



Serviço público: usuário e consumidor

Public service: the consumer

WREMYR SCLiar

Professor, Mestre e Doutorado em Direito Público na PUCRS. Auditor Substituto de Conselheiro do Tribunal de Contas do RS, aposentado.

RESUMO: A prestação de serviços públicos decorre de uma relação de administração pública direta, indireta ou delegada, como um dever do Estado. O destinatário é o usuário, conceituado como um cidadão republicano e com direitos democráticos. Ele não é um consumidor, no sentido estrito e limitado, mas a própria razão do Estado e essência existencial da administração pública; a prestação de serviços públicos está submetida ao interesse público e outros princípios. Essa é a orientação da Suprema Corte brasileira.

Palavras-chave: Relação de administração pública; Relação de consumo; Consumidor e usuário; Princípios; Decisões da Suprema Corte brasileira.

ABSTRACT: The public services happen between a direct, indirect or authorized relation of the public administration, how a duty of the State. The consumer is a republican citizen with democratic rights. He is not a real consumer, at the strict signification, but the real purpose of the State and of the public administration, submit at the public interest and others principles. That is the Brazilian Supreme Court orientation.

Keywords: Relation of consumer; Consumer and public consumer; Principles; Judgements of Brazilian Supreme Court.

INTRODUÇÃO

O objeto desse trabalho é a compreensão da relação de administração pública.

A relação de administração pública direta, indireta ou delegada, cumpre o dever da prestação de serviços públicos originados e titularizados pelo Estado, regidos por princípios explícitos (artigo 37 da Carta Política) e por princípios implícitos, embora relativizados apenas quanto aos serviços públicos delegados pelo Estado.

Os entes prestadores dos serviços públicos são pessoas públicas ou privadas, inclusive as propriamente criadas pelo Estado.

O norteador principal dessa prestação é o interesse público, mediante a satisfação de necessidades públicas coletivas ou individuais eleitas na Carta Política e dirigidas aos destinatários.

Os destinatários dos serviços públicos não são consumidores no estrito e limitado sentido do estatuto.

Ele é um cidadão republicano dotado de direitos democráticos e a razão política do Estado e a essência existencial dos serviços públicos.

A definição estatutária codificada passa por uma compreensão institucional e política, – embasada na fonte prestadora dos serviços públicos, como dever

estatal, e a sua natureza específica; a definição nascerá dessa equação.

São arrolados julgados recentes do Supremo Tribunal Federal que reenquadram o então consumidor para a destinação fundamental dos serviços públicos, conceituando-o como cidadão-usuário.

RELAÇÃO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A relação de administração, ocorrente em âmbito de direito público ou privado, é uma relação jurídica específica que se estrutura e funciona a partir de uma finalidade cogente.

Quando a relação de administração se desenvolve (administrar é movimentar) na administração pública, denomina-se de relação de administração pública, distinguindo-se com a relação de administração, que se desenvolve na vida privada.

Ruy Cirne Lima afirma:

Chama-se-lhe relação de administração, segundo o mesmo critério, pelos qual os atos de administração se opõe aos atos de propriedade.

Na administração, o dever e a finalidade são predominantes; no domínio, a vontade.¹

O critério a que refere o autor é aquele que atribui ao sujeito ativo dessa relação um dever antes de ser um poder. Os discípulos de Ruy Cirne Lima adotaram o ensinamento e o propagam como relevante valor da administração, notadamente quando pública. Um dever-poder, funcional e instrumental, do qual o agente público é serviente, explicita Celso Antônio Bandeira de Mello, tratando da relação de administração pública.²

A sobreposição hierárquica sobre a autonomia da vontade é característica da relação de administração e valor republicano e democrático na relação de administração pública.³ Trata-se, em sentido amplo, de uma relação jurídica que está sujeita ao império de uma finalidade cogente, sendo essa a sua principal característica.

O administrador (“ad” – para – “minister” – aquele que representa) age destituído de vontade própria. Aliás, sua última vontade foi a de integrar essa relação, após a qual, é conduzido pela vontade do titular da relação. A característica assim descrita é comum à vida pública e à vida privada. Na esfera privada, o administrador age mediante contrato no interesse de quem o contratou. Na esfera pública, de outro lado, o administrador público, da mais alta hierarquia até aquele dotado de nenhuma hierarquia, age mediante a imposição da lei e no interesse do Estado.

