

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

ARTHUR EIDELWEIN

**LEI 13460 E SUA APLICAÇÃO DE FORMA SUBSIDIÁRIA CASO O SERVIÇO SEJA
PRESTADO POR PARTICULAR**

Porto Alegre

2018

ARTHUR EIDELWEIN

**LEI 13460 E SUA APLICAÇÃO DE FORMA SUBSIDIÁRIA CASO O SERVIÇO SEJA
PRESTADO POR PARTICULAR**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito para aprovação
na Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Rafael da Cás Maffini

Porto Alegre

2018

ARTHUR EIDELWEIN

**LEI 13460 E SUA APLICAÇÃO DE FORMA SUBSIDIÁRIA CASO O SERVIÇO SEJA
PRESTADO POR PARTICULAR**

Monografia apresentada como exigência
parcial para a obtenção do título de Bacharel
em Direito na Universidade Federal do Rio
Grande do Sul - UFRGS
- Faculdade de Direito.

Aprovada em 11 de janeiro de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Rafael da Cás Maffini

Examinador (a)

Examinador (a)

AGRADECIMENTOS

AGRADEÇO, PRIMEIRAMENTE A DEUS, FONTE DE TUDO. AOS MEUS PAIS, RAZÃO DE EXISTIR E PRINCIPAIS EXEMPLOS NA MINHA VIDA. MEUS IRMÃOS, COMPANHEIROS A TODA HORA.

MINHA FUTURA ESPOSA, JULIANA, POR TODO CARINHO E COMPREENSÃO NOS MOMENTOS DIFÍCEIS. AOS MEUS AMIGOS PELO APOIO INCONDICIONAL.

AO DIREITO DA UFRGS PELA OPORTUNIDADE, E AO MEU GRANDE ORIENTADOR, MAFFINI, PELA PACIÊNCIA E SÁBIOS ENSINAMENTOS.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo o estudo do artigo primeiro parágrafo terceiro da lei 13460/2017 bem como a análise do conceito de serviço público apresentado pela mesma lei, fazendo uma comparação com a atual situação dos usuários de serviço público e com as vindouras novas normas de proteção. Devido à falta de doutrina em relação a recente lei 13460/2017 o presente trabalho vai adotar como principal método de análise do referido parágrafo da lei a hermenêutica, juntamente com a doutrina semelhante encontrada. O trabalho, também, mostra a importância do serviço público frente ao descaso com que é tratado.

Palavras Chave: Lei 13.460/17. Serviço público. Lei 8.987/95. Subsidiariedade. Direito dos usuários.

ABSTRACT

The purpose of the present work is to study the first article third paragraph of the Brazilian law 13.460/2017, as well as the analysis of the public service concept presented by the same law, comparing the current situation of its users along with newcomer protectionist rules. Due to the lack of doctrine by the 13.460/2017 recent law, the present work will adopt as main method of analysis of the referred paragraph the hermeneutics law, along with the similar doctrine found. The work also shows the importance of the public service against the neglect with which is treated.

Keywords: Law 13.460/17. Public Service. Law 8.987/95. Subsidiarity. User rights.

LISTA DE SIGLAS

Art - Artigo

CF – Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988

TCU – Tribunal de Contas da União

RE – Recurso Extraordinário

RS – Rio Grande do Sul

EC – Emenda à Constituição

EU – União Européia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DO SERVIÇO PÚBLICO.....	11
1.1 Conceito	11
1.2 Princípios do serviço público.....	16
1.3 O conceito de serviço público e a lei 13460.....	21
1.4 Prestação de Serviço público.....	23
1.4.1 Classificação Dos Serviços Públicos	23
1.4.2 Concessão, Permissão E Autorização.....	24
1.4.3. Prestação De Serviço Público.....	29
2 SUBSIDIARIEDADE DA LEI 13.460/2017.....	30
2.1 Considerações iniciais sobre a lei 13.460/2017	30
2.2 Interpretação do direito e argumentos hermenêuticos.....	32
2.3 Subsidiariedade e análise da sua aplicação	36
CONCLUSÕES	47
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	50

INTRODUÇÃO

A presente monografia se propõe a estudar a nova lei de defesa do usuário de serviço público (lei 13.460/2017), mais precisamente seu artigo primeiro parágrafo terceiro que traz dois questionamentos: primeiro quais as leis que serão tidas como principais para esta nova lei ser tida como subsidiária, em segundo qual será o particular para que esta lei seja aplicada de forma subsidiária.

Além de tentar elencar as leis tidas como “principais” em relação a lei 13.460 e qualificar o particular, busca-se, com o presente estudo, verificar também a definição de serviço público que a lei descreve que, até então, não tinha um conceito legal e avalia-la segundo a vasta e dissonante doutrina que existe a respeito.

Para tal estudo, será necessário analisar o serviço público como um todo, seu conceito, suas características e suas classificações, pois ele é o foco da recente lei e é através desta análise que conseguiremos chegar a diversas conclusões as quais o trabalho se propõe. O Serviço público sofreu diversas transformações ao decorrer do tempo, se moldando a necessidade da sociedade em que é inserido e no Brasil não é diferente.

O trabalho irá analisar também a definição que a nova lei apresenta para o serviço público utilizando das características e classificações que aparecem na doutrina conturbada que se tem em volta deste assunto.

Por conseguinte iremos analisar a prestação do serviço público, que é de titularidade do poder público, as diferentes formas de prestação do serviço bem como suas características e sua classificação, tentando diferenciar as diversas maneiras pela qual ele pode ser prestado, diretamente pelos órgãos e entidades do governo ou através das concessões, permissões e autorizações.

Após isto o trabalho faz breves análises e considerações a nova lei, trabalhando em volta da sua necessária e já atrasada criação através da EC 19 de 1998, lei que demorou quase 30 anos para ser editada, mesmo existindo necessidade de regulamentar a importância que o serviço público tem para a população.

Devido ao fato da lei ser muito recente e escassa a doutrina e inexistente a

jurisprudência envolva dela, logo a análise vai partir de métodos de interpretação do direito, que serão explanados brevemente também neste trabalho, em razão de serem os pressupostos que embasarão as conclusões do estudo.

Por fim o estudo analisará em conjunto as leis 13.460/2017 e 8987/1995, juntamente com a CF, e por ventura alguma lei que trate do serviço público, principalmente no tocante a direitos e deveres dos usuários, que é o cerne da lei de defesa dos usuários de serviço público. O trabalho visa analisar de forma sistemática as relações entre os direitos e deveres dos usuários entre as principais leis sobre o assunto já supracitadas e analisará, como referido no começo desta introdução, a subsidiariedade que uma tem perante a outra, em que medida se dá, e quais as novidades que a lei pode apresentar para complementar os direitos e deveres que já existiam aos usuários.

1 DO SERVIÇO PÚBLICO

Neste capítulo analisaremos a doutrina envolvendo o serviço público, partindo de sua conceituação conturbada, analisando sua evolução histórica e sua importância, bem como os princípios que o norteiam e por fim sua prestação, enfatizando a prestação delegada.

1.1 Conceito

A definição de serviço público não é tarefa fácil, existe na doutrina uma grande divergência no tocante a sua classificação. Di Pietro afirma que isto se dá em razão das consideráveis transformações que a noção de serviço público sofreu ao longo dos anos, tanto no que diz respeito aos seus elementos constitutivos quanto no que concerne sua abrangência.¹

Existe, porém, uma concordância na doutrina de que o serviço público é um serviço que em razão de sua natureza não pode ser deixado na mão da iniciativa privada, pois é necessário para a vida em sociedade e estão diretamente relacionados com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, Justen Filho afirma que o serviço público existe porque os direitos fundamentais não podem ser deixados de ser satisfeitos.² Justamente por isso necessitam de grande regulação para que serviço seja prestado de maneira eficaz.

Este compromisso com o serviço público encontra-se na constituição federal em seu art 175:

Art. 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

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 131.

² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito Administrativo**. 12 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.550.

- 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.³

A constituição porém não faz nenhuma contribuição para a definição de serviço público, deixando esta grande lacuna no ordenamento para que a doutrina o preencha. A nova lei de defesa do usuário de serviço público traz uma definição que será discutida a seguir. Para gerar a discussão posterior tentarei trazer as diferentes definições e elementos que os autores utilizam para tentar conceituar o serviço público.

Grande parte da Doutrina “divide” o serviço público em 2: o serviço público em sentido amplo; e o serviço público em sentido estrito. Esta divisão pode ser vista através da ótica da evolução do direito, e em especial do direito administrativo, pois nota-se a especificação da noção que antes era muito abrangente, e será vista a seguir:

1.1.1. Serviço público em sentido amplo (lato sensu)

O conceito de serviço público não é uniforme na doutrina, pois sofreu consideráveis transformações no decurso do tempo, tanto no que diz respeito aos seus elementos constitutivos, quanto no que concerne à sua abrangência. Além disso, este conceito ora tem um noção orgânica, ao qual alude ao conjunto de órgãos e entidades estatais responsáveis pela prestação das atividades voltadas à coletividade; ora apresenta uma conceituação formal, identificando-o por características extrínsecas; ora expõe um conceito material, visando defini-lo por determinada atividade a ser realizada.⁴

Di Pietro afirma que:

As primeiras noções de serviço público surgiram na França, com as chamadas Escolas de serviço público, e foram tão amplas que abrangiam, algumas delas, todas as atividades do Estado.⁵

³ BRASIL, Constituição da República Federativa do. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 23/12/2017.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p 327.

⁵ DI PIETRO, 2017, p 131.

