3.º do art. 62 da Lei n.º 8.666/93, eis que isso subverteria o conceito de contrato de adesão (§ 92); e d) a força da expressão "no que couber" contida no § 3.º do art. 62 da Lei n.º 8.666/93 (§ 91).

IV – Aplicação do Código de Defesa do Consumidor em favor da Administração

16. O primeiro questionamento apresentado pela Consultoria Jurídica da União no Estado de Tocantins diz respeito à possibilidade ou não de aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas contratações em que a Administração Pública aparece como usuário de serviço público.

17. Sendo assim, vital é reproduzir a definição de consumidor contida na lei n.º 8.078/90 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor) para saber se a Administração quando usuária de serviço público se enquadra no conceito legal:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

18. Outrossim, é bom observar os comentários dos autores do anteprojeto do CDC sobre o tema:



[2] Conceito de consumidor – Consoante já salientado, o conceito de consumidor adotado pelo Código foi exclusivamente de caráter econômico, ou seja, levando-se em consideração não somente a personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade comercial.

(...)
 Abstraidas todas as conotações de ordem filosófica, psicológica e outras, entendem-se por "consumidor" qualquer pessoa física ou jurídica, isolada ou coletivamente, que contrata para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de um serviço.⁷

19. Ora, sem dúvida, a Administração quando usuária de serviço público encontra-se na condição de consumidora. Logo, poderá valer-se do CDC.

20. É também o que entende Leon Frejda Szklarowsky:

(...)
 Para o Código de Proteção e Defesa do Consumidor – Lei 80/8, de 11 de setembro de 1990 – consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Destacam-se, entre os direitos básicos do consumidor, a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; a facilitação na defesa de seus direitos, com a inversão do ônus da prova a seu favor, a efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos. Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, de legislação interna ordinária, de regulamentos e dos princípios gerais do direito, analogia ou costumes.

E o parágrafo único do artigo 2º equipara a consumidor a coletividade de pessoas, mesmo que indetermináveis, a que leva a abrangeer nesta expressão a Administração Pública.

(...)
 Fábio Konder Comparato conceitua o consumidor como sendo aquele que se acha na posição de usar ou consumir, estabelecendo-se uma relação potencial ou factiva, a que se deve dar uma valoração jurídica, para protegê-lo e reparando-lhe os danos sofridos, com o que se alcançam todos que se encontram na posição de consumir.

Edilson Pereira Nabre Júnior ensina que a expressão destinatário final é de ser interpretada de sorte a significar destinação fática e econômica da bem ou serviço, trata-se de pessoa física ou jurídica. Não é bastante a destinação fática, em que o adquirente, apesar de retirar o bem ou serviço do mercado, poderia utilizá-lo como instrumento de produção. Dessa maneira, o exercício da atividade profissional, produzindo lucro, retiraria o contratante da esfera de incidência do CDC.⁸

Sem dúvida, aplica-se o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, ainda que se trate de contrato administrativo, quando a contratante é a Administração, no sentido que lhe dá a Lei 8566/93, sendo ela consumidora ou usuária, porque adquire ou utiliza produto ou serviço, como destinatária final. A lei não faz distinção entre as pessoas jurídicas que adquirem bens ou usufruem serviços. Não há por que se lhe negar a proteção do CDC, já que o Estado consumidor ou usuário é a própria sociedade representada ou organizada.

Este também é o pensamento de Celso Bastos, que não exclui o Estado quando adquire produtos ou é usuária.

A Administração Pública compreende a administração direta e a indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e abrange as entidades sem personalidade jurídica de direito privado sob controle do Poder Público e das fundações por ele instituídas e mantidas.

Na relação contratual estabelecida pela Lei de Licitações e Contratos a posição da Administração, em regra, é a de usuária ou adquirente de bens, consumidora final, não sendo fornecedora. Esta, na linguagem do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou

⁷ Ada Pellegrini Grinover e outros, Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, 8ª edição, 2004, Forense Universitária, pp. 27 e 31.



estrangeceram, ou os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Incontestavelmente, poderá também estar nessa posição, quando for fornecedora ou prestadora de serviços, e, como tal, deverá responder.

