ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público
Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania
IDPB Instituto de Direito Público da Bahia

REDAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 6 – maio/junho/julho de 2006 – Salvador – Bahia – Brasil

DISTINÇÃO ENTRE USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO E CONSUMIDOR

Prof. Antônio Carlos Cintra do Amaral

Consultor e Parecerista em Direito Administrativo. Ex-professor de Direito Econômico na Faculdade de Direito da PUC/SP. Diretor e Coordenador-Geral do CELC – Centro de Estudos sobre Licitações e Contratos.

A concessão de serviço público é um contrato administrativo. Os contratos administrativos, antes de serem **administrativos**, são **contratos**. A eles se aplicam, portanto, noções da **teoria geral dos contratos**, que têm sido mais desenvolvidas, por motivos históricos, pela doutrina jurídica civilista, e não pela administrativista. Nesse sentido, pode dizer-se que é com acerto que a Lei 8.666/93, em seu art. 54, dispõe que aos contratos administrativos por ela disciplinados aplicam-se os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. [1]

Discípulo de **Hans Kelsen**, **Norberto Bobbio, Herbert Hart** e **Alf Ross**, especialmente dos dois primeiros, entendo que o Direito é o sistema de normas jurídicas postas em uma determinada comunidade. Nesse sentido, vale lembrar a afirmação lapidar do jurista alemão **Norbert Hoerster**, em ensaio sob o título *"Em defesa do positivismo jurídico"*, de que a expressão *"direito positivo"* é pleonástica. Todo Direito é positivo. As considerações aqui expostas, portanto, têm como base o Direito brasileiro, interpretado à luz da teoria geral dos contratos.

A partir dessa concepção, parece-me que se está incorrendo em um equívoco generalizado quando se afirma que o **usuário de serviço público** é um **consumidor**. Considerar-se o usuário como consumidor do serviço público a ele prestado pela concessionária talvez seja possível sob a ótica **econômica**. Mas

[1] A Lei 8.666/93 (Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos) aplica-se a obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública (art. 2º). Particularmente em relação às concessões e permissões de serviço público, aplica-se ela naquilo que não conflite com a legislação específica (art. 124). Essa legislação específica é constituída, basicamente, pelas Leis 8.987/95 e 9.074/95.

sob a ótica **jurídica** o usuário de serviço público e o consumidor estão em situações distintas. Uma coisa é a relação jurídica de serviço público. Outra, a de consumo. Tentarei sustentar, em breve síntese, esta opinião.

Diversamente da situação de consumo, a relação contratual entre concessionária e usuário, mediante a qual uma parte se obriga a prestar um serviço, recebendo em pagamento um preço público (tarifa), tem como pressuposto uma outra, entre a concessionária e o poder concedente. Em situações semelhantes a essa, a doutrina civilista italiana aponta a existência de dois contratos **coligados**, um, **principal**, o outro, **acessório**.

Essa noção é desenvolvida, entre outros, por **Alberto Trabucchi** (*"Istituzioni di Diritto Civile",* 32ª ed., Padova, Cedam, 1991, p. 598); **Francesco Messineo** (*"Dottrina Generale del Contratto"*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 1952, pp. 231 e 252); e **Walter d'Avanzo** (*"Istituzioni di Diritto Civile",* Roma, Orientamenti, 1945/1946, p. 272).

Para **Messineo**, por exemplo, há relação de acessoriedade quando um contrato *"**depende** logicamente e **juridicamente** de um outro, como de uma premissa indispensável".* Diz ele que *"o contrato acessório segue a sorte do principal... especialmente com respeito à nulidade, à possibilidade de resolução e a outros efeitos similares..."* (ob. cit., p. 252). Por sua vez, entre nós, **Orlando Gomes** (*"Contratos",* 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987, pp. 112/113) escreve que a dependência pode ser recíproca ou não. Na união com dependência **unilateral**, um só dos contratos depende do outro, permanecendo, porém, os contratos individualizados. Dizendo que seria mais correto qualificar os contratos que dependem da existência de outros como **contratos dependentes**, **Orlando Gomes** (ob. cit., p. 84) ressalva que *"o uso consagrou a expressão **contratos acessórios**".* O eminente jurista baiano adotava a orientação de **Messineo**, a ele se referindo exatamente na obra e página (p. 252) acima citadas.

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

A relação jurídica entre concessionária e usuário não pode ser equiparada à existente entre duas pessoas privadas, que atuam na defesa de seus interesses específicos. O serviço público, cujo **exercício** é atribuído à concessionária, continua na **titularidade** e sob a responsabilidade do poder concedente. Perante a relação de consumo, diversamente, o Poder Público atua como *"protetor"* da parte considerada hipossuficiente, que, em regra, é o consumidor.

