

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

**DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E REGULAÇÃO: A
RELAÇÃO ENTRE A ATIVIDADE REGULATÓRIA E A POSIÇÃO
JURÍDICA DO USUÁRIO**

***DELEGATION OF PUBLIC SERVICES AND REGULATATION: THE
RELATIONSHIP BETWEEN REGULATORY ACTIVITY AND THE
LEGAL POSITION OF THE USER***

JOSÉ RAUL CUBAS JÚNIOR

Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

JULIANO DEFFUNE FLENIK

Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

RESUMO

A presente pesquisa busca discorrer acerca dos serviços públicos delegados, a respectiva regulação estatal e a posição jurídica do usuário. Tal postura científica se dá em razão da ausência do diálogo entre o Direito Público e o Direito Privado acerca da figura do usuário, fato que empurrou o conceito de serviço público para uma crise conceitual e material. Tais problemas levam a crer na possibilidade de um novo caráter híbrido do usuário de serviço público, com a ampliação da liberdade dos agentes delegados, concessionário ou permissionário, sem perder de vista a responsabilidade inerente à condição de prestador de serviços públicos.

PALAVRAS-CHAVE: Serviço Público; Usuário; Regulação; Concessionário.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

ABSTRACT

The present research seeks to discuss the delegated public services, the respective state-owned regulation and the legal position of the user. Such a scientific position is due to the absence of a dialogue between public and private law about the figure of the user, fact that pushed the concept of public service into a conceptual and material crisis. Such problems lead one to believe in the possibility of a new hybrid character of the public service user, with the extension of the freedom of delegated agents, concessionaires or permission holder, without losing sight of the responsibility inherent in the status of public services provider.

KEYWORDS: Public Service; User; Regulation; Concessionaire.

INTRODUÇÃO

O tema do presente artigo, qual seja o confronto entre as medidas estatais de regulação econômica [cujo conceito é derivado da ciência econômica], as atividades desenvolvidas por agentes privados delegados de serviços públicos e a figura dos usuários, cada vez mais desperta a atenção da comunidade jurídica e de economistas.

Para além do olhar jurídico [dado pela doutrina específica] sobre a atividade do Estado tendente a regular a prestação dos serviços públicos, economistas membros das Escolas Econômicas também buscam explicar as consequências advindas da regulação estatal.

Diante desta dualidade de observação [jurídica e econômica] é que se propõe, neste artigo, a busca pela harmonização das posições. Discorrer, ainda que superficialmente, justificado pela amplitude do tema, sobre a relação estabelecida entre concessionários e/ou permissionários e os destinatários dos serviços públicos — à luz da posição jurídica destes e das garantias constitucionais inerentes ao regime jurídico-administrativo —, em busca de extrair a caracterização do usuário,

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

do consumidor ou mesmo da figura híbrida usuário-consumidor, revela a necessidade de ingressar na investigação da situação jurídica do usuário e da relação legal/estatutária/regimental ou contratual a que está submetido que, como se verá adiante, guardar estreita sintonia com o grau de intervenção [regulação estatal] dos agentes delegados e, conseqüentemente, impacta na adoção, não rara, de distintos mecanismos de proteção ao destinatário, ora dado singularmente pelo regime jurídico-administrativo, ora em conjunto com a legislação consumerista.

Para alcançar esse objetivo, o método de pesquisa utilizado é a revisão bibliográfica, com análise de livros, artigos científicos publicados em periódicos e em anais de eventos, como demais trabalhos disponibilizados no Sistema de Publicações Eletrônicas de Teses e Dissertações – TEDE. Já, a estrutura do presente artigo contempla divisão em quatro seções, incluindo esta introdução.

Na seção seguinte são traçadas as linhas gerais [dada pela doutrina jurídica] da prestação de serviços públicos e a figura dos seus destinatários, com especial enfoque na atual relevância deste, tido como figura central da prestação dos serviços públicos.

A terceira seção parte para a análise da regulação estatal que, como visto na seção anterior, também pode se dar sobre a atividade desenvolvida por agentes delegados, neste caso os serviços públicos. São, pois, apresentados os confrontos entre o maior e o menor grau de intervenção e seus reflexos nos destinatários dos serviços públicos, em especial à proteção jurídica destes.

Na última seção são encartados, resumidamente, os resultados obtidos com a pesquisa e a sua conclusão.

2 SERVIÇOS PÚBLICOS

Determinadas atividades, destinadas a satisfazer a coletividade em geral [prestação de utilidade ou comodidade], qualificadas como serviços públicos e dadas suas características e relevâncias, são assumidas pelo Estado, mesmo que sem

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

exclusividade, na medida em que não seria conveniente deixá-las nas mãos da iniciativa privada, em que ao Estado caberia apenas a função de fiscalizar e controlar através do exercício do poder de polícia. Na prestação desses serviços há a submissão ao Direito Público. (MELLO, 2014, p. 694-695).