Mas não se lhe pode recusar, quando for usuária ou consumidora, como destinatária final, a proteção legal, como a reparação de danos patrimoniais ou por defeitos relativos à prestação de serviços públicos.

Não se alegue que a Administração, aoando das benesses da lei especial, a que se submetem os contratos administrativos, não necessita do assalto do Código.

Realmente, o artigo 76 da Lei 8666/93 dispõe que a Administração rejeitará, no todo ou em parte, a obra, o fornecimento ou o serviço executado, contrariamente aos termos do contrato, ensejando assim a rescisão, com as consequências contratuais, legais e regulamentares.

Não obstante, basta cotejarem-se os dois diplomas legislativos, para se concluir que nem todas as situações previstas no Código estão relacionadas na Lei de Licitações e Contratos e vice-versa.

Há hipóteses, consagradas no artigo 74 deste diploma, que previam o recebimento definitivo, com a faculdade de dispensa do recebimento provisório. Este destina-se a permitir que a Administração faça o acompanhamento e a fiscalização, em se tratando de serviços e obras, e, na hipótese de compras ou locação de equipamentos, possa realizar posteriormente a verificação da conformidade da material com a especificação. Contudo, a lei autoriza a dispensa desse recebimento provisório, nos casos de gêneros perecíveis, alimentação preparada e serviços profissionais. Quando se tratar de compras ou abastecimento de navios, embarcações ou unidades aéreas ou tropas, dada a urgência e necessidade premente, poder-se-á dispensar a licitação, se dentro dos limites do artigo 23, I, a. Vale dizer: se a Administração não é obrigada a fazer o recebimento provisório, em determinadas circunstâncias, ou é obrigada a adquirir bens movida pela premência e necessidade, dispensando até a licitação, não se pode imaginar que o legislador fosse tão desavisado, a ponto de excluir a Administração da proteção do CPDC, deixando-a ao desamparo total. E, inequivocamente, não o fez.

Tome-se, por exemplo, a prestação dos serviços de telefonia, fornecimento de gás, água e luz. Apesar de que a entidade privada ou pública, por ser parte da Administração, está afastada do manto protetor da Lei 8070/90 e simplesmente absurdo e não se compatibiliza com o artigo 2º do Código. Servindo-se a Administração, como qualquer particular, dos serviços prestados por concessionárias de serviço público, não tem cabimento sua exclusão da proteção legal, e que feriria, bruta e grosseiramente, a Constituição, que assaltea todo consumidor, sem exclusão de quem quer que seja.

Além, o artigo 54 expressamente indica, com precisão matemática, que os contratos administrativos se regem pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público e de direito privado e, ainda, pela teoria geral dos contratos, numa harmônica constelação. É também a manifestação de Marcus Justen Villela Souto.

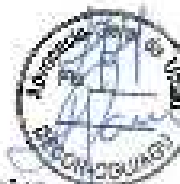
Devem, portanto, convergir-se as normas da lei especial de contratos com o CPDC.

Entretanto, Caio Tácito exclui os consumidores intermediários ou os que se valem de produtos ou serviços, como bens de produção, e considera os órgãos públicos verdadeiros fornecedores, consumidores intermediários, porque se utilizam de bens ou serviços como instrumentos de execução de seus serviços.

Também Marcel Justen desaconselha a aplicação do Código do Consumidor, ainda que, subsidiariamente, no tocante à responsabilidade por vício do produto ou do serviço, visto que a Administração define a prestação a ser executada pelo particular, assim como as condições contratuais que regerão a relação jurídica.

Data máxima venia, não se há de recusar à Administração, quando consumidora ou usuária final, o direito à modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou a sua revisão em vista de fatos supervenientes, tornando-as por demais onerosas, nem impedir-se valha de outros direitos previstos no Código.

Sem embargo de dispor ela de legislação própria, a lei especial de proteção ao consumidor não a exclui de sua incidência, pois nenhum dos dispositivos da Lei de Licitações e Contratos lhe fornece direta proteção, quando, na posição de consumidora final ou usuária de serviços, vê-se prejudicada. O único dispositivo que apresenta certa similitude com as normas do Código é a regra do § 5º do artigo 65 da Lei 8666/93, ao determinar a revisão dos preços contratados, para menos, se houver a extinção ou



alteração de tributos ou encargos legais ou ainda pela superveniência de disposições legais, que produzem efetiva repercussão nos preços.

