

A distinção entre Usuário de Serviço Público e Consumidor

Patrícia Brige

Priscila Vieira

Rafael Alves

A concessão de serviço público é caracterizada como contrato administrativo. Se de um lado da relação tem-se o Poder Público, representado diretamente ou indiretamente, do outro há o usuário do serviço público. Por serem contratos, antes mesmo de terem sua natureza definida em administrativo, comercial e tantos outros, submetem-se, pois, à Teoria Geral dos Contratos, matéria que vem sendo, hodiernamente, abordada com mais frequência pelos civilistas, não tendo os administrativistas, por uma questão histórica, se destacado tanto quanto aqueles acerca da produção doutrinária sobre o assunto.

O contrato é, sobretudo, uma espécie de negócio jurídico que depende, para a sua formação, da participação de vontades emanadas de, no mínimo, duas partes. É, portanto, negócio jurídico bilateral ou plurilateral.

Com efeito, distinguem-se, na teoria dos negócios jurídicos, os unilaterais, que se aperfeiçoam pela manifestação da vontade de apenas uma das partes, e os bilaterais, que resultam de uma composição de interesses. Os últimos, ou seja, nos negócios bilaterais, que decorrem de mútuo consenso, constituem os contratos. Contrato é, portanto, como dito, uma espécie do gênero negócio jurídico .

Segundo a lição de Caio Mário :

(...) o fundamento ético do contrato é a vontade humana, desde que atue na conformidade da ordem jurídica. Seu efeito é a criação de direitos e de obrigações. O contrato é, pois, um

acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos.

Então, sempre que duas partes venham expor e acordar suas vontades, estando as mesmas em conformidade com a ordem jurídica, estar-se-ia diante de um contrato. Os contratos, dessa forma, não se apresentam somente na área do Direito das Obrigações, estão presentes em vários ramos do Direito, os quais também precisam de acordos entre partes e da eventual cobrança posterior do acordado caso um dos pólos venha a descumprir ou a não adimplir alguma cláusula, como, no Direito Privado, a exemplo do casamento, e também do Direito Público, tendo como exemplo deste último a grande atuação da Administração Pública na celebração de contratos com particulares.

Nesse sentido, a Lei 8.666/93 em seu artigo 54, dispõe que:

Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Destaca-se, ainda, que a lei citada se aplica às obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública (art. 2º) e, particularmente em relação às concessões e permissões de serviço público, aplicar-se-ia, segundo o conteúdo legislativo, a referida lei naquilo que não conflite com a legislação específica (art. 124). Vale ressaltar que a legislação específica referida constitui-se basicamente pelas Leis 8.987/95 e 9.074/95, sendo que a primeira dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal.

Nesse diapasão, sustenta-se que a comparação entre usuário de serviço público e consumidor é extremamente errônea. Na ótica econômica, ambos seriam os sujeitos passivos da relação obrigacional e poderiam exigir, de formas similares, o cumprimento dos deveres tanto da concessionária – no caso do usuário de serviço público – quanto do fornecedor – quando se tratar de consumidor. Sob a ótica econômica e financeira, portanto, as relações citadas poderiam ser equiparadas sem a perda do seu objetivo final; no entanto, as relações jurídicas produzidas entre essas duas figuras são muito distintas.

O conceito de serviço público no Direito Brasileiro não é interpretado de forma unânime pela doutrina. Tatiany dos Santos ressalta que:

(...) vários aspectos podem ser considerados na formação de seus elementos constituintes, quer seja pela variedade de aspectos que podem ser levados em conta para a conceituação, quer seja, pela necessidade de elevar um dado elemento constitutivo, privilegiando assim uma determinada situação vivenciada na sociedade.

Tem-se, ainda, que o conceito de serviço público em sentido restrito parte da distinção entre atividade jurídica e atividade social exercida pelo Estado, ou seja, é na atividade social que se situa o conceito de serviço público, onde há um Estado voltado ao atendimento dos interesses coletivos e bem estar social através do fornecimento de serviços essenciais aos particulares.

Seguindo esta linha de pensamento, Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua serviço público como:

(...) toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestados pelo estado ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de direito público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo”

Também nesse sentido, nos ensina Maria Sylvia Zanella di Pietro , conceituando serviço público como:

(...) toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”.