Essa atividade Estatal, denominada serviço público, é conceituada por Mello como (2014, p. 695):

[...] toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime jurídico de Direito Público” e pode variar de acordo com o plano da escolha política, fixada na Constituição Federal, na lei, ou ainda nos costumes vigentes em determinado momento histórico.

Justen Filho resume o conceito de serviço público como a “atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executada sob regime de direito público”. (2005, p. 478).

Scliar anota que, na França¹, berço do serviço público, seu conceito é amplo e engloba todas as atividades estatais, diferentemente do adotado no Brasil, cuja concepção se restringe “[...] a uma atividade nitidamente público-administrativa e tem por finalidade a concretude ou satisfação de necessidades”, características que revelam “[...] uma espécie de limbo, cuja classificação é mais visível do que propriamente a sua conceituação.” (2012, p. 230).

Nas palavras de Meirelles (2004, p. 320):

O conceito de serviço público não é uniforme na doutrina, que ora nos oferece uma noção orgânica, [...]; ora nos apresenta uma conceituação

¹ Nas palavras de Corrêa, (2012, p. 41), para Léon Duguit [um dos principais expoentes da Escola do Serviço Público, surgida na França no início do sec. XX], a concepção de serviço público seria objetiva ou material, na medida em que englobaria quaisquer atividades que devem ser asseguradas, reguladas e controladas pelo Estado, porque indispensáveis ao desenvolvimento da interdependência social.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

formal, [...]; ora nos expõe um conceito material. 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 [...].

A despeito da discordância referida, Meirelles conceitua serviço público como (2004, p. 320-321):

[...] todo aquele que é 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. Fora dessa generalidade não se pode, em doutrina, indicar as atividades que constituem serviço público, porque variam segundo as exigências e cada povo e de cada época. Nem se pode dizer que são as atividades coletivas vitais que caracterizam os serviços públicos, porque ao lado destas existem outras, sabidamente dispensáveis pela comunidade, que são realizadas pelo Estado como serviço público.

Mello (2014, p. 715-717) também afirma a impossibilidade de se catalogar, especificadamente, os serviços que podem ser considerados públicos, mas adverte acerca da necessária observância dos limites impostos pelo Texto Constitucional. A caracterização de um serviço como público é papel do Estado, por meio do Poder Legislativo, respeitadas determinadas previsões Constitucionais, notadamente as normas relativas à ordem econômica, garantidoras da livre iniciativa. Embora a Carta Constitucional não defina o que são atividades econômicas [cujo conceito é elástico, impreciso ou indeterminado], cabe ao legislador infraconstitucional ter o cuidado de interpretá-lo no sentido e alcance que o constituinte quis lhe dar, com olhos voltados aos padrões sociais vigentes em cada época. Para essa distinção arremata o autor:

Em suma: o reconhecimento há de ser feito ao lume dos critérios e padrões vigentes em dada época e Sociedade, ou seja, em certo tempo e espaço, de acordo com a intelecção que nela se faz do que sejam a "esfera econômica" (âmbito da livre iniciativa) e a esfera das atividades existenciais à Sociedade em um momento dado e que, por isto mesmo, devem ser prestadas pelo próprio Estado ou criatura sua ("serviços públicos"). (MELLO, 2014, p. 718)

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Sem embargo da discussão travada acerca do conceito de serviço público e da heterogeneidade da classificação adotada pela doutrina², que não é objeto de análise no presente artigo, sobre a possibilidade do serviço ser prestado diretamente pelo Estado ou no regime de delegação, notadamente concessão ou permissão, não há divergência.

Neste sentido Meirelles (2004, p. 331):

A prestação de serviço público ou de utilidade pública pode ser centralizada, descentralizada e desconcentrada, e sua execução direta e indireta [...]. Serviço descentralizado – É todo aquele em que o Poder Público transfere sua titularidade ou, simplesmente, sua execução, por outorga ou delegação, a autarquias, fundações, [...], empresas privadas ou particulares individualmente. [...] Há delegação quando o Estado transfere, por contrato (concessão) ou ato unilateral (permissão/autorização), unicamente a execução do serviço, para que o delegado o preste ao público em seu nome e por sua conta e risco, nas condições regulamentares e sob controle estatal.

Adiante Meirelles conclui (2004, p. 366): “Já vimos que o Poder Público pode realizar centralizadamente seus próprios serviços, [...], ou prestá-los descentralizadamente, [...], por empresas privadas e particulares individualmente”.

Para Justen Filho é possível todo serviço público ser objeto de concessão, “mesmo aqueles destituídos de rentabilidade econômica”. (2003, p. 101-102 apud PEREIRA, 2005b, p. 42).

Neste contexto Pereira conclui (2005b, p. 42):

[...] ressalvas atinentes a atividades não passíveis de outorga referem-se, na verdade, à não-caracterização de serviço público (p. ex., nos casos de funções públicas ou de exercício de poder de polícia). Sob esse ângulo, qualificar um serviço como público seria o mesmo que afirmar sua possibilidade de concessão (ou de delegação por outra via).