Tasha Mukai adverte, com muita propriedade, que o Código pode e deve ser invocado pela contratante, já que, ao contratar o fornecimento de bens ou serviços, coloca-se na condição de destinatária final e, portanto, a manto protetor dessa lei não pode ser ignorado. Entretanto, ao prestar serviços públicos, poderá também estar na posição de tomador, submetendo-se às regras do artigo 22 e seu parágrafo único desse diploma.

O Procurador da Fazenda Nacional Aldemário Araújo Castro concorda que existe uma infinidade de situações em que a administração, como destinatária final, adquire bens e serviços sem licitação ou contrato administrativo formal, o exemplo das despesas de pronto pagamento, via suprimento de fundos, onde é irrecusável que a única proteção contra vícios típicos da atividade de consumo reside no Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Entende, da mesma forma, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, na sua didática obra, COMPRAS PELO REGISTRO DE PREÇOS. Lição, com ênfase, que o Código de Defesa e Proteção do Consumidor pode ser utilizado pela administração, sempre que se sentir prejudicada por fornecedor ou prestador de serviços.

Todos os processos, que disciplinam a alteração contratual, para restaurar o equilíbrio econômico – financeiro, visando restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre as encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração, têm em vista sempre a contratada, excetando a hipótese de § 5º citado.

Destarte, têm plena aplicação, na que couber, as disposições da Lei 9076/90.

EM CONSEQUÊNCIA:

a. APLICAM-SE, NO QUE COUBER, AS DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR.

b. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, NA RELAÇÃO CONTRATUAL ESTABELECIDA PELA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS, EM REGRA É A USUÁRIA, ADQUIRENTE DE BENS, CONSUMIDORA FINAL, NÃO SENDO FORNECEDORA, MAS TAMBÉM PODERÁ FICAR NESTA POSIÇÃO E, ENTÃO, COMO TAL, DEVERÁ RESPONDER.⁶

21. Convém, ainda, anotar que o Tribunal de Contas da União já se manifestou pela possibilidade de aplicação do CDC em favor da Administração (Decisão n.º 202/2002 – 1.ª Câmara, Dou de 22/05/2002).

22. Nesse modo, seguindo as disposições da Lei n.º 8.666/93 e a tese sustentada no Parecer GO-170, bem como observando a definição de consumidor contida no CDC, admite-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em favor da Administração quando na posição de usuária do serviço público.

Y – Critérios de reajuste e penalidades em caso de mora da Administração Pública

23. A segunda questão formulada pela CJUTG trata dos critérios de reajuste do contrato e das penalidades aplicáveis em caso de mora da Administração.

24. Em relação aos critérios de reajuste dos contratos de prestação de serviços públicos, deve-se afirmar que os contratos deverão observar os índices e critérios estipulados nas Leis 8.987/95 (arts. 9.º ao 13), 9.427/96 (arts. 14 e 15), 9.472/97 (arts. 103 a 109) e 11.445/2007 (arts. 37 a 39), bem como nas normas específicas das agências reguladoras competentes o depender do serviço público concedido.

25. No que diz respeito à atualização do valor das parcelas pagas com atraso, convém destacar que em 20/09/2010 o Exmo. Sr. Advogado-Geral da União aprovou o

⁶ Leon Freije Sztajnbock, O Código de Proteção e Defesa do Consumidor e os Contratos Administrativos, artigo disponível no site eletrônico www.sq.com.br.



Termo de Conciliação n.º CCAF-CGU-AGU-21/2010-APA5-PBB, que analisou as cláusulas que devem constar dos contratos celebrados entre a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT e órgãos públicos federais, e assim tratou da questão:

(...) conciliou-se:

(...)

14. Quanto à cláusula 8.1.4, houve consenso em admitir na minuta do contrato padrão o Índice SELIC para atualização do valor das parcelas pagas em atraso, tendo em vista a decisão do TCU n.º 54/2005 (2.ª Câmara), facultada aplicação de multa, admitida nos termos do Parecer GQ-170 da AGU, de até 2%.

(...)