Importante citar que Dinorá Adelaide Musetti Grotti afirma que a construção do direito administrativo se deu como o direito dos serviços públicos administrativos, e a priori, era a principal a razão de ser estado. Após este período necessitou determinar uma diferença entre os poderes administrativos e os poderes judiciais, começando assim a grande divisão do serviço público. Com o passar dos anos também se viu a necessidade de separar também os serviços da administração dos atos de império feitos pela administração, começando assim a lapidar o que seria o serviço público.⁶

Porém foi somente no século XX que a noção de serviço público começou a ter um significado técnico-jurídico, pois até então o debate em relação a ele se dava mais no campo político e sociológico porém ainda dotava de todos os atos da administração pública, sendo que a concepção atual diferencia o serviço público das outras atividades estatais, principalmente do poder de polícia.⁷

Hely Lopes Meirelles conceitua serviço público, em sentido amplo, 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.⁸

As transformações no conceito de serviço público foram de acordo com o tempo, espaço, e a dinâmica do contexto social, político e econômico em que foi inserido. Assim, esta noção deve ser interpretada de acordo com o modelo de Estado que se adota, estruturado em função do nível de intervenção estatal na atividade econômica e a não concentração de poderes.

Por mais que a doutrina faça tenha evoluído vale sempre lembrar outra Passagem de Di Pietro:

Considerando que alguns doutrinadores de Direito Administrativo preferem um conceito mais amplo, enquanto outros utilizam um conceito mais restrito, vale mencionar que não há nenhum conceito mais correto que o outro, portanto, tanto o conceito mais amplo quanto o mais restrito estão certos, mudando

⁶ GROTTI, Dinorá A. M. **O serviço público e a constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p 26-31

⁷ GROTTI, 2003, p 31-43.

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 330.

apenas as atividades consideradas como serviço público.⁹

1.1.2. Serviço público em sentido restrito (*stricto sensu*)

O serviço público em sentido restrito se dá somente na esfera da administração pública, e como já dito a cima, exclui-se o poder de polícia. Este serviço público é tão somente o fornecimento de serviços aos particulares, para garantir o bem-estar e o progresso social.¹⁰

É importante então, para uma melhor elucidação do trabalho, explicar o poder de polícia e sua diferença do serviço público. Primeiramente é preciso definir poder de polícia, para tal utilizo a passagem de Bandeira de Mello:

Pelo poder de polícia, o estado, mediante lei, condiciona, limita, o exercício do poder de liberdade e da propriedade dos administrados, a fim de compatibilizá-las com o bem-estar social. Daí que a administração fica incumbida de desenvolver certa atividade destinada a assegurar que a atuação dos particulares se mantenha consoante com as exigências legais, o que pressupõe a prática de atos, ora preventivos, ora fiscalizadores e ora repressivos.¹¹

A definição de poder de polícia encontra fundamentação legal no artigo 78 do código tributário nacional, que dispõe:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 1966).¹²

Existe uma grande confusão entre o serviço público e o poder de polícia pelo fato de ambas atividades serem exercidas pela administração pública, o problema é que a pessoa leiga chama qualquer atividade realizada pelo estado de serviço, e

⁹ DI PIETRO, 2017, p 133.

¹⁰ DI PIETRO, 2017, p 135.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**. 27. Ed. São Paulo. Malheiros, 2011. P 683.

¹² BRASIL, Lei nº 5.172/1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm> Acesso em 23/12/2017.

como o poder de polícia é prestado pelo poder público, logo vira serviço público, quando na verdade é preciso separar os 2 tipos de atividades exercidas pelo estado. O poder de polícia pode ser retratado como uma atividade jurídica, pois tem como objetivo a preservação da paz, ordem pública, da segurança coletiva, da confiança e boa-fé. Enquanto o serviço público pode se traduzir em uma atividade social que tem por objetivo a qualidade de vida dos administrados, através da prestação de serviços.

Um segundo fator que deve ser considerado para a diferenciação é o fato de o serviço público oferece uma utilidade ao administrado e, deste modo, aumentando o desfrute das comodidades que são ofertadas pelo poder público, enquanto o poder de polícia inverte essa lógica, pois as possibilidades de atuação do administrado são restringidas, limitadas e condicionadas para um melhor convívio em sociedade. Importante frisar que os dois se propõe a proteger o interesse de todos, porém fazem isso mediante forma antagônica.¹³

Celso Antônio Bandeira de Mello traz a melhor definição de serviço público no sentido estrito, pois ele em seu livro ignora outro tipo de serviço público:

(...)Certas atividades (consistentes na prestação de utilidade ou comodidade material) destinadas a satisfazer a coletividade em geral, são qualificadas como serviços públicos quando em dado tempo e lugar, o estado reputa que não convém relega-las, simplesmente à livre iniciativa, ou seja, que não é socialmente desejável fiquem tão só assujeitadas a fiscalização que exercem e controle que exercem sobre a generalidade das atividades privadas (fiscalização e controles que se constituem no chamado "poder de polícia!")¹⁴

A doutrina utiliza-se normalmente de 3 elementos para tentar criar a definição de serviço público em sentido estrito: elemento subjetivo, elemento formal e o elemento material.

Primeiramente me atendo a falar no elemento subjetivo, que emana diretamente da constituição federal, ou seja, como visto acima, é sempre incumbência do estado, Rafael Maffini elucida da seguinte maneira:

¹³ MELLO, 2010, 684

¹⁴ MELLO, 2011, P670.

[...] poderá ser considerado um serviço público aquele prestado pelo estado, o qual, invariavelmente, deterá sua titularidade, ou por particulares, caso em que será imprescindível a sua legitimação por intermédio de um vínculo regular de delegação (concessão, permissão, etc.).¹⁵

Já o elemento material se trata do serviço público ser necessariamente de interesse coletivo, porém cabe a ressalva que faz Di Pietro:

[...] todo serviço público visa atender necessidades públicas, mas nem toda atividade de interesse público é serviço público.¹⁶

Di Pietro afirma isso em razão do particular, quando presta serviço de interesse coletivo tem, em regra, interesses próprios, e por isso não ser suficiente o interesse coletivo para caracterizar o serviço público, é necessário também um elemento formal, qual seja, a necessidade de determinação da atividade como serviço público no ordenamento jurídico segundo Maffini:

Este último elemento ou critério da definição de serviços públicos traz consigo, também, uma das principais consequências, qual seja, a incidência de um regime jurídico peculiar, que, como será visto, ensejará uma importante regulação estatal.¹⁷

1.2 Princípios do serviço público

É de suma importância para entender o serviço público ter conhecimento sobre os seus princípios, pois é da natureza da administração pública – logo do direito administrativo – ao contrário do direito privado, a carga principiológica e forte regulamentação que o envolvem. Primeiramente é importante citar que, o serviço público fazendo parte da administração pública, também se submete aos princípios gerais da administração pública que tem 2 como principais: o princípio da supremacia do interesse público é o princípio basilar do direito administrativo, é o interesse público (coletivo) se sobrepondo ao interesse privado, é a finalidade maior da administração pública. Para justificar a supremacia do interesse público a

¹⁵ MAFFINI, Rafael. **Elementos de Direito Administrativo**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2016, p 221.

¹⁶ DI PIETRO, 2017, p 141.

¹⁷ MAFFINI, 2016, p 221.

administração recebe diversos poderes, poderes imperativos como quaisquer atos de estado, atos unilaterais que obrigam terceiros, medidas auto-executórias, revogar e anular atos próprios, tudo para garantir que o interesse coletivo prevaleça.¹⁸ Porém esses atos dependem sempre do segundo princípio basilar do direito administrativo, o princípio da legalidade.

O princípio da legalidade explicita o modo de agir do estado, enquanto o direito privado se caracteriza pela liberdade de ação e pela máxima, o que não é proibido é permitido, o direito público e principalmente no direito administrativo tem a lógica inversa, pois o estado não pode agir da forma que bem entende em razão da necessidade da legitimação perante os administrados, logo se faz necessário um instrumento, fundamento legal para delimitar o alcance e o modus operandi da administração pública. Pode-se determinar que as regras do direito administrativo, diferente do direito público, são para permitir a ação e não para proibi-la, e somente mediante a lei que o estado pode agir.

Maffini afirma que existem 2 sentidos para a legalidade administrativa: primeiro o da “reserva legal” que retrata que a administração pública não pode agir sem a legitimidade dos preceitos legais. E em segundo em razão da validade da ação do estado, diz respeito que a norma só será válida caso tenha embasamento na ordem jurídica e seja feito de acordo com ela.¹⁹

Outros princípios gerais do direito administrativos que valem a pena serem citados neste trabalho se encontram, juntamente com o princípio da legalidade, no cáput do art 37º da CF:

Art. 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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)²⁰

Visto já o princípio da legalidade passo agora a breve análise dos demais princípios apresentados pela CF: impessoalidade, moralidade, publicidade e

¹⁸ MELLO, 2010, p 96.

¹⁹ MAFFINI, 2016, p 42.

²⁰ BRASIL, Constituição da República Federativa do. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 23/12/2017.

eficiência.

A impessoalidade diz respeito a administração pública não dar vantagens e não prejudicar pessoas específicas, já que deve sempre visar o bem comum, existe outro significado mais recente que explica que o princípio também está ligado a não vincular um servidor a um ato, e sim a administração pública, pode-se ter como exemplo um servidor que comete um erro, o prejudicado não pode processar o servidor, mas sim a administração pública a qual este servidor representava.²¹

Moralidade é um princípio muito confuso, pois traz um termo muito impreciso e amplo, o que torna sua definição muito complicada, Maffini porém, tenta adequá-la a uma formulação teórica:

Buscando-se, pois, uma formulação teórica que seja a mais adequada para traduzir a noção de moralidade administrativa, ainda que persista o problema de sua aplicação concreta, tem-se que a moralidade administrativa busca a obtenção de um estado de honestidade na Administração Pública, para o que impõe, em todas suas relações jurídicas, deveres de boa-fé, probidade, lealdade, transparência etc. É importante ser afirmado que a moralidade administrativa é figura que se apresenta funcionalizada e não se confunde, necessariamente, com a moral comum, embora desta se utilize para a construção das noções de honestidade funcional que são inerentes ao princípio jurídico em comento.²²

Publicidade se traduz na exigência de que todos os atos da administração pública sejam levados ao conhecimento público, salvo se houver motivo justificável para o sigilo. Segundo Marçal Justen Filho este princípio tem duas finalidades: a primeira garante a população obter as informações referentes as ações e omissões de todos membros da gestão de recursos públicos, já a segunda finalidade é para desestimular atos reprováveis, visto que essas práticas serão conhecidas pela sociedade.²³

O princípio da eficiência, além de ser o mais recente inserido na CF (EC 19/1998), apresenta a mesma dificuldade da moralidade, pois eficiência é um termo muito vago; Hely Lopes Meirelles cita que os administrados não podem mais se contentar somente com a legalidade, podendo exigir que a administração pública seja

²¹ DI PIETRO, 2017, p 99.