² Como exemplo, a visão restritiva de Mello (2014, p. 695), ao considerar no conceito de serviço público a necessidade de que ele possa ser fruído singularmente [*uti singuli*]; ou de Meirelles (2004, p. 321/323), que inclui na classificação os chamados serviços *uti universi* [que independem de usuário determinado]. Adiante é retomado o tema.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Scliar (2012, p. 228) também afirma que “Os entes prestadores dos serviços públicos são pessoas públicas ou privadas, inclusive as propriamente criadas pelo Estado”.

Melo também compartilha do mesmo entendimento (2014, p. 705):

O fato de o Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) ser titular de serviços públicos, [...] não significa que deva obrigatoriamente prestá-los por si ou por criatura sua quando detenha a titularidade exclusiva do serviço. Na esmagadora maioria dos casos estará apenas obrigado a discipliná-los e a promover-lhes a prestação. Assim, tanto poderá prestá-los por si mesmo como poderá promover-lhes a prestação conferindo a entidades estranhas ao seu aparelho administrativo (particulares e outras pessoas de direito público interno ou da administração indireta delas) titulação para que os desempenhem, [...] Ou seja, poderá conferir "autorização", "permissão" ou "concessão" de serviços públicos (que são as expressões constitucionalmente utilizadas) para que sejam efetuados por tais pessoas.

Na concessão o “[...] Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público” (MELLO, 2014, p. 725-726).

A despeito da divergência doutrinária acerca da classificação dos serviços públicos, se a sua caracterização reclama ou não a presença de um usuário determinado [tratada brevemente acima], convergem as opiniões quando se afirma tratar de prestações direcionadas à satisfação de necessidades vinculadas ao atendimento do interesse público. Ditas necessidades, orientadoras da instituição e consequente prestação dos serviços públicos, não se encontram prescritas em lei, em rol taxativo, mas demandam o reconhecimento, como tarefa do legislador infraconstitucional, dos anseios e das mutações sociais, a fim de acompanhar a evolução social, elegendo os interesses públicos e as necessidades que em cada época devem ser satisfeitas. Contudo, não há para o legislador um campo irrestrito de atuação, antes, limita-se nos critérios previstos na Constituição Federal, notadamente na impossibilidade de invadir a esfera econômica, campo de liberdade da iniciativa privada. Também não destoa a doutrina quanto à possibilidade de delegação de serviços públicos para prestação por particulares, mediante concessão

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

e/ou permissão, excetuados³ aqueles que são, nas palavras de Mello (2014, p. 712), “Serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado” ou, ainda, como citado por Meirelles (2004, p. 322), “Serviços próprios do Estado”.

2.1 O DESTINATÁRIO DOS SERVIÇOS PRESTADOS MEDIANTE DELEGAÇÃO

Do conceito de serviço público é possível extrair a preocupação da doutrina em trazer, na sua nova concepção, o destinatário do serviço para o centro do debate. “O serviço público é dever do Estado destinado ao cidadão, esse como destinatário das atividades estatais, nas quais se inclui o serviço público” (PASQUALOTTO, 1991, p. 182 apud SCLIAR, 2012, p. 231).

Justen Filho anota que “A consagração cada vez mais intensa da dignidade da pessoa humana como fundamento da ação do Poder Público conduz à valorização do indivíduo, da pessoa, como finalidade da atuação do Estado” (1999, apud PEREIRA, 2005a, p. 299).

Para Pereira (2005b, p. 44), “voltar-se ao usuário e colocá-lo no centro das considerações acerca do serviço público é coerente com a evolução do pensamento sobre a atuação administrativa”, de tal maneira que “trazer o usuário para o centro do debate reflete precisamente a premissa de que em função dele, usuário, o serviço público é construído e prestado”.

Monica Spezia Justen informa a tese de que “o serviço público pode ser prestado indiferentemente tanto por um ente público quanto privado, mas que não pode mudar de destinatário” (JUSTEN, 2003, p. 230 apud PEREIRA, 2005b, p. 44).

Para Pereira (2005a, p. 302), o usuário do serviço público assume caráter instrumental. A despeito de ser *uti singuli*, é a satisfação do usuário determinado que realiza o fim do serviço público e atinge positivamente o interesse da coletividade. É,

³ Vale lembrar a afirmação feita por Pereira (2015b, p. 42), citada anteriormente, que representa divergência quanto ao tema, notadamente por considerar que todos os serviços públicos devem admitir a prestação na forma de concessão/permissão ou delegação por outra via, sendo que a sua impossibilidade descaracteriza a atividade para, por exemplo, o mero exercício de função pública ou do poder de polícia, características que não são comuns aos serviços públicos.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

pois, da fruição do serviço, pelo usuário singular, que se vê resultar o atendimento do interesse público:

