

Os direitos dos usuários de serviço público no direito brasileiro

Public service users rights in Brazilian law

Maria Sylvia Zanella Di Pietro*

RESUMO

O texto procura mostrar os limites de aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos usuários de serviço público. A análise dos arts. 3º, 6º, inciso X, e 22 demonstra que houve intenção do legislador em determinar a aplicação desse código aos órgãos públicos, apenas na hipótese de serviços públicos prestados mediante remuneração. Há dificuldade em aplicar às entidades prestadoras de serviços públicos as sanções previstas no CDC, que estão sujeitas a normas específicas, que preveem o controle interno pela própria Administração. As sanções que acarretam a paralisação de serviços públicos são inaplicáveis, em decorrência do princípio da continuidade dos serviços públicos. A Lei 13.460/2017 — Lei de Defesa dos Usuários de Serviços Públicos — veio para dar cumprimento ao art. 37, § 3º, da Constituição (EC 19/1998). Ela abrange todos os serviços públicos, mesmo que prestados sem remuneração. Trata-se de lei de âmbito nacional, embora estados e municípios também possam legislar sobre a matéria. A lei não previu as sanções cabíveis em caso de descumprimento de suas normas, sendo aplicáveis as normas legais que preveem a responsabilidade civil, administrativa, penal e por improbidade dos agentes públicos.

Palavras-chave: Serviço público, usuário. Direito do consumidor. Cidadão. Lei 13.460/2017.

ABSTRACT

The text seeks to show the limits of the application of the Consumer Defense Code (CDC) to public service users. The analysis of articles 3, 6, X and 22 demonstrates that the legislator intended to determine the application of this Code to public bodies in the case of public services provided through remuneration only. Difficulties arise relating to the application, to public service suppliers, the sanctions provided for in the CDC, which are subject to specific rules, that provide for internal control by the Administration itself. The penalties that imply the shutdown of public services are inapplicable, due to the principle of public services continuity. Law 13,460/2017 - Public Services Users Defense Law - came to comply with art. 37, paragraph 3, of the Constitution (Constitutional Amendment 19/1998). The mentioned Law covers all public services, even those provided without remuneration. Although states and municipalities may also legislate on the matter, the Law is nationwide applicable. The law did not provide for the sanctions in case of breach of its norms, thus legal rules that provide for civil, administrative, criminal liability, and penalties for public agents misconduct, are applicable.

Keywords: Public service, user. Consumer law. Citizen. Law 13,460/2017.

1 A noção de serviço público e sua justificativa

O tema proposto contém duas ideias — *serviço público e usuários* — que correspondem a dois polos de uma relação jurídica que se estabelece entre, de um lado, o Estado (como titular dos serviços públicos) e, de outro, o cidadão (como usuário dos serviços públicos).

Começamos com a concepção de serviço público e a justificativa para sua existência.

Quando, no direito francês, se concebeu a ideia de serviço público, tinha-se em mente a existência de necessidades coletivas essenciais que não podiam ser deixadas nas mãos da iniciativa privada e do mercado, de um lado, porque faltaria a característica da obrigatoriedade da prestação e, de outro, porque não haveria como impor exigências de continuidade, isonomia, universalidade. Tais imposições iriam contrariar fundamentalmente os princípios da

* Mestre, doutora e livre-docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FDUSP. Professora aposentada como titular de direito administrativo. Procuradora aposentada do Estado de São Paulo.

liberdade de iniciativa e da livre concorrência. A essas razões pode ser acrescentada a ideia de que somente o Estado tem condições de assumir, com caráter de obrigatoriedade, atividades prestadas com prejuízo ou gratuitamente.

Daí a elaboração do conceito tradicional de serviço público que compreende um *elemento subjetivo* (atividade que incumbe ao Estado), um *elemento objetivo* (atividade que atende a necessidades coletivas) e um *elemento formal* (atividade prestada em regime jurídico de direito público). Esse regime é o que engloba os princípios inerentes ao conceito de serviço público, como o da obrigatoriedade, continuidade, universalidade, igualdade de tratamento dos usuários, uniformidade de tarifas, modicidade das tarifas, com possibilidade de prestação de serviços gratuitos ou com tarifas sociais abaixo do custo, mutabilidade do regime jurídico para adaptação ao interesse público, sempre cambiante.

Sem nos determos na evolução do conceito de serviço público (que hoje nem sempre é prestado diretamente pelo Estado e nem sempre sob o regime jurídico inteiramente público), o fato é que, no direito brasileiro, o conceito vem se mantendo apesar dos embates sofridos por influência do direito anglo-saxão e do direito comunitário europeu. Sabe-se que nos Estados Unidos não existe o conceito de serviço público e sim o de serviço de utilidade pública; e o direito comunitário europeu prega o fim do conceito de serviço público, com base no Tratado da União Europeia, sob o argumento de que a ideia de exclusividade do Estado na titularidade de alguns serviços contraria o princípio da liberdade de iniciativa e o da livre concorrência, que estão na base da ordem econômica adotada pela União Europeia. Foi adotado e imposto aos países membros a substituição do conceito de serviço público por *serviço de interesse econômico geral*. A consequência foi a privatização de empresas estatais, a privatização (ou *liberalização*) de serviços públicos, que passaram a ser considerados atividades de natureza privada, com a devolução das empresas estatais à livre iniciativa, à livre concorrência, à liberação de preços.