²² MAFFINI, 2016, p 48-50.

²³ JUSTEN FILHO, 2016, p 65.

prestada com presteza, perfeição e rendimento funcional.²⁴ Este princípio é uma evolução da administração pública em âmbito internacional.

Analisados os princípios da administração pública presentes na CF, passo agora ao estudo dos princípios do serviço público que, assim como os princípios gerais da administração pública, tem a função de preencher a grande lacuna que existe com a falta de uma codificação específica para a administração pública. Os princípios específicos do serviço público podem ser encontrados na lei de concessões (lei 8957/1995) pois ela define em seu art 6º § 1º o que são serviços públicos adequados:

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

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

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

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

- I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações;
- e,
- II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.²⁵

Visto o § 1º pode-se depreender a diversos termos usados na satisfação da prestação do serviço público e estes termos a doutrina consagrou como princípios do serviço público:²⁶

O princípio da continuidade (permanência) é muito simples: o serviço público não pode ser interrompido devido a sua importância e relevância para a manutenção do bem estar social, segundo Di Pietro este princípio tem ligação direta com os contratos administrativos e com o exercício da função pública e elenca:

No que concerne aos contratos, o princípio traz como consequência:

²⁴ MEIRELLES, 2013. p. 102

²⁵ BRASIL, Lei nº 8.987/1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm> Acesso em 23/12/2017.

²⁶ MAFFINI, 2016, P222.

1. A imposição de prazos rigorosos ao contraente;
2. A aplicação da teoria da imprevisão, para recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e permitir a continuidade do serviço público;
3. A inaplicabilidade da *exceptio non adimpleti contractus* contra a administração (hoje abrandada, conforme demonstrado no item 6.8.7.8);
4. O reconhecimento de privilégios para a administração, como o de encampação, o de uso compulsório dos recursos humanos e materiais da empresa contratada, quando necessário para dar continuidade a execução do serviço.

Quanto ao exercício da função pública, constituem aplicação do princípio da continuidade, dentre outras hipóteses:

1. As normas que exigem a permanência do servidor em serviço, quando pede exoneração, pelo prazo fixado em lei;
2. Os institutos da substituição, suplência e delegação;
3. A proibição do direito de greve, hoje bastante afetada, não só no Brasil, como também em outros países, como França, por exemplo. Lá se estabeleceram determinadas regras que procuram conciliar o direito de greve com a necessidade do serviço público; proíbe-se a greve rotativa que, afetando por escala os diversos elementos de um serviço, perturba o seu funcionamento; além disso, impõe-se aos sindicatos a obrigatoriedade de uma declaração prévia à autoridade, no mínimo cinco dias antes da data prevista para o seu início.²⁷

É importante também citar referente ao princípio da continuidade suas hipóteses de interrupção no art 6º, § 3º da lei de concessões já supracitada.

O princípio da regularidade para Maffini, se traduz na prestação do serviço em dimensões e frequências suficientes para atender ao interesse público.²⁸

O princípio da eficiência já foi supracitado devido a sua importância para o direito administrativo moderno e também, devido ao fato de a lei de concessões ser anterior a EC que inseriu o princípio da eficiência como princípio constitucional.

O princípio da segurança defende que os serviços públicos devem conter o menor risco aceitável que seja intrínseco a realização daquela atividade.²⁹

O princípio da atualidade se manifesta com o transcorrer do tempo, e diz respeito na modernização técnica e jurídica a respeito do serviço público prestado, tendo a administração pública o dever de manter seus serviços atualizados, bem como expandi-los.³⁰

Maffini divide o princípio da generalidade em dois, que se relacionam; o primeiro significado representa que o princípio deve pretender alcançar o maior

²⁷ DI PIETRO, 2017, P 144-145.

²⁸ MAFFINI, 2016, p 224.

²⁹ MAFFINI, 2016, p 225.

³⁰ JUSTEN FILHO, 2016, P565.

número de pessoas possíveis; enquanto o segundo significado se traduz em tratar de forma igualitária todos os usuários do serviço.³¹

O princípio da cortesia é de difícil definição, pois, como de costume quando se trata de princípios, é um termo vago. Deve ser considerado, porém, que os usuários do serviço público devem ser tratados o mais cordialmente possível, um exemplo que Maffini comenta é o atendimento presencial de usuários de serviços que normalmente atendem o usuário por telefone ou internet.³²

O princípio da modicidade tarifária tem como base a prestação do serviço público pelo menor preço possível para que ele continue sendo adequado. Existe jurisprudência do TCU que mostra este sentido:

(...)a modicidade tarifária, premissa de adequação do serviço público concedido, expressamente prevista no art 6º, §1º, da lei 8.975/1995(...) significa que a tarifa cobrada ao usuário deve ser apenas suficiente para remunerar adequadamente a prestação do serviço público outorgado, garantindo sua continuidade e qualidade, com os lucros normais do empreendimento, sem, porém, prover o acréscimo de lucros exorbitantes à concessionárias(...)³³

Alguns autores citam princípios do serviço público diverso destes, alguns citam estes com outros nomes, porém em suma são estes os princípios que ajudam a entender um pouco mais e também a definir o serviço público.

Importante ressaltar que a nova lei 13.460/2017, diferente da lei 8987/1995, já traz a nomenclatura de princípios para os princípios supracitados, enquanto a lei de concessões os define (como visto acima) como condições de satisfação do serviço adequado; a nomenclatura de princípios foi dada pelo art 4º:

Art. 4º Os serviços públicos e o atendimento do usuário serão realizados de forma adequada, observados os princípios da regularidade, continuidade, efetividade, segurança, atualidade, generalidade, transparência e cortesia.

1.3 O conceito de serviço público e a lei 13460

³¹ MAFFINI, 2016, p 225-226.

³² MAFFINI, 2016, p 226.

³³ BRASIL, Tribunal de Contas da União. ACORDÃO 2.927/2011, plenário, Rel. Walton Alencar Rodrigues, publicado 09/11/2011.

A lei 13460/2017 também conhecida como lei de defesa do usuário de serviço público traz em seu texto legal a definição de serviço público, que é a seguinte:

Art. 2o Para os fins desta Lei, consideram-se: II - serviço público - atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública;³⁴

Esta definição apresentada pela lei, traz alguns questionamentos consigo: primeiramente, no tocante a classificação, a nova lei afirma que o serviço público é a **atividade administrativa** prestacional de bens ou serviços. Essa definição mostra uma dubiedade e uma indecisão do legislador no tocante a dificuldade que é a conceituação do serviço público. Primeiramente ele classifica o serviço público como uma atividade administrativa, e como visto acima, esta classificação é considerada no sentido amplo da definição de serviço público sabendo que a atividade administrativa engloba, também, o poder de polícia. Em segundo plano podemos observar que a lei classifica a atividade administrativa como serviço público em sentido restrito, quando afirma que a atividade deve ser uma prestação, direta ou indireta, de bens ou serviço à população.

Apesar do equívoco com o qual começa a apresentação do conceito se inicia, ela faz a diferença entre o serviço público e o poder de polícia, e sempre é válido lembrar dos ensinamentos de Hely Lopes Meireles quando descreve o serviço público:

Realmente, o conceito de serviço público é variável e flutua ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico[...]³⁵

Outro questionamento que a lei traz consigo, e ao meu ver o mais preocupante, é a utilização da palavra **exercida**, quando se refere a quem exerce o serviço público.

Utilizando de uma interpretação linguística da lei, incluiria tão somente como serviço público aquelas atividade que são efetivamente prestadas pela administração pública, excluindo as atividades que são prestados por terceiros. A palavra que deveria ser usada para que a noção de serviço público estivesse mais adequada com a

³⁴ BRASIL, Lei nº 13.460/2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13460.htm> Acesso em 23/12/2017.

³⁵ MEIRELLES, 2013, P377.

doutrina deveria ser titularizada, visto que a administração pública é a titular dos direitos, mas no tocante a prestação, ela pode ser prestada por pessoas diversas daquelas que detêm a titularidade, como será visto abaixo.

1.4 Prestação de Serviço público

Como já foi visto acima e a própria constituição afirma, compete ao poder público a titularidade do serviço. Porém quando falamos em titular podemos perceber que pode sim existir um “reserva”, que neste caso seriam diferentes do poder público, mas diferente em relação a prestação, ou seja, como já afirma a constituição federal em seu art 175 caput, o poder público prestará o serviço público diretamente ou sob regime de concessão.

