

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini; José Sérgio da Silva Cristóvam – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-536-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Administração. 3. Gestão. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

O Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública II”, reunido no XXVI Congresso Nacional do CONPEDI em São Luís (MA), traz um variado conjunto de artigos, marcados pela destacada qualidade acadêmica e pelo indubioso relevo prático, com estudos de mais de duas dezenas de pesquisadores de diversas regiões do país.

Além do invulgar apuro intelectual dos artigos, ressaltamos que os comunicados científicos e as discussões trouxeram debates de elevada qualidade e pertinência, sobre as mais diversas temáticas do Direito Administrativo, de forma a envolver alunos de mestrado e doutorado, professores e profissionais, com contribuições e discussões marcadas pela forma respeitosa e sob o signo de uma perspectiva dialógica horizontal, democrática, aberta e plural.

Os artigos aqui publicados gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO DIREITO BRASILEIRO COMO SISTEMA FUNDADO NA IDEIA DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO;
2. REGULAÇÃO ECONÔMICA ESTATAL: A ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO (AIR) COMO INSTRUMENTO DE AVALIAÇÃO DA EFICIÊNCIA;
3. OS CRITÉRIOS PARA AFERIÇÃO DA JURIDICIDADE DO AGIR E NÃO-AGIR DA ADMINISTRAÇÃO E O CONTROLE JUDICIAL DO MÉRITO ADMINISTRATIVO COMO IMPERATIVO DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO;
4. PODER E A CORRUPÇÃO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: AS FACES OCULTAS QUE RESISTEM AO DIREITO FUNDAMENTAL A PROBIDADE;
5. COMPARAÇÃO ENTRE O ACORDO DE LENIÊNCIA APLICADO PELO CADE E O PREVISTO NA LEI ANTICORRUPÇÃO: AVANÇO OU RETROCESSO?;
6. LEI ANTICORRUPÇÃO: MUDANÇA DE PARADIGMA NAS CONTRATAÇÕES ENTRE OS SETORES PÚBLICO E PRIVADO;

7. CORRUPÇÃO E INEFICÁCIA DA DIMENSÃO DOS DIREITOS HUMANOS: FAZENDO A CONEXÃO;
8. A FUNÇÃO DE CONTROLAR DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E O CARÁTER PEDAGÓGICO DA SANÇÃO PECUNIÁRIA;
9. A CONDIÇÃO JURÍDICA DO CONSUMIDOR USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS ANÁLISE SISTÊMICA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR FRENTE A EDIÇÃO DA LEI 13.460/2017;
10. REVISÃO DE PREÇOS DE PROPOSTAS DESCLASSIFICADAS;
11. VERBA INDENIZATÓRIA: QUANDO O LEGAL É IMORAL E ENGORDA;
12. A ESCOLHA DO ÁRBITRO E DA CÂMARA ARBITRAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: (DES) NECESSIDADE DE LICITAR E A CONCRETIZAÇÃO DE UMA SELEÇÃO ADEQUADA E EFICIENTE;
13. A APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM FACE DO MUNICÍPIO PELA INACESSIBILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS; e
14. RESPONSABILIDADE EXTRACONTATUAL DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DOS DANOS CAUSADOS POR INDÍGENAS.

O conjunto de temáticas já evidencia uma firme marca de interdisciplinaridade e profunda contemporaneidade dos debates afetos à atividade administrativa e à gestão pública, com a potencial condição de apontar rumos para a pesquisa e o debate sobre as candentes discussões relacionadas ao Direito Administrativo na atualidade.

De nossa parte, sentimo-nos profundamente honrados em participarmos na Coordenação desse relevante Grupo de Trabalho, com o registro da satisfação em podermos debater com todos os autores e demais participantes do GT.

Por fim, queremos registrar os sinceros e efusivos cumprimentos ao CONPEDI, pela qualidade do evento, e agradecer aos colegas de São Luís (MA) pela afetuosa acolhida em todo o período desse relevante momento de divulgação da pesquisa científica na área do Direito. A musicalidade, a poesia, as danças típicas, as paisagens, a culinária e a hospitalidade da gente do Maranhão conquistaram a todos nós!

Esperamos que os leitores apreciem essa coletânea e suas qualificadas temáticas.

Fraternal abraço,

São Luís, novembro de 2017.

