I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

EDITH MARIA BARBOSA RAMOS

JANAÍNA RIGO SANTIN

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

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

Coordenadores: Edith Maria Barbosa Ramos; Janaína Rigo Santin; José Sérgio da Silva Cristóvam – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-090-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II reuniu-se no Encontro Virtual do CONPEDI, que aconteceu de maneira totalmente virtual e síncrona entre os dias 23 e 30 de junho de 2020, sob a temática "Constituição, Cidades e Crise".

Em plena pandemia da Covid-19, a qual determinou a adoção de medidas de afastamento social para conter a disseminação do vírus, o CONPEDI reinventou-se. Contornando todas as adversidades deste momento tão difícil para a humanidade, fomos premiados com conferências, painéis e grupos de trabalho de excelência. Presentes, mesmo que fisicamente distantes, a alegria do reencontro ficou evidente nos debates, trocas e contribuições dos participantes do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II.

Os trabalhos e debates desenvolvidos no GT produziram grande empatia entre os participantes, especialmente porque retrataram, de forma fidedigna, as grandes preocupações da sociedade brasileira contemporânea e sua agudização neste momento grave de pandemia. São elas: a) combate à corrupção e à improbidade administrativa; b) regulação e controle; e c) transparência e eficiência administrativa.

Os artigos deste ebook gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE E RELIGIÃO: NECESSIDADE EM DELIMITAR A ATUAÇÃO DO GESTOR PÚBLICO OU MERA PERFUMARIA?

2. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DO POSICIONAMENTO CONTEMPORÂNEO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ORIENTADA POR DADOS: GOVERNO ABERTO E INFRAESTRUTURA NACIONAL DE DADOS ABERTOS

4. O PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA COMO INSTRUMENTO DAS GARANTIAS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

5. O PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A FLEXIBILIZAÇÃO INTERPRETATIVA DA SÚMULA VINCULANTE 13 DO STF

6. REFLEXÕES INICIAIS SOBRE POSSÍVEIS EXCESSOS DO PODER NORMATIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM TEMPOS DE PANDEMIA (COVID-19)

7. REFORMA ADMINISTRATIVA GERENCIAL E A (RE)INTERPRETAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE EMPRESARIAL FRENTE AO SIGILO FISCAL

8. INOVAÇÕES DO TERCEIRO SETOR BRASILEIRO: O PRINCÍPIO DA CIDADANIA E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES PÚBLICO-PRIVADAS

9. MP 902/2019: RISCOS RELATIVOS AO FIM DA EXCLUSIVIDADE DA CASA DA MOEDA DO BRASIL NA FABRICAÇÃO DE MOEDA E PAPEL MOEDA

10. PROCESSO OU PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO: A PROCESSUALIDADE AMPLA COM RESPALDO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

11. EXIGÊNCIA DE IMPLATAÇÃO DE PROGRAMAS DE INTEGRIDADE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: PROPOSIÇÕES DE UMA ANÁLISE JURÍDICO ECONÔMICA

12. COMBATE A CORRUPÇÃO NO BRASIL: A CIDADANIA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA DEMOCRACIA E DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

13. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL: UM BREVE ESTUDO SOBRE A SUFICIÊNCIA DAS INOVAÇÕES DA LEI Nº 8.429/1992 A PARTIR DA ORIGEM E DAS ESPECIFICIDADES DO FENÔMENO

14. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: REFLEXÕES À LUZ DA LEI Nº 13.964/2019

15. UM ENSAIO DOGMÁTICO SOBRE O § 1º DO ARTIGO 22 DA LINDB. A RESPONSABILIDADE DO GESTOR PÚBLICO EM CASOS DE TRAGÉDIAS ANUNCIADAS

16. UM OLHAR SOBRE A LEI MUNICIPAL N° 8.583/2019 QUE INSTITUI A OBRIGATORIEDADE DE GARANTIA EM LICITAÇÕES NO ÂMBITO DA CIDADE DE DIVINÓPOLIS-MG, AVANÇAMOS?

17. DISCUSSÃO SOBRE AS RELAÇÕES ENTRE PODER PÚBLICO, CONCESSIONÁRIAS E USUÁRIOS NOS SERVIÇOS DE TELEFONIA

18. ANÁLISE CONTEXTUALIZADA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS EM FACE DA LEI Nº 13.460 DE 2017

19. A IMPRESCINDIBILIDADE DE EFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO E O DIREITO AO HORÁRIO ESPECIAL PRATICADO POR SERVIDOR PÚBLICO QUE DESENVOLVE OUTRAS ATIVIDADES LABORAIS.

20. A CRISE ECONÔMICA DO FUNDO SETORIAL AUDIOVISUAL - FSA. POSSÍVEIS ESTRATÉGIAS REGULATÓRIAS PARA O SETOR AUDIOVISUAL NO BRASIL.

21. A ATUAÇÃO DO CONTROLE EXTERNO SOBRE LICITAÇÕES PARA AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS E A IDENTIFICAÇÃO DE DESVIOS MEDIANTE SIMULAÇÃO DE DESONERAÇÃO DO ICMS

Com 22 (vinte e dois) artigos aprovados e 21 (vinte e um) efetivamente apresentados no GT, é possível constatar a presença quase que maciça dos inscritos no evento, o que demonstra que este formato de CONPEDI Virtual veio para ficar, como mais uma modalidade possível ao lado dos eventos presenciais.

Assim, por meio de novas formas de interação social proporcionadas pelas novas tecnologias de informação e comunicação, foi possível socializar os resultados das pesquisas desenvolvidas pela área de direito administrativo. Como resultado, será possível conferir neste ebook artigos científicos de elevada qualidade e pertinência acadêmica, com uma pluralidade de abordagens bastante originais e com induvidoso relevo prático.

Registramos os efusivos cumprimentos ao CONPEDI, pelo destacado empenho e a qualidade da organização desse primeiro encontro virtual - um espaço que proporcionou relevante momento de divulgação da pesquisa científica na área do Direito!

Assim, é com grande satisfação que apresentamos a comunidade jurídica a presente obra. Que todos possam se valer dos valiosos ensinamentos aqui presentes.

De Florianópolis (SC), de Passo Fundo (RS) e de São Luiz (MA), junho de 2020.