No serviço público propriamente dito, o usuário é instrumental para o atingimento da finalidade da atividade pública. O serviço é *uti singuli* porque a satisfação de cada usuário individual é o que realiza o fim público do serviço. O serviço público é a espécie de atividade pública em que a finalidade normativa é realizada mediante a satisfação do usuário. O usuário assume certo caráter instrumental na medida em que a sua satisfação é funcionalizada; o serviço não tem em vista apenas o interesse individual do usuário, mas o interesse público subjacente ao serviço. Assim, ao prestar o serviço de abastecimento de água potável, o Poder Público realiza o interesse do usuário (que necessita de água de qualidade para sobrevivência com saúde) e o interesse coletivo na prevenção da transmissão de doenças e na redução dos eventuais custos de tratamento médico. A realização do interesse coletivo pressupõe o atendimento do interesse individual do usuário.

Sem embargo ao conceito de destinatário, e respeitada a impossibilidade de se confundir, em grau de generalidade, a figura do destinatário como usuário, notadamente nos chamados serviços públicos *uti universi*, no presente artigo o tema abordado se limita aos serviços públicos *uti singuli*, nos quais é possível identificar o seu real usuário/tomador.

Sobre o tema Pereira afirma que “o serviço público tem usuários e beneficiários”, mas os serviços *uti universi* “não tem usuários, tem apenas beneficiários” (2005b, p. 58).

Nas palavras de Mescheriakoff:

Todo serviço público responde a uma necessidade e por consequência tem um ou vários beneficiários, mas para ser qualificado de usuário o beneficiário de um serviço deve poder ser individualizado. Dito de outro modo, um serviço público de prestação coletiva, como o de segurança, tem beneficiários, mas não usuários (1997, p. 225 apud PEREIRA, 2005b, p. 58).

Dentre os serviços públicos, com destaque para aqueles prestados mediante delegação, como ocorre nos casos de concessão, a figura do usuário assume especial importância, principalmente quando se passa a perquirir a possibilidade de

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

considerá-lo como consumidor em detrimento das garantias dadas pelo Direito Público à figura dos usuários, em especial àquelas encartadas em Princípios próprios do regime jurídico-administrativo⁴. Em outras palavras, assume destaque a análise da posição jurídica do usuário frente ao prestador.

Sem negar a divergência quanto ao tema, notadamente se o destinatário do serviço público seria considerado usuário ou consumidor, ou se haveria uma espécie de relação híbrida, para admitir a existência da figura do usuário-consumidor, o presente artigo busca investigar questão diversa levantada pela doutrina, qual seja o impacto que o grau de intervenção estatal [como a regulação da prestação dos serviços públicos por concessionários e/ou permissionários] pode causar na relação que se estabelece entre o prestador e o seu destinatário [este considerado o usuário, consumidor, usuário-consumidor ou qualquer outra forma nominada pela doutrina e/ou jurisprudência].

Para Pereira (2005b, p. 49), no “[...] regime de maior liberdade para o prestador, reduz-se a intensidade das garantias públicas ao usuário e amplia-se o regime próprio das relações de consumo”. Ou seja, a maior liberdade do prestador conduz ao “[...] influxo crescente das pautas aplicáveis aos consumidores de serviços privados”.

Já, em situação oposta, o mesmo autor esclarece que, nos serviços públicos monopolizados, cuja característica demanda intenso controle público e pequena liberdade do prestador, “[...] a posição jurídica do usuário tende a ser integralmente disciplinada segundo critérios públicos, com aplicação nenhuma ou modesta de noções atinentes às relações de consumo”. (PEREIRA, 2005b, p. 49-50).

⁴ Mello (2014, p. 700-701), noticia que, na doutrina francesa de René Chapus, Jean Rivero, Jean Walise, Georges Vedel e Pierre Devolvé, existem de três princípios comuns à generalidade dos serviços públicos, quais sejam: i) mutabilidade; ii) continuidade; e, iii) igualdade. Jean de Soto ainda inclui a ‘gratuidade’, acompanhado por Laubadère, Venezia e Gaudenet, que além deste ainda adotam um quinto princípio, o da ‘neutralidade’. Aubi e Ducos-Ader preferem tratar do tema como dois grupos ou categorias de princípios: i) princípio da continuidade, o qual englobaria o princípio da adaptação (mutabilidade); e, ii) princípio da igualdade, englobando o princípio da neutralidade. No Brasil, Hely Lopes Meirelles enumera cinco princípios: i) permanência (continuidade); ii) generalidade (correspondente ao da igualdade); iii) eficiência (que exige atualização do serviço, também designado como mutabilidade); iv) modicidade (tarifas razoáveis); e, v) cortesia. Maria Sylvia di Pietro e Diógenes Gasparini enunciam os mesmos princípios arrolados pela doutrina francesa.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Importa reconhecer que a relação entre o grau de liberdade do prestador e as garantias do destinatário – encartadas em princípios que regem a prestação dos serviços públicos – é inversamente proporcional. Não significa dizer que a liberdade do prestador demanda a mitigação da proteção jurídica do destinatário, mas sim a redução das garantias decorrentes do regime jurídico-administrativo do Direito Público e a crescente aplicação das normas que disciplinam as relações entre prestadores e tomadores de serviços privados [Direito do Consumidor]. Contudo, como alerta Pereira (2005b, p. 63), embora isso crie “certos pontos de comunhão entre os conceitos de usuário e consumidor”, jamais chegarão ao nível de “permitir a identificação entre as duas situações”.