Entretanto antes de entrarmos na qualificação de quem pode prestar o serviço público devemos primeiramente classifica-lo:

1.4.1 Classificação Dos Serviços Públicos

São diversas as classificações apresentadas pela doutrina, este trabalho, entretanto, se aterá apenas a dois, que serão discutidas a seguir:

Existe a diferença entre serviços públicos propriamente ditos e os serviços de utilidade pública, os propriamente ditos são aqueles que necessariamente são prestados pelo poder público, segundo Hely Lopes Meirelles:

[...] são aqueles que se relacionam intimamente com as atribuições do poder público (segurança, polícia, higiene e saúde pública, etc) e para a execução dos quais a administração usa da sua supremacia sobre os administrados.³⁶

Já os serviços de utilidade pública são aqueles que, apesar da relevância para a sociedade, são relevantes em relação ao bem-estar e a comodidade, por isto podem

³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. 2013, p376. Vale lembrar que Hely não utiliza essa passagem para definição de serviço público propriamente dito, mas sim para definir os serviços públicos próprios e sua diferenciação dos impróprios, que neste trabalho não será usada esta diferenciação. Porém conclui que esta definição era a melhor para o termo que tentava elucidar.

ser prestados tanto pelo poder público quanto podem ser delegados a terceiros. Vale ressaltar que estes serviços normalmente são rentáveis.

Outra diferenciação que é feita na doutrina é entre os serviços *uti universi* (gerais) e os *uti singuli* (individuais), Rafael Maffini mostra o motivo da diferenciação de maneira excelente:

Tal classificação é a que mais útil se mostra na medida em que permite a compreensão da forma de contraprestação pecuniária dos serviços públicos.³⁷

Os serviços *uti universi* são aqueles prestados para uma quantidade incontáveis de indivíduos na comunidade podendo ter a segurança pública como exemplo. Aqui entra a importância citada por maffini, pois a súmula 670 consagrou o entendimento que a iluminação pública não poderia ser remunerado mediante taxa por ser um serviço *uti singuli*. Os serviços *uti singuli*, por sua vez, são os que são prestados a um número determinável de indivíduos na comunidade, e seus usuários podem ser também qualificados.³⁸

1.4.2 *Concessão, Permissão E Autorização*

Primeiramente é importante falar do titular do serviço público e seu prestador a priori, o poder público, em um mundo ideal imagino em que o estado seria não só o titular dos serviços públicos mas também seu único prestador, pois assim o interesse legítimo ao prestar um serviço seria o bem estar social. Porém como o estado é sobrecarregado não consegue cumprir todas suas funções ele acaba concedendo, permitindo ou autorizando particulares (os dois primeiros se dão em regra mediante contrato de licitação) a realizar serviços públicos.

Nesta parte do trabalho me atendo a analisar a concessão, permissão e autorização, suas definições conturbadas que tem na vasta doutrina sobre o tema.

Vale começar o estudo sobre a concessão com a passagem de Di Pietro:

A concessão de serviço público foi a primeira forma que o poder público utilizou para transferir a terceiros a execução de serviços públicos. Isto se deu a partir

³⁷ MAFFINI, 2016, p 227.

³⁸ MAFFINI, 2016, p 227-228.

do momento em que, saindo do liberalismo, o estado foi assumindo novos encargos no campo social e econômico. A partir daí, sentiu-se a necessidade de encontrar novas formas de gestão do serviço público e da atividade privada exercida pela administração. De um lado, a ideia de especialização, com vistas a obtenção de melhores resultados; de outro lado, e com o mesmo objetivo, a utilização de métodos de gestão privada, mais flexíveis e mais adaptáveis ao novo tipo de atividade assumida pelo estado.³⁹

O “advento” da concessão trouxe uma grande vantagem ao estado, que mesmo saindo do liberalismo como afirma a autora e assumindo essas novas funções, ainda preserva a ideia de não inchar o estado com esta função propriamente dita, mas sim utilizando as empresas privadas que, podendo gerar lucro através da prestação do serviço público, prestam o serviço, sobrando para o estado regular e fiscalizar fortemente a sua atuação.

Para iniciar as considerações vale citar a previsão legal dos três institutos analisados neste capítulo, quais sejam, a concessão, a permissão e a autorização, que se encontram no artigo 21, incisos XI e XII que trata sobre competência da união:

Art. 21. Compete à União: (...)

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

- a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens;
- b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;
- c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;
- d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;
- e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;
- f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;⁴⁰

A constituição federal, como já citado acima no trabalho, faz referência a 3 hipóteses de delegação de serviços públicos a particular, porém não os diferencia,

³⁹ DI PIETRO, 2017, p335-336.

⁴⁰ BRASIL, Constituição da República Federativa do. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 23/12/2017

deixando novamente para a doutrina, e também para lei especial, criar a definição legal. Porém a constituição, em seu artigo 175 caput, afirma que a concessão ou a permissão se dará sempre através de licitação.

O artigo 2º da lei 8987/95 (lei de concessões) dá um conceito legal a respeito da concessão de serviço público, bem como da permissão de serviço público:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.⁴¹

Restando ainda a lacuna no que tange a autorização de serviço público no tocante a definição através de diploma legal. Logo a doutrina defini autorização, bem como a concessão e a permissão, o trabalho vai tratar dessa definição doutrinária a seguir.

- Concessão de serviço público

A concessão como retrata Hely é:

O contrato de concessão é ajuste do direito administrativo, bilateral, oneroso, comutativo e realizado intuitu personae. (...) Sendo um contrato administrativo, como é, fica sujeito a todas imposições da administração necessárias a formalização do ajuste.⁴²

⁴¹ BRASIL, Lei nº 8.987/1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm> Acesso em 23/12/2017.

⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. 2013, p435

Vale citar que Rafael Maffini acreditando na existência de espécies de concessão de serviço público, as divide da seguinte maneira:

a) Concessão comum: a concessão comum é a regida pela lei 8987/1995 e definida no art 2º, II, de tal diploma legal. (...) Também é considerada concessão comum a concessão precedida de obra pública, que, nos termos do art 2º,III, da lei 8987/1995.

b) concessão patrocinada: a concessão patrocinada, que é espécie de parceria público privada, sendo regida, portanto, pela lei 11.079/2004, consiste, segundo o art 2º, §1º, de tal diploma legal, na “concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a lei 8987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente a tarifa cobrada aos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”.

c) concessão administrativa: a concessão administrativa (o termo é equívoco, uma vez que todas concessões de serviço público são “administrativas”) também consiste em espécie de parceria público-privada, definida no art 2º, §2º, da lei 11.079/2004, como “o contrato de prestação de serviço de que a administração pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”.⁴³

Cabe ressaltar que Maffini diferencia as espécies no tocante a quem é o beneficiário do serviço público e de que maneira se dá a remuneração.

- Permissão de serviço público

A permissão, antes de sua definição ser dada pela lei 8987/1995, se dava, segundo Maffini:

(...) em forma delegacional instrumentalizada por ato administrativo unilateral, precário e revogável unilateralmente.⁴⁴

Porém após o advento da lei de concessões de serviço público, a permissão adquiriu um caráter contratual, o que, segundo Maffini, rendeu severas críticas da doutrina. Outra peculiaridade que a já referida lei trouxe, foi o seu art 40 que versa:

Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

⁴³ MAFFINI, 2016, p 231-232.

⁴⁴ MAFFINI, 2016, p 232.

Parágrafo único. Aplica-se às permissões o disposto nesta Lei.⁴⁵

A partir deste artigo é possível perceber que a permissão ainda tem um caráter mais precário, porém o parágrafo único desta lei causa uma grande confusão entre permissão e concessão, já que aplica as permissões o disposto a respeito das concessões, já que se encontram no mesmo diploma legal.

Já Di Pietro, a respeito dessa mudança no caráter da permissão versa:

É contrato de adesão, precário e revogável unilateralmente pelo poder concedente (em conformidade com o art 175, parágrafo único, inciso I, da constituição, e do artigo 40 da lei nº 8.987/95), embora tradicionalmente seja tratado pela doutrina como ato unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, intuitu personae.⁴⁶

- Autorização de serviço público

Esta forma de delegação, é a mais controversa de todas, principalmente pela razão de não existir definição legal para tal. Segundo Maffini ela é tão controversa que alguns autores da doutrina simplesmente a ignoram.⁴⁷ Porém a doutrina que aceita a autorização como forma de delegação acredita que ela só deva ser usada nas hipóteses do art 21º, incisos XI e XII, da constituição federal, que se refere a serviços públicos federais, logo, somente a federação tem a possibilidade de se utilizar deste instrumento, e somente nessas hipóteses.

Di Pietro classifica a autorização como:

(...) ato unilateral, discricionário e precário pelo qual o poder público delega a execução de um serviço público de sua titularidade, para que o particular o execute predominantemente em seu próprio benefício.⁴⁸

Mello, por outro lado, acredita que os serviços que podem ser delegados por autorização, como o serviço de telecomunicação, nem sequer são serviços públicos, mas serviço de interesse privado. Para o autor a autorização foi usado para exprimir um ato de polícia administrativa, e tão somente autoriza a sua atividade, necessita da

⁴⁵ BRASIL, Lei nº 8.987/1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm> Acesso em 23/12/2017.

⁴⁶ DI PIETRO, 2017, p349.

⁴⁷ MAFFINI, 2016, p 232.

⁴⁸ DI PIETRO, 2017, p349.

autorização administrativa para que ela se certifique de que não haverá gravames ao interesse público.⁴⁹

1.4.3. Prestação De Serviço Público

Existem dois tipos de prestação de serviço público: primeiramente a prestação direta, que se refere a prestação do serviço público pelo seu titular, ou seja, pelo poder público, e pode ser prestado tanto pela administração pública direta, quanto pela administração pública indireta. Vale lembrar que, segundo Hely Lopes Meirelles, quando o poder público (união, estados, municípios e distrito federal) titular do serviço público outorga a algum ente da administração pública indireta (empresas públicas, autarquias, sociedade de economias mistas e fundações públicas) também transfere a sua titularidade.⁵⁰

O outro tipo é a prestação indireta de serviço público, que, como comenta Maffini:

Cada vez mais comum, todavia, é a prestação indireta do serviço público em que o seu titular, necessariamente integrante do poder público, transfere a prestação do serviço a terceiros, sejam particulares, sejam entidades da administração pública indireta de outros entes federados.⁵¹

Analisada esta diferença, é importante definir quais tipos de pessoas podem prestar serviço público na sua forma delegada.