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini – Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**A CONDIÇÃO JURÍDICA DO CONSUMIDOR USUÁRIO DE SERVIÇOS
PÚBLICOS ANÁLISE SISTÊMICA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR
FRENTE A EDIÇÃO DA LEI 13.460/2017**

**THE LEGAL CONDITION OF CONSUMER USER OF PUBLIC SERVICES
SYSTEMATIC ANALYSIS OF THE CONSUMER DEFENSE CODE AGAINST THE
EDITION OF LAW 13,460 / 2017**

**Brunno Pandori Giancoli ¹
Antonio Cecilio Moreira Pires ²**

Resumo

O presente artigo tem como objetivo investigar o enquadramento jurídico do consumidor usuário de serviços públicos em razão da edição da Lei 13.460/2017.

Palavras-chave: Serviço público, Usuário, Consumidor, Lei 13.460/2017

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this article is to investigate the legal framework of the consumer of public services, due to the publication of Law 13,460 / 2017.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public services, User, Consumer, Law 13,460/2017

¹ Advogado. Professor de Direito do Consumidor da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre e Doutorando

² Advogado. Professor de Direito Administrativo da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre e Doutor

1. OBJETIVO

O direito do consumidor representa um microsistema normativo apto a regular os efeitos de uma relação jurídica específica, qual seja, a relação de consumo. Contudo, a correta compreensão desta disciplina exige uma observação constante das suas nuances e tendências. Para o jurista esta tarefa é quase hercúlea, pois ele é obrigado a lidar com conceitos e ideias em constantes movimentos e mudanças. Mas para todos aqueles que militam com o direito do consumidor a "tarefa" passou ao status de necessidade. Isso porque o consumerista não pode enxergar o mercado de consumo e suas categorias jurídicas com lentes fechadas, pois, certamente, terá uma visão distorcida da realidade.

A realidade do mercado de consumo, em permanente mudança, exige releituras de categorias, princípios e situações jurídicas tendo em vista a efetividade dos objetivos da Política Nacional das Relações de consumo do Código de Defesa do Consumidor.

O presente trabalho tem como objetivo investigar uma dessas categorias em mutação no direito do consumidor. Trata-se do tratamento normativo do conceito de consumidor usuário de serviços públicos a partir da edição da Lei 13.460/2017, a qual dispõe sobre a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública, tendo como enfoque preliminar o serviço público propriamente dito.

2. METODOLOGIA

Para o desenvolvimento do presente artigo foi utilizada uma abordagem metodológica qualitativa, pois tomou como base os aspectos da realidade em torno do conceito do consumidor usuário de serviços públicos. No que diz respeito à natureza da pesquisa ela envolve a discussão de um conceito aplicado, ou seja, dirigido à solução do enquadramento do conceito explorado. Por fim, no que diz respeito aos objetivos metodológicos, o trabalho apresentado foi desenvolvido a partir de uma pesquisa exploratória de base bibliográfica e documental.

3. INTRODUÇÃO

Com a edição da Lei 13.460/2017, a qual dispõe sobre a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública surge a necessidade de revisitar uma antiga problemática discutida tanto no âmbito doutrinário como também jurisprudencial. Trata-se da caracterização da condição jurídica do consumidor usuário de serviços públicos. O tema sempre foi palco de disputas doutrinárias, pois a caracterização deste sujeito específico - o consumidor usuário - encontra-se em uma zona acinzentada - ou zona *gris* - de análise. As justificativas são variadas, mas podem ser resumidas numa dificuldade de compreensão unitária do problema. De um lado os teóricos do Direito Administrativo tendem a ignorar o microsistema de proteção consumerista ao analisar os usuários de serviços públicos enquadrados como consumidores. De outro, há entre os doutrinadores do Direito do Consumidor os quais, via de regra, são civilistas na sua origem, uma falta de destreza na análise de institutos e conceitos típicos do Direito Administrativo, destacando-se, dentre eles, a noção de serviço público e usuário de serviço.

A polêmica ainda ganha relevo porque não há no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) uma noção clara do que se entende por consumidor usuário de serviço público. Essa lacuna normativa também surge na Lei 8.987/95 - Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos, a qual estabelece os direitos e obrigações dos usuários (arts. 7º e 7º-A), mas não define este sujeito em momento algum. Diante disso, a edição da Lei 13.460/2017 traz bons ventos e luzes a dogmática nacional, ao esclarecer normativamente este conceito, o qual será objeto de análise no presente artigo.