Sob qualquer ângulo, a despeito da crescente influência/aplicação da legislação consumerista [decorrente da redução de intervenção/regulação estatal na atividade prestada] na relação estabelecida entre o prestador do serviço público e o seu destinatário, este jamais poderá ser considerado consumidor. Neste sentido Souto assevera que “usuário não é consumidor, mas foi a ele equiparado para fins de proteção”. (SOUTO, 2003, p. 338 apud PEREIRA, 2005b, p. 135-136).

Diversamente daquilo que ocorre na prestação de serviços particulares, nos serviços públicos a Constituição Federal exige “[...], um regramento próprio para o usuário de serviços públicos, distinto do aplicável ao consumidor” (PEREIRA, 2005b, p. 63).

A relação entre prestador e tomador de serviço privado, embora balizada pelo ordenamento jurídico, estabelece-se por contrato, garantido pela autonomia privada, princípio fundamental que rege a liberdade de contratar e dispor livremente [em matéria não vedada em lei] acerca das cláusulas que irão reger as obrigações recíprocas das partes envolvidas.

Diversamente é o cenário que se apresenta na prestação de serviços públicos. Neste há a demanda integral da previsão legal, regramentos próprios e que caracterizam a natureza da situação jurídica estabelecida entre usuário e prestador como estatutária/regimental. Equivale dizer, as regras não são estabelecidas nem pelo prestador, nem pelo usuário.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Para Justen Filho (2003, p. 559 apud PEREIRA, 2005b, p. 95) “O relacionamento entre usuário e concessionário reflete condições estabelecidas pelo Estado, de modo que as regras praticadas pelo concessionário não são livremente por ele escolhidas”.

Nas palavras de Pereira (2005, p. 95), “tanto o usuário quanto o concessionário estariam em situação jurídica passível de alteração por razões de interesse público mediante iniciativa da autoridade interveniente (poder concedente)”.

Também Cuéllar afirma que “não há direitos contratuais entre o usuário e a prestadora de serviço público (Administração Pública, concessionária ou permissionária)”. (CUÉLLAR, 2003, p. 143 apud PEREIRA, 2005, p. 95).

Da análise realizada até este momento alguns pontos devem ser realçados, quais sejam: i) serviços públicos se referem, em síntese, ao oferecimento de prestações tendentes à satisfação de necessidades, as quais devem ser eleitas de acordo com os parâmetros estabelecidos na Carta Constitucional e das transformações sociais de cada época; ii) o serviço público pode ser prestado pelo Estado ou por terceiros, inclusive particulares mediante delegação, nos regimes de concessão e/ou permissão; iii) a relação entre prestador e destinatário [usuário], a depender do grau de regulação estatal sobre o serviço e seu prestador, sofrerá o influxo da legislação consumerista, ao tempo em que são reduzidas as garantias dadas ao usuário pelo regime jurídico-administrativo do Direito Público e princípios específicos que norteiam o tema.

Dita regulação estatal, incidente sobre a atividade produtiva ou na prestação de serviços públicos [por meio de agências reguladoras], é alvo de severas críticas de economistas membros de Escolas Econômicas⁵ que, para além do olhar jurídico, buscam explicar as consequências advindas da regulação.

⁵ Notadamente o pensamento defendido por membros da Escola Austríaca de Economia, entre eles Ludwig Heinrich Edler von Mises, e da Escola Econômica de Chicago, conforme a Teoria da Regulação Econômica de George Stigler, esta marcada pela inovação substancial no campo teórico, que traz para discussão os papéis desempenhados pelos atores e os interesses envolvidos no cenário criado com a aparição das agências reguladoras.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Confrontar as posições jurídica e econômica, notadamente quanto aos reflexos da redução da intervenção ou mesmo desregulação das atividades de prestação de serviços públicos [por concessionários e/ou permissionários] passa a ser objeto de análise do próximo capítulo, observados os pressupostos estabelecidos até este momento, em especial a relação inversamente proporcional caracterizada pela redução da regulação e o aumento do influxo da legislação consumerista nas relações entre prestadores e usuários.

3 REGULAÇÕES ECONÔMICAS

Um dos fenômenos da Carta Constitucional de 1988 é o caráter intervencionista do Estado Brasileiro. Essa faceta multidimensional do Estado se materializa, em diversas áreas, seja através do próprio processo legislativo, seja através de regulação da área a ser “administrada” através de instrumentos descentralizadores da atividade regulatória.