Tem-se como primeira opção de prestador, na forma delegada, a administração pública, ainda que na forma indireta e necessariamente de outros entes federados diferentes do qual detém a titularidade do serviço público.

⁴⁹ MELLO, 2010, p691.

⁵⁰ HELY, 2011, p434.

⁵¹ MAFFINI, 2016, p 230.

2 SUBSIDIARIEDADE DA LEI 13.460/2017

O presente capítulo vai entrar no debate acerca do recente estatuto dos usuários de serviço público; primeiramente vamos fazer breves considerações a respeito da lei; passando então para o que o trabalho pretende trabalhar – a subsidiariedade em relação aos particulares – apresentando as técnicas de interpretação da norma que iremos nos basear para fazer um breve estudo; para então fazermos um comparativo da nova lei com os já existentes direitos e deveres gerais dos usuários de serviço público, com redação dada pela lei de concessões; ao final faremos a análise das possibilidades de aplicação de forma subsidiária.

2.1 Considerações iniciais sobre a lei 13.460/2017

Antes de ser iniciado o exame sobre esta Lei, importante pontuar que sua aplicação só passará a valer após este trabalho ser concluído, logo, os grandes debates ainda estão longe de acontecer para esgotar as discussões que ela apresenta. Pois como disposto no art 25º da lei ela ainda está em *vacatio legis*, e permanecerá assim por um bom tempo para que as adequações possam ser feitas de maneira correta, visto que a lei foi publicada 26 de junho de 2017.

Art. 25. Esta Lei entra em vigor, a contar da sua publicação, em:

I - trezentos e sessenta dias para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios com mais de quinhentos mil habitantes;

II - quinhentos e quarenta dias para os Municípios entre cem mil e quinhentos mil habitantes; e

III - setecentos e vinte dias para os Municípios com menos de cem mil habitantes.⁵²

⁵² BRASIL, Lei nº 13.460/2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13460.htm> Acesso em 23/12/2017.

A necessidade de uma lei que deveria proteger os usuários de serviço público foi apresentada pela EC 19 de 1998, e teria um prazo de 120 dias para ser publicada, e redação dada pelo art 37º, §3º, da CF que versa:

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)⁵³

É importante destacar que o inciso II que se refere ao acesso do usuário já havia sido regulado pela lei de acesso a informação - Lei 12.527/2011 —, por esta razão a lei 13.460/2017 já menciona em seu art 2º, parágrafo único o seguinte:

Parágrafo único. O acesso do usuário a informações será regido pelos termos da Lei no 12.527, de 18 de novembro de 2011.⁵⁴

O inciso III foi deixado de lado, pois a lei 13.460/2017 versa em seu art 1º, §1º, o seguinte:

§ 1º O disposto nesta Lei aplica-se à administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do inciso I do § 3o do art. 37 da Constituição Federal.⁵⁵

⁵³ BRASIL, Constituição da República Federativa do. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 23/12/2017.

⁵⁴ BRASIL, Lei nº 13.460/2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13460.htm> Acesso em 23/12/2017.

⁵⁵ BRASIL, Lei nº 13.460/2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13460.htm> Acesso em 23/12/2017.

Pelo fato da lei ser recente, existem diversos pontos em controvérsia, este trabalho vai focar em 1 ponto específico, qual seja, a análise do art 1º, §3º desta lei.

A lei 13.460/2017 apresenta em seu art 1º, §3º, um enunciado que apresenta algum problema no tocante a vagueza do seu conteúdo:

Art. 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.

§ 1o O disposto nesta Lei aplica-se à administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do inciso I do § 3o do art. 37 da Constituição Federal.

§ 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.

§ 3o Aplica-se subsidiariamente o disposto nesta Lei aos serviços públicos prestados por particular.⁵⁶

O parágrafo 3º do artigo acima citado apresenta dois termos que levantam dúvidas em relação ao seu conteúdo, o primeiro a ser analisada será a palavra **subsidiariedade**, porque ela não aponta quais as leis ela deve ser aplicada de forma subsidiária.

O segundo termo a ser analisado é a palavra **particular**, pois a doutrina não faz referência a quem são os particulares prestadores de serviço público, até porque a titularidade é sempre da administração pública.

2.2 Interpretação do direito e argumentos hermenêuticos

Haja visto que a lei que está sendo estudada está em *vacatio legis* – logo, inexistente jurisprudência a respeito da lei – e, também pelo fato de ser recente, a doutrina construiu pouco a respeito da letra da lei. Logo, para poder realizar a análise do referido artigo que o trabalho pretende estudar, utilizarei técnicas de interpretação do direito, principalmente da hermenêutica.

⁵⁶ BRASIL, Lei nº 13.460/2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13460.htm> Acesso em 23/12/2017.

Para Hans Kelsen:

A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior.⁵⁷

Para Kelsen, a norma superior (Constituição) deve regular a norma inferior, podendo regular tanto a forma com a qual deve ser feita, tanto como regular qual seu conteúdo, esta regulação, porém, nunca pode ser completa, deve-se sempre deixar uma margem para que existe uma apreciação, tanto pela doutrina, quanto pelo julgador. Esta indeterminação pode se dar através de duas maneiras: a primeira intencional, quando a própria lei dá a margem de interpretação, como por exemplo uma norma que prevê uma sanção que pode ser pecuniária ou de reclusão; a outra maneira é quando a norma tem em seu enunciado uma palavra ou uma sequência de palavras que apresentam um termo ou expressão que apresentem vagueza ou imprecisão, também são conhecidas como lacunas.⁵⁸

Para dar sentido a essas lacunas, e que não sejam preenchidas de forma arbitrária, é importante utilizar de uma metodologia de interpretação ou hermenêutica jurídica. A hermenêutica jurídica é o estudo sistemático da interpretação jurídica, utilizando de argumentos interpretativos com o intuito de encontrar a melhor solução para o caso concreto. Para melhor compreensão do trabalho, usarei 4 categorias de argumentos interpretativos, que serão explicados a seguir:

Linguístico: são os argumentos que preservam a clareza e a precisão legislativa, proibindo a recriação e ressignificação do texto. Dos argumentos este é o mais frágil, embora resolva muitos casos da vida concreta, sobretudo das questões mais fáceis.

O argumento linguístico tem seu principal valor em função de quem produziu a norma, respeito ao poder legislativo, que, normalmente, não é respeitado. Ajuda a resolver problemas simples quando o um determinado conceito tem na comunidade interpretante um conceito fácil. Porém este argumento tem diversas debilidades devido

⁵⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado – 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. P387.

⁵⁸ KELSEN, 2009, P388-390.

as palavras serem polissêmicas, logo os argumentos linguísticos normalmente se embasam em algum outro argumento de interpretação, a argumentação linguística é o ponto inicial da solução de problemas da vagueza da norma.⁵⁹

Pode-se tomar como exemplo o artigo 5º do CC, o qual remete a idade de 18 anos completos para a pessoa ficar habilitada a praticar os atos da vida civil. Uma norma simples que remete a vontade do legislador pela letra da lei, principalmente no tocante a idade, 18 anos, sem margem para interpretação que não seja a linguística.

Histórico: Estes argumentos tem como principal função perceber os antecedentes que moldaram a criação legislativa, o momento histórico propriamente dito. Este argumento é muito importante para entender a evolução histórica de um determinado instituto ou regime jurídico; os precedentes normativos, ou seja, as legislações anteriores, suas interpretações, críticas e sobretudo a jurisprudência; o direito estrangeiro que serviu de base e como lá se deu a evolução; e também os trabalhos preparatórios pelos quais a lei passou – apreciação das casas legislativas – até sua publicação.⁶⁰ Juarez Freitas fala a respeito da interpretação histórica:

(...) a decisão do interprete há de ser, eminentemente, do diálogo construtivo com o texto normativo e com a realidade em suas várias dimensões.⁶¹

Um exemplo que por ser tomado é o RE 153.551 de 1998, conhecido por proibir o fenômeno cultural “farra do boi” mediante dispositivo constitucional que proíbe o tratamento cruel de animais. A evolução histórica do protecionismo dos animais tornou a tradição histórica como crueldade, logo evoluindo práticas de crueldade que antes eram conhecidas como “direitos culturais”.

Sistêmico: São aqueles argumentos que funcionam no sentido de prover uma compreensão aceitável do texto legal visto particularmente em seu contexto como parte de um sistema jurídico, ou seja, toda legislação está interligada e não pode ser interpretada sem levar em consideração a lei inteira. Este argumento tem como

⁵⁹ ROSÁRIO, Pedro Trovão; et al. **Introdução ao direito**. Coimbra: Edições Almeida, 2017, p 305.

⁶⁰ ROSÁRIO, 2017, p 306.

⁶¹ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p 65.

principal função a harmonização jurídico-contextual e a criação de um sistema único de direito, pois segundo Juarez Freitas: interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro. Este tipo de argumento leva muito em consideração a jurisprudência e trabalha com a criação de axiomas dentro do ordenamento jurídico.⁶²

Um excelente exemplo que pode ser citado deste argumento é a separação entre dicotomias existentes no direito, como cita ainda Juarez o argumento sistêmico serve para estreitar a dialética entre o direito público e privado, que tem muitas características diferentes, porém fazem parte de um mesmo direito.⁶³

Teleológicos: O cerne dessa argumentação autoriza olhar para a legislação como uma atividade racional e teleológica. Aqueles que participam da edição de uma lei, ou que apoiam sua edição, devem supor que algum tipo de valor será alcançado através de sua implementação. Este argumento tem como principal função produzir novos conteúdos e muitas vezes mudar tornar a norma mais adaptável a vida real.