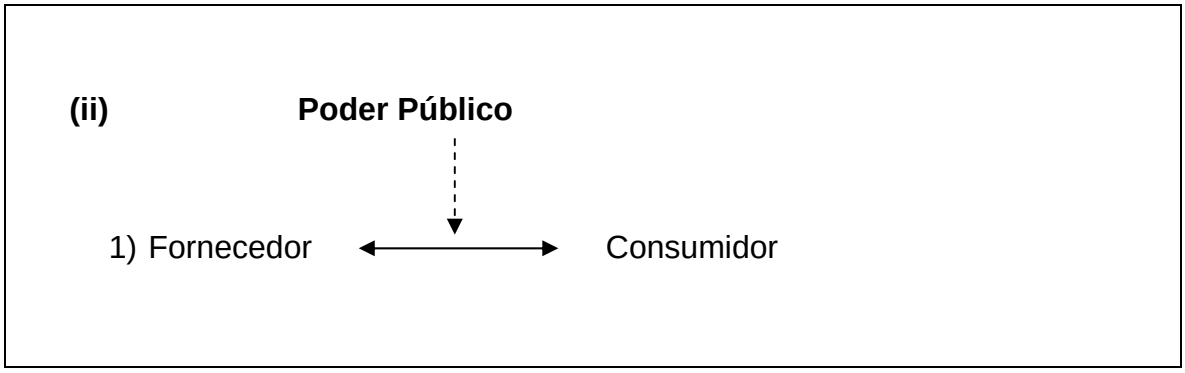
A distinção conceitual entre usuário de serviço público e consumidor pode ser graficamente exposta nos seguintes termos:

A) Relação de serviço público

(i) Poder Concedente ⟷ Concessionária ⟷ Usuário

A concessionária é **obrigada** a prestar o serviço cujo **exercício** lhe foi atribuído, mas o poder concedente continua com o **dever** constitucional de prestá-lo, embora escolha a opção de fazê-lo indiretamente sob regime de concessão ou permissão, como lhe é autorizado pelo art. 175 da Constituição. O inadimplemento pela concessionária gera sua **responsabilidade** perante o usuário, mas também **responsável** é, solidariamente, o poder concedente, na medida em que mantém a **titularidade** do serviço concedido.

B) Relação de consumo



O fornecedor é **obrigado** a prestar o serviço ao consumidor. O Poder Público tem o **dever** de regular a relação contratual entre eles, protegendo a parte considerada mais fraca. O inadimplemento pelo fornecedor gera sua **responsabilidade** perante o consumidor. O Poder Público **não é responsável** pelo cumprimento das obrigações pelo fornecedor.

Hans Kelsen *("Teoria Pura do Direito",* trad. portuguesa, 6ª ed., Coimbra, Arménio Amado, 1984, pp. 171 e ss.) distingue *"dever jurídico"* e *"responsabilidade".* Diz ele (p. 177) que *"um indivíduo é juridicamente obrigado a uma determinada conduta quando uma oposta conduta sua é tornada pressuposto de um acto coercitivo (como sanção)".*

Se esse indivíduo não se conduz de acordo com a norma, a sanção, conforme o caso, pode ser dirigida a ele ou a um outro indivíduo *"que se encontre*

com aquele numa relação determinada pela ordem jurídica". No primeiro caso, *"o indivíduo obrigado e o indivíduo responsável são uma e a mesma pessoa".* No segundo caso, não. Escreve **Kelsen** (pp. 182/183) que, normalmente, o indivíduo obrigado pode evitar a sanção da execução civil através do pagamento de **indenização** pelo prejuízo causado a outrem. Existe um **dever principal** (a obrigação de cumprir a norma) e um **dever subsidiário** (o dever de ressarcir os prejuízos ilicitamente causados). Reside aí a distinção entre **obrigação** (o dever principal) e **responsabilidade** (o dever de ressarcir os prejuízos, ou seja, o dever de indenizar). [2]

Expostas essas noções, penso que fica clara a distinção entre a relação de **consumo** e a de **serviço público**. O fornecedor e a concessionária têm **obrigações** perante o consumidor e o usuário, respectivamente. O descumprimento dessas obrigações acarreta sua **responsabilidade**. Mas no caso da concessionária o ordenamento jurídico atribui essa responsabilidade também ao Poder Público (concedente), o que não ocorre quando o fornecedor não cumpre suas obrigações.

Ressalte-se que o tratamento dado ao usuário de serviço público pela Constituição e pela lei é diverso do dispensado ao consumidor. A Constituição trata dos dois assuntos em dispositivos diferentes: a concessão, basicamente no art. 175; a proteção ao consumidor, nos arts. 5º, inciso XXXII, e 170, inciso V.

Já o art. 27 da Emenda Constitucional nº 19/98 determinou que o Congresso Nacional deverá elaborar *"lei de defesa do usuário de serviços públicos*". Isso equivale ao reconhecimento implícito de que essa defesa é juridicamente diversa da *"defesa do consumidor"*, já regulada pela Lei 8.078/90. Saliente-se que essa lei devia ter sido elaborada pelo Congresso Nacional no prazo de 120 (cento e vinte) dias, a partir de junho de 1998. Até hoje não o foi.