O objeto deste trabalho é examinar as implicações jurídicas existentes entre os serviços públicos, considerados como uma das consequências da relação de administração pública, nos quais se prestam serviços ou se fornecem bens públicos, e o destinatário desta relação, cidadão: usuário ou consumidor.

A relação de administração pública é peculiar, guardando características distintas das demais relações jurídicas, notadamente quando realizadas no âmbito do direito privado.

A relação de administração pública sempre tem em um dos seus polos o Estado, ou em algumas hipóteses, um ente que o represente, sob condições legais; mas, de outro lado, apresenta muitos aspectos confluentes com outras relações em que o Estado esteja num dos polos: com a relação tributária ou financeira, apenas para exemplificar, podendo-se reconhecer que a relação de administração pública pode ser também tributária ou financeira.

A relação de administração pública é regida por princípios específicos, atribuídos pela carta magna brasileira, inscritos no seu artigo 37, assim como outros explícitos e também a ela aplicáveis, além dos princípios implícitos. Mas há um princípio implícito na carta magna que se sobrepõe aos demais. Trata-se do interesse público, segundo o qual a tutela estatal

se volta para os interesses do próprio Estado, para os interesses coletivos ou para os interesses individuais – cujo norteador dessa tutela se revelará a cada caso concreto.

Contudo, não se pode afirmar que sempre o interesse público seja aquele primariamente buscado pelo Estado. Na fixação da data de um concurso público, um concorrente poderá alegar que o dia de sábado, previsto para a prova, é resguardado pela sua confissão religiosa. No caso, a administração pública ou o magistrado irá ponderar os valores envolvidos e poderá concluir em um ou outro sentido quanto ao interesse público preponderante.

A publicidade do processo administrativo, inscrita como princípio regente da administração pública, também poderá ser ponderada face aos dados íntimos de um administrado, seja ele processado administrativamente por infração estatutária, paciente de um hospital público ou tenha seu tratamento custeado por valores financeiros públicos.

Cogente e imperativa, a relação de administração na administração pública atinge a sua plenitude impositiva. A cogência e imperatividade da relação regida pelo direito administrativo paralisa qualquer relação que se origine do direito subjetivo. Esse é estranho à relação de administração pública. Entende-se, desde logo, que o fim público, ou o interesse público, visto que ambos são norteadores da atividade administrativa, e não a vontade, predominam na ação administrativa.

Por ação administrativa, enfocam-se os dois vértices da atividade administrativa: os atos, que são formais; e os fatos, deles derivados, que se realizam mediante aplicação de técnicas apropriadas (o ato formal de aposentadoria e a realização de cirurgia em um hospital público, exemplos que demonstram que a administração pública se exterioriza mediante formas e não formas; mas não está jungida exclusivamente à forma, como pretendiam os autores clássicos.⁴ Ao conjunto de formas e fatos, denomina-se de ações administrativas.

A relação de administração pública domina a vida contemporânea. Serviços e bens essenciais são outorgados pelo Estado, embora, desde a década de 90 do século XX eles venham sofrendo restrições e redução de escala, ou mesmo integralmente transferidos para a atividade privada, naquilo que se intitula de reforma do aparelho do Estado, mediante a sua modernização, redução e qualificação dos aparelhos estatais, inclusive com a criação de instrumentos de fiscalização e controle mais aprimorados, entre os quais as agências reguladoras e a ampliação de outros serviços, dentre os quais, a proteção ao meio ambiente, mecanismos de inclusão social, étnica ou de minorias.

Iguais funções relevantes foram outorgadas aos ministérios públicos e tribunais de contas, com adição de competência de fiscalização do Estado, da administração pública e dos serviços públicos.

Da relação de administração pública resultam os serviços públicos. Os serviços públicos são instrumentos estatais situados ao lado dos bens públicos e das pessoas que prestam a sua colaboração ao Estado, designados genericamente de agentes públicos.

O arremetimento, como ciência de administração, dos bens e pessoas para a realização das atividades meios ou fins é outra ótica pela qual se pode conceituar o serviço público.