4. DESENVOLVIMENTO DA PESQUISA

4.1. A CARACTERIZAÇÃO DE USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO NA LEI 13.460/2017

A Lei 13.460/17 estabelece as normas básicas para participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos prestados direta ou indiretamente pela administração pública. Do ponto de vista operativo, portanto, representa uma norma geral, uma matriz ou *guideline* para a interpretação desta temática a partir do início da sua vigência. Mas ao contrário do Código de Defesa do Consumidor e da Lei 8.987/95, a referida norma trouxe uma definição expressa de usuário de serviço público no inciso I do art. 2º. O dispositivo afirma que o usuário é toda "pessoa física ou jurídica que se beneficia ou utiliza, efetiva ou potencialmente, de serviço público".

A análise deste dispositivo permite-nos concluir que a condição de usuário de serviço público exige a presença de três elementos cumulativos. O primeiro deles diz respeito aos sujeitos que podem ostentar a condição de usuário de serviço público. Trata-se, portanto, da dimensão subjetiva do conceito. No dizer de Marcos Bernardes de Mello os fatos jurídicos impõe uma imputação, ou melhor, uma determinada referibilidade a um sujeito de direito, pois sua eficácia se liga, obrigatoriamente, a alguém ou a algum ente com capacidade de direito (MELLO, 2012, p. 82). A primeira parte do inciso I do art. 2º é clara ao afirmar que tanto as pessoas físicas como as jurídicas podem ostentar esta condição. Todavia, a norma em comento merece reparos. O primeiro diz respeito ao emprego gramatical da expressão "pessoa física". Isso porque a expressão está em desacordo com a estrutura positivada da legislação civil. O Código Civil atual abandonou a referida nomenclatura substituindo-a pela expressão "pessoa natural", conforme se depreende da leitura do art. 2º do Código. Mesmo tratando-se de uma falha secundária no texto da Lei 13.460/17, é sempre dever da doutrina apontar, de forma crítica, falhas estruturais que podem obscurecer a correta interpretação sistêmica de uma norma vigente.

Por fim, ainda tratando do elemento subjetivo, é importante destacar que o dispositivo foi omissivo quanto à possibilidade dos entes despersonalizados ostentar a condição de usuários de serviço público. A omissão, contudo, não impede a caracterização destes sujeitos. Até porque é farta tanto a doutrina como a jurisprudência reconhecendo esta situação.

Ao lado do elemento subjetivo, a caracterização normativa de usuário exige a presença de duas situações jurídicas para a ocorrência do suporte concreto da norma. A primeira diz respeito a posição de beneficiário. Neste caso o usuário é o sujeito que tem ao seu alcance o uso e a fruição de um serviço público, ou seja, desfruta do mesmo, muito embora não figure como contratante direto. É o caso dos dependentes econômicos do contratante do serviço. Como exemplo marcante da condição de beneficiário podemos citar os filhos e demais dependentes econômicos do titular do contrato de concessão do serviço de telefonia e internet. Ao lado da posição de beneficiário, a caracterização da condição de usuário de um serviço público também ocorre que o sujeito utiliza o serviço. Para todos os efeitos, a dimensão jurídica do verbo "utilizar" prevista no inciso I do art. 2º da Lei 13.460/17 refere-se ao sujeito contrata com a administração pública direta ou indireta qualquer modalidade de serviço público. Finalmente, cumpre destacar que a posição de beneficiário ou usuário tanto pode ocorrer de forma efetiva ou potencial. Daí porque a simples disponibilização do serviço já permite, por si só, a caracterização jurídica do usuário.

Por fim, o último elemento de caracterização da condição jurídica do usuário prevista no no inciso I do art. 2º da Lei 13.460/17 traz a maior dificuldade de todas. Isso porque a compreensão da correta dimensão e extensão do conceito de serviço público, parte integrante do conceito de usuário, é uma temática cercada de vieses doutrinários e jurisprudenciais. Dessa forma, diante da complexidade deste último elemento, sua análise será realizada de forma isolada no tópico a seguir.