O contrato administrativo de prestação de serviço público, pois, não pode ser equiparado a contrato de relação de consumidor. Diversamente da situação de consumo, a relação contratual entre concessionária e usuário, mediante a qual uma parte se obriga a prestar um serviço, recebendo em pagamento um preço público (tarifa), tem como pressuposto uma outra, entre concessionária e o poder concedente. Importante ressaltar que há, nesse caso, a existência de dois contratos: um principal e outro acessório.

O contrato principal, que seria aquele firmado entre o usuário de serviço público e a concessionária, seria dependente logicamente e juridicamente de um outro – a da concessionária com o poder concedente.

O contrato entre a empresa concessionária e o poder concedente seria uma premissa indispensável para a existência do contrato entre o usuário e a concessionária. Vale ressaltar que a relação do usuário de serviço público com a concessionária é direta, não estando aquele, contudo, vedado de recorrer à Administração Pública caso haja uma má prestação do serviço usufruído, uma vez que é o poder público quem dispõe da titularidade constitucionalmente prevista do serviço, estando este, dessa forma, solidariamente responsável no exercício de suas atividades na forma indireta.

Sobre esse tipo de contrato, Orlando Gomes nos ensina que:

(...)a dependência pode ser recíproca ou não. Na união com dependência unilateral, um só dos contratos vai depender do outro, por isso, permanecem os contratos individualizados, contudo, seria mais correto qualificar os contratos que dependem da existência de outros como contratos dependentes.

Nesse sentido, também, a brilhante explanação do Professor Antônio Carlos Cintra do Amaral :

Por força do contrato principal (de concessão), a concessionária obriga-se a prestar ao usuário, “serviço adequado”, definido pela Lei 8.987/95 (art. 6º) como “o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas” Na hipótese de descumprimento do contrato de concessão, a concessionária está sujeita, conforme o caso: a) à aplicação de penalidades regulamentares e contratuais, inclusive multas; b) à intervenção na prestação dos serviços; c) à extinção da concessão (caducidade).

A relação jurídica de consumo, de regra existente entre fornecedor e consumidor é totalmente distinta da que explicitada nas linhas acima. Portanto, a relação entre concessionária e usuário não pode ser equiparada às provenientes de duas pessoas privadas, que, necessariamente, atuam em benefício próprio específico.

O que se procura com a atribuição da competência, por meio da concessão, de prestar o serviço, não é eximir-se da responsabilidade - até porque seria impossível, visto o princípio da supremacia do interesse público e tantos outros princípios que regem as relações entre a Administração Pública e o administrado – o que busca a Administração é exatamente a melhor prestação do serviço, não deixando o administrado à mercê dos interesses privados.

Tem o poder concedente, necessariamente, o dever – poder de fiscalizar os atos das concessionárias, a fim de zelar pela boa prestação dos serviços, sob pena de ser responsabilizada, uma vez que a titularidade da prestação dos referidos continua sendo sua. O exercício do serviço público, como visto, é atribuído à concessionária, porém a titularidade e a responsabilidade do citado serviço continua sendo do poder concedente.

Na relação de consumo, o Estado atua de maneira totalmente diversa, por isso, não podendo as duas relações e nem as duas figuras (consumidor e usuário de serviço público) serem equiparadas no direito. O Estado, na relação de consumo atua como fiscalizador das relações entre consumidor e fornecedor. Note-se que nesta, o Estado não é um dos pólos da relação (não detém a titularidade), ele atua somente como protetor dos direitos e garantias da parte hipossuficiente, o consumidor.

Sobre o assunto, Carlos Roberto Gonçalves aduz que:

Com a evolução das relações sociais e o surgimento do consumo em massa, bem como dos conglomerados econômicos, os princípios tradicionais da nossa legislação privada já não mais bastavam para reger as relações humanas sob determinados aspectos. E nesse contexto, surgiu o Código de Defesa do Consumidor atendendo ao princípio constitucional relacionado à ordem econômica. Partindo da premissa básica de que o consumidor é a parte vulnerável das relações de consumo, o Código pretende restabelecer o equilíbrio entre os protagonistas de tais relações”.