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

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin – Universidade de Passo Fundo (UPF)

Profa. Dra. Edith Maria Barbosa Ramos – Universidade Federal do Maranhão (UFMA)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ANÁLISE CONTEXTUALIZADA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS EM FACE DA LEI Nº 13.460 DE 2017

CONTEXTUALIZED ANALYSIS OF ESSENTIAL PUBLIC SERVICES FACE TO LAW NO. 13.460 OF 2017

Maria Cristina Conde Pellegrino [1]
Itiberê Guarçoni Marinho [2]

Resumo

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRF/88), notabilizou-se pela ampliação de direitos e garantias do indivíduo. Idealizada num contexto democrático, atribuiu ao Estado a obrigação de oferecer serviços essenciais, visando a dignidade do indivíduo. A prestação do serviço público, pela administração direta ou por delegação, nem sempre é exercida de forma a garantir a efetividade dos direitos constitucionais do usuário, impondo a análise da Lei nº 13.460 de 2017, compreendida como um Código de Defesa do Usuário, similar ao Código de Defesa do Consumidor. Fora utilizada a pesquisa bibliográfica na elaboração do artigo, trabalhada na vertente teórico-metodológica.

Palavras-chave: Constituição da república federativa do brasil de 1988, Serviços públicos, Dignidade da pessoa humana, Usuários de serviços públicos, Proteção ao usuário

Abstract/Resumen/Résumé

The 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil was notable for expansion of the individual's rights and guarantees. Idealized in democratic context, it attributed to the State the obligation to offer essential services, aiming at the dignity of the individual. The provision of public service, by direct administration or delegation, isn't always exercised in order to guarantee effectiveness of the user's rights, imposing the analysis of Law No. 13,460 of 2017, understood as a User Defense Code, similar to the Consumer Protection Code. Bibliographic research had been used in the elaboration of the article, worked in the theoretical-methodological aspect.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitution of the federative republic of brazil, 1988, Public services, Dignity of human person, Public service users, User protection

---

[1] Advogada, Mestranda Direito FUMEC/MG, Especialista Direito de Empresa e Direito Tributário - Centro de Especialização em Direito – CAD, Gama Filho – RJ. Graduação Universidade Católica de Minas Gerais (1993).

[2] Titular de Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais com notas - Caeté/MG - Mestrando em direito Fumec /MG - Graduado em direito - Universidade Católica de Minas Gerais -2013

1 INTRODUÇÃO

Antes de avaliar a prestação de serviço público essencial, como dever do Estado e direito do cidadão, sob a perspectiva constitucional, bem como as implicações que advém da prestação desses serviços, é necessário compreender o conceito de serviços públicos, de acordo com contexto democrático, em que foi idealizada a sua execução.

Esculpida sob o viés democrático e garantidora de direitos individuais, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRF/88) destacou a garantia da soberania; da cidadania; da dignidade da pessoa humana; dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; do pluralismo político, como fundamentos do Estado Democrático de Direito. Sob esse prisma, a dignificação da pessoa humana não prescinde da atuação do Estado, que, por força do contrato social, tem no indivíduo o ponto cardeal dos ordenamentos jurídicos, e, como tal, o objeto e objetivo principal da norma. É em prol do indivíduo, na consecução da "dignidade da pessoa humana", que o Estado assumiu a prestação de serviços essenciais, tomando para si a responsabilidade objetiva, direta ou indireta, na eventualidade de danos às pessoas e ao patrimônio.

Com efeito, a própria CRF/88 determina que o prestador de serviço público é responsável objetivo por danos causados ao usuário ou a terceiros, e, simultaneamente, atribuiu ao Poder Público a função de prestar serviços públicos, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão. Ou o Estado presta diretamente os serviços necessários, por meio de órgãos despersonalizados, que exteriorizam a vontade do ente público ou promove os mesmos benefícios, por terceiros, de forma descentralizada, por meio de fundações, consórcios, empresas públicas, autarquias ou sociedades de economia mista, atendendo ao interesse público, sem perder de vista os deveres inerentes à atividade pública.

Ocorre que o serviço público, executado direta ou indiretamente pelo Estado, nem sempre ou, quase sempre, corresponde às expectativas do cidadão, que não tem como prescindir do mesmo, ainda que executado de forma deficitária. Desses questionamentos ou insatisfações, decorreu a necessidade de um instrumento que garantisse aos cidadãos a instrumentalidade do direito constitucional à vida digna, quando se espera que a atividade essencial, arrogada ao Estado, seja exercida com legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência, razoabilidade e proporcionalidade.

Enquanto algumas normas de atuação e prestação do serviço público se submetem a conceitos rígidos, outras prescrevem a execução do serviço de forma genérica, atribuindo

grande carga de discricionariedade ao executores, que, invariavelmente tendem a desconsiderar normas legais de cunho mais amplo, entre elas os dispositivos legais inseridos no ordenamento civil brasileiro, que regem a responsabilidade sobre ato culposo ou doloso, bem como o Código de Defesa do Consumidor, que regula a prestação de serviços, no âmbito privado.

Nesse cenário de controvérsias e normas esparsas, o cidadão, enquanto usuário dos serviços públicos não pode prescindir da segurança jurídica para a exercício de seus direitos, na condição de "consumidor do serviço público". Embora personificados num mesmo indivíduo, mas em momentos e condições distintas, o consumidor e o usuário não dispõem das mesmas normas protetivas. Ainda que a legislação consumerista também possa e deva ser considerada para a atividade remunerada estatal, há situações de especificidade no fornecimento de serviço público, exercida por órgão ou entidade da administração, que, igualmente, demanda proteção direta e efetiva para garantia de direitos, fundados nos princípios basilares insculpidos na CRF/88, em vigor.

Ao assumir a posição de consumidor ou de usuário, o indivíduo não pode abdicar do direito de receber o serviço ou produto de forma satisfatória, o que traz a necessidade de entender e distinguir as normas que regulam as relações da prestação do serviço, entre particulares, com a finalidade de obter lucro, daquele serviço destinado ao indivíduo, para cobertura de necessidade essencial, a cargo do Poder Público, sem o viés lucrativo, ainda que remunerado.

Contudo, estender a aplicação da lei consumerista a todos os serviços prestados pelo ente público geraria uma distorção na ideia de relação de consumo. Por outro lado, se as lacunas, que fragilizam a posição do usuário, frente ao poder Público, não fossem sanadas, observaríamos danos imensuráveis aos direitos dos particulares/usuários.