Grande exemplo aqui é a impenhorabilidade do bem do casal ou da entidade familiar, a famosa impenhorabilidade do bem de família, porém o intuito desta lei não era excluir quem não vive em uma família, como por exemplo as pessoas sozinhas (afinal não existe família de uma pessoa só), logo a intenção do legislador era compreender todo imóvel único usado para moradia.

Visto brevemente alguns argumentos de que ajudam na interpretação das normas, passo agora a avaliação dos pontos acima citados da lei 13.460/2017. Vale lembrar, porém, que não esgotado o vasto assunto da interpretação poderá, ainda no decorrer do trabalho, aparecer algumas manobras de interpretação.

O vocábulo particular apresentado no art 1º, §3º da lei 13.460/2017 não encontra uma definição no texto legal. Mesmo sabendo que o professor Rafael da Cas Maffini – grande orientador deste trabalho – considere tertúlia acadêmica a discussão de termos, resguardo parte pequena do trabalho em razão de acreditar ser importante salientar a diferença entre o uso da palavra particular, ao invés da palavra terceiros, pois é notório que a lei, ao introduzir o referido parágrafo no artigo 1º, está fazendo menção a lei de

⁶² Juarez, 2010 p 71.

⁶³ Juarez 2010 p 227-229.

concessões (8987/1995), em razão desta lei possuir alguns direitos dos usuários de serviço público.

Chamo atenção a diferença do vocábulo particular para o vocábulo terceiro, em razão da doutrina, em geral diferenciar a prestação do serviço público em direta e indireta (como já visto acima), tende a classificar a prestação indireta como sendo de realização de terceiros (concessionários, permissionários e autorizados). Porém vale lembrar como cita Maffini que a prestação pode ser também delegada a entes da administração pública indireta de outros entes federados.⁶⁴ Logo se um ente da administração pública indireta estiver prestando o serviço público de modo delegado ele terá a priori que se voltar a lei 13.460/2017 como a lei “principal”.

2.3 Subsidiariedade e análise da sua aplicação

A lei não apresenta quais as regras que deve ser considerada “principal” em relação a esta, logo o trabalho começa um estudo nesta direção.

É notório que esta subsidiariedade sendo aplicada somente ao particular, a norma deixa implícito que está se referindo, a priori, a lei 8987/1995, pois a lei de concessões apresenta em seu capítulo III direitos e obrigações do usuário da seguinte maneira:

Capítulo III

DOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS USUÁRIOS

Art. 7º. 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, observadas as normas do poder concedente;
- 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. (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)
- 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;

⁶⁴ MAFFINI, 2016, p 230.

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

Art. 7º-A. As concessionárias de serviços públicos, de direito público e privado, nos Estados e no Distrito Federal, são obrigadas a oferecer ao consumidor e ao usuário, dentro do mês de vencimento, o mínimo de seis datas opcionais para escolherem os dias de vencimento de seus débitos. (Incluído pela Lei nº 9.791, de 1999)⁶⁵

Além de apresentar direitos e deveres dos usuários, apresenta encargos do poder concedente e da concessionária, da seguinte maneira:

Capítulo VII

DOS ENCARGOS DO PODER CONCEDENTE

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;

II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;

III - intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei;

IV - extinguir a concessão, nos casos previstos nesta Lei e na forma prevista no contrato;

V - homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato;

VI - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;

VII - zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, em até trinta dias, das providências tomadas;

VIII - declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;

IX - declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;

X - estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio-ambiente e conservação;

XI - incentivar a competitividade; e

XII - estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.

Art. 30. No exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária.

Parágrafo único. A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão

⁶⁵ BRASIL, Lei nº 8.987/1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm> Acesso em 23/12/2017.

composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários.

Capítulo VIII

DOS ENCARGOS DA CONCESSIONÁRIA

Art. 31. Incumbe à concessionária:

I - prestar serviço adequado, na forma prevista nesta Lei, nas normas técnicas aplicáveis e no contrato;

II - manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão;

III - prestar contas da gestão do serviço ao poder concedente e aos usuários, nos termos definidos no contrato;

IV - cumprir e fazer cumprir as normas do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;

V - permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis;

VI - promover as desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato;

VII - zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação do serviço, bem como segurá-los adequadamente; e

VIII - captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço.

Parágrafo único. As contratações, inclusive de mão-de-obra, feitas pela concessionária serão regidas pelas disposições de direito privado e pela legislação trabalhista, não se estabelecendo qualquer relação entre os terceiros contratados pela concessionária e o poder concedente.⁶⁶

Estas normas eram tratadas como base para as relações entre o usuário de serviço público e o prestador. Vale salientar também que o código de defesa do consumidor lei 8078/1990 já havia assumido competência entre essa relação quando ela se enquadrava nas hipóteses de consumidor e fornecedor, competência essa que sempre fora confirmada pelos tribunais com vasta jurisprudência e hoje é novamente confirmada pela lei 13.460/2017 em seu art 1º, §2º, II:

§ 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.⁶⁷

⁶⁶ BRASIL, Lei nº 8.987/1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm> Acesso em 23/12/2017.

⁶⁷ BRASIL, Lei nº 13.460/2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13460.htm> Acesso em 23/12/2017.

Porém a lei não deixa claro qual lei se aplicará de forma subsidiária caso exista um conflito entre as duas normas.

Utilizando de argumentos linguísticos e teleológicos de interpretação da norma, dá a entender que a lei 13.460/2017 foi criada para regular tão somente os serviços públicos que são prestados pela administração pública direta e indireta, em sua maioria, os serviços públicos prestados de forma direta. Percebe-se isso fazendo uma análise em conjunto do art 1º, §3º, com o art 2º, II, da mesma lei, em razão do primeiro tratar de forma subsidiária quando prestado pelo particular, e do segundo trazer a definição de serviço público somente quando prestado por órgão ou entidade da administração pública, deixando claro a vontade do legislador e utilizando de palavras dentro da norma para que faça valer esta intuição.

Porém a grande crítica a esta lei começa quando analisada sob a ótica do argumento sistêmico, pois é inaceitável a definição de serviço público que apresenta a lei, mesmo que ela se refira no caput “para os fins desta lei”, se levássemos a conceituação da lei em consideração não precisaria afirmar que quando prestado pelo particular a lei se dava de forma subsidiária porque para os fins desta lei o particular não exerceria serviço público. Analisando ainda de forma sistemática o objetivo da lei está presente no art 1º, caput, o qual versa:

Art. 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.⁶⁸

Logo já encontramos uma antinomia e falta de coesão interna, já que a lei pretende aplicar as normas tanto para prestação direta quanto para prestação indireta, e ao fazer uma breve análise, percebemos que ela tenta excluir o prestador de serviço particular, atribuindo somente de forma subsidiária as normas de proteção.

Passo então a análise da subsidiariedade, primeiramente analiso o seu significado, pois é importante entender qual a sua função; a expressão “subsidiariedade” provem do latim subsidium, que tem como significado suporte,

⁶⁸ BRASIL, Lei nº 13.460/2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13460.htm> Acesso em 23/12/2017.

assistência e ajuda, logo pode-se concluir que a lei em questão tem um papel supletivo, acessório quando se trata do particular. Vale também citar o princípio da subsidiariedade do direito europeu, mais precisamente da EU.

A União Europeia precisava solucionar problemas que estavam sendo causados devido à ampliação constante do poder de intervenção da União em domínios que eram, tradicionalmente, de competências exclusivas dos órgãos nacionais. Deste modo, o Tratado de Maastricht, trouxe a subsidiariedade como um princípio geral do Direito Europeu para travar o crescente centralismo da tomada de decisão comunitária e, assim, criar meios de conter a tendência à interpretação expansiva das competências comunitárias. O primeiro protocolo a respeito da subsidiariedade, denominado “Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade”, surgiu com O Tratado de Amsterdã. Mais tarde, no Tratado Constitucional desenvolveram-se importantes modificações nos institutos relacionados à subsidiariedade, muitas das quais, por meio do Tratado de Lisboa, foram posteriormente consagradas e, hoje, determinam o significado e a extensão desse princípio, que tem como fim a proteção do direito comunitário, mas se o direito comunitário não for suficiente para alcançar as devidas proporções, a UE assumirá a competência com normas mais abrangentes.⁶⁹

Analisado a subsidiariedade passo agora a análise de forma sistemática da lei 13.460/2017 e da lei 8.987/1995 no tocante a direitos e deveres dos usuários, bem como o nível de protecionismo que as normas proporcionam, de forma com que o trabalho possa tirar conclusões de qual maneira terá a aplicação subsidiária da norma referente a prestação por órgãos ou entidades administrativas em relação a prestação pelo particular.

Creio que o primeiro ponto de encontro das normas de proteção ao usuário é caracterização de serviço adequado (art 6º, § 1º, lei 8.987/95 e art 4º, lei 13.460/17), norma a qual norteia os princípios do serviço público já analisados neste trabalho, porém existem diferenças, a lei 13.460 cita o princípio da transparência e deixa de citar

⁶⁹ REX, Roger Valério de Vargas. **O Princípio Da subsidiariedade E O Sistema De Alerta Precoce Na União Europeia**. Monografia (graduação em direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2011, p 14-47.

o princípio da modicidade tarifária. O princípio da transparência não é citado na doutrina, mas tem ligação com o princípio da publicidade. A transparência na administração pública é encontrado na lei de responsabilidade fiscal (lei complementar 101/2000) mais precisamente em seu art 48º, que versa:

Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

§ 1º A transparência será assegurada também mediante: (redação dada pela Lei Complementar nº 156, de 2016)

I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos;⁷⁰

Importante frisar que a transparência incentiva a participação da população nos atos públicos, justamente o que a nova lei tenta efetuar, a participação dos usuários do serviço público através dos conselhos de serviço público, que serão analisados posteriormente.