A consequência de privatizar uma atividade, colocando-a na livre iniciativa, é que o particular não tem o *dever* de prestá-la. Além disso, sendo o serviço prestado por particular, como atividade privada, não se aplicam princípios como os da continuidade, universalidade, isonomia e outros inerentes à

prestação de serviços públicos. Por isso, a Corte Europeia retrocedeu um pouco e passou a permitir, em determinadas atividades econômicas consideradas essenciais (como telecomunicações, energia elétrica e outras), a imposição de *obrigações de serviço público*, especialmente a universalidade e a continuidade.

Depois, retrocedeu um pouco mais quando substituiu a expressão “serviço de interesse econômico geral” por “serviço de interesse geral”, com maior aproximação do conceito de serviço público. Retirou-se o vocábulo “econômico”, tendo em vista que a União Europeia evoluiu de sua posição original, voltada exclusivamente para fins de interesse econômico, para uma posição que abarca também os objetivos sociais.

No Brasil, parte da doutrina fala também em crise no conceito de serviço público. Mas a dificuldade de abandonar a expressão “serviço público” e o seu conceito é grande porque é a própria Constituição que prevê expressamente a competência exclusiva do Estado para a execução de várias atividades, como ocorre no art. 21, XI e XII. E continuam a existir dispositivos que fazem referência a serviços públicos, especialmente os arts. 175 e 37, § 6º. O que vem ocorrendo é uma liberalização parcial, feita pela legislação ordinária, especialmente nas áreas de telecomunicações, energia elétrica, correios, portos, em que uma parte da atividade, atribuída à União para ser exercida por autorização, permissão ou concessão, está sendo deixada à iniciativa privada. Independentemente de não se poder adotar no direito brasileiro a mesma solução imposta no âmbito da União Europeia (em decorrência de óbices de natureza constitucional), passou-se a defender e a implementar a concorrência na prestação de serviços públicos.

2 O serviço público como *dever* do Estado e *direito* do usuário

No direito brasileiro o conceito de serviço público ainda se mantém, por força da própria Constituição Federal, apesar de alguns temperamentos que vêm sendo introduzidos pela legislação ordinária, especialmente na área de serviços públicos de natureza econômica (comerciais e industriais), como correios, energia elétrica, telecomunicações e portos. *A ideia é a de manter parcialmente tais atividades como serviços públicos de titularidade do Estado e liberar uma parcela para a iniciativa privada.* Com isto, introduz-se no ordenamento jurídico a ideia de concorrência na prestação de serviços públicos. Evidentemente,

tais medidas (que implicam privatização parcial de uma atividade que a Constituição previu como de titularidade do Estado) têm sido adotadas com base em interpretação bem elástica de dispositivos da Constituição.

Note-se que é a Constituição que diz, no art. 175, 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. Falar em concessão ou permissão implica reconhecer a titularidade do Estado. Só se pode falar em concessão ou permissão de serviço público quando a atividade é assumida pelo Estado, já que ninguém delega atividade que não lhe pertence.

Além disso, decorre da Constituição a existência indubitável de determinadas atividades que constituem *deveres* do Estado, como as mencionadas no art. 21, XI e XII, e no art. 25, § 2º, todas elas de titularidade exclusiva da União e dos estados-membros, respectivamente. Ao Poder Público cabe decidir se os prestará diretamente ou sob regime de concessão, permissão ou autorização. São os *serviços comerciais e industriais do Estado*.

Também decorre da Constituição a existência de atividades que constituem *deveres* do Estado, porém sem previsão de exclusividade, já que também são expressamente abertas à iniciativa privada. Trata-se dos *serviços sociais não exclusivos do Estado*, dentre eles a saúde, a educação, a assistência social, a cultura, a previdência.

É a Constituição que diz, no art. 196, que a saúde é *direito* de todos e *dever* do Estado; é a Constituição que diz, no art. 205, que a educação é *direito* de todos e *dever* do Estado e da família; é o art. 215 que diz que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional. Isto para mencionar apenas alguns dos serviços públicos previstos na Constituição no capítulo da ordem social.

Vale dizer que o conceito de serviço público permanece no direito brasileiro como atividade que constitui dever do Estado (independentemente da forma como o prestará, direta ou indiretamente). A esse *dever do Estado* corresponde o *direito* do cidadão de exigir a sua prestação, o que pode ser feito individual ou coletivamente, na esfera administrativa ou judicial, por intermédio dos entes públicos ou privados legitimados para a defesa de direitos difusos e coletivos.

Portanto, o primeiro aspecto a ressaltar é que, no direito brasileiro, a satisfação de necessidades

coletivas previstas como deveres do Estado constitui direito do cidadão. Abrange os direitos sociais e os direitos econômicos: serviços sociais e comerciais ou industriais do Estado.

No que diz respeito aos *direitos sociais*, são eles previstos entre os direitos fundamentais, no art. 6º da Constituição:

São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma da Constituição.