Há vários projetos de lei tramitando no Congresso Nacional. Alguns determinam, a meu ver equivocadamente, a aplicação subsidiária das normas da Lei 8.078 à defesa do usuário de serviço público. Penso que isso servirá para perpetuar a confusão atual entre as duas relações jurídicas, a de serviço público e a de consumo. Cabe ao Congresso, que já aprovou em 1990 o Código de Defesa do Consumidor, aprovar agora um outro código, diferente daquele, qual seja, o **Código de Defesa do Usuário de Serviço Público**.

Para o Poder Público, a defesa do usuário de serviço público é ainda mais relevante do que a defesa do consumidor. O pressuposto básico do instituto da concessão de serviço público no Direito brasileiro é a prestação de *"serviço*

---

[2] Muitos dos mais categorizados juristas (**Brinz, Amira, Pacchioni, Messineo**) sustentam que a obrigação contém dois elementos: **débito** *("schuld")* e **responsabilidade** *("haftung").* Sobre o assunto, discorreu, com a habitual precisão, **José Paulo Cavalcanti**, em seu *"Direito Civil (Escritos Diversos)",* Rio, Forense, 1983, pp. 142 e ss. (nota de rodapé nº 72).

Expondo sua posição pessoal, o eminente e saudoso civilista pernambucano discordava dessa teoria e afirmava (ob. cit., pp. 146/147):

"De nossa parte, adotamos o entendimento de que a chamada 'responsabilidade' não é elemento da obrigação, mas, como conseqüência do eventual descumprimento, alguma coisa que está por fora dela."

adequado". O princípio da **indisponibilidade do interesse público**, a que se refere **Celso Antônio Bandeira de Mello** em diversos escritos, impede que o poder concedente concorde com qualquer solução que prejudique essa prestação, por mínimo que seja o prejuízo, o que não ocorre na relação de consumo, em que os interesses envolvidos são **privados**. Por exemplo: o ordenamento jurídico não admite que o usuário concorde com a prestação de *"serviço inadequado"* sob a condição de que a concessionária reduza a tarifa. Já o consumidor pode exigir o abatimento do preço, caso o serviço prestado pelo fornecedor não seja satisfatório.

Disso tudo se conclui que a defesa do usuário de serviço público não é atribuição dos órgãos de defesa do consumidor, e sim da respectiva agência reguladora, cujo desafio é organizar-se adequadamente para isso. Como a lei prevista no art. 27 da Emenda Constitucional nº 19 até hoje não foi aprovada pelo Congresso Nacional, o usuário de serviço público tem tido sua defesa baseada em uma lei (Lei 8.078) que claramente não se aplica à relação de **serviço público**, e sim à de **consumo**, conceitualmente diversa daquela.

Nada impede, porém, que a agência reguladora mantenha convênio com esses órgãos de defesa do consumidor, para que também participem da defesa do usuário de serviço público. É essencial, porém, que exista um **Código de Defesa do Usuário de Serviço Público,** que sirva de base jurídica para essa atuação.

Por outro lado, faz-se necessário que a agência reguladora seja independente, quer em relação à concessionária, quer ao poder concedente. Muitas vezes o interesse do usuário conflita não apenas com o da concessionária, mas também com o do poder concedente enquanto aparelho estatal. O exercício da função pública tem como objetivo a satisfação do interesse da sociedade, ou de segmento desta. Ou seja: o que a doutrina jurídica italiana, a partir de uma perspectiva liberal e democrática, chama de *"interesse coletivo primário",* que predomina sobre os demais interesses secundários, quer o interesse do aparelho estatal (*"interesse público secundário"*), quer o das pessoas privadas.[3] Nesse sentido, deve-se ter sempre em mente que o objetivo da concessão de serviço público é a satisfação do interesse do usuário e que o papel principal das agências reguladoras deve ser o de defender esse interesse, quer perante a concessionária, quer perante o poder concedente. Como recorda o jurista argentino **Héctor Escola**, *"diz-se, com razão, que o grau de desenvolvimento e progresso de um país se mede pelo grau de organização e prestação de seus serviços públicos e a satisfação com que os usuários os utilizam".* A prestação de *"serviço adequado",* controlada por agências reguladoras fortes e independentes,

[3] Essa noção reflete a distinção, bastante antiga, efetuada pela filosofia e pela ciência política, entre o interesse da sociedade e o do Estado. A expressão *"interesse coletivo primário"* é atribuída, na doutrina jurídica italiana, a **Francesco Carnelutti** e foi levada para o Direito Administrativo por **Renato Alessi** (*"Principi di Diritto Amministrativo",* Milano, Giuffrè, vol. I, 1974, pp. 226 e ss.). Segundo **Alessi**, a função pública, inclusive a função administrativa, é exercida com vista ao atendimento desse interesse, que se situa em posição de supremacia perante o *"interesse público secundário",* do aparelho estatal, assim como perante o interesse privado, também secundário. Entre nós, a noção é exposta sobretudo por **Celso Antônio Bandeira de Mello** *("Curso de Direito Administrativo",* 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, pp. 66 e ss.).

é indispensável para que esse objetivo seja alcançado.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre Usuário de Serviço Público e Consumidor. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 6, mai/jun/jul de 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site **direitodoestado.com.br**

Publicação Impressa:

Informação não disponível