Ao contrário dos bens públicos e dos agentes públicos, a conceituação de serviços públicos tem sido indecisa, em razão de suas características, uma espécie de limbo, cuja classificação é mais visível do que propriamente a sua conceituação.

Nascidos modernamente durante a Revolução Francesa, os serviços públicos – com a república e a democracia –, valores que irão se afirmar a partir das duas revoluções industriais, serão inscritos nas cartas constitucionais dos estados democráticos, e historicamente devem ser referenciados como essenciais à concretização da dignidade do homem e existenciais à sociedade.

O Estado não é um ente para si e por si. Existe contemporaneamente em função da concretização da dignidade humana, no amplexo dos valores que nela se alojam, segundo a evolução e as circunstâncias de cada sociedade, em cada lugar e em cada época histórica.

Os serviços públicos nascem mínimos com o estado liberal de 1789, uma oposição burguesa aos poderes absolutos da realeza e da aristocracia. O estado mínimo se caracterizava pela atribuição de apenas três serviços considerados necessários, por isso mesmo mínimos, segundo os recursos financeiros e as concepções clássicas da economia política: segurança externa, segurança interna e justiça.

O desenvolvimento dos meios de produção, o surgimento do proletariado e da classe média, assim como a complexidade e ampliação da vida urbana, cerca dos anos 40 a 80 do século XIX, as invenções e os avanços tecnológicos, como a máquina a vapor, o telégrafo, a ferrovia, a crescente, racional e estandardizada produção industrial de massa e as trocas comerciais envolvendo mais de um continente, impuseram ao Estado, assim como os movimentos e suas lutas sociais,⁵ a ampliação dos serviços públicos, dentre eles, inicialmente, no universo dos serviços públicos, a saúde e higiene, educação, previdência,

urbanismo, transporte público, equipamentos urbanos, rodovias, ferrovias e portos.

Igualmente as guerras (a primeira e a segunda mundiais), com a destruição massiva (pela primeira vez na história) dos bens públicos como estradas, pontes, ferrovias, hospitais, usinas, assim como a destruição dos bens privados, especialmente as moradias, obrigaram o Estado a intervir de forma decidida na reconstrução dos bens e na assistência às populações atingidas pelas duas guerras, com a quantificação e qualificação de serviços públicos, cujo auge se concretiza entre os anos de 1945 (fim da segunda guerra) e a década de 70.

Nesse período, o Estado atinge seu momento histórico culminante como estado providência e interventor, fenômeno que nos Estados Unidos se inicia na crise de 1929, com a adoção da política do “new deal”, no início da década de 30.

Em 1973, com a crise do petróleo e da moeda, a recessão econômica e financeira, o Estado ingressa em profunda crise, com afetação de amplo espectro das populações, desempregadas e desassistidas. A crise cíclica, de natureza capitalista, conduzirá os Estados, segundo teorias financeiras e econômicas, à criação de políticas públicas para a transferência dos serviços públicos à iniciativa privada, especialmente ao sistema financeiro privado, que havia acumulado riqueza nos períodos antecedentes. Enfatiza-se que o serviço público, instrumento estatal de realização das finalidades públicas, deve ser compreendido segundo as etapas de um processo histórico, que não se apresenta homogêneo nem harmonioso, segundo as épocas distintas e os países e regiões em que se desenvolvem.

SERVIÇOS PÚBLICOS

Na França, onde nasce a atual configuração do serviço público, o conceito indica de um modo amplo todas as atividades estatais. No Brasil, o conceito é mais restrito, visto que não abrange inúmeras atividades estatais.