Segundo José Afonso da Silva (2003, p. 285-286), os direitos sociais

[...] são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciados em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

O autor classifica os direitos sociais, com base nos arts. 6º a 11 da Constituição, em seis categorias:

(a) *direitos sociais relativos ao trabalhador*; (b) *direitos sociais relativos à segurança*, compreendendo os direitos à saúde, à previdência e assistência social; (c) *direitos sociais relativos à educação e à cultura*; (d) *direitos sociais relativos à moradia*; (e) *direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso*; (f) *direitos sociais relativos ao meio ambiente*. (SILVA, 2003, p. 286)

Note-se que nem sempre os direitos sociais correspondem a prestações positivas proporcionadas pelo próprio Estado, sendo, em alguns casos, impostos à sociedade, como é o caso da proteção ao trabalho (dirigida ao empregador). Além disso, embora colocados como *direitos*, alguns dos previstos no art. 6º estão longe de ser proporcionados pelo Estado, quer direta, quer indiretamente, como é o caso do direito à moradia, à segurança, à proteção, à maternidade e à infância. Tais direitos permanecem mais como objetivos a serem alcançados, a depender da adoção de providências a cargo do legislador e da Administração Pública, objetivos difíceis de serem inteiramente concretizados, em decorrência da insuficiência de

recursos financeiros e, muitas vezes, da má utilização desses recursos pelo Poder Público.

A preocupação do constituinte com os direitos dos cidadãos perante os serviços públicos revela-se pela norma do art. 175, parágrafo único, incisos II, III e IV, da Constituição, segundo o qual a lei disporá sobre os *direitos dos usuários, a política tarifária* (o que também pode proteger os usuários) e a *obrigação de manter serviço adequado*.

A preocupação com os usuários é posteriormente reforçada com a Emenda Constitucional 19/1998, ao introduzir o § 3º no art. 37 da Constituição, assim determinando:

§ 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 artigo 5º, X e XXXIII [*que protegem a intimidade e o direito à informação*];

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

É importante ressaltar que a Constituição não utiliza o vocábulo *consumidor* para referir-se aos destinatários dos serviços públicos. Prefere falar em *usuário* do serviço público, não repetindo a expressão utilizada no art. 5º, XXXII, segundo o qual “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, dando margem a toda uma discussão sobre a inclusão ou não do usuário do serviço público na categoria de consumidor.

Também é importante ressaltar que a defesa do consumidor aparece não só entre os direitos fundamentais elencados no art. 5º, como também entre os princípios da ordem econômica inseridos no art. 170 da Constituição, com o fim de “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. A inclusão desse dispositivo no título da Constituição que trata dos princípios da ordem econômica (fundada na livre iniciativa e na livre concorrência) parece reforçar a ideia de que o vocábulo *consumidor* foi utilizado para referir-se a uma das partes integrantes de uma relação jurídica privada

estabelecida no âmbito econômico e não na esfera de prestação de serviços públicos.

Além disso, a Constituição, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), fixou o prazo de 120 dias para que fosse elaborado o Código de Defesa do Consumidor (art. 48); somente com a Emenda Constitucional 19/1998 (portanto, dez anos depois) é que foi fixado igual prazo para que o Congresso Nacional elaborasse a lei de defesa do usuário de serviço público (art. 27). Embora este último dispositivo atribua a competência ao Congresso Nacional, não há dúvida de que estados, Distrito Federal e municípios podem ter suas próprias leis de defesa dos usuários de serviços públicos, já que, em se tratando de serviços públicos dos diferentes entes federativos, cada qual tem competência própria para legislar sobre a matéria, inclusive sobre os direitos dos usuários.

O art. 48 do ADCT resultou na promulgação tardia do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11/09/1990). O art. 27 do mesmo ADCT somente foi cumprido 19 anos depois de prevista na Emenda Constitucional 19/1998, o que ocorreu com a promulgação da Lei 13.460, de 26/07/2017, que dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos dos usuários dos serviços públicos da Administração Pública.

Apesar da demora na promulgação da lei, os direitos dos usuários, nesse período de omissão do legislador, não ficaram inteiramente desprotegidos, porque o § 3º do art. 37 (introduzido pela referida emenda) consagra alguns princípios que podiam ser aplicados independentemente de lei, até porque decorrem de outros preceitos da Constituição. Trata-se do direito à informação, já assegurado pelo art. 5º, XXXIII, da Constituição, e do direito de representação, também garantido pelo art. 5º, XXXIV. Com base nesses dispositivos, pode sempre o usuário de serviço público de qualquer natureza, exercer, pela via administrativa ou judicial, o direito à informação, como também pode representar perante as autoridades administrativas, o Tribunal de Contas, o Ministério Público, as ouvidorias, sobre as irregularidades na prestação dos serviços públicos, para fins de responsabilização civil, penal ou administrativa, além da responsabilidade por improbidade administrativa. Isto tudo sem falar nas ações coletivas, especialmente na ação civil pública referida no art. 129, III, da Constituição, como importante instrumento de imposição de obrigações

de fazer e não fazer, ao Poder Público, com vistas à defesa de interesses difusos e coletivos.

Além disso, no âmbito da legislação ordinária também existem normas esparsas que protegem os direitos dos usuários, especialmente no que se refere aos serviços comerciais e industriais do Estado.