4.2. DIMENSÃO JURÍDICA DA DEFINIÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NA LEI 13.460/2017

A Lei 13.460/17 também traz no seu art. art. 2º uma definição de serviço. O inciso II afirma que o serviço público é uma "atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgãos ou entidade da administração pública". A definição apresentada, ao contrário de resolver os problemas enfrentados pela doutrina e pela jurisprudência, trouxe mais confusão à análise desta categoria jurídica. Dessa forma, ainda que não seja o objeto central deste artigo, é pressuposto para a correta caracterização da condição do usuário, uma inevitável digressão pormenorizada do tema.

4.2.1. A NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

O conceito de serviço público encontra-se intimamente ligado com a evolução do Estado através dos tempos. A par disso, a sociedade é um “organismo vivo” que sofre as mais diversas mutações, com uma constante mudança de valores em razão de condicionantes econômicos, políticos e culturais.

Por conseguinte, para se entender o conceito de serviço público é preciso se debruçar sobre a sociedade de determinado Estado, com vistas a verificar qual ou quais atividades são passíveis de serem publicizadas em determinado período histórico. Dinorá Adelaide Mussetti Grotti ensina que cada povo deve dizer o que é serviço público, e que essa qualificação se remete ao plano da concepção do Estado. Em linhas gerais a autora diz que isso se dá no plano da escolha política que pode ser fixada no próprio texto da Constituição, nas leis infraconstitucionais, na jurisprudência e nos costumes vigentes em dado momento histórico (GROTTI: 2006, p. 87). Assim, para se chegar a alguma conclusão acerca do serviço público impõe-se, desde logo, examinar a evolução do serviço histórica do serviço público.

4.2.2. BREVES CONSIDERAÇÕES DE CARÁTER HISTÓRICO

O estudo do direito administrativo nos revela que a noção do serviço público não foi antecedida de qualquer trabalho que pudesse trazer a esse respeito um conceito perfeitamente delineado em uma moldura jurídica.

A doutrina aponta que a origem da noção do serviço público remonta ao famoso “Caso Blanco”. Apenas a título de melhor entender a questão, vale lembrar que a menina Agnes Blanco foi atropelada por uma vagonete da Companhia Nacional de Manufatura do Fumo, tendo o Tribunal de Conflitos no ano de 1873, ao apreciar um conflito negativo de competência entre o Conselho do Estado e a Corte de Cassação, fixado a aludida competência no primeiro órgão, entendendo que em razão da prestação de um serviço público que causou dano a particular, a questão deveria ser solvida pelo contencioso administrativo, consagrando, assim, a importância do serviço público (REZENDE OLIVEIRA, 2015, P.228)

Entretanto, calha aqui dizer que as primeiras teorias acerca do serviço público foram ventiladas apenas no início do século XX, pela Escola do Serviço Público, chefiada por Leon Duguit e Gaston Jèze, também conhecida como Escola de Bordeaux (NOHARA, 2013, p. 457).

De qualquer maneira, a doutrina parece ser concorde em apontar três critérios básicos para se identificar determinada atividade enquanto serviço público: 1) o critério subjetivo: serviço público é aquele prestado pelo Estado; 2) critério material: serviço público é aquele que tem por finalidade a consecução de necessidades coletivas; 3) critério formal: serviço público é aquele prestado sob regime jurídico administrativo.

Despiciendas maiores considerações para se concluir que os critérios identificadores do serviço público, hodiernamente, encontram-se abalados, não podendo ser considerados isoladamente, principalmente a partir do momento que o Estado Abstencionista passou a publicizar atividades de caráter industrial e comercial, que, em princípio, jamais poderiam ser prestadas pelo Estado.

Note-se que em razão disso, muito se falou e ainda se fala sobre uma crise da noção de serviço público. Entretanto, esse não é o nosso pensamento. Temos para nós, que não se trata de uma crise da noção de serviço público, mas sim de uma nova concepção ditada não só por questões de ordem social, mas também por questões políticas e culturais que são as molas propulsoras para dada atividade ser considerada serviço público.

4.2.3. O CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO

Por tudo o que se disse até o presente momento, percebe-se que a conceituação do serviço público é tarefa árdua para o intérprete como, aliás, demonstra a doutrina com as suas múltiplas concepções acerca do instituto em comento.

Marçal Justen Filho ensina em seu magistério que o serviço público é uma atividade administrativa que busca satisfazer necessidades individuais, transindividuais, materiais, imateriais que são insuscetíveis de serem dados a livre iniciativa privada, previsto em lei e executado sob regime de direito publico (MARÇAL, 2016, p. 553).