Para Marçal Justen Filho,

Serviço público é uma 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.⁶

O conceito restringe o serviço público a uma atividade nitidamente público-administrativa e tem por finalidade a concretude ou satisfação de necessidades. As necessidades não são categorias próprias do direito

público e logo não estão afetas exclusivamente à administração pública. São categorias de economia política estreitamente ligadas ao valor justiça (justiça segundo as necessidades de cada um) e pertencem à equação necessidades e atividade financeira do Estado, na qual os recursos obtidos têm por finalidade dar suporte financeiro para as despesas públicas, nas quais se incluem aquelas destinadas às necessidades. Estas são individuais ou coletivas, as eleitas pelo sistema democrático de direito e incluídas na carta magna ou leis como as que serão tuteladas pelo Estado ou pela sociedade. As necessidades humanas surgem quando o ser humano, originário do primata, já vivia em sociedade organizada, principiando pela defesa da vida e da sobrevivência, dos fenômenos da natureza, dos ataques das feras, da alimentação, procriação, prosseguindo em um processo evolutivo, passando pela liberdade e igualdade, até atingir os requisitos de satisfação das complexas e múltiplas necessidades atualmente reclamadas, alguns acolhidos, outros objeto de lutas sociais e econômicas, muitos incluídos no universo dos direitos atuais da denominada cidadania.

Observa-se de relevante, nesse conceito, a estreita vinculação entre as atividades administrativas do serviço público e a vinculação direta aos direitos fundamentais. Sem esse vínculo, a atividade do Estado não sujeita ao regime de direito público tem natureza econômica, envolvida pelo mercado de livre competição e submetida ao direito privado.

Engolfado atualmente em uma crise de amplas proporções, com a nova crise iniciada no sistema financeiro habitacional americano em 1998, agora ampliada à crise econômica e financeira na Europa, o serviço público, com maior ou menor ou menor gravidade em alguns países, possui natureza institucional, produzido pela solidariedade de pessoas públicas e privadas, em uma pluralidade indeterminada, que conjugam seus esforços solidários, fraternais e subsidiários, em um conjunto de valores e ideais, objetivando a dignidade do ser humano enquanto ser social. Sob o ângulo material ou objetivo, ele consiste em uma atividade conducente à satisfação de necessidades; de outro lado, sob o ângulo objetivo, a atividade é titulada pelo Estado ou por quem lhe é permitido, tuteladamente, fazê-lo; e, por fim, sob o ângulo formal, está jungido ao direito público.

CIDADÃO: USUÁRIO OU CONSUMIDOR

O serviço público⁷ é dever do Estado destinado ao cidadão, esse como destinatário das atividades estatais, nas quais se inclui o serviço público.

Conjunto de bens e serviços mobilizados para a prestação do serviço público, ele tem, inicialmente, o direcionamento de aparelhar o Estado para as atividades-fins. Portanto, em primeiro plano, ele se caracteriza como atividade-meio, aquela que é instrumental ou funcional (próprios) ao Estado, no sentido do angariamento de bens públicos e do recrutamento de agentes públicos com vistas à concretização das atividades-fins. Mobilizado ou aparelhado, o serviço público volta-se para a sua razão de existência: o homem e a sociedade.

Em sua divisão orgânica, que inserem os serviços compulsórios e os facultativos, ele possui uma classificação que os considera serviços públicos gerais (*uti universi*) ou individualizáveis (*uti singuli*). Todos, considerando a sua espécie, são dotados de: (a) irrecusabilidade ou (b) a sua destinação universalizada ou particularizada. Podem, de outro lado, ser prestados diretamente pelo Estado, em diferentes graus federativos, indiretamente, quando outorgados a entes criados, com natureza pública ou privada, pelo próprio Estado para essa finalidade, em distintas áreas de atuação e ainda, mediante delegação na forma de concessão, permissão ou autorização. Outras formas, acolhidas pela solidariedade ou colaboração, não retiram do Estado a tutela do serviço público, embora com maior grau de descentralização do serviço público.

Quando a atividade é direta, ou indireta, mas gerada por ente criado pelo Estado e que mantém a característica *mater* criadora como ente de direito público, mesmo que o ente seja integrante da administração pública indireta, não resulta dificuldade em definir o destinatário do serviço público como o homem dotado de cidadania, portanto, ele será o cidadão, nascido dotado dos direitos de liberdade, igualdade e fraternidade, nessa nova circunstância, como o destinatário e usuário do serviço público.

Nesse primeiro caso, não desnatura que o usuário, como destinatário, ao utilizar-se, mesmo obrigatória ou facultativamente da destinação de bens ou serviços públicos, tenha que contribuir com um valor o qual, de forma ampla, é catalogado como tributo nas suas diversas espécies, do imposto à taxa.