Seguindo nos pontos de encontro vou citar os direitos que constam nas duas leis (art 7º, lei 8.987/95 e arts 5º ao 8º, lei 13.460/17), a liberdade de escolha entre os prestadores de serviço está consagrado nos dois diplomas legais, bem como a preservação dos bens públicos que são utilizados na prestação do serviço público. Existem por óbvio outros direitos, porém são decorrentes dos princípios do serviço público, o que não necessita maiores comentários.

É importante citar, entretanto, que um dos direitos referidos na nova lei é referente ao direito de informação, a lei exige que os órgãos e entidades divulguem uma carta de serviço aos usuários que deverão conter diversas informações que estão descritas no art 7º, o qual versa:

Art. 7º Os órgãos e entidades abrangidos por esta Lei divulgarão Carta de Serviços ao Usuário.

⁷⁰ BRASIL, Lei complementar nº 101/2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm > Acesso em 23/12/2017.

§ 1º A Carta de Serviços ao Usuário 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.

§ 2º A Carta de Serviços ao Usuário deverá trazer informações claras e precisas em relação a cada um dos serviços prestados, apresentando, no mínimo, informações relacionadas a:

I - serviços oferecidos;

II - requisitos, documentos, formas e informações necessárias para acessar o serviço;

III - principais etapas para processamento do serviço;

IV - previsão do prazo máximo para a prestação do serviço;

V - forma de prestação do serviço; e

VI - locais e formas para o usuário apresentar eventual manifestação sobre a prestação do serviço.

§ 3º Além das informações descritas no § 2º, a Carta de Serviços ao Usuário deverá detalhar os compromissos e padrões de qualidade do atendimento relativos, no mínimo, aos seguintes aspectos:

I - prioridades de atendimento;

II - previsão de tempo de espera para atendimento;

III - mecanismos de comunicação com os usuários;

IV - procedimentos para receber e responder as manifestações dos usuários; e

V - mecanismos de consulta, por parte dos usuários, acerca do andamento do serviço solicitado e de eventual manifestação.

§ 4º A Carta de Serviços ao Usuário será objeto de atualização periódica e de permanente divulgação mediante publicação em sítio eletrônico do órgão ou entidade na internet.

§ 5º Regulamento específico de cada Poder e esfera de Governo disporá sobre a operacionalização da Carta de Serviços ao Usuário.⁷¹

Este direito a informação e as normas para que ele aconteça de maneira efetiva e adequada não são contempladas pela lei 8.987/1995, o que me faz iniciar o debate sobre a subsidiariedade da lei em razão de uma análise sistemática da lei, ou seja, será este tema pertinente também aos particulares prestadores de serviço público?

Para tentar responder a esta pergunta utilizo da análise através do argumento linguístico, que já foi importante no debate a respeito da conceituação do serviço público que a lei apresenta, e isto me leva a crer que, a priori, não poderíamos aplicar essas normas ao particular prestador de serviço público, pois a lei é enfática ao citar em seu caput que os órgãos e entidades abrangidos pela lei deverão criar a carta.

⁷¹ BRASIL, Lei nº 13.460/2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13460.htm> Acesso em 23/12/2017.

Porém a carta de serviço ao usuário não é novidade desta lei, a carta foi instituída com o decreto nº 6.932, de 11 de agosto de 2009, que foi revogado pelo decreto nº 9.094, de 17 de julho de 2017. Este decreto institui as cartas de serviço ao usuário no âmbito federal e também faz menção aos “órgãos e entidades” porém cita a prestação de forma direta e indireta.

Seguindo na análise e comparação entre as normas de proteção do usuário passo agora a analisar as reclamações e manifestações dos usuários. A nova lei traz uma grande gama normativa em relação as manifestações do usuário para a garantia de seus direitos, ao contrapasso que a lei de concessões apresenta como um encargo do poder público apurar, receber e solucionar as queixas dos usuários, e dá um prazo de 30 dias para que notificar o usuário das providências tomadas em relação a sua reclamação (respeitando o princípio da celeridade).

De fato manifestações que é um termo mais abrangente (o que inclui as reclamações), logo tem-se uma noção mais protetiva ao usuário no âmbito da nova lei. Porém é importante citar outro tipo de manifestação por parte do usuário presente na lei 8987/95, que Odete Medauar classifica como dever do usuário de serviço público⁷², qual seja, a levar ao poder público os atos ilícitos e irregularidades dos prestadores de serviço público.

É importante dar destaque a essa última colocação não estar presente na nova lei, pois se tratando de particular prestando o serviço presume-se que o objetivo final é a obtenção de lucro, logo sendo provável a prática de atos ilícitos e descaso com o serviço público de uma maneira gera. Enquanto a nova lei, sendo destinada aos órgãos e entidades do poder público que prestam o serviço público visando o bem da sociedade, não cita ilícitos e irregularidades, mas somente atos e procedimentos incompatíveis com os princípios nela expostos.

No mesmo sentido das manifestações expostas a nova lei apresenta as atribuições das ouvidorias, que estão presentes no art 13º, quais sejam:

Art. 13. As ouvidorias terão como atribuições precípuas, sem prejuízo de outras estabelecidas em regulamento específico:

I - promover a participação do usuário na administração pública, em cooperação

⁷² MEDAUAR, 2016, P386.

com outras entidades de defesa do usuário;
 II - acompanhar a prestação dos serviços, visando a garantir a sua efetividade;
 III - propor aperfeiçoamentos na prestação dos serviços;
 IV - auxiliar na prevenção e correção dos atos e procedimentos incompatíveis com os princípios estabelecidos nesta Lei;
 V - propor a adoção de medidas para a defesa dos direitos do usuário, em observância às determinações desta Lei;
 VI - receber, analisar e encaminhar às autoridades competentes as manifestações, acompanhando o tratamento e a efetiva conclusão das manifestações de usuário perante órgão ou entidade a que se vincula; e
 VII - promover a adoção de mediação e conciliação entre o usuário e o órgão ou a entidade pública, sem prejuízo de outros órgãos competentes.⁷³

Importante perceber que o serviço de receber as denúncias dos serviços prestados pelo particular sempre é feita pelo poder concedente, qual seja, quem detém a titularidade do poder público, como versa o art 2º, II, da lei 8987/1995:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;⁷⁴

Logo percebemos a importância das ouvidorias para a satisfação dos direitos dos usuários, o que me remete se a lei deveria ou não instituir a criação de ouvidorias para prestar este serviço, de maneira mais especializada, da análise das reclamações.

Vale lembrar, entretanto, que a nova lei disciplina o que fazer caso não haja ouvidoria, no seu art 10º, §3º, o qual versa:

§ 3º Caso não haja ouvidoria, o usuário poderá apresentar manifestações diretamente ao órgão ou entidade responsável pela execução do serviço e ao órgão ou entidade a que se subordinem ou se vinculem.⁷⁵

Para encerrarmos as comparações entre os direitos dos usuários nos resta fazer a verificação no tocante a participação dos usuários de serviço público. Este é um dos

⁷³ BRASIL, Lei nº 13.460/2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13460.htm> Acesso em 23/12/2017.

⁷⁴ BRASIL, Lei nº 8.987/1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm> Acesso em 23/12/2017.

⁷⁵ BRASIL, Lei nº 13.460/2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13460.htm> Acesso em 23/12/2017.

pontos principais da nova lei, já que a constituição consagrava este direito de participação, porém necessitava de lei para efetivação.

O que acontece é que na lei 8987/1995 a participação aparece de maneira tímida e porque não, ineficaz; a lei cita somente que estimulará a formação de associações de usuários para defesa (o que por si não gera participação) e falava que os usuários teriam parte no órgão técnico que faria a fiscalização do serviço. Já a nova lei trata da participação através de conselho de usuários, e elenca as atribuições do mesmo da seguinte maneira:

Art. 18. Sem prejuízo de outras formas previstas na legislação, a participação dos usuários no acompanhamento da prestação e na avaliação dos serviços públicos será feita por meio de conselhos de usuários.

Parágrafo único. Os conselhos de usuários são órgãos consultivos dotados das seguintes atribuições:

I - acompanhar a prestação dos serviços;

II - participar na avaliação dos serviços;

III - propor melhorias na prestação dos serviços;

IV - contribuir na definição de diretrizes para o adequado atendimento ao usuário; e

V - acompanhar e avaliar a atuação do ouvidor.⁷⁶

Porém ainda resta, para participação real do usuário de serviço público na avaliação e prestação, cada poder e esfera do governo dele dispor sobre a organização e funcionamento dos conselhos. Pois a doutrina é bem crítica a atual situação da participação dos usuários no controle da prestação adequada do serviço público.

Carvalho filho comenta o seguinte sobre a participação dos usuários:

Na prática, o que se observa constantemente é que estes continuam a ter seus direitos transgredidos impunemente pelos prestadores de serviços públicos e a deparar insuperáveis dificuldades para socorrer-se de instrumentos eficazes que, na realidade do cotidiano, possam garantir seus direitos. Assim, muito ainda terá que ser feito para concretizar a tutela do usuário prevista na Constituição.⁷⁷

Dinorá Adelaide Musette Grotti, ainda sobre a pouca, ou quase inexistente, participação do usuário:

⁷⁶ BRASIL, Lei nº 13.460/2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13460.htm> Acesso em 23/12/2017.

⁷⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p 350.

Deve-se porém, atentar que, embora no exercício da fiscalização se conceda ao usuário integrar colegiado misto, a forma como se dará essa participação dependerá de norma regulamentar do poder concedente, bem como sua periodicidade. Não há previsão de nenhum poder de fato dos usuários para interferir nas tomadas de decisão ou para compartilhar a gestão operativa do serviço.