Assim é que a Lei de Concessões e Permissões (Lei 8.987, de 13/02/1995) deu cumprimento ao art. 175, parágrafo único, da Constituição, estabelecendo, no art. 7º, que

Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

I - receber serviço adequado;

II - receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;

III - obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente;

IV - levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado;

V - comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço;

VI - contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.

Os usuários também têm o direito de escolher uma dentre seis datas opcionais oferecidas pela concessionária para vencimento de seus débitos (conforme art. 7º-A, incluído na Lei de Concessões pela Lei 9.791, de 24/03/1999). Além disso, pela Lei 13.673, de 05/06/2018, foi acrescentado um § 5º ao art. 9º da Lei 8.987 para tornar obrigatória, para a concessionária, a divulgação, em sítio eletrônico, de forma clara e de fácil compreensão pelos usuários, de tabela com o valor das tarifas praticadas e a evolução das revisões ou registros realizados nos últimos cinco anos. Igual exigência foi feita, pela mesma lei, com relação aos serviços de energia elétrica e telecomunicações, com alterações introduzidas nas Leis 9.427, de 26/12/1996, e 9.472, de 16/07/1997.

Ainda dando cumprimento ao art. 175, parágrafo único, da Constituição que, dentre outras coisas, exige seja assegurado serviço adequado, o art. 6º da Lei de Concessões exige que a prestação de serviço seja adequada ao pleno atendimento dos usuários, e define,

no § 1º, o serviço adequado como “o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”. O cumprimento dessas exigências constitui *direito* do usuário, a ser exigido na via administrativa e judicial.

Como o art. 7º da Lei de Concessões estabelece os direitos dos usuários “sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990”, depreende-se que o legislador entendeu que o usuário de serviço público exercido mediante concessão também se insere no conceito de *consumidor*. Isto, no entanto, tem que ser entendido em seus devidos termos, como se demonstrará adiante.

Merece menção, ainda, o Decreto 3.507, de 13/06/2000, que dispunha sobre o estabelecimento de padrões de qualidade do atendimento prestado aos cidadãos pelos órgãos e pelas entidades da Administração Pública Federal direta, indireta ou fundacional. Enquanto a Lei 8.987 aplica-se aos serviços prestados por concessionárias de serviços públicos, o Decreto 3.507 abrangia os serviços prestados diretamente pelo Estado, seja por seus próprios órgãos, seja pelas entidades da Administração indireta. Enquanto a Lei 8.987 é de âmbito nacional, o Decreto 3.507 era de aplicação restrita à União. Esse decreto não mais está em vigor, tendo sido revogado pelo Decreto 6.932, de 11/08/2009, este último revogado pelo Decreto 9.094, de 17/07/2017, que dispõe sobre a simplificação do atendimento prestado aos usuários dos serviços públicos, ratifica a dispensa do reconhecimento de firma e da autenticação em documentos produzidos no país e institui a Carta de Serviços ao Usuário. Esse decreto foi baixado já na vigência da lei de defesa dos usuários dos serviços públicos da Administração Pública (Lei 13.460, de 26/06/2017).

Muito antes disso, o estado de São Paulo havia promulgado a Lei 10.294, de 20/04/1999, dispondo sobre proteção e defesa do usuário do serviço público. Basicamente, ela prevê três tipos de direitos dos usuários: *direito à informação*, *direito à qualidade* e *direito ao controle*. Em relação a cada um desses itens, a lei especifica os direitos dos usuários. Ela indica os entes abrangidos (Administração direta e indireta dos três Poderes) e, com relação às concessionárias de serviços públicos, prevê a inclusão, nos respectivos contratos, de cláusulas impondo a adoção das

exigências estabelecidas na lei. Também prevê órgão para receber denúncia e apurar irregularidades.

Também os estatutos funcionais contemplam normas que impõem deveres aos servidores públicos, como o de atender com presteza ao público em geral, prestando as informações requeridas, e o de tratar com urbanidade as pessoas. A tais deveres corresponde o direito do usuário de exigir o seu cumprimento.

Como se verifica, ainda que não houvesse uma sistematização, em um único diploma legal, dos instrumentos de garantia dos direitos dos usuários, muitos já estavam previstos no direito positivo, em legislação esparsa.

3 O usuário de serviço público perante o Código de Defesa do Consumidor – CDC

Com relação aos usuários de serviços públicos comerciais e industriais do Estado, cogita-se de sua identificação ou não com o *consumidor*, para fins de aplicação do Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei 8.078, de 11/09/1990).

Pelo art. 2º do Código, “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Nos termos do parágrafo único desse dispositivo, “equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que determináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

Nas palavras de José Geraldo Brito Filomeno, consumidor é

[...] qualquer pessoa física que, isolada ou coletivamente, *contrate* para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, *aquisição* ou a *locação de bens*, bem como a *prestação de serviços*.

A seu ver,

[...] há que se equiparar o consumidor à coletividade que potencialmente esteja sujeita ou propensa à referida contratação. Caso contrário, deixaria à própria sorte, por exemplo, o público-alvo de campanhas publicitárias enganosas ou abusivas, ou então sujeito ao consumo de produtos ou serviços perigosos ou nocivos à sua saúde ou segurança (FILOMENO, 1991, p. 27).