A autodeterminação da regulamentação que a Constituição delegou ao longo do tempo à figura centralizadora do Estado pavimentou um papel de agente regulador da atividade econômica (art. 170 e art. 174 da CF), mas que, por limitação de sua derivação fiscalizatória, de planejamento ou mesmo de incentivo, mostrou-se incapaz de cumprir um papel digno frente à realidade brasileira.

A par desse fenômeno, a descentralização da atividade administrativa do estado também foi vetor de motricidade aos anseios constitucionais do Estado brasileiro, o qual veio transferindo ao particular, por delegação, concessão ou permissão, aquelas atividades desenvolvidas pelo ente público.

Diante do desmembramento da atividade administrativa do Estado, essa verticalização das decisões através do ente Federal trouxe um descompasso com as necessidades contemporâneas do Estado, criando um hiato onde o caráter interventivo, quando alcançado, já se mostrava superado pela dinâmica da realidade a ser delimitada.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Desta feita, em resposta a estes anseios Estatais, foram criados mecanismos regulatórios capazes de atuar de forma presente na realidade a ser suportada, tendo, portanto como finalidade, aquelas diretrizes constitucionais do art. 170 da CF.

Essa dupla influência, dinâmica, sobre o direito administrativo brasileiro, trouxeram uma crise conceitual e também uma crise material intimamente ligada com a regulação econômica.

No que tange a crise conceitual, vemos que o chamado serviço público, transplantado em organismos de direito privado, passam por uma nova concepção, pois operam no que chamamos de regras de mercado, sob a influência híbrida de regras de direito público, mas, contudo, infelizmente estão sob a responsabilidade e influência direta do direito privado.

No outro vértice da crise, está o elemento material, que é a própria influência e incidência das regras de mercado, sob a atividade delegada, que sofre as influências da economia de mercado, e que sofrem a intervenção do direito público.

Nesse fenômeno administrativo, a regulamentação, fiscalização e incentivo, passaram, portanto, a se fragmentar ao longo do processo democrático brasileiro, mostrando ao regulamentado que aquele campo de atuação poderia sofrer uma incidência regulatória excessiva através da delegação de poder feita pelo Estado.

Tal delegação de poder, feita de forma fragmentada, demonstrou que a esfera de intervenção ultrapassou os ditames constitucionais, causando, portanto, o que se pode chamar de “hipérbole regulatória”, uma “bolha” regulatória, superinflacionada, a qual recusa-se a estourar visto as responsabilidades⁶ acerca das atividades prestadas.

Embora essa fragmentação demonstrasse ao longo do tempo um grau de especialidade, fato é que o inchaço normativo/regulatório se demonstrou um entrave à chamada economia de mercado, característica de um sistema econômico que não

⁶ Contudo, dogmaticamente as pontes que transpõem este rio caudaloso da responsabilidade do Estado e dos concessionários, e que ligam o direito público ao direito privado, aparentemente já se encontram construídas, fato pelo qual, aguardamos, ansiosamente, à realidade à transpô-la à qualquer momento.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

pode ser dominado através de “entraves” regulatórios, interventivos, como se faz dentro do Estado brasileiro.

As delimitações da atividade interventiva do Estado dentro do art. 174 da CF prescreve muito bem esse papel do Estado, o qual vem a todo o momento querer dominar esse organismo vivo, extrapolando a dicção constitucionalmente imposta.

Desta forma, já por sua vez, os entes reguladores, embora vinculados ao poder central do Estado, passaram a intervir desmedidamente nas suas áreas de atuação criando uma mancha interventora e dirigindo de forma indireta os destinos de mercado e da economia dos campos intervindos.

Essa inconciliável disputa criada pela estrutura administrativa do Estado, entre o direito privado e o direito público, transformaram o cenário dos serviços públicos, delegados concedidos ou permitidos, em verdadeiras terras de insegurança jurídica.

Contudo, não se olvida reconhecer a necessidade, ao menos em parte, desta atuação regulatória do Estado em favor da proteção dos destinatários, como ensina Aragão (2013, p. 145):

[...] o Estado não poderia deixar apenas ao bom senso empresarial a gestão de atividades de indubitável interesse público [sejam os serviços públicos prestados mediante concessão ou permissão, ou atividades privadas de interesse público], que deveriam, portanto, ficar sob o poder regulatório.

3.1 O CONFLITO TRAVADO ENTRE A ECONOMIA DE MERCADO, O PODER CONCEDENTE E A FIGURA DO USUÁRIO

Como dito anteriormente, a inconciliável disputa criada pela estrutura administrativa do Estado, entre o direito privado e o direito público, foram criadores de insegurança jurídica, lançando o consumidor ou usuário dentro de uma lacuna. Embora haja a chamada responsabilidade objetiva pelos prestadores de serviços públicos, certo é que, em nosso ordenamento, ainda ressentimos que a figura deste

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

usuário/consumidor, não possa ser visto verdadeiramente através de sua característica híbrida.