Por sua vez, Celso Antonio Bandeira de Mello, de sua vez, observa, que serviço público e uma atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material, objetivando a satisfação coletiva, que o Estado presta diretamente ou por seus delegatarios, executados sobre regime de direito publico (MELLO, 2007, p. 656)

Conquanto se possa trazer à baila as mais diversas conceituações acerca do serviço público, ditadas por juristas de nomeada, seria por demais enfadonho lista-las, posto que todas elas possuem um núcleo comum: a presença do Estado ou de quem lhe faça às vezes – delegatário de serviço público; o regime jurídico de direito público e, finalmente, a necessidade do Estado prestar a atividade.

Em razão disso, entendemos que serviço público é todo aquele definido em lei como tal, prestado pelo Estado ou por seus delegados, sob normas e controle estatal, para a satisfazer necessidades consideradas coletivas ou, ainda, mera conveniência estatal (PIRES, 2008, p. 370).

4.2.4. A DELEGAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

O último aspecto relevante sobre o conceito de serviços públicos que interessa ao objeto do presente artigo refere-se ao fenômeno da delegação. Não se pretende, obviamente, uma digressão detalhada do tema, mas tão somente apresentar as linhas gerais necessárias para compreender o fenômeno e a sua correlação com a caracterização da relação de consumo.

A delegação de serviços públicos surge na Constituição Federal, em seu art. 175, “caput” dispõe que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Em outras palavras, a Lei Fundamental permite a delegação de serviço público ao particular, mediante instauração de procedimento licitatório, nos termos da Lei. Assim, foi editada a Lei 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos.

Impende dizer que a delegação do serviço público, mediante concessão ou permissão, nos últimos anos tem sido utilizada como a “panaceia universal” para a resolução dos problemas que afligem a Administração Pública.

Muito se fala que a execução do serviço público deve ser delegado à iniciativa privada que tem melhores condições de fazer um trabalho adequado, com a necessária organização, qualidade e celeridade, atendendo-se, assim, o princípio da eficiência.

Ainda que seja possível tal entendimento, a questão das delegações dos serviços públicos devem ser vistas por outra ótica. Embora a Constituição Federal permita a delegação da execução serviço público ao particular, esse permissivo deve ser entendido como de caráter residual.

Ora, é evidente que a competência originária para a execução do serviço público é do Poder Executivo. Logo, essa competência somente poderá ser transferida ao particular na hipótese de restar demonstrado que o Poder Público não possui condições de prestar adequadamente o serviço público.

Outra questão relevante que deve ser discutida é a necessidade de autorização legislativa para que a delegação do serviço público se operacionalize. Com efeito, o art. 175 da Constituição Federal dispõe que o serviço público pode ser prestado diretamente, ou sob regime de concessão ou permissão, na “forma da lei”. A questão que se põe à discussão é o entendimento que deve ser dado à expressão na “forma da lei”. Em outro dizer, isso significa que seria necessário autorização legislativa específica? A reforçar essa ideia, o art. 2º da Lei 8987/95 veda ao poder público a execução do serviço público mediante concessão e permissão de serviços, sem previa autorização legislativa.

Marçal Justen Filho, entendendo que a decisão de transferir a gestão do serviço público ao particular deve comportar autorização legislativa, eis que essa decisão não está inserida na competência do Poder Executivo (JUSTEN FILHO, 2003, p. 176).

De outra parte, há quem diga, na doutrina, que em razão do princípio da separação dos poderes, a exigência de autorização legislativa específica para as hipóteses de concessão e permissão de serviços públicos é inconstitucional (REZENDE OLIVEIRA, 2015, P.234).

Entretanto, não é esse o nosso entendimento. É fato inarredável que o Estado é o titular do serviço público, cabendo ao Poder Executivo a competência para gerir e executar a atividade, sem a interferência do Poder Legislativo. A nosso ver, quando a Lei 8.987/95 disciplina que as concessões e permissões somente poderão ocorrer mediante autorização legislativa, essa regra aplica-se tão somente para a Administração Pública Indireta, em razão do princípio da reserva legal, concernente ao ato de criação dessas entidades.