Na realidade, como bem ressalta o autor, o consumidor é um dos partícipes da *relação de consumo*, aparecendo em uma posição de *hipossuficiência* frente ao *fornecedor*. Segundo ele, a relação de consumo apresenta as seguintes características:

1. envolve basicamente duas partes bem definidas: de um lado o adquirente de um produto ou serviço (*consumidor*); de outro o fornecedor ou vendedor de um serviço ou produto (*produtor/fornecedor*);
2. tal relação destina-se à satisfação de uma necessidade privada do consumidor;
3. o consumidor, não dispondo, por si só, de controle sobre a produção de bens de consumo ou prestação de serviços que lhe são destinados, arrisca-se a submeter-se ao poder e às condições dos produtores daqueles mesmos bens e serviços.

A partir dessas características, até se poderia concluir que qualquer serviço prestado ao particular caracteriza uma relação de consumo para fins de aplicação do CDC. Abrangeria inclusive o serviço público.

Porém, assim não é. A lei tem que ser interpretada sistematicamente, de forma a extrair do conjunto de seus dispositivos e do regime jurídico a que se submete a Administração Pública, a conclusão correta sobre os limites de sua aplicabilidade aos usuários de serviços públicos.

Três dispositivos são especialmente relevantes: o art. 3º, que define o fornecedor, o art. 6º, inciso X, que contém a expressão *serviço público*, e o art. 22, que se refere especificamente aos órgãos públicos.

Pelo art. 3º, fornecedor é

[...] toda pessoa física ou jurídica, *pública ou privada*, nacional ou estrangeira, bem como entes despersonalizados, que desenvolvam atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

A preocupação do dispositivo não é com a natureza jurídica do fornecedor, mas com o tipo de atividade que exerce.

O § 2º do mesmo dispositivo complementa o *caput* ao exigir mais uma característica, que é a *remuneração*.

Por sua vez, o art. 22 determina que

[...] os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Nos termos do parágrafo único,

[...] nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as

peças jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código.

E o art. 6º, inciso X, coloca entre os direitos básicos do consumidor, a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

A interpretação conjunta desses dispositivos permite concluir que:

a) em primeiro lugar, foi intenção do legislador determinar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos órgãos públicos, embora a expressão “órgãos públicos”, contida no art. 22, seja inadequada, porque abrange apenas entes sem personalidade jurídica e é evidente que não foi esse o sentido em que a expressão foi utilizada; na realidade, a norma abrange tanto os órgãos como as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, que prestem serviços públicos, conclusão que se confirma pela referência a “empresas, concessionárias, permissionárias ou qualquer outra forma de empreendimento”;

b) em segundo lugar, as normas somente se aplicam se os serviços públicos forem prestados mediante remuneração, o que inclui apenas os serviços comerciais e industriais do Estado e exclui os serviços administrativos e sociais prestados sem qualquer tipo de contraprestação pelo usuário; em consequência, serviços como saúde e educação, quando prestados como serviços públicos pelo Estado ou pelas entidades da Administração indireta, são excluídos da abrangência da lei, porque gratuitos; já os serviços de saúde e educação, quando prestados por particulares, com base no princípio da liberdade de iniciativa, são alcançados pela lei, desde que prestados mediante remuneração; mas, no caso, a atividade não tem a natureza de serviço público, já que falta um de seus elementos característicos, a saber, a titularidade do Estado.

Outro dado a ressaltar é que há uma dificuldade em aplicar às entidades prestadoras de serviços públicos as sanções previstas no CDC. Se a entidade for da Administração indireta, ela está sujeita aos controles internos pela própria Administração Pública e ao controle externo pelo Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas. Se for concessionária ou permissionária de serviço público, liga-se ao poder concedente por meio de um contrato, que já prevê as penalidades cabíveis, com fundamento no direito positivo. Nem se poderia cogitar de aplicar penas como *suspensão temporária de atividade, cassação de licença do estabelecimento, interdição total, proibição de*

fabricação do produto, pois tais penalidades contrariam o princípio da continuidade do serviço público. O prestador de serviço público tem o *dever* de fazê-lo pela forma estabelecida na lei e no contrato, estando sujeito também às consequências previstas na lei instituidora ou no contrato. A consequência é que a aplicação do CDC aos usuários de serviços públicos, além de limitar-se aos serviços públicos remunerados, ainda sofre outras limitações decorrentes da própria natureza da atividade.

Também em relação à *responsabilidade* existem diferenças profundas entre a *relação de consumo* abrangida pelo CDC e a *relação de serviço público*. A empresa prestadora de serviço público não o faz por sua livre iniciativa. Ela está sujeita à prestação da atividade nos termos em que a mesma é outorgada ou delegada pelo Poder Público. Ela não é titular do serviço. Ela não tem a possibilidade de produzir bens ou serviços por sua livre iniciativa. Ela não tem autonomia de vontade, pois atua nos limites e nas condições impostas pelo Poder Público, sujeitando-se às consequências previstas no direito positivo para esse tipo de descentralização. Ela não presta o serviço apenas para o usuário que a contrata. Ela tem o dever de prestar o serviço a todos que preenchem os requisitos legais, como decorrência do princípio da universalidade. Daí ser limitada a aplicação do CDC às empresas prestadoras de serviços públicos.