A despeito da exigência trazida pela Emenda Constitucional 19 de 1998, bem como de outros dispositivos constitucionais que previam a edição de uma lei de proteção ao usuário do serviço público, somente em 26 de junho de 2017 foi publicada a Lei nº 13.460 de 2017, que dispõe sobre os direitos dos usuários e a obrigação de manter serviço, regulando, igualmente, as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos, em geral, assegurando, ainda, ao usuário a manutenção de serviços de atendimento e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços.

A partir dessas considerações o presente artigo, em seu segundo capítulo, objetiva conceituar serviço, contextualizando-o com a relação pública e privada, passando pelo significado linguístico até o significado legal, atribuído por leis como o Código de Defesa ao

Consumidor e a lei do Serviço Público, contrapondo posicionamentos doutrinários e estabelecendo as similitudes e diferenças do serviço no âmbito público e privado.

No terceiro capítulo, aborda-se as especificidades do serviço público, trazendo conceituações doutrinárias e dando destaque aos serviços públicos chamados de essenciais.

Ao fim, no quarto capítulo, é analisada a proteção atribuída à relação entre usuário e prestador, no escopo da Lei nº 13.460 de 2017, identificando sua proposta e as maneiras de torná-la efetiva no âmbito desta relação.

Fora utilizada, precipuamente, a pesquisa bibliográfica, através de livros, artigos científicos, dissertações e teses acadêmicas, além de pesquisa documental. A pesquisa será trabalhada dentro da vertente teórico-metodológica e jurídico-dogmática. O raciocínio empregado, por sua vez, é o indutivo-dedutivo.

2 O CONCEITO DE SERVIÇO NA RELAÇÃO PÚBLICA E PRIVADA

O conceito de serviço, nesta discussão, é necessário para que o termo seja limitado à problematização trazida. Conceituar "serviço" impõe a análise e determinação dos requisitos que uma atividade deve cumprir, para que seja classificada desta forma, e, simultaneamente, nortear quem são os prestadores e tomadores dessas atividades.

Pelo dicionário de Silveira Bueno, serviço pode ser definido como “exercício de funções obrigatórias; duração desse exercício; desempenho de qualquer trabalho; utilidade ou préstimo; obséquio; celebração de atos religiosos; feitiçaria por encomenda. ” (BUENO, 2016, p. 603).

Já a Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, em seu §2º do artigo 3º define serviço como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. ” (BRASIL, 1990).

Por sua vez, a Lei nº 13.460 de 2017, que dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública, em seu artigo 2º, inciso, II, define o serviço como: “atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública”. (BRASIL 2017).

Embora o conceito de serviço, apresentado no âmbito da administração pública venha adquirindo uma acepção cada vez mais restrita na doutrina, para fins de compreensão e aplicação da Lei nº 13.460 de 2017, o serviço público deve ser considerado, tal como ali

disposto, alcançando as atividades administrativas de prestação de serviços em geral, titularizadas pelo Estado, de forma direta ou indireta, excluídas as de polícia e de fomento (serviço judiciário, legislativo). Essa a melhor definição, que coliga a técnica legislativa, a doutrina tradicional sobre o tema, os dispositivos constitucionais e as disposições trazidas na lei do usuário do serviço público.

Percebe-se, portanto, que a definição de serviço no dicionário brasileiro difere daquela proposta pelo Código de Defesa do Consumidor, que, por sua vez difere da definição proposta pela lei de proteção ao usuário do serviço público. Mesmo que se busque visualizar as possíveis similitudes nas relações consumeristas, a definição de serviço deve considerar a relação de "consumo" de particulares para particulares, de particulares para o ente público e do ente público para o particular. As diversas formas de prestação de serviço ou relação entre fornecedor/prestador do serviço e consumidor/usuário é que define a relação de "consumo" em curso, e, por conseguinte, o aparato normativo a ser observado.

Alguns termos são comumente relacionados a palavra serviço e, ainda que não sejam aplicados a todos os tipos de serviços prestados, é necessário explicitá-los. São eles: consumidor, fornecedor e relação de consumo. Em se tratando de Código de Defesa do Consumidor, ditos elementos são básicos e chegam, inclusive, a ser definidos pelo próprio texto normativo.

Consumidor é aquele que utiliza dos serviços como destinatário final. Nos dizeres do Código do Consumidor:

> Art. 2° 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. (BRASIL, 1990)

Sobre a relação de consumo Marcello Kokke Gomes (2018):

> A relação de consumo é aquela em que uma das partes adquire produtos ou serviços tendo em vista sua utilização final enquanto a outra parte fornece tais bens em caráter de habitualidade e profissionalismo. A parte que adquire os bens é chamada de consumidor, enquanto a parte que fornece os bens é denominada genericamente fornecedor. (GOMES, 2018, p. 87).

Constata-se, pois, que a relação de consumo é aquela em que estão presentes fornecedor e consumidor, sendo que uma das partes fornece de maneira profissional e com habitualidade bens ou serviços a outra parte, que será quem usufruirá do bem ou serviço de maneira final.

Igualmente os termos centrais, usuário, administração pública, agente público, próprios da relação consumerista que envolve o ente estatal, estão expostos na Lei nº 13.460 de 2017. O "usuário", destinatário da Lei, é tratado como "pessoa física ou jurídica que se beneficia ou utiliza, efetiva ou potencialmente, de serviço público"; a administração pública é o "órgão ou entidade integrante da administração pública de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública"; e o agente público aquele que "exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil ou militar, ainda que transitoriamente ou sem remuneração". (BRASIL, 2017).

O texto refere-se, ainda, a manifestações como "reclamações, denúncias, sugestões, elogios e demais pronunciamentos de usuários sobre a prestação de serviços públicos e a conduta de agentes públicos na prestação e fiscalização de tais serviços". (BRASIL, 2017)

2.1 A PROTEÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO NO CODIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A PREVISÃO CONSTITUCIONAL

Sabe-se, hoje, da amplitude dos direitos dos consumidores e da sua importância na sociedade capitalista, não num capitalismo liberal, cuja regulação estaria a cargo do mercado, mas, sim, na relação em que o Estado se mostra presente, regulando e dando equilíbrio às relações de consumo. A regulação desse direito é formada por vários princípios, positivados numa vasta gama de textos normativos, a partir da CRF/88.