26. Quanto à multa imposta à Administração em razão de mora, vale enfatizar que o Parecer GQ-170 tratou especificamente sobre a questão, no que deve ser seguido pela CJU/IO. Sendo certo que o citado termo de conciliação confirmou a correção da tese sustentada no Parecer GQ-170 (item 14, *in fine*).

VI – Condições de suspensão dos serviços públicos em caso de inadimplimento da Administração

27. Chega-se agora ao ponto mais complexo do presente exame. Isso porque neste terreno diversas normas e princípios buscam espaço.

28. Várias leis tratam das condições de suspensão dos serviços públicos.

29. A Lei n.º 8.987/96, que cuida da concessão e permissão da prestação de serviços públicos, assim dispõe sobre a suspensão dos serviços:

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

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

(...)

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

I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e

II - por inadimplimento do usuário, considerando o interesse da coletividade.

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

I - receber serviço adequado;

(...)

30. A Lei n.º 9.427/96, que disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica, definiu as seguintes condições para a suspensão do fornecimento:

Art. 17. A suspensão, por falta de pagamento, do fornecimento de energia elétrica a consumidor que preste serviço público ou essencial à população e cuja atividade sofre prejuízo será comunicada com antecedência de quinze dias ao Poder Público local ou ao Poder Executivo Estadual.

§ 1º O Poder Público que receber a comunicação adotará as providências administrativas para preservar a população dos efeitos da suspensão do fornecimento de energia elétrica, inclusive dando publicidade à continuidade, sem prejuízo das ações de responsabilização pela falta de pagamento que motivou a medida. (Redação dada pela Lei n.º 10.438, de 2002)

(...)

31. A Lei n.º 9.472/97 assim tratou da suspensão do serviço de telefonia:



Art. 3º O usuário dos serviços de telecomunicações tem direito:

(...)

VII - à não suspensão de serviço prestado em regime público, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização ou por descumprimento de condições contratuais;

VIII - ao prévio conhecimento das condições de suspensão do serviço;

(...)

32. A Lei n.º 11.445/2007 assim regulou a interrupção do serviço de abastecimento de água em razão do inadimplemento do usuário:

Art. 40. Os serviços poderão ser interrompidos pelo prestador nas seguintes hipóteses:

I - situações de emergência que atinjam a segurança de pessoas e bens;

II - necessidade de efetuar reparos, modificações ou melhorias de qualquer natureza nos sistemas;

III - negativa do usuário em permitir a instalação de dispositivo de leitura de água consumida, após ter sido previamente notificado a respeito;

IV - manipulação indevida de qualquer tubulação, medidor ou outra instalação do prestador, por parte do usuário; e

V - inadimplemento do usuário do serviço de abastecimento de água, do pagamento das tarifas, após ter sido formalmente notificado.

§ 1º As interrupções programadas serão previamente comunicadas ao regulador e aos usuários.

§ 2º A suspensão dos serviços prevista nos incisos III e V do caput deste artigo será precedida de prévio aviso ao usuário, não inferior a 30 (trinta) dias da data prevista para a suspensão.

§ 3º A interrupção ou a restrição do fornecimento de água por inadimplência a estabelecimentos de saúde, a instituições educacionais e de interação coletiva de pessoas e a usuário residencial de baixa renda beneficiário de tarifa social deverá obedecer a prazos e critérios que preservem condições mínimas de manutenção da saúde das pessoas atinidas.

33. O Judiciário enfrentou em multíssimas ocasiões o confronto entre essas normas e o princípio da continuidade do serviço público.

34. Ultrapassando a literalidade de alguns preceitos listados acima e buscando salvaguardar os interesses mais legítimos da população, a Superior Tribunal de Justiça aceita a interrupção dos serviços públicos por falta de pagamento da Administração Pública desde que as atividades essenciais não sejam atingidas pela medida.

35. Eis as ementas dos acórdãos que cristalizam a posição do STJ:

SUSPENSÃO DOS EFEITOS DE MEDIDA LIMINAR, CORTE DO FORNECIMENTO DE ÁGUA A ÓRGÃOS DE PREFEITURA MUNICIPAL, POR FALTA DE PAGAMENTO. Mesma quando o consumidor é órgão público, o corte do fornecimento de água está autorizado por lei sempre que resultar da falta injustificada de pagamento, e desde que não afete a prestação de serviços públicos essenciais, v.g., hospitais, postos de saúde, creches, escolas; caso em que só os órgãos burocráticos foram afetados pela medida. Agravo regimental provido.