Por isso tudo, teria sido ideal a promulgação do Código de Defesa do Usuário do Serviço Público, paralelamente ao CDC. Apenas dezoito anos após a promulgação desse Código, que é de 1990 é que veio a ser promulgada a Lei 13.460, de 26/06/2017, assim mesmo com prazo de vigência de 360 dias, previsto no art. 25 da lei, com as exceções contidas nos incisos II e III do mesmo dispositivo, que preveem, respectivamente, o prazo de quinhentos e quarenta dias para os municípios que tenham entre cem mil e quinhentos mil habitantes, e de setecentos e vinte dias para os municípios com menos de cem mil habitantes.

No que diz respeito aos *direitos sociais*, as dificuldades talvez sejam maiores. Embora se fale em *direitos* que correspondem a *deveres* do Estado, esses deveres nem sempre são assumidos pelo próprio Estado, sendo, em alguns casos, impostos à sociedade, como é o caso da proteção do trabalho (dirigida ao empregador) e da proteção à infância e aos idosos, impostos ao próprio Estado e à sociedade. Muitos dos direitos sociais estão longe de ser proporcionados pelo

Estado, seja direta seja indiretamente, como é o caso dos direitos à moradia, à segurança, aos desamparados, à infância. Alguns desses direitos são assegurados por normas programáticas, jamais complementadas por medidas adequadas dependentes de atuação do Poder Público. Outros são apenas objeto de fomento pelo Estado, por meio de parcerias com entidades do terceiro setor, na maior parte dos casos não devidamente controladas pelo Poder Público.

Vale dizer que, quanto aos serviços sociais do Estado, o direito positivo é muito mais pobre no que diz respeito à proteção dos usuários. E é exatamente nessa esfera que a proteção do usuário seria mais relevante, porque o usuário dependente de serviço social do Estado é exatamente aquele que vem das classes menos privilegiadas da população.

Em algumas áreas, especialmente na da saúde e da educação, a omissão do Poder Público deu lugar à judicialização de políticas públicas, mediante ações judiciais propostas individualmente (às vezes coletivamente), com resultados perversos para o *interesse coletivo* (já que as decisões judiciais somente beneficiam as partes que têm mais fácil acesso ao Judiciário, o que nem sempre inclui os mais necessitados), para a *separação de Poderes* (porque o Judiciário invade áreas de competência dos outros Poderes) e para o *equilíbrio orçamentário* (porque as decisões judiciais impostas ao Poder Público sobrecarregam os orçamentos com despesas diversas das previstas na lei orçamentária).

4 A lei de defesa do usuário de serviço público

Para dar cumprimento à norma do art. 37, § 3º, da Constituição (inserida pela Emenda Constitucional 19/1998), foi publicada, com dezenove anos de atraso, a Lei 13.460, de 26/06/2017, que dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da Administração Pública. Essa lei foi regulamentada pelo Decreto 9.492, de 05/09/2018.

Apesar da amplitude do dispositivo constitucional, a lei, nos termos do art. 1º, § 1º, limita-se a dar aplicação apenas ao *caput* e ao inciso I, segundo o qual

[...] 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.

A lei deixou de lado os incisos II e III do § 3º do art. 37 da Constituição, que cuidam, respectivamente, do “acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo” e “a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública”. E o fez, provavelmente, porque tais direitos já estão disciplinados em lei: o inciso II trata do direito à informação, já regulado pela Lei 12.527, de 18/11/2011, conforme consta expressamente do art. 2º, parágrafo único, da Lei 13.460/2018; e o inciso III prevê o direito de representação, já regulado pela Lei 4.898, de 09/12/1965 e recepcionado pela Constituição de 1988.

A Lei 13.460 é de âmbito nacional, pois abrange toda a Administração Pública, direta e indireta da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, como está expresso em seu art. 1º, § 1º. A lei ainda se aplica subsidiariamente aos serviços públicos prestados por particular, como concessionários, permissionários, parceiros privados, entidades do terceiro setor, e toda a categoria de particulares que exercem atividades em colaboração com o Poder Público, como os tradutores e intérpretes públicos, os empregados de cartórios extrajudiciais, os jurados, os requisitados para trabalhar nas eleições, dentre outros. É o que determina o § 3º do art. 1º.

O regulamento (Decreto 9.492/2018) restringe o alcance do dispositivo legal, porque, no art. 2º, determina que

[...] o disposto neste Decreto se aplica: I – aos órgãos da administração pública federal direta, autárquica e fundacional; II – às empresas estatais que recebam recursos do Tesouro Nacional para o custeio total ou parcial de despesas de pessoal ou para o custeio em geral; III – às empresas estatais que prestem serviços públicos, ainda que não recebam recursos do Tesouro Nacional para custeio total ou parcial de despesas de pessoal ou para o custeio em geral.

O regulamento acerta quando limita o alcance de suas normas às empresas estatais que prestem serviços públicos, deixando de lado as que exercem atividades de natureza econômica próprias da iniciativa privada (as quais se sujeitam ao art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal, e, portanto, ao CDC). Mas erra quando faz referência a empresas estatais que recebam recursos da União; não é essa dependência que submete as

empresas à Lei 13.460, mas o fato de prestarem serviços públicos.