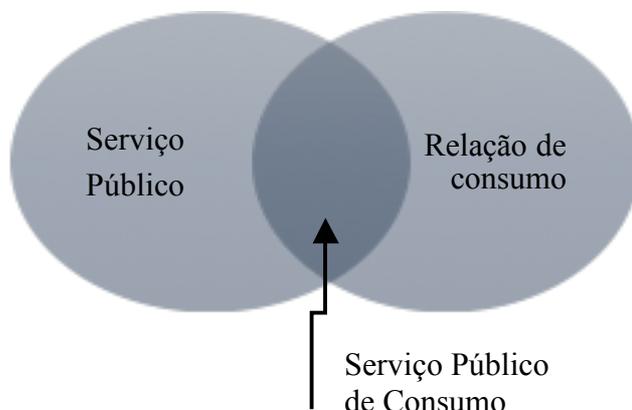
Cumpre-nos, ainda, deixar claro, curialmente claro, que mesmo na hipótese de delegação do serviço público, a responsabilidade civil da concessionária será objetiva, nos termos do art. 37, parágrafo 6º da Constituição Federal, desde que o dano decorra da prestação do serviço público.

De resto, o procedimento das concessões e permissões exigem a instauração de processo licitatório, cuja sistemática refoge do presente trabalho.

4.3. OS SERVIÇOS PÚBLICOS ENQUANTO OBJETO DE RELAÇÕES DE CONSUMO

Superada a problemática do enquadramento jurídico dos serviços públicos para a caracterização jurídica do seu usuário, resta ainda saber quais são os serviços públicos que podem (ou devem) ser enquadrados como relação de consumo. Com efeito, estes serviços públicos de consumo são espécies do gênero serviço público, daí porque a compreensão deste corte ontológico é fundamental. É necessário, pois, responder o "ser" serviço público de consumo. Este é, obviamente, distinto do "ser" apenas serviço público. A qualificação "de consumo" traz uma carga semântica própria que merece uma persecução peculiar, partindo da ideia de relação de consumo. Ideia esta que também é gênero, da qual é espécie os serviços públicos de consumo.

Partindo dos conceitos-gênero "relação de consumo"¹ e "serviço público" é inevitável concluir que os serviços públicos de consumo encontram-se numa área de interseção do universo dessas duas categorias jurídicas, conforme se depreende do modelo visual a seguir:



Por tratar-se de um conceito intersecado é fundamental compreensão dos elementos característicos desta categoria, noutros termos, cabe ao interprete responder a seguinte indagação: quais são as características de um serviço público que permitem a sua caracterização como relação de consumo²? Para uma resposta eficiente da indagação formulada o serviço público exige 03 elementos estruturais.

O primeiro diz respeito à inserção do serviço público do mercado de consumo. Se não há um mercado, não é possível cogitar a caracterização de uma relação de consumo. Por mercado entende-se a ambiência propícia às condições para a troca de bens e serviços. Trata-se de uma ordem social específica que permite a interação dos diversos agentes econômicos

¹ Por relação jurídica deve-se entender todo relacionamento social disciplinado pelo Direito, ou seja, por uma fonte normativa. A doutrina comumente entende haver em qualquer relação jurídica quatro elementos estruturais, a saber: sujeitos, objeto, fatos jurídicos e garantia. Os autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor utilizaram como conceito a relação jurídica para determinar a abrangência do microsistema de proteção do direito do consumidor. O CDC, em momento algum, fala de contrato de consumo, ato de consumo ou negócio jurídico de consumo, mas sim de relação, termo que tem sentido mais amplo do que as demais expressões. Contudo, este diploma não traz uma noção exata deste instituto.

² O conceito de serviço está inserido no § 2.º do art. 3.º do CDC. Este dispositivo define-o como toda atividade desenvolvida em favor do consumidor. A prestação de serviço, assim, para sujeitar-se ao regime jurídico do CDC, deve consistir numa atividade e não num ato isolado no mercado de consumo.

para a produção, circulação e comercialização de bens para a obtenção de lucro. De forma geral, a Administração Pública não participa como agente do mercado de consumo, salvo na condição de agente regulador. Sua participação é secundária ou restrita à ambientes de monopólio, pois a exploração do mercado cabe, via de regra, a iniciativa privada. Daí porque, via de regra, os serviços públicos caracterizados como relação de consumo são explorados pela administração indireta.