Esse conflito entre direito público e direito privado revela, claramente, que nem o papel desenvolvido pelo Estado, ou pelo seu concessionário, estão à altura da proteção integral do usuário e sequer esclarece se este realmente é usuário ou consumidor, coberto pelo manto do direito público ou do direito privado, ou dos dois de maneira híbrida.

Por outro vértice, vemos que os anseios estatais em contraste com os anseios da economia são causas e efeitos do mesmo problema. Quanto mais a atividade interventora do Estado tende a se expandir, mais a economia de mercado irá cindir-se.

Essa relação de ação e reação é própria do sistema de mercado, que possui uma característica adaptativa. E essa característica adaptativa demonstra claramente uma relação hospedeiro-parasita (BARBIERI, 2013, p. 107).

Essa simbiose, seja para o bem ou para o mal, ao longo do tempo, vem se mostrando, incompatível, pois trata de organismos envolvidos em uma relação de “benefício”, onde vantagens – benéficas, neutras ou prejudiciais – para um dos envolvidos transitam volatilmente dentro da interação administrativa.

Essa volatilidade é uma das características mais marcantes da chamada economia de mercado, fato pelo qual tentar aprisionar as atividades concedidas gera o aumento de riscos, de desvios, de irregularidades e anormalidades.

Neste contexto, a figura do concedente passa, portanto, a exercer única e exclusivamente uma única função, o de mero fiscalizador. Veja-se que a responsabilidade é diretamente proporcional à liberdade dada aos concessionários, pois a atividade passaria, portanto, apenas por um caráter eminentemente fiscalizatório.

No aspecto da própria regulação econômica, verificamos então, que o Estado muda de papel e, portanto, exerce o a chamada “intervenção indireta”, limitando-se a exercer apenas um papel secundário, ou seja, o “poder de polícia, sobre a atividade econômica do particular”. Insta desta forma observar que, uma vez

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

levado esse conceito para a regulação dos serviços públicos prestados mediante delegação, ao destinatário, compassadamente, restariam afastadas as garantias do regime jurídico-administrativo, deixando, pois, a condição de usuário para se tornar cada vez mais consumidor.

Ao compararmos os preceitos preconizados da escola austríaca, quais sejam: a) liberdade de comércio; b) liberdade de contrato; c) contra impostos; d) contra controle de preços, e) contra a regulamentação que iniba a livre iniciativa; f) acreditar na expertise do empreendedor; e, g) o indivíduo deve perceber a dinâmica de mercado, todos esses elementos levam ao contraste de um Estado Mínimo, sendo mero coordenador e totalmente conciliável com uma figura híbrida do destinatário final.

Assim, no que tange ao usuário/consumidor, destinatário final daquele serviço prestado, estaríamos submetendo a ele elementos nítidos de direito privado, mas com a tutela estatal sobre a fiscalização daquela atividade. Esse caráter híbrido é o que se pode entender como leitura NeoConstitucional dos artigos 1º, incisos II e III; 3º, inciso I; e 175, parágrafo único, inciso II, todos da Constituição Federal.

Em relação ao papel do Estado, frise-se que essa coordenação possui uma delimitação muito clara, a qual enceta ao Estado um papel fiscalizador/coordenador e não mais interventivo. Essa liberalidade confere uma dinâmica ao Estado⁷, muito maior, transferindo responsabilidades ao ente privado sem criar amarras regulatórias, caras ao grau de sofisticação do Estado e, na sua maioria, ineficazes.

Sente-se, desta forma, que o Legislador Constitucional não deixou claro os limites desta possibilidade de intervenção e, mais do que isso, deixou arraigado no setor privado a sua digital interventora, ante sujeição do mercado à sua função “indicativa”.

Desta forma, qualquer regulamentação que escape a dicção do artigo 170 da CF, ou que não possa dar suporte àqueles anseios estatais, mas sobretudo constitucionais, estarão sobremaneira extrapolando a função interventiva do Estado.

⁷ Recomenda-se a leitura de Bastiat (2010), que descreve a dinâmica da regulação e a (ir)responsabilidade do Estado.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Pela interpretação lógico-sistemática, acrescenta-se que, em conjunto com o artigo 170 da CF, a regulamentação econômica possui também os parâmetros do artigo 174 da CF, ou seja, apenas de incentivo, planejamento e fiscalização, sendo imperativo ao poder público e indicativo ao setor privado [como já dito anteriormente], certo de que:

[...], o Estado desempenha a regulação tanto quando tem um vínculo genérico com o administrado (livre iniciativa da atividade econômica em sentido estrito) quanto no caso de possuir vínculo específico (serviços públicos prestados mediante concessão ou permissão). (MENDES, 2002, p. 116-117)

Veja-se que, aqui, resume-se uma das limitações à intervenção do Estado pelo crivo Constitucional, traduzindo verdadeiro limite imposto pela legalidade e que impacta, diretamente, na natureza jurídica do destinatário do serviço público.