O fato de a lei ser de âmbito nacional não impede que cada ente federativo contemple direitos e deveres de usuários de serviços públicos, quando se trate de atividades que se insiram na competência de cada qual. E não revoga nem derroga dispositivos de outras leis que definem direitos dos usuários, como, por exemplo, a Lei de Concessões (Lei 8.987/1995). Trata-se de aplicação da norma do art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), pela qual “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

Tal conclusão, além de resultar desse dispositivo da LINDB, está expressa no art. 1º, § 2º, da Lei 13.460, pelo qual

[...] 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 [CDC], quando caracterizada relação de consumo.

Ressalte-se que a aplicação do CDC tem que levar em consideração não apenas a existência de relação de consumo, mas também as limitações referidas no item anterior, em que foi analisado o tema do “usuário de serviço público perante o Código de Defesa do Consumidor”.

A Lei 13.460 contém algumas definições, em seu art. 2º, cabendo ressaltar o conceito de *usuário* (“pessoa física ou jurídica que se beneficia ou utiliza, efetiva ou potencialmente, de serviço público”), de *serviço público* (“atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública”) e de *manifestações* (“reclamações, denúncias, sugestões, elogios e demais pronunciamentos de usuários que tenham como objeto a prestação de serviços públicos e a conduta de agentes públicos na prestação e fiscalização de tais serviços”). O regulamento baixado pelo Decreto 9.492/2018 vai além e define reclamação, denúncia, elogio, sugestão, solicitação de providências, certificação de identidade e decisão final (art. 3º).

A *participação* do usuário se dá: (i) pelo direito ao “acompanhamento da prestação e na avaliação dos serviços”, conforme previsto, entre os direitos básicos, no art. 6º, inciso I; (ii) por meio das *manifestações*,

definidas no art. 2º, V, e disciplinadas no capítulo III da lei; e (iii) por meio dos *conselhos de usuários*, previstos e disciplinados pelos arts. 18 a 22.

Embora o *direito à informação* esteja disciplinado pela Lei 12.527/2011, a Lei 13.460 contém algumas normas que têm por objetivo garantir o exercício desse direito no que diz respeito aos serviços públicos a cuja prestação tem direito:

a) o art. 3º exige a publicação, com periodicidade anual, de

quadro geral dos serviços públicos prestados, que especificará os órgãos ou entidades responsáveis por sua realização e a autoridade administrativa a quem estão subordinados ou vinculados.

Tal exigência evita que o usuário de serviço público fique perdido quanto aos serviços disponíveis e aos órgãos competentes para a sua prestação;

b) o art. 6º inclui entre os direitos básicos do usuário:

- o “acesso e obtenção de informações relativas à sua pessoa constantes de registros ou bancos de dados, observado o disposto no inciso X do *caput* do art. 5º da Constituição Federal e na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011” (inciso III); faltou a referência ao art. 5º, LXXII, da Constituição, que concede *habeas data* para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, bem como para retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

- a “proteção de suas informações pessoais, nos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011” (inciso IV); essa proteção completa-se com a promulgação da Lei 13.709, de 14/08/2018, que protege os dados pessoais;

- a “obtenção de informações precisas e de fácil acesso nos locais de prestação do serviço, assim como sua disponibilização na internet”, especialmente sobre os dados referidos no dispositivo (inciso VI), como horário de funcionamento, local onde os serviços são prestados etc.;

c) o art. 7º prevê a obrigatoriedade, para os órgãos e entidades abrangidos pela lei, de divulgarem a *carta de serviços ao usuário*, que tem por objetivo

[...] informar o usuário sobre os serviços prestados pelo órgão ou entidade, as formas de acesso a

esses serviços e seus compromissos e padrões de qualidade de atendimento ao público;

ela deve conter os dados referidos no § 2º do art. 7º; trata-se de exigência que praticamente se confunde com a contida no já referido art. 3º, que faz referência à divulgação de quadro geral dos serviços públicos prestados. A carta de serviços ao usuário deve ser atualizada periodicamente e ser divulgada mediante publicação em sítio eletrônico do órgão ou entidade na internet (§ 4º do art. 7º). Dentre outras informações, a carta de serviços ao usuário deve detalhar os compromissos e padrões de qualidade do atendimento relativos, no mínimo, aos aspectos mencionados no § 3º do art. 7º.

Nos termos do § 5º do art. 7º, “Regulamento específico de cada Poder e esfera de Governo disporá sobre a operacionalização da Carta de Serviços ao Usuário”. Na esfera federal, esse regulamento consta do Decreto 9.094, de 17/07/2017, que dispõe sobre a simplificação do atendimento prestado aos usuários dos serviços públicos, ratifica a dispensa do reconhecimento de firma e da autenticação em documentos produzidos no país e institui a carta de serviços ao usuário. Em consonância com o art. 16 do decreto, o servidor público ou o militar que descumprir o disposto nesse decreto estará sujeito às penalidades previstas, respectivamente, na Lei 8.112, de 11/12/1990, e na Lei 6.880, de 09/12/1980, que tratam, respectivamente, do regime estatutário dos servidores públicos civis (da União) e dos militares. O dispositivo também prevê, no parágrafo único, que os usuários dos serviços públicos que tiverem os direitos garantidos pelo decreto desrespeitados poderão representar ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, a quem cabe, juntamente com os órgãos de controle interno do Poder Executivo federal, a responsabilidade pelas providências para responsabilização dos servidores públicos e dos militares que praticarem atos em desacordo com suas disposições (art. 17 do regulamento).