Ao lado da inserção do serviço público no mercado de consumo, a sua exploração exige o enquadramento da Administração Pública como fornecedora do serviço público, ou seja, que ela explore uma atividade econômica capaz de permitir a circulação do serviço. Este é o segundo elemento estrutural de caracterização. Importante reforçar que a exploração poderá ocorrer de forma direta ou por meio do fenômeno da delegação. Aliás, é sob a forma de permissões e concessões que encontramos a maior fatia dos serviços públicos enquadrados como relação de consumo.

Por fim, o último elemento estrutural da caracterização dos serviços públicos como relação de consumo, diz respeito a estrutura econômico-obrigacional da relação jurídica entre o usuário e a Administração Pública. A situação jurídica apta à caracterização da relação de consumo é, necessariamente, negocial, noutros termos, uma estrutura contratual onerosa que remunere a Administração Pública pela disponibilização potencial ou efetiva do serviço público por preço público ou tarifa. Fogem, portanto, do âmbito do direito do consumidor todos os serviços públicos custeados por tributos. Neste caso, o regime jurídico aplicável é o direito tributário e do direito administrativo. O sujeito não é, portanto, um usuário consumidor do serviço público. Enquadra-se, na verdade, como usuário contribuinte do serviço público.

4.4. A VULNERABILIDADE DO USUÁRIO COMO PRESSUPOSTO PARA A SUA CARACTERIZAÇÃO COMO CONSUMIDOR DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Na caracterização do consumidor usuário de serviço público não é possível dissociar da análise do modelo teórico atualmente adotado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, qual seja, a teoria do finalismo mitigado ou finalismo aprofundado.

Este modelo teórico estabelece uma visão mais equilibrada do conceito de consumidor. De acordo com o finalismo mitigado o consumidor não é simplesmente o

destinatário final de um bem de consumo, mas, sim, um sujeito que deve ser, necessariamente, vulnerável.

O traço da vulnerabilidade, elevado na Política Nacional de Consumo à categoria de princípio geral do Direito do Consumidor (art. 4.º, I, do CDC), representa, pois, o aspecto decisivo para se determinar a correta dimensão e extensão do conceito de consumidor que deve ser tutelado pelo CDC. No recurso em Mandado de Segurança no. 27.512-BA, julgado em 20/08/2009, da relatoria Ministra da Nancy Andrichi, a ementa do Acórdão consignou que a interpretação sistemática e teleológica do CDC "aponta para a existência de uma vulnerabilidade presumida do consumidor, inclusive pessoas jurídicas, visto que a imposição de limites à presunção de vulnerabilidade implicaria restrição excessiva, incompatível com a próprio espírito de facilitação da defesa do consumidor (...). Em suma, prevalece a regra geral de que a caracterização da condição de consumidor exige destinação final fática e econômica do bem ou serviço, mas a presunção de vulnerabilidade do consumidor dá margem à incidência excepcional do CDC às atividades empresariais, que só serão privadas da proteção da lei consumerista quando comprovada, pelo fornecedor, a não vulnerabilidade do consumidor pessoa jurídica". A partir de 2012 percebe-se uma forte inclinação do STJ para a adoção deste modelo teórico, dada a sua aplicação mais equilibrada e equitativa.

4.5. O CONSUMIDOR USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO NA A LEI 13.460/2017 E O DIÁLOGO EXPRESSO COM O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor autoriza expressamente a caracterização dos serviços públicos como relação de consumo (arts. 4º, VII e 22), como também autoriza o tratamento da Administração Pública (direta ou indireta) como fornecedora (art. 3º, caput). Mas mesmo diante desta previsão expressa, qual a razão que levou a doutrina a um debate profundo do assunto? A razão é simples: tradição da cultura dogmática do direito administrativo. A doutrina administrativista não enxerga o direito do consumidor como parte integrante da estrutura global da tutela estatal. Curiosamente, o art. 1º do Código de Defesa já anuncia a natureza pública (cogente) e social de suas normas, características amplamente discutidas no Direito Administrativo.

Ignorar a aplicação das normas consumeristas aos conflitos entre usuários e serviços públicos também serviu aos interesses dos titulares de concessões e permissões. Ao manter a

discussão no âmbito do direito administrativo naturalmente é possível afastar a tutela diferenciado do Código de Defesa do Consumidor que estabelece regras explícitas sobre a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor, foro privilegiado, a responsabilidade objetiva por falha de adequação e segurança de serviços, a proibição dos meios austeros de cobrança e a pluralidade de ações protetivas, bem como a intervenção de órgãos de defesa do consumidor, a exemplo do PROCON e da SENACON.