Importa ainda dar ênfase para o reforço da participação dos usuários, introduzida pelo art. 29, XII, da lei 8.987/95, ao preceituar que as instituições políticas teriam e tem a obrigação de “estimular a formação de associações de usuário para defesa de interesses relativos ao serviço” (art. 29, XIII). Tal estímulo, porém, não é suficiente para garantir o acesso das organizações populares no processo decisório.⁷⁸

Hely Lopes Meirelles também tece comentários a esse respeito do descaso com que o usuário é tratado:

Os direitos do usuário devem ser claramente assegurados no contrato de concessão, por ser ele o destinatário do serviço concedido. A ausência de cláusulas em favor do público tem ensejado o maior descaso das empresas concessionárias pelos direitos do usuário, o que não aconteceria se o próprio interessado no serviço dispusesse de reconhecimento expresso em seu favor, para exigir a prestação que lhe é mui comumente denegada ou retardada, sem qualquer providência punitiva do Poder Público.⁷⁹

Com boa parte da doutrina tendo atentado para a necessidade de uma melhor aplicação da defesa dos usuários, os adventos da nova lei, ao meu ver, deveriam ser de utilização plena pelo usuário de qualquer serviço público, e não somente os que são prestados pelos órgãos e entidades administrativas.

Voltando agora para os argumentos hermenêuticos, por mais que os argumentos linguísticos - advindo da escrita em termos rígidos pelo legislador - aponte para a não aplicação das normas constantes na nova lei, proponho uma análise teleológica (finalista) da lei, devo aqui atentar para o fim da lei, qual seja, a ampliação do rol de direitos do usuário de serviço público; este rol, como visto acima, precisa de mais organização e funcionalidade trazendo mais segurança e melhores serviços para os usuários.

Celso Antônio Bandeira de Mello tem um excelente trecho em seu livro sobre a importância do usuário:

⁷⁸ GROTTI, 2003, p 357.

⁷⁹ HELY, 2013, p 451.

Realmente, a figura estelar em tema de serviço público só pode ser mesmo o usuário, já que o serviço é instituído unicamente em seu prol. Aliás, de fora parte a promoção da ordem e da paz social, a justificativa substancial para a existência do próprio estado é, precisamente, a de oferecer aos administrados as utilidades e comodidades que se constituem no serviço público.⁸⁰

Logo sendo o administrado a principal razão de existir o serviço, nada mais justo que ampliar os poderes de controle e os direitos do mesmo, principalmente se olharmos pela escopo da subsidiariedade como ocorreu na UE, lá as normas gerais que se aplicavam a toda união europeia não estavam agradando as comunidades e estados, logo para que ficasse melhor para os cidadãos o princípio tratou de forma subsidiária a lei da UE fazendo com que a lei local agisse de forma predominante; neste caso porém atribuiremos a lógica inversa, mas pela mesma razão, qual seja, a melhor aplicabilidade para os cidadãos.

CONCLUSÕES

⁸⁰ MELLO, 2010, p 743.

A análise do assunto foi desenvolvida por meio de fonte primária, qual seja, a legislação vigente. Como técnicas secundárias, foram utilizadas a doutrina e as técnicas de interpretação de normas que ajudam a interpretar a recente lei.

A presente monografia teve como intuito estudar, dentro da limitação proposta, o estatuto do usuário de serviço público, com foco especial na subsidiariedade que ela apresenta quando quem for o prestador de serviço é o particular. Procurou-se estudar a lei e seus novos paradigmas para a defesa do usuário de serviço público. Para que fosse possível estudar tal lei, trilhou-se, por meio do estudo doutrinário e hermenêutico, a análise de diversos institutos para que fosse possível destacar os principais aspectos do serviço público.

Iniciou-se a monografia pela análise do serviço público começando pelo seu conceito conturbado, este conceito se mostra conturbado e em constante mudando durante toda história, e sua evolução passou por um período em que era determinado pela totalidade das atividades do estado até chegar ao ponto que se concentra apenas nas atividades administrativas. Em seguida, passou-se a mais uma vez especificar o serviço público, diferenciando este do poder de polícia, pois são facilmente confundidos devido ao tratamento leigo que é dado a administração, a qual todo exercício é chamado de serviço.

Passou-se, então, à análise dos elementos do serviço público, que segundo a doutrina majoritária apresentam a melhor maneira de criar critérios para definição, elemento formal, material, e o subjetivo. Após a análise dos determinantes fatores para o conceito e sua evolução, passou o trabalho a explorar princípios, em um primeiro momento, princípios gerais da administração pública que norteiam o poder público, em especial a supremacia do interesse público. Buscando ainda fortificar o entendimento a respeito do serviço público passou a observar os – consagrados pela nova lei – princípios do serviço público afim de mostrar a importância desta prestação para a sociedade.

Foi analisado, então, o primeiro ponto da nova lei, que é a sua definição de serviço público, atentei para o fato do conceito tratado pela lei não ser o mais adequado de acordo com a doutrina, não no tocante a sua atribuição o qual respeitou a evolução

histórica e dogmática do conceito e a enquadrando no sentido estrito, mas sim a sua delimitação no respeito a seu prestador. Oportuno destacar o fato de que a lei perdeu a oportunidade de dar segurança jurídica a definição de serviço público.

Após a definição de serviço público observo quem são os prestadores de serviço público, lembrando que a titularidade sempre será do poder público, a definição dos prestadores é de suma importância para o trabalho, pois é o cerne do debate sobre a lei ter aplicação direta sobre um (órgãos e entidades administrativas) e de forma subsidiária pelo outro (particulares), foi apresentada as formas que o particular pode prestar o serviço, bem como a apresentação a lei exigida pelo art 175º da CF, a lei de concessões.

Entrando no segundo capítulo mostrei as dificuldades que seriam enfrentadas em analisar a nova lei, bem como a maneira com que iria fazê-lo, através da ciência do direito, interpretação através de argumentos hermenêuticos linguísticos. Para iniciar então a análise proposta pelo trabalho apresentei a lei que, até então, servia de base para proteção dos usuários, bem como sua participação. O debate que tentei mostrar a priori foi a forma com que a lei exclui do seu aspecto protetivo os serviços públicos prestados por particulares, que, ao meu ver deveriam ser muito mais protetivos em relação aos prestados pela administração pública direta e indireta, pelo grande fato do serviço que o particular presta tem como fim o lucro.

Para reforçar este ponto de vista fiz uma análise utilizando de argumentos sistêmicos, pelos quais comparei as leis principais que tratam do assunto de proteção do usuário, a lei de defesa dos usuários de serviço público e a lei de concessões, ambas fazendo referência a constituição, art 37º, §3º, I, e art 175º da CF, respectivamente. Foi feito também um breve estudo sobre o significado de subsidiariedade, e o princípio da subsidiariedade na UE que foi definido ajuda a entender como se dá a subsidiariedade e como ela deve ser aplicada em favor da comunidade.

Foram apresentados, além dos argumentos, relatos na doutrina com a insatisfação dos autores referentes as normas relativas a participação do usuário e ao descaso com o mesmo pela regulação fraca e vaga que dispunham os usuários, a esperança para os usuários resta na aplicação, que ainda está longe de acontecer,

desta nova lei, e que ela cumpra um papel importante na preservação do bem-estar social.

É válido lembrar os momentos históricos das edições da lei, basta perceber que a lei de concessões de 1995 foi editada no governo Fernando Henrique Cardoso, que devido a sua posição política estar mais próximo a liberalidade promoveu o “desinchaço” da máquina pública ao editar as normas que regulavam a concessão e permissão do serviço, que também deveriam conter normas de proteção do usuário, mas que se restaram pouco efetivas; já a nova lei, publicada em 2017, teve sua edição em 2002 no começo de um governo que tinha mais entornos populistas, logo editando normas para agradar a população.

O trabalho se propôs além de revisão doutrinária acerca do tema do serviço público, e de analisar a nova lei, com foco na sua aplicação subsidiária, realizar também uma crítica ao modo com que o serviço público é tratado no Brasil; não adianta a doutrina falar da importância e da relevância social se a sociedade não se sente confortável utilizando dos serviços públicos disponíveis, e como visto no trabalho, a falta de regulação e falta de participação dos usuários fazem com que a insatisfação só se agrave.

Assim a presente monografia, buscou fundar-se no serviço público e sua relevante importância social para tratar do tema de aplicação subsidiária em relação aos particulares da nova lei 13.460/2017, utilizando essa nova linha de defesa nos interesses tanto do estado como dos usuários, visando sempre a supremacia do interesse público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, **Constituição da República** Federativa do. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso

em 23/12/2017.

BRASIL, **Lei nº 8.987/1995.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm Acesso em 23/12/2017.

BRASIL, **Lei nº 13.460/2017.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13460.htm Acesso em 23/12/2017.

BRASIL, **Lei nº 5.172/1966.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm Acesso em 23/12/2017.

BRASIL, **Lei complementar nº 101/2000.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm Acesso em 23/12/2017.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **ACORDÃO 2.927/2011**, plenário, Rel. Walton Alencar Rodrigues, publicado, 09/11/2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5ª ed. Malheiros: São Paulo, 2010.

GROTTI, Dinorá A. M. **O serviço público e a constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito Administrativo**. 12 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado – 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. P387.

MAFFINI, Rafael. **Elementos de Direito Administrativo**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2016.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39. Ed. São Paulo:

Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**. 27. Ed. São Paulo. Malheiros, 2011.

ROSÁRIO, Pedro Trovão; et al. **Introdução ao direito**. Coimbra: Edições Almeida, 2017.

REX, Roger Valério de Vargas. **O Princípio Da subsidiariedade E O Sistema De Alerta Precoce Na União Europeia**. Monografia (graduação em direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2011.