(AgRg na SS 1764/P9, relatada pelo Ministro Barros Monteiro, Corte Especial, DJ de 16/03/2009)

ADMINISTRATIVO - FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA - FALTA DE PAGAMENTO - CORTE - MUNICÍPIO COMO CONSUMIDOR.

1. A Primeira Seção e o STJ, pelo seu Corte Especial têm posição firmada em múltiplos precedentes, entendendo que é legal a suspensão do serviço de fornecimento de energia elétrica em decorrência do inadimplemento do consumidor.

2. O mesmo entendimento se estende à hipótese de figurar como consumidor pessoa jurídica de direito público, com a preservação apenas das unidades e serviços públicos cuja paralização é inadmissível.

3. Legalidade do corte para as praças, ruas, ginásios de esporte, repartições públicas, etc.



4. Embargos de divergência providos.
(EResp 721115/RS, relatado pela Ministra Eliana Calmon, 1.ª Seção, DJ de 10/03/2007)

PROCESSUAL CIVIL ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ENERGIA ELÉTRICA. UNIDADES PÚBLICAS ESSENCIAIS, COMO SOEM SER HOSPITAIS; PRONTO-SOCCORRÓS; ESCOLAS; CRECHES; FONTES DE ABASTECIMENTO D'ÁGUA E ILUMINAÇÃO PÚBLICA; E SERVIÇOS DE SEGURANÇA PÚBLICA. INADIMPLÊNCIA. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO. SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL.

1. A suspensão do serviço de energia elétrica, por empresa concessionária, em razão do inadimplemento de unidades públicas essenciais - hospitais; pronto-socorros; escolas; creches; fontes de abastecimento d'água e iluminação pública; e serviços de segurança pública -, como forma de compeli-lo usuário ao pagamento de tarifa ou multa, desprova o interesse da coletividade.
2. É que resta assenta nesta Corte que: "O princípio da continuidade do serviço público assegurado pelo art. 2º da Código de Defesa do Consumidor deve ser observado, ante a exigência do art. 6º, § 3º, II da Lei nº 8.987/95 que prevê a possibilidade de interrupção do fornecimento de energia elétrica quando, após aviso, permanecer inadimplente o usuário, considerado o interesse da coletividade. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público (...) " RESP 845.982/RJ).
3. Deveras, não se concebe a aplicação da legislação infraconstitucional, in casu, art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/95, sem o crivo dos princípios constitucionais, dentre os quais sobressai o da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República como previsto na Constituição Federal.
4. In casu, o acórdão recorrido (RESP 845.982/RJ), de relatoria do Ministro Castro Meira, Segunda Turma, decidiu pela impossibilidade de interrupção no fornecimento de energia elétrica das unidades de ensino do Colégio Pedro II, autarquia federal que presta serviço educacional, situado na Cidade do Rio de Janeiro, consoante se inferiu do voto-condutor: "(...) Entretanto, in casu, a concessionária pretende interromper o fornecimento de energia elétrica das unidades de ensino do Colégio Pedro II, autarquia federal que presta serviço educacional a "aproximadamente quinze mil alunos". Ainda que a falta de pagamento por pelos entes públicos devesse ser repudiada, neste caso, a Corte regional que, ao tempo em que proibiu o corte de energia, também determinou que a verba seja afetada para o pagamento do valor devido, se fur o caso, pela requisição de complementação orçamentária. Nas hipóteses em que o consumidor seja pessoa jurídica de direito público, prevalece nesta Turma a tese de que o corte de energia é possível, desde que não antecedente de forma indiscriminada, preservando-se as unidades públicas essenciais (...) Ressalta que a interrupção de fornecimento de energia elétrica de ente público somente é considerada ilegítima quando atinge necessidades inadiáveis da comunidade, entendidas essas - por analogia à Lei do Greve - como "aquelas que, não atendidas, colocuem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população" (art. 11, parágrafo único, da Lei nº 7.703/99); aí incluídas, hospitais, prontos-socorros, centros de saúde, escolas e creches (...)". O acórdão paradigma (RESP 619.610/RS), de relatoria do Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, examinando hipótese análoga, decidiu pela possibilidade de corte no fornecimento de energia elétrica, em razão de inadimplência, em se tratando de Estado-consumidor, mesmo no caso de prestação de serviços públicos essenciais, como a educação, verbis: "(...) Com efeito, ainda que se trate o consumidor de ente público, é cabível realizar-se o corte no fornecimento de energia elétrica, mesmo no caso de prestação de serviços públicos essenciais, como a educação, desde que antecedente de comunicação prévia por parte da empresa concessionária, a teor do art. 17 da Lei nº 9.427/96. Tal entendimento se justifica em atendimento aos interesses de