Mas em razão da edição da Lei 13.460/2017 a polêmica sobre o enquadramento dos serviços públicos como relação de consumo chega ao fim. A norma afirma no inciso II do art. 2º que a sua aplicação não afasta a necessidade de cumprimento do disposto no Código de Defesa do Consumidor, exatamente quando o serviço público estiver sujeito ao microsistema do direito do consumidor. A previsão, para muitos doutrinadores e estudiosos do direito do consumidor, pode parecer uma obviedade ululante. Mas na prática, ao positivizar a aplicação do Direito do Consumidor num campo tradicionalmente ocupado pelo discurso dogmático do direito administrativo permite sanar discrepâncias e dúvidas doutrinárias e jurisprudenciais.

5. CONCLUSÕES

Com efeito, a Lei 13.460/2017, veio trazer a pelo uma antiga discussão sobre a caracterização da condição jurídica do consumidor usuário de serviços públicos, tão debatida na jurisprudência e doutrina administrativista e consumerista, até então sustentada no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) uma e na Lei 8.987/95 - Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos.

De qualquer maneira, a Lei 13.460/17 trouxe uma definição expressa de usuário de serviço público: "pessoa física ou jurídica que se beneficia ou utiliza, efetiva ou potencialmente, de serviço público". Ainda que a definição de serviço público esteja positivada é preciso compreender a correta dimensão e extensão do conceito de serviço público, parte integrante do conceito de usuário.

A noção de serviço público é extremamente complexa, posto que variável no tempo e no espaço, em razão de condicionantes, políticos, culturais e econômicos, dentre outros que podem ser listados.

Em que pese os diversos conceitos doutrinários, visto dos mais diversos enfoques e pelo mais diversos critérios, é possível dizer que determinada atividade, para ser considerada serviço público, exige que o Estado seja o seu titular bem como a sua publicização mediante a edição de Lei.

O Poder Público, cada vez mais, se utiliza das concessões e permissões de serviços públicos, de modo a transferir a execução da atividade para a iniciativa privada, em nome do princípio da eficiência. Ainda que tal entendimento seja possível, convém registrar que a delegação de serviço público deve ser de caráter residual, ou seja, somente poderá/deverá ser utilizada quando restar demonstrado que o Poder Público não reúne condições necessárias para uma boa apresentação de serviço público.

O presente artigo buscou identificar o correto enquadramento do consumidor usuário de serviços públicos em razão da edição da Lei 13.460/2017, a qual dispõe sobre a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. A partir da pesquisa bibliográfica é possível concluir que os serviços públicos de consumo são espécie do gênero serviço público, cujo enquadramento envolve a análise e aplicação das normas consumeristas como forma de tutela dos seus usuários.

Mas para o correto enquadramento da condição do consumidor usuário de serviços públicos é necessário, obrigatoriamente, a presença de três elementos cumulativos. São eles: 1) inserção do serviço público do mercado de consumo, 2) enquadramento da Administração Pública como fornecedora do serviço público nos limites do art. 3º do CDC e, 3) estrutura contratual onerosa que remunere a Administração Pública pela disponibilização potencial ou efetiva do serviço público por preço público ou tarifa.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. Teoria geral do direito do consumidor. São Paulo: Ed. RT, 2010.

ANDRADE, Manuel Domingues de. Teoria geral da relação jurídica. Coimbra: Almedina, 1997. vol. I (Sujeitos e Objecto).

ANDRADE, Ronaldo Alves. Curso de direito do consumidor. Barueri: Manole, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de direito administrativo. 24^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DE LUCCA, Newton. Direito do consumidor – Teoria geral da relação jurídica de consumo. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti Grotti. O serviço público e a Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros.

JUSTEN FILHO, MARÇAL. Curso de direito administrativo. 12^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p, 553.

_____. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 176.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 18^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 3^a ed. atual. e rev. São Paulo: Atlas, 2013.

PIRES, Antonio Cecilio Moreira. Serviços públicos in Direito administrativo. Coordenação Sonia Yuriko Kanashiro Tanaka. São Paulo: Malheiros, 2008.

REZENDE OLIVERIA, RAFAEL CARVALHO. Administração pública, concessões e terceiro setor. 3ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.