Indubitavelmente, no âmbito privado, a relação entre o fornecedor de serviços e o consumidor é regulada, principalmente e primordialmente, pelo Código de Defesa do Consumidor, que apresenta princípios protetivos, visando estabelecer o já mencionado equilíbrio na relação consumerista que, via de regra, apresenta uma parte hipossuficiente em relação à outra.

O norte do Código de Defesa do Consumidor está na busca do equilíbrio da relação entre fornecedor e consumidor, na forma idealizada pela CRF/88, ao estabelecer princípios básicos da ordem econômica. Nesse sentido, Marcelo Kokke Gomes (2018, p. 99) destaca que "ao estabelecer a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal, a CRF/88 foi de grande inteligência na medida em que cada Estado pode adaptar as normas gerais às suas peculiaridades, o que, em um país continental, de regiões tão heterogêneas, uma regulação única mostrar-se-ia como um agravante das desigualdades regionais. "

O fato é que a CRF/88 se preocupa em regular o consumo e a ordem econômica de forma a adequar tais fenômenos aos princípios Estatais, sem perder de vista os demais

fundamentos constitucionais. Daí a preocupação de Marcelo Gomes (2018) ao resgatar a defesa do consumidor como um dos princípios que regem a ordem econômica, intimamente ligado à livre concorrência, destacando, por seu turno importância do consumidor constitucionalmente:

> O consumidor, sua proteção e enquadramento na ordem econômica estão situados em diversos dispositivos constitucionais. A defesa do consumidor assume uma feição de garantia fundamental no art. 5º, inciso XXXII, o qual determina que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor enquanto individualidade, e não como um complexo difuso de pessoas. A defesa do consumidor, de acordo com ele, deverá ser executada por todos os entes federativos. (GOMES, 2015. p. 99).

Há, pois, uma apreensão de resguardar os direitos daquele que consome, traduzida em normas que sistematizam a relação entre fornecedor e consumidor, e a previsão de instituições voltadas, especialmente, para fiscalizar e efetivar tais direitos, coibindo possíveis abusos praticados nessa relação.

Para isso, o Código de Defesa do Consumidor atribui diversas prerrogativas ao consumidor, entre elas, o foro para a propositura de ações envolvendo a relação consumerista como sendo o do domicílio do consumidor, favorecendo-o com a inversão do ônus probatório, bem como a previsão de responsabilidade objetiva do fornecedor, em caso de defeito na prestação dos serviços, entre outras disposições de cunho protetivo.

É por meio da legislação consumerista que as relações de consumo alcançaram o mínimo equilíbrio, coibindo abusos contra o consumidor, sem perder de vista os deveres igualmente atribuídos aos consumidores.

Foi por esse motivo que o Código de Defesa do Consumidor e a Lei nº 8987 de 1997, que trata dos serviços prestados por concessionárias e permissionárias, foram indicados como parâmetro subsidiário para proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos, prestados direta ou indiretamente pela administração pública, na forma disposta no parágrafo segundo, inciso II do artigo 1º da Lei nº 13.460 de 2017:

> Artigo 1º: Esta Lei estabelece normas básicas para participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos prestados direta ou indiretamente pela administração pública.
> § 2º A aplicação desta Lei não afasta a necessidade de cumprimento do disposto:
> I - em normas regulamentadoras específicas, quando se tratar de serviço ou atividade sujeitos a regulação ou supervisão; e
> II - na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, quando caracterizada relação de consumo. (BRASIL, 2017).

Nesse contexto, ainda que resguardado ao parâmetro administrativo, público e geral, o serviço público é também uma relação consumerista, cujas condições não afastam a

necessidade de cumprimento de outras legislações, ainda que específicas. Ao contrário, com elas se entrelaçam para a regulamentação dos direitos e deveres do usuário do serviço público.

3 SERVIÇOS PÚBLICOS

Como já abordado, o conceito de serviço público difere do conceito de serviço particular, visto que é mais específico e envolve o ente estatal direta ou indiretamente, na prestação do serviço essencial, assim considerado a partir dos princípios delineados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Para entender como se dá a prestação de serviços públicos, os desdobramentos e implicações da execução dessa atividade, faz-se necessário contextualizar sua concepção histórico-política. De acordo com Dinorá Grotti (2018) a expressão "serviço público" é atribuída a Rousseau, ao citar o termo em um texto de sua obra "Contrato Social", acrescentando que, da forma como o termo fora utilizado naquela oportunidade, abrangia qualquer atividade estatal.

Ainda segundo Dinorá Grotti (2018), a noção de serviço público fora retomada posteriormente por Duguit, em sua construção ideológica sobre uma Teoria do Estado. A teoria do serviço público, por sua vez, foi sistematizada por Duguit e Jèze, no século XX.

Para definição clássica de serviços públicos era necessária a presença de três elementos constitutivos do conceito: elemento subjetivo, elemento objetivo e elemento material. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2019) explica que tais elementos são os critérios adotados pelos autores para definir o conceito de serviço público na sua concepção. Explica que o elemento subjetivo é a pessoa prestadora da atividade; o elemento material é a atividade exercida; e o formal, ou objetivo, o regime jurídico.

Di Pietro (2019) esclarece que a combinação desses três elementos ocorreu no Estado Liberal. Contudo, à medida em que o Estado foi se afastando dos princípios do liberalismo, ampliando seu rol de atividades próprias, e passando a delegar a execução dos serviços públicos à particulares, o elemento subjetivo e o elemento formal foram afetados.

Assim, a partir do momento em que não apenas as pessoas jurídicas de direito público prestam serviços, e que nem todo serviço é prestado pelo regime de direito público, altera-se a noção de serviço público, mormente quando seus elementos caracterizadores já não são preponderantes, como informa Di Pietro (2019) e Dinorá Grotti (2015).

Atualmente, a prestação de serviços públicos no território brasileiro pode ser considerada como uma das funções básicas do Estado, que tem por finalidade satisfazer as

necessidades, comodidades ou meras conveniências dos administrados, como um dever constitucional. Trata-se de um dever atribuído ao Estado, que pode prestar os serviços por si (administração direta) ou delegá-los ao particular, que o prestará sob o regime de concessão ou permissão, na forma estabelecida no artigo 175 da CRF/88: Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sobre o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

A Lei, a qual o artigo 175 da CRF/88 remete, é a Lei nº 8.987 de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos e dá outras providências e, cuja análise caberá oportunamente.