coletividade, na medida em que outros usuários sofreram os efeitos da inadimplência do Poder Público, podendo gerar uma má-continuada, assim como um mau funcionamento do sistema de fornecimento de energia (...)"

5. Embargos de Divergência rejeitados.

(EResp 845902/RJ), relatado pelo Ministro Luiz Fux, 1.ª Seção, DJe de 03/08/2009)

ADMINISTRATIVO. ENERGIA ELÉTRICA. INTERRUÇÃO DO FORNECIMENTO. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. INTERESSE DA COLETIVIDADE. PRESERVAÇÃO DE SERVIÇOS ESSENCIAIS.

1. O Superior Tribunal de Justiça entende que, nos casos de inadimplência de pessoa jurídica de direito público, é inviável a interrupção indiscriminada do fornecimento de energia elétrica.

2. Não há que se proceder à suspensão da energia elétrica em locais como hospitais, escolas, mercados municipais, bem como em outras unidades públicas cuja paralisação seja inadmissível, porquanto existem outros meios jurídicos legais para buscar a tutela jurisdicional, como a ação de cobrança.

3. In casu, o Tribunal a quo salientou que na Municipalidade, "dada a precariedade de suas instalações, em um único prédio, funcionam várias Secretarias e até mesmo escolas", a suspensão do fornecimento de energia iria de encontro ao interesse da coletividade. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1142903/AL, relatado pelo Ministro Humberto Martins, 2.ª Turma, DJe de 13/10/2010).

36. Como se vê, o STJ tentou compatibilizar os termos das citadas leis e o que dispõe o art. 22 do Código de Defesa do Consumidor sobre o assunto ("serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos") aos princípios da continuidade do serviço público e da dignidade da pessoa humana.

37. Desse modo, considerando a adequada fundamentação desenvolvida, adere-se ao posicionamento uniforme do STJ no sentido de admitir somente a suspensão dos serviços públicos não essenciais no caso de inadimplemento do Poder Público usuário de serviço público.

VII – Conclusão

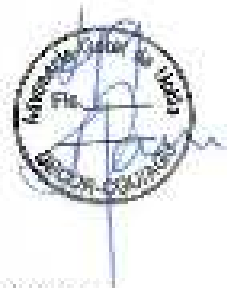
38. Diante do exposto, lastreado nos termos do Parecer GQ-170, bem como no preceito insculpido no art. 62, § 3.º, II, da Lei n.º 8.666/93, entende-se que:

a) ante o conceito legal de consumidor fixado no art. 2.º da Lei n.º 8.078/90, é possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em favor da Administração quando na posição de usuário do serviço público;

b) os reajustes dos contratos de prestação de serviços públicos devem observar os índices e critérios estipulados nas Leis 8.987/95 (arts. 9.º ao 13), 9.427/96 (arts. 14 e 15), 9.472/97 (arts. 103 a 109) e 11.445/2007 (arts. 37 a 39), bem como nas normas específicas das agências reguladoras competentes;


c) a Advocacia-Geral da União já definiu ser viável a imposição de multa moratória à Administração Pública por concessionária de serviço público (Parecer GQ-170); e

d) no caso de inadimplemento do Poder Público quando na condição de usuário de serviço público, somente é admissível a suspensão dos serviços públicos não essenciais, conforme uníssona jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.



A consideração superior,

Brasília, 19 de abril de 2011.


Antonio dos Santos Neto
Advogado da União
Matrícula SIAPE n.º 1507/136
OAB/DF n.º 24.052