A obrigação, portanto, de prestar o serviço público atribuído é da concessionária, contudo, o dever constitucional de prestar o serviço público continua sendo do poder concedente. Este último tem o dever constitucional mesmo que escolha fazê-lo direta ou indiretamente pelas várias hipóteses que lhe outorga o art. 175 da Constituição Federal de 1988.

Outra distinção referente às relações em questão é ocorre, na medida, que, o inadimplemento pelo fornecedor gera sua responsabilidade perante o consumidor, não tendo o poder público responsabilidade pelo cumprimento ou não das obrigações pactuadas entre as duas partes citadas.

Neste ponto, é de fundamental importância que se distinga o dever jurídico e a responsabilidade. O dever jurídico é o vínculo que nasce com a obrigação contratual estabelecida entre as partes. O descumprimento ou o não cumprimento do dever jurídico acordado, enseja a aplicação de sanção, medida que tenta coagir o inadimplente a honrar a

obrigação. Para que se evite, então, a sansão da execução civil, deve o inadimplente ressarcir o prejuízo causado a outrem através de indenização; a indenização por não adimplemento se configura, então, como a responsabilidade.

Sobre o assunto, escreve o renomado jurista Hans Kelsen :

(...) um indivíduo é juridicamente obrigado a uma determinada conduta quando oposta conduta sua é tornada pressuposto de um acto coercitivo. (...) existe um dever principal (a obrigação de cumprir a norma) e um dever subsidiário (o dever de ressarcir os prejuízos ilicitamente causados). Reside aí a distinção entre obrigação (o dever principal) e a responsabilidade (o dever de ressarcir os prejuízos, ou seja, o dever de indenizar).

Também sobre o assunto, discorre Caio Mário da Silva Pereira :

Os escritores modernos (...) enunciam a noção dualista, procedendo uma análise do vínculo obrigacional, que decompõem em dois fatores: o débito e a responsabilidade. (...) a doutrina moderna enxerga na obrigação um débito (Schuld) e uma garantia (Haftung). O primeiro é o dever de prestar, que facilmente se identifica, mas que não deve ser confundido com o objeto da obrigação. Este debitum (Schuld) mora na sua essência mesma, e exprime o dever que tem o sujeito passivo da relação obrigacional de prestar, isto é, de realizar uma certa atividade em benefício do credor. (...) Embora os dois elementos Schuld e Haftung coexistam na obrigação normalmente, o segundo (Haftung) habitualmente aparece no seu inadimplente: deixando de cumpri-la o sujeito passivo, pode o credor valer-se do princípio da responsabilidade.

Das explanações vistas acima, pode-se tirar a conclusão que, mais uma vez, não se pode comparar as relações de usuário de serviço público e consumidor. Assim como o fornecedor tem obrigação com o consumidor, a concessionária tem em relação ao usuário; se o acordo do qual decorre o dever jurídico firmado entre as partes não for cumprido por uma delas, o inadimplente terá que arcar com o ônus referente à responsabilidade, ou seja, o dever de ressarcir os prejuízos causados. No entanto, no caso de contrato firmado entre o usuário e a concessionária, a legislação brasileira prevê não só a responsabilidade da concessionária, mas também do poder público. Note-se, porém, que quando o fornecedor descumpra sua obrigação, a responsabilidade será arcada apenas por ele. O ordenamento não prevê a responsabilidade do poder público, uma vez que a relação de consumo não provém de uma titularidade deste.

Mais um aspecto a ser observado na distinção da relação de usuário de serviço público e consumidor é que estas são abordadas pela Constituição Federal de 1988 e pela lei de maneira totalmente diversa. Na Constituição federal, inclusive, são tratadas em dispositivos distintos; O art. 175 dispõe sobre a concessão e o art. 5º, XXXII e o 170, V, dispõem sobre a defesa do consumidor.

A despeito de se frisar que constitucionalmente as relações encontram-se distintamente abordadas em artigos diferentes, o Código de Defesa do Consumidor disponibilizou um capítulo para os usuários de serviço público. Embora seja um excelente Código - instituído para garantir e proteger os interesses do polo hipossuficiente da relação, e que, diferente de muitas normas do direito brasileiro, se faz cumprir, e, por isso mesmo, um dos poucos que tem seus dispositivos quase que completamente acionados em casos de violação de direitos - não pode, de forma nenhuma, incidir sobre uma relação diferente, sob pena de incorrer em um erro conceitual e, na prática, relativizar o direito do usuário, sendo este, no CDC comparado a um consumidor.