Antes, porém, faz-se necessária a definição do termo serviços públicos. Neste aspecto, os autores que buscaram defini-lo, o fizeram de forma mais ou menos ampla. Por isso, pode-se perceber algumas distinções nas conceituações. Hely Lopes Meirelles conceitua serviço público como "todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do estado. " (MEIRELLES, 2013, p. 294).

Meirelles (2013) acrescenta, ainda, que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê o conceito de serviço relevante, como sendo o de saúde, presente no artigo 197 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. E ressalta, também que:

> A atribuição primordial da Administração Pública é oferecer utilidades aos administrados, não se justificando sua presença se não para prestar serviços à coletividade. Esses serviços podem ser essenciais ou apenas úteis à comunidade, daí a necessária distinção entre serviços públicos e serviços de utilidade pública; mas, em sentido amplo e genérico, quando aludimos a serviço público, abrangemos ambas as categorias. (MEIRELLES, 2013, p. 294)

Maria Sylvia Zanella di Pietro (2019) destaca acerca da denominação serviços públicos que:

> São chamados serviços públicos, porque atribuídos à titularidade exclusiva do Estado, que pode, discricionariamente, atribuir a sua execução ao particular que queira prestá-lo, não para atender a coletividade, mas às suas próprias necessidades. (DI PIETRO, 2019, p. 304).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2015), por sua vez, agrupa as atividades que a Administração opera, entre esses grupos está o de serviços públicos:

> Serviços Públicos, vale dizer, atividades materiais que o estado, inadmitindo que possam ficar simplesmente relegadas à livre iniciativa, assume como próprias, por

> considerar de seu dever prestá-las ou patrocinar-lhes a prestação a fim de satisfazer necessidades ou comodidades do todo social, reputadas como fundamentais em dado tempo e lugar. Por esta mesma razão as submete a uma disciplina jurídica específica, preordenada garantir proteção aos interesses coletivos nela encarnados de sorte a facilitar-lhes a viabilização, assim como defendê-las não apenas contra terceiros ou contra as pessoas que ele próprio haja habilitado a prestá-los, mas também contra omissões ou desvirtuamentos em que o próprio Estado possa incorrer ao propósito delas. (MELLO, 2015, p. 675).

A Constituição da República do Brasil de 1988 faz menção expressa aos serviços públicos nos incisos I e II do § 3º do artigo 37 e no já citado artigo 175, dispondo que:

> Artigo 37. [...]
> § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:
> I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;
> II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;
> [...]
> Artigo 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.
> Parágrafo único. A lei disporá sobre:
> I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
> II - os direitos dos usuários;
> III - política tarifária;
> IV - a obrigação de manter serviço adequado. (BRASIL, 1988).

Percebe-se que tanto da perspectiva Constitucional, quanto doutrinária, o conceito de serviço público pode variar, em sentido mais amplo, restrito ou concepções intermediárias. Em sentido amplo, o conceito de serviço público chega a se confundir com a própria conceituação de Administração Pública e pode incluir a prestação jurisdicional e a atividade legislativa. Em sentido estrito o conceito envolve, tão somente, os serviços que podem ser remunerados por meio de taxas ou tarifas. Pela concepção intermediária de serviços públicos, são abrangidas as atividades que têm um liame direto e imediato com os indivíduos, dependendo da amplitude e do conceito, considerados nesse serviço.

Surgem, assim, as classificações de serviços públicos, que possibilitam aos operadores do direito agruparem as atividades de acordo com características comuns, de modo a delimitar o âmbito de incidência da legislação consumerista aos serviços públicos. É importante ressaltar que, independente da classificação a ser adotada - amplo, restrito ou intermediário, da pessoa que prestará o serviço ou do regime jurídico adotado, a prestação desses serviços tem natureza

pública, sempre com primazia do interesse público sobre o privado, bem como dos princípios que regem o instituto.

Destaca-se o fato de que além dos princípios constitucionais inerentes à Administração Pública, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, há ainda, três princípios da atividade pública que também devem ser necessariamente observados: continuidade, mutabilidade do regime jurídico, igualdade.

O princípio da continuidade do serviço público traz a lógica de que, pela sua essencialidade, sua prestação não pode ser interrompida. Consiste, assim, em atividade permanente, contínua da Administração Pública. Esse princípio também dá ao Estado o direito de retomar a prestação do serviço quando prestação delegada estiver comprometida, no que diz respeito ao seu desempenho e adequação.

O princípio da mutabilidade do regime jurídico consiste na ideia de que o regime do servidor público pode ser alterado pelo Estado unilateralmente, sem que os administrados, servidores ou concessionários possam contestar a mudança. Tal princípio traduz a lógica de que não há direito adquirido em relação ao regime jurídico anterior.

O princípio da igualdade, por sua vez, traduz as condições de tratamento dispensadas aos usuários dos serviços públicos, que deve ser isonômica.

Quando se fala em serviço público é importante ter em mente que o interesse público deve prevalecer sobre o privado, e que o exercício de uma atividade essencial deve buscar a efetividade dos princípios e dos fundamentos constitucionais, com foco no interesse e no direito da coletividade à vida digna.

Retoma-se, assim, a constatação de que o Estado Democrático de Direito, constitucionalmente estabelecido, assume inúmeras funções. Deve ser atuante e adimplir os deveres que lhe são impostos, de modo a suprir as necessidades básicas dos cidadãos, de forma ampla e eficiente. Nesse aspecto, as inúmeras atribuições do Estado, ao mesmo tempo que são garantias constitucionais podem, também, gerar ineficiência em razão do “tamanho” do Estado, da burocracia e de uma centralização de atividades muito distintas.

A prestação dos serviços públicos por terceiros, que não diretamente por um órgão da Administração Pública, apresenta-se, pois, como uma solução ou tentativa na crença de que os serviços sejam prestados com a qualidade e a eficiência esperada. Dessa suposição, sobressai a tendência de desconcentração ou descentralização das atividades atribuídas ao Estado, em prol da eficiência, como um dos princípios constitucionais, previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

> Artigo 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] (BRASIL, 1988).