Quando o serviço público, ainda que titularizado pelo Estado, não obstante se encontrar delegado a particulares, algumas peculiaridades se apresentam, especialmente depois de importantes e modificadoras decisões que definem o cidadão como usuário, negando-lhe a condição de consumidor de serviços públicos, para reenquadrá-lo como cidadão e usuário da prestação do serviço público.

Outro fenômeno, esse com escassa ocorrência jurisprudencial, mas perfeitamente verificável, é o

que ocorre quando o ente criado pelo Estado possui natureza privada indevida; ou, ao reverso, criado com natureza pública indevida. Trata-se do abuso de forma, do qual se conhecem alguns exemplos, cuja lei criadora incorreu em desvio de finalidade.

ABUSO DE FORMA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA

A criação de entes da administração pública indireta, dependente de autorização legislativa, mediante proposta do poder executivo, que, aliás, detém a exclusividade de contar com entes de administração indireta e, portanto, também a de descentralizar seus serviços, está condicionada à forma a ser adotada pelo novo ente.

A prestação de serviços é destinada às empresas públicas, que podem utilizar-se de qualquer forma societária permitida; as atividades industriais ou transformadoras, assim como os entes financeiros (em realidade instituições bancárias) somente podem ter a forma permitida em modelos legais privados.

Para as atividades tipicamente administrativas, a reserva de forma está destinada às autarquias, enquanto que atividades educacionais, de pesquisa, museológicas, musicais, dentre outras, devem ser sob a forma de fundações, com natureza pública ou privada.

Ressalte-se que as fundações com natureza pública e as autarquias são pessoas jurídicas de direito público, equalizadas pelas normas fundadoras e inferiores, plasmando para as fundações uma denominação peculiar, gerada em decisões do Supremo Tribunal Federal, as “fundações autarquizadas”.

Inobstante esse direcionamento quanto à forma, alguns desvios, caracterizadamente como abuso de forma, ocorrem na administração pública. A atual FASE, do Estado do Rio Grande do Sul, assim como sua sucedida, anteriormente denominada de FEBEM, entidade sócio-regenerativa de menores e adolescentes com conduta infringente, tem a forma de uma fundação estatal com natureza privada. No caso, o vício é tanto mais grave porque a hipótese legalmente permitida é a de criação de um ente integrante da administração pública direta, integrante do círculo centralizado das unidades administrativas estatais.

Na administração municipal de Porto Alegre, o exemplo de desvio de forma indica o abuso na criação da EPTC, empresa pública sob a forma de sociedade de economia mista, evidentemente um ente que não atua no mercado, nele não compete e por óbvio não possui atividades lucrativas, gerando sua receita pelo recolhimento de multas decorrentes de infração

às regras de trânsito. Como ente com atribuições de planejamento, normatização, fiscalização e poder de polícia, adequado seria se estivesse a EPTC integrada à administração direta municipal.

Recentemente, o Estado do Rio Grande do Sul criou um ente integrante da administração pública indireta, na forma de sociedade anônima, para gerir o sistema rodoviário das estradas cujo uso é pago mediante pedágio. O pedágio foi definido pelo Poder Judiciário estadual como um gênero de tributo, inominado. Assim, a renda dessa nova sociedade mercantil será auferida mediante pagamento de tributos. Pela finalidade do novo ente, a sua forma deveria ter sido a autárquica, em cujo modelo o Estado já possui outros órgãos “longa manus”. Trata-se do mais novo e flagrante abuso de forma.

O Hospital de Clínicas, ente federal, situado em Porto Alegre, instituição federal e que mantém vínculos institucionais e educacionais com a autarquia Universidade Federal do Rio Grande do Sul, é dotado da forma de empresa pública. Pelas suas ligações institucionais, para a quais possui seus atuais estatutos, deveria ter adotado, por simetria, a forma autárquica.

Outros entes tiveram a sua forma tornada anacrônica, mas mantida por acolhimento da legislação superveniente. São os casos do Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul, autarquia interestadual com atividade financeira de fomento interestadual, definida nas leis instituidoras como serviço público, criada ainda antes da Lei nº 4595/1964, que determina a forma de empresa pública ou sociedade de economia mista para as instituições financeiras do Estado (em recurso julgado pelo Supremo Tribunal Federal, relator o Min. Célio Borja, foi decidido que essa instituição financeira não poderia ter mais forma autárquica, porque atuava no mercado de empréstimos; entendeu-se que a forma devida, desde o Decreto-Lei nº 200 deveria ser de modelo privado).