Além da definição dos *direitos dos usuários* (arts. 5º e 6º), a Lei 13.460 aponta os *deveres dos usuários*, no art. 8º.

Com relação às *manifestações*, foram definidas no art. 2º, inciso V, de forma bem ampla, de modo a abranger todos os pronunciamentos de usuários que tenham como objeto a prestação de serviços públicos e a conduta de agentes públicos na prestação e fiscalização de tais serviços. Constituem instrumento

de *participação* do usuário no acompanhamento e avaliação dos serviços públicos. Abrange reclamações, denúncias, sugestões, elogios, dentre outros tipos de pronunciamento. No que diz respeito às denúncias, praticamente confundem-se com o direito de representação, que tem fundamento no art. 5º, inciso XXXIV, *a*, da Constituição, que garante “o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”, disciplinado, em parte, pela Lei 4.898/1965; e também tem fundamento no art. 37, § 3º, inciso III, da Constituição.

Tais manifestações devem ser dirigidas à ouvidoria (com as competências previstas no art. 13 da Lei 13.460). O Decreto 9.492/2018, que regulamenta a lei, instituiu o Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo Federal, do qual fazem parte, como órgão central, o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, por meio da Ouvidoria-Geral da União; e, como órgãos setoriais, as ouvidorias dos órgãos e das entidades da Administração Pública federal abrangidos pelo decreto e, na inexistência destas, as unidades diretamente responsáveis pelas atividades de ouvidoria. No âmbito dos demais entes federativos, cabe a cada qual criar os seus próprios órgãos de ouvidoria.

No caso de inexistência de ouvidoria, as manifestações devem ser dirigidas ao órgão ou entidade responsável (art. 10 da Lei 13.460). Já foi realçado que as representações feitas com base no Decreto 9.094/2017 devem ser dirigidas ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. O recebimento das manifestações pelo Poder Público é obrigatório, como também obrigatória é a resposta a elas (art. 14, inciso I) e o encaminhamento da decisão administrativa final ao usuário, no prazo de 30 dias, prorrogável de forma justificada, uma única vez, por igual período (art. 16).

Com relação aos *conselhos de usuários*, o art. 18 deixa claro que constituem instrumento de participação dos usuários no acompanhamento da prestação e avaliação dos serviços públicos, sem prejuízo de outras formas previstas em lei. Suas atribuições são previstas no parágrafo único do mesmo dispositivo, abrangendo, sinteticamente, os poderes de acompanhar, fiscalizar, participar da avaliação e propor melhorias na prestação dos serviços.

A composição dos conselhos deve observar os critérios de representatividade e pluralidade das partes interessadas, com vistas ao equilíbrio em

sua representação (art. 19), devendo a escolha dos representantes ser feita em processo aberto ao público e diferenciado por tipo de usuário a ser representado (parágrafo único). O conselho pode ser consultado quanto à indicação do ouvidor. A participação do usuário no conselho será considerada serviço relevante (art. 21) e sem remuneração. A organização e funcionamento do conselho deve ser objeto de regulamento específico de cada Poder e esfera de governo (art. 22).

A Lei 13.460 ainda contém normas sobre *avaliação continuada dos serviços públicos*, quanto aos aspectos referidos no art. 23, a ser realizada por pesquisa de satisfação feita, no mínimo, a cada ano, ou por qualquer outro meio que garanta significância estatística aos resultados. Tais resultados devem ser publicados no sítio do órgão ou entidade, incluindo o *ranking* das entidades com maior incidência de reclamação dos usuários no ano, e serve de subsídio para reorientar e ajustar os serviços prestados, em especial quanto ao cumprimento dos compromissos e dos padrões de qualidade de atendimento divulgados na carta de serviços ao usuário (art. 23, § 2º).

A Lei 13.460/2017 não prevê as sanções cabíveis em caso de descumprimento de suas normas, diferenciando-se do CDC, que especifica as penalidades aplicáveis. No entanto, há que se entender que, se o descumprimento for atribuído a servidor público, as sanções cabíveis são as previstas no respectivo regime estatutário, sem prejuízo de outras leis que definam infrações e sanções imputáveis a agentes públicos, como a Lei de Improbidade Administrativa. O mesmo se diga com relação aos militares, que estão sujeitos a legislação específica no que diz respeito ao regime jurídico a que se submetem, inclusive no que diz respeito às infrações e penalidades cabíveis. No caso do descumprimento, por particulares, das normas da Lei de Defesa dos Usuários dos Serviços Públicos, as sanções são as previstas na legislação em que se baseou a outorga ou a delegação do serviço público.

Outra diferença entre o CDC e a Lei 13.460 diz respeito aos serviços públicos abrangidos pelas duas leis: o CDC só abrange os serviços públicos comerciais e industriais do Estado, prestados mediante remuneração, enquanto a Lei 13.460 abrange todos os serviços públicos, comerciais, industriais, sociais e mesmo os administrativos, sejam eles prestados pela Administração direta ou indireta de qualquer dos

Poderes de todas as esferas do governo, sejam eles executados por particulares, a qualquer título.

5 Referências

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 1991.