Para que haja a descentralização dos serviços, em busca de uma maior eficiência na prestação do serviço, o Estado pode criar autarquias, que fazem parte da Administração Pública indireta; podendo igualmente terceirizar determinadas atividades, mediante concessão, permissão ou autorização. Por isso que muitos serviços públicos que, a princípio, deveriam ser prestados diretamente pelo Estado à população, são oferecidos por particulares:

> Nesta perspectiva, o instituto da delegação de serviços públicos assume uma importância grande, pois o Estado deixa de ser o executor direto dos serviços, passando para os particulares a possibilidade de assumirem o serviço por conta e risco próprios, mediante o pagamento de tarifas pelos usuários dos serviços, com a grande vantagem para o Estado de Não exigir investimentos públicos. (MOOR, 2015, p. 108).

Como efeito, ao conceder o serviço a uma empresa, por licitação, que assumirá o risco da atividade (concessão), ao permitir de modo precário o exercício de uma atividade pelo particular (permissão), ou, ao subscrever a autorização para uma atividade (autorização), o Estado ainda é titular dos serviços públicos, e direta ou indiretamente poderá disciplina-los. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2015) afirma:

> Assim, tanto poderá prestá-los por si mesmo como poderá promover-lhes a prestação conferindo a entidades estranhas ao seu aparelho administrativo (particulares e outras pessoas de direito público interno o da administração indireta delas) titulação para que os desempenhem, isto é, para que os prestem segundo os termos e condições que fixe e, ainda assim, enquanto o interesse público aconselhar tal solução (sem prejuízo do devido respeito aos interesses econômicos destes terceiros que sejam afetados com a retomada do serviço). Ou seja, poderá conferir "autorização", "permissão", ou "concessão" de serviços públicos (que são expressões constitucionalmente utilizadas) para que sejam efetuados por tais pessoas. (MELLO, 2015, p. 689).

Certo, ainda que independente da modalidade de serviço aos usuários, a regulamentação e controle das atividades sempre caberá ao poder público, diretamente ou por agências reguladoras, a quem é resguardado o direito e dever de regulamentar e controlar tais serviços, bem como de impor condições para que o particular execute a prestação dos serviços ao público de forma adequada e eficiente.

> O fim precípuo do serviço público ou de utilidade pública, como o próprio nome está a indicar, é servir ao público e, secundariamente, produzir renda a quem o explora, fiscalizar e intervir no serviço. Daí decorre o dever indeclinável de a concedente regulamentar, fiscalizar e intervir no serviço concedido sempre que não estiver sendo prestado a contento do público a que é destinado. (MEIRELLES, 2013, p. 298).

Constatada a ineficiência da prestação do serviço, o Estado, valendo-se do poder discricionário, bem como das cláusulas implícitas de todo contrato administrativo pode, inclusive, gerar a alteração unilateral de cláusulas que contrastem com interesse público, chegando até a revogação da delegação concedida:

> Qualquer deficiência do serviço que revele inaptidão de quem o presta ou descumprimento de obrigações impostas pela administração ensejará a intervenção imediata do Poder Público delegante para regularizar seu funcionamento ou retirar-lhe a prestação. (MEIRELLES, 2013, 298).

Na esfera da administração pública, outorga de concessão, de permissão e de autorização para o exercício de atividades públicas incluem-se, e por vezes, confundem-se, com a própria relação do Estado e a sociedade, mas sempre com a observância das razões que levaram a essa descentralização e da supremacia do interesse coletivo. Ocorre que o usuário, que é o consumidor dos serviços públicos, tem o direito de ver cumprido os direitos que lhe são assegurados constitucionalmente, por meio da prestação de serviços públicos que atendam a todos os princípios constitucionais, aos quais estes estão vinculados. Para tanto, a lei resguardou ao usuário instrumentos procedimentais de garantia de seus direitos as ações constitucionais tais como ação popular, mandado de segurança e até mesmo ações ordinárias.

3.1 SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS

Um ponto muito importante a ser tratado sobre os serviços públicos é a essencialidade destes. Considerando que o Estado tem o dever constitucional de garantir comodidades à população, bem como de prestar serviços públicos variados que não necessariamente estão previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como definir o que é essencial? A palavra “essencial” remete a algo indispensável, necessário, básico, cuja ausência compromete à dignidade da pessoa humana, instituída pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 com um princípio fundamental.

Hely Lopes Meirelles (2013) divide os serviços que são prestados sob a responsabilidade da Administração Pública entre serviços públicos e serviços de utilidade pública. Define ainda que os primeiros são prestados diretamente pela Administração Pública, de forma privativa, por envolverem atos de império e medidas compulsórias em face do

administrado. Já os serviços de utilidade pública são convenientes para a coletividade e podem ser prestados diretamente pelo Estado, ou por terceiros.

Sob essa ótica, Meirelles (2013) defende que apenas os serviços ditos públicos seriam essenciais, uma vez que necessários para que a sociedade possa subsistir e desenvolver-se. Os serviços de utilidade pública seriam apenas úteis à coletividade, servindo para facilitar a vida do indivíduo nesta.

Maria Sylvia Zanella di Pietro, também apresenta entendimento controverso acerca do alcance dos serviços públicos e a sua obrigatoriedade, na medida em que para a Professora entende que o Estado quando atribui a execução da atividade pública para terceiro, o faz para atender às suas necessidades e não à coletividade, vale dizer: "[...] Estado, que pode, discricionariamente, atribuir a sua execução ao particular que queira prestá-lo, não para atender a coletividade, mas às suas próprias necessidades". (DI PIETRO, 2019, p. 304).

Em que pese o entendimento dos administrativistas, estes não podem subsistir atualmente. No caso de Di Pietro (2019) seu entendimento vai de encontro à ideia primordial de que a prestação de serviços públicos, bem como sua execução deve observar o regime de direito público, com suas prerrogativas e limitações, entre elas a supremacia do interesse público. Já o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2015) vai de encontro às garantias constitucionais, exatamente por considerar que não há essencialidade em serviços como transporte coletivo, energia elétrica, gás, telefone, entre outros que o Lopes Meirelles (2013) denomina de "pró-cidadão".

A solução está na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cuja função garantidora de direitos, trouxe amplitude ao que se pode denominar de essencial. Sabe-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 está atrelada a um sistema que envolve determinado momento histórico-político com seu povo, local, tempo, cultura, sendo certo que o ESSENCIAL também está relacionado a esse contexto.

Atualmente não há como afastar ou negar a essencialidade da defesa nacional, da segurança pública e da saúde. Assim como qualquer outra atividade que vise responder pelas necessidades do cidadão, tais serviços são, sim, essenciais, e por isso, ao lado de outras necessidades públicas, deverão estar a cargo do Estado.