CONCLUSÃO

Como visto, quanto maior liberdade outorgada aos prestadores de serviço, nos casos de concessão e/ou permissão, mais o regime do usuário sofrerá a influência do regime típico do consumidor. Equivale dizer, nos serviços caracterizados pela competição entre os prestadores, a amplitude dessa liberdade impõe à solução de problemas na relação prestador-destinatário a adoção de recursos do direito do consumidor (PEREIRA, 2005b, p. 63-64), sem, contudo, afastar por completo as garantias do Direito Público.

Isso se deve ao fato de que, a despeito do maior ou menor grau de intervenção estatal [controle estatal sobre os serviços prestados mediante concessão e/ou permissão] a situação jurídica entre prestador e destinatário permanece no regime estatutário/regimental, porque a ambos não é dado o poder de livre pactuar as cláusulas que irão reger a relação jurídica que entre eles se

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

estabelece, tal como ocorre na atividade privada, em que vigora a autonomia da vontade.

A adoção de regulação estatal sobre a prestação de serviços públicos tem por objetivo assegurar que eles estejam ao alcance de todos os cidadãos, com preço justo e de boa qualidade, ao tempo em que mantém a característica estatutária/regimental da situação jurídica entre prestador e destinatário.

Neste contexto é possível identificar o conflito existente entre a expansão do Estado, pela sua atividade legiferante, em contraste à necessidade de liberdade, ditada por uma economia de mercado aos concessionários e/ou permissionários do serviço público.

Acredita-se que o binômio liberdade x responsabilidade, ainda que mais eficaz, não será implantado em nosso sistema pátrio, em detrimento da necessidade de apropriação e desenvolvimento da relação entre o direito público e o direito privado.

Em contrapartida, soluções como a responsabilização objetiva dos prestadores de serviço público servem de consolo à interpretação mais moderna da figura híbrida do usuário/consumidor.

Essa integração de normas se mostra, ao longo do tempo, nada mais que a concretização dos objetivos constitucionalmente estipulados na Carta Magna.

Contudo, a regulação ainda há de persistir, mesmo que em grau reduzido, como parâmetro a ser seguido pelo administrado, ciente, no entanto, de que a baliza Constitucional deve ser observada sob pena de a atividade delegada se tornar invasiva e legiferante.

Do mesmo modo, seja pela fiscalização, planejamento e incentivo, as atuações do Estado são perfeitamente compatíveis com a economia de mercado, pois não emanam, ao conjunto do sistema econômico, sinais errados sobre a atividade econômica. Acrescente-se que dentro da esfera de agente normativo e regulador, qualquer atitude estatal que extrapole esse comando Constitucional, trará sinais equivocados ao mercado bem como à administração, que desencadearão

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

novas dificuldades para a consecução fim do Estado, seja a cidadania, a dignidade da pessoa humana ou a garantia do desenvolvimento nacional.

REFERÊNCIAS

BARBIERI, Fábio. **A economia do intervencionismo**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013. Disponível em: <http://rothbardbrasil.com/wp-content/uploads/arquivos/MisesBrasil_A%20Economia%20do%20Intervencionismo_BROCHURA.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2017.

CORRÊA, Paulo José Machado. A Noção de Serviço Público no Direito Brasileiro. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal**, Brasília, v. 38, p. 37-71, 2012. Disponível em: <revista.pg.df.gov.br/index.php/RJPGDF/article/download/19/5>. Acesso em: 19 fev. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualização por Eurico de Andrade Azevedo. et al. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros. 2014.

MENDÊS, Conrado Hübner. Reforma do Estado e as Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 99-139.

NETO, Manoel Cavalcante de Lima; PIERRE, Vítor Hugo Lessa; COSTA, Carlos Eugênio Silva da; ALMEIDA, Daniel Cabral de. Judicialização do orçamento brasileiro: o posicionamento do Supremo Tribunal Federal nos últimos 20 anos. In: **Revista Jurídica - UNICURITIBA**, v.2, n.47 (2017). Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2034>>. Acesso em: 19.fev.2018.

PEREIRA, C. A. G. A posição dos usuários e a estipulação da remuneração por serviços públicos. In: TÓRRES, Heleno Taveira. (Org.). **Serviços Públicos e Direito Tributário**. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005a, p. 299-356. Disponível em: <<http://www.guimaraespereira.com.br/artigos/ARTIGO17.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

_____, C. A. G. **A posição jurídica dos usuários e os aspectos econômicos dos serviços públicos**. 2005b. 389 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005b. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7800>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

SCLIAR, Wremyr. Serviço público: usuário e consumidor. **Revista Direito & Justiça da PUCRS**, v. 38, n. 2, p. 228-236, jul./dez. 2012. Disponível em: <revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/download/12550/8413>. Acesso em: 19 fev. 2018.