Há, contudo, Emenda Constitucional, especificamente a de número 19 de 1998, que prevê, em seu artigo 27, que “o Congresso Nacional deverá elaborar lei de defesa do usuário de serviços públicos”. A referida lei deveria ser elaborada pelo Congresso no prazo de cento e vinte dias a partir de junho 1998 e até hoje não foi feita.

A previsão do artigo 27 da Emenda Constitucional número 19 de 1998, como se pode ver, é mais um indício de que a relação de usuário de serviço público deve ser defendida por outro meio que não o Código de Defesa do Consumidor. A implementação do artigo prevendo a elaboração de uma medida legislativa diferente é reconhecer implicitamente a condição distinta de ambas as relações verificadas e, por falta de atuação do Congresso Nacional, serem equiparadas no mesmo Código, tais quais fossem relações idênticas.

Nesse sentido, os sábios dizeres do Professor Antônio Carlos Cintra do Amaral: :

Para o poder público, a defesa do usuário de serviço público é ainda mais relevante do que a defesa do consumidor. O pressuposto básico do instituto da concessão de serviço público no direito brasileiro é a prestação de “serviço adequado”. O princípio da indisponibilidade do interesse público impede que o poder concedente concorde com qualquer solução que prejudique essa prestação, por mínimo que seja o prejuízo, o que não ocorre na relação de consumo, em que os interesses envolvidos são privados. Por exemplo: o ordenamento

jurídico não admite que o usuário concorde com a prestação de “serviço inadequado” sob a condição de que a concessionária reduza a tarifa. Já o consumidor pode exigir o abatimento do preço, caso o serviço prestado pelo fornecedor não seja satisfatório.

Outro aspecto a ser pontuado é que também os meios de defesa do usuário não podem ser efetuados pelos órgãos de defesa que atuam em nome do consumidor. A atribuição para fiscalizar e garantir a defesa do usuário deveria ser da respectiva agência reguladora, que também poderia desempenhar suas funções através de convênios com os órgãos que atuam protegendo os direitos do consumidor.

É necessário, no entanto que a agência reguladora se comporte de maneira independente, com o objetivo de assegurar o direito do usuário do serviço público, não apenas o interesse estatal. Muitas vezes, o interesse do usuário é conflitante com o da concessionária e também com do poder concedente e como o Estado tem como prerrogativa a satisfação dos interesses coletivos, o ideal é que atividade fiscalizadora não estivesse vinculada a nenhum interesse específico.

Disso tudo se conclui que a relação entre usuário de serviço público e a concessionária e do fornecedor e consumidor não podem ser equiparadas, visto serem relações jurídicas totalmente distintas; a primeira tem como característica principal a titularidade do poder concedente, e por isso mesmo a responsabilidade do Estado. A segunda é relação jurídica entre dois pólos particulares, estando o poder público atuando apenas como fiscalizador da relação.

È inquestionável, pois, a necessidade de se fazer distinção das relações em questão. A comparação das duas relações causa ineficiência da prestação da tutela de proteção da qual o Estado detém titularidade, havendo, portanto, a relativização de direitos em função do descumprimento de uma ordem constitucional pelo Congresso nacional, qual seja, a de elaborar o Código de Defesa do Usuário de Serviço Público, prevista no art. 27 da Emenda Constitucional 19 de 1998.

A solução para o problema conceitual que se perpetua com a equiparação legislativa das duas relações – a de serviço público e a de consumo – se daria com a feitura da Lei de Defesa do Usuário de Serviço Público e do seu controle, pois, por agências reguladoras fortes e independentes, para que a prestação do serviço adequado, fim o qual almeja o poder concedente, seja alcançado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002. Disponível em Acesso em: 15 nov. 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1994

GOMES, Orlando. Contratos. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense , 1983, v. 3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2004.v.3

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a Pesquisa Jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Elementos de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1992

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3

SANTOS, Tatiany dos. Serviços Públicos concedidos: essencialidade e continuidade frente ao Código de Defesa do Consumidor. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 328, 31 de maio 2004. Disponível em: Acesso em: 14 nov. 2006.

Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1048>

Acesso em: 22 de outubro de 2007