Seja pela subjetividade, seja pela amplitude, definir o essencial é uma tarefa árdua, até porque, conforme já analisado, o essencial carece de conceito. Talvez por isso, muitos doutrinadores fazem diversas classificações aos serviços públicos, mas evitam caracterizar quais serviços poderiam ser considerados essenciais.

É inegável, no entanto, que a interpretação constitucional acerca da dignidade da pessoa humana torna essencial muitos serviços que, na visão de Hely Lopes Meirelles (2013) seriam apenas úteis à coletividade.

Sob uma perspectiva constitucional, todo e qualquer serviço público que esteja de alguma forma atinente ao princípio da dignidade da pessoa humana deve ser considerado serviço essencial, e o usuário de tal serviço deve ter seu fornecimento assegurado, com qualidade.

Alguns serviços públicos, para serem efetivados e plenamente garantidos, têm amparo legal no Código de Defesa do Consumidor, trazendo aos usuários destes serviços maior garantia de uma prestação dos serviços de forma contínua, adequada e com segurança jurídica.

Entretanto, nem todo serviço público está acobertado pela lei consumerista, seja porque a sua natureza é incompatível com os ditames da relação privada, seja porque são serviços prestados diretamente pelo Estado, que envolvem atos de império, como veremos a seguir. O fato é que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos é assunto controvertido e que acaba causando insegurança jurídica.

É exatamente a essencialidade do serviço público, seja em qualquer os vieses antes analisados, que impõe a garantia de sua execução, de forma a trazer efetividade ao texto constitucional e segurança ao usuário. Esse, por sua vez, não pode se ver privado de uma prestação adequada, para implementação de seus direitos fundamentais. Foi nessa perspectiva que um "Código de Defesa do usuário" do serviço público apresentou-se como solução pertinente, adequada e capaz de trazer segurança jurídica e efetividade às garantias Constitucionais.

4 A PROTEÇÃO DA "RELAÇÃO DE CONSUMO" NOS SERVIÇOS PÚBLICOS NA VISÃO DA LEI Nº 13.460 DE 2107

A prestação de serviços públicos, diretamente pelo ente estatal, ou por particular é um desdobramento dos direitos e garantias fundamentais. Sendo o Estado o agente responsável pela execução da atividade, a responsabilidade, em caso de dano, é do ente que prestou o serviço, sobretudo porque o cidadão, enquanto usuário, é dependente do serviço prestado pelo ente estatal, e como tal acaba por se submeter e sofrer as agruras das mazelas do prestador de serviço.

O parágrafo terceiro, inciso I, do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 do Brasil, preleciona acerca da participação do usuário, em relação à prestação de serviços públicos:

> § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:
> I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços. (BRASIL, 1988).

Apesar da previsão constitucional que assegura ao usuário o direito de reclamar da prestação dos serviços - além de garantir a manutenção de serviços de atendimento e avaliação periódica da qualidade – era evidente a dispersão normativa acerca do tema, sem que houvesse uma previsão concentrada, direta e assertiva sobre os direitos e deveres do usuário do serviço público. Essa lacuna legislativa era, por vezes, sanada pela interpretação de regras análogas do Código de Defesa do Consumidor, o que provocou a sensação de insegurança do usuário.

Quase 30 anos de omissão legislativa, em 26 de junho de 2017, foi publicada a Lei nº 13.460 que: "dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. " Antes da publicação da Lei nº 13.460 de 2017, a situação no ordenamento jurídico implicava ao Judiciário a adoção de entendimentos desconcentrados sobre os danos causados pela má prestação do serviço público ou prestação ineficaz. Emerson Gabardo (2017) relembra que:

> Em 2013 a Ordem dos Advogados do Brasil ingressou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão solicitando que fosse determinada pelo Supremo Tribunal Federal a edição da lei e, enquanto não cumprida a determinação, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Recebida como a ADO 24, a ação teve deferida a medida liminar pleiteada pelo Ministro Dias Toffoli em julho do mesmo ano. A decisão asseverou que o Congresso deveria cumprir a determinação constitucional no prazo de 120 dias. Desde então, a decisão judicial vinha sendo ignorada pelo Poder Legislativo, ainda que o assunto tenha se mantido em trâmite permanente desde 1999. Cabe salientar que a liminar/cautelar não autorizou a incidência provisória do CDC, embora já exista farta jurisprudência que o utiliza para serviços públicos (notadamente os remunerados mediante tarifa) e não sejam poucos os doutrinadores que defendem sua aplicação no setor público (no que for cabível). O assunto é controvertido, mas não é novo. (GABARDO, 2017).

A legislação inovou trazendo um rol de direitos básicos do usuário (capítulo II, artigo 5º), estipulando diretrizes a serem observadas pelos agentes públicos e prestadores de serviços, desde premissas mais básicas como urbanidade, respeito e acessibilidade (artigo 5º, inciso I), até premissas mais específicas e direcionadas, como autenticação de documentos pelo próprio agente público (artigo 5º, inciso IX), eliminação de formalidades e de exigências cujo custo econômico ou social seja superior ao risco envolvido (artigo 5º, inciso XI). A lei também assegura ao usuário o direito de que a informação lhe seja repassada em linguagem simples e compreensível e vedação de obrigações, restrições e sanções não previstas em lei. A

especificidade legislativa acerca dos direitos do cidadão, enquanto usuário do serviço público, se propôs ao fortalecimento da relação entre usuário e prestador.

Outro ponto benéfico da Lei nº 13.460 de 2017 é atribuir às ouvidorias a função de atuar diretamente na preservação do direito do usuário, como o acompanhamento dos serviços prestados e a possibilidade de promover mediação e conciliação entre o usuário e o órgão, ou a entidade prestadora. Contudo, apesar do claro objetivo da legislação e da importância da matéria, a norma legal não está isenta de críticas.

Do ponto de vista formal, Rafael Oliveira (2018), aponta que "a Lei nº 13.460 de 2017 regulamenta o artigo 27 da EC 19/1998, que estabeleceu o prazo de 120 dias, contados da promulgação da referida emenda, para o Congresso Nacional elaborar a lei de defesa do usuário de serviços públicos. " (OLIVEIRA, 2018). Observamos que o primeiro artigo da legislação em comento menciona o alcance nacional da norma, mas, por se tratar de matéria de Direito Administrativo, levanta-se o debate acerca da competência do tema já "que a matéria poderia ser disciplinada por cada ente federado, inexistindo, a priori, competência da União para fixar normas gerais de alcance nacional. " (OLIVEIRA, 2018).

A proposta da lei, em criar um compilado de direitos do usuário, apesar de relevante, é simplória, não chegando a consumar a pretensão de codificar as regras de defesa do Usuário, na medida em que sua aplicação não é exauriente, posto que não prescinde da observância de normas adjacentes:

> Entretanto, uma adequada hermenêutica da norma feita pela doutrina e pelo Poder Judiciário poderá aprimorar a sua aplicação, corrigindo defeitos e preenchendo lacunas. O que não se pode negar é que a proposta da Lei 13.460/17 de fomentar o acesso ao serviço de qualidade e a transparência no seu controle é incontestável. O resultado é, sem dúvida, muito positivo e promissor, mas vai implicar treinamento dos agentes públicos e criação de infraestrutura satisfatória para o alcance da atuação administrativa almejada. Um adequado respaldo orgânico e funcional será fundamental para a efetividade da lei, para além de qualquer direito ou dever jurídico que dela se possa extrair. (GABARDO, 2017)

Outro ponto preocupante, é o fato de que a edição da Lei nº 13460 de 2017, em seu artigo 1º, § 2º não dispensa a existência de "normas regulamentadoras específicas, quando se tratar de serviço ou atividade sujeitos a regulação ou supervisão" (BRASIL, 2017), o que cria uma ideia de redundância, pois inexiste serviço ou atividade pública que não se sujeite à regulação ou supervisão.

5 CONCLUSÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê uma série de direitos aos cidadãos e a prestação de serviços públicos acaba sendo um desdobramento dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. O Estado, enquanto prestador deste serviço, é responsável pela regulamentação, supervisão, fiscalização, e por conseguinte, responde por eventuais danos que possam ser causados por um serviço prestado de forma ineficaz. O cidadão, enquanto usuário, depende do serviço público, ainda quando prestado de forma deficitária, especialmente em relações ditos essenciais. Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a necessidade de materialização de um instrumento de proteção ao cidadão, enquanto usuário do serviço público, foi objeto de consideração no artigo 37, § 3º, inciso I. No entanto, o congresso nacional precisou de quase 30 anos para que fosse editada uma lei, cujo objetivo fosse resguardar o usuário de serviços prestados pelo ente estatal, estipulando seus direitos e deveres.

Durante o período de lacuna legislativa surgiram várias discussões envolvendo a relação consumerista privada, frente a relação do usuário e o ente estatal, tendo em vista as coincidências na formatação das relações de "consumo", e a similaridade do conceito de usuário e de consumidor, em determinadas situações.

Enquanto no âmbito privado de prestação de serviços, o Código de Defesa do Consumidor trata de direitos e deveres dos consumidores de produtos e serviços privados, na esfera pública a insegurança ainda persiste, na medida em que as disposições insertas no ordenamento jurídico voltado a relação de consumo com a administração pública, mostra-se frágil, lacunosa e subsidiária aplicação de tais normas no caso concreto, e a aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor, que nem sempre ocorre, pode se dar de diversas maneiras e de forma nem sempre benéfica ao usuário.

Podemos, por ora, concluir que existe distinção entre usuário e consumidor, apesar da aparente semelhança entre a relação de consumo privada e a relação entre usuário e prestador de serviço público. Tratar usuário e consumidor com o mesmo conceito acaba ocasionando distorção no conceito de relação de consumo.

Não se nega que com a edição da Lei nº 13.460 de 2017, que visa proteger e defender os usuários do serviço público, houve um grande avanço em relação ao protecionismo do usuário. Contudo, a lei não demostra uma compilação sólida de normas, abrindo espaço para discussões formais e materiais, inclusive sobre as condições de reparação de danos eventualmente causados pelo ente.

O temor é que a norma em discussão não tenha elementos que bastem para mitigar a confusão teórica com o Código de Defesa do Consumidor, sua aplicação subsidiaria ou não, a

vinculação das regras ao concessionário ou permissionário, trazendo para o Poder Judiciário, mais uma vez, a tarefa de interpretar e ditar a norma, quando lhe caberia, somente, a aplicação do texto legal, num contexto autoexplicativo, inerente às funções da administração pública.

Mais do que a preocupação com a aplicação correta e literal da norma, o conhecimento da Lei nº 13460 de 2017 pelo usuário é urgente. Ao contrário do consumidor, cujo título alcança todas as camadas da sociedade, e cuja defesa dos direitos foram encampados por organizações não governamentais, o "Código de Defesa do Usuário" parece não merecer a mesma preocupação. A equivocada crença de que os serviços públicos disponibilizados pelo Estado brasileiro não interessem a todos, aliada à confiança de que o acesso à rede privada suprirá as necessidades essenciais dos que podem custeá-la, culminaram na omissão e na passividade da população, que reservou à classe menos abastada, ainda que majoritária, o grito silencioso contra uma situação dita sem solução.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.** Brasília: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 22 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.** Brasília: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 21 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº 13.640, de 26 de junho de 2017. **Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública.** Brasília: Presidência da República, 2017. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13460.htm. Acesso em: 28 mar. 2020.

BUENO, Francisco da Silveira. **Minidicionário da Língua Portuguesa.** São Paulo: FTD: Lisa, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GABARDO, Emerson. **O Novo Código de Defesa do Usuário do Serviço Público: Lei 13.460/17**. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/emerson-gabardo/o-novo-codigo-de-defesa-do-usuario-do-servico-publico-lei-13-460-17. Acesso em 28 mar. 2020.

GOMES, Marcelo Kokke. **Responsabilidade Civil: Dano e Defesa do Consumidor.** Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOOR, Fernanda Stracke. **Considerações sobre o Regime Público na Prestação dos Serviços Delegados e a Perspectiva dos Direitos dos Cidadãos Frente aos Serviços Essenciais.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, Ano 14, n. 55, p. 106-119, jul-set. 2005.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Lei de Defesa do Usuário do Serviço Público avança na proteção de direitos básicos.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-jul-10/rafael-oliveira-lei-defesa-usuario-avanca-protecao-direitos. Acesso em: 28 mar. 2020.