Melhor manejo administrativo tiveram a Caixa Econômica Federal e o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico Social, ambos federais e criados como autarquia, modificados após a reforma do sistema financeiro de 1964 para a forma de empresa pública.

Outros entes se mantiveram na forma autárquica anterior (ambos do Município de Porto Alegre): o Departamento Municipal de Águas e Esgotos – DMAE e o Departamento Municipal de Limpeza Urbana – DMLU.

Esses casos de extravagância de forma serão utilizados mais adiante quando das conclusões deste trabalho, em demonstração do argumento final.

ENTES ESTATAIS PRIVADOS E A NATUREZA PÚBLICA DOS SEUS SERVIÇOS

Outros entes, dentre os quais o exemplo mais evidente é a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT –, embora criados como empresas públicas ou sociedades de economia mista, por força de decisões do Supremo Tribunal Federal, obtiveram a qualificação de seus bens e serviços como de natureza pública. Conforme inúmeros julgados do Colendo Supremo, a ECT, além de não estar equiparada às empresas privadas, integra o conceito de fazenda pública. A consequência é que seus bens, por serem públicos, não podem ser penhorados, ou seja, sobre eles não incide a norma contida no do artigo 173, parágrafo primeiro, da Carta Política, que submete a empresa pública e a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas.⁴

Na mesma esteira, o Supremo atribuiu natureza de serviços públicos e a sua exclusão do rol das empresas catalogadas no referido dispositivo à Companhia Metropolitana de São Paulo – METRO.

Outros casos, a seguir relatados, não se referem apenas às empresas com atribuição específica de prestação de serviços públicos, mas também a empresas industriais, como a produção e fornecimento de água. Essas empresas, independente da sua natureza societária, da sua submissão parcial ao regime privado próprio de empresas privadas, estão excluídas do universo do mercado de livre concorrência; logo, seus agentes-clientes são em realidade usuários de serviços públicos.

Identicamente, o Supremo Tribunal Federal também entendeu em relação às concessionárias de serviço telefônico fixo, gás, água, energia elétrica e TV a cabo. É o conteúdo das decisões nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3343-DF e 4478-Amapá, ambas no Supremo Tribunal Federal, relator em ambos os acórdãos o Ministro Luiz Fux.

Os aportes doutrinários e conceituais, assim como a jurisprudência a seguir arrolada, são os fundamentos para as conclusões sobre a regência da relação entre serviços públicos e seus destinatários.

JURISPRUDÊNCIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

As decisões do Supremo Tribunal Federal nas quais os entes estatais, mesmo privados, estão excluídos da norma do artigo 173, “d”, CF, ou seus consumidores foram reenquadrados para cidadãos-usuários, são a seguir arroladas.

No caso, tem-se uma empresa pública prestadora de serviço público (a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT), o serviço postal (CF, art. 21, X). Além de não estar, portanto, equiparada às empresas privadas, integra o conceito de fazenda pública. Assim, os seus bens não podem ser penhorados, estando ela sujeita à execução própria das pessoas públicas (RE 407.099, Rel. Min. Carlos Velloso). À Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do art. 21 do DL 509/69 e não-incidência da restrição contida no art. 173, parágrafo 1º, da CF, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância do regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no art. 100 da CF”. (RE 220.906, Rel. Min. Maurício Corrêa.⁸

Constitucional e processo civil. Sociedade de economia mista. Prestadora de serviço público. Sistema de transportes. Execução de título judicial. Penhora incidente sobre receita de bilheterias. Recurso extraordinário com alegação de ofensa ao inciso II do parág. 1º do art. 173 da Carta Magna. Medida cautelar. (...) Adota-se esse entendimento sobretudo em homenagem ao princípio da continuidade do serviço público, sobre o qual, a princípio, não pode prevalecer o interesse creditício de terceiros, Conclusão que se reforça, no caso, ante o caráter essencial do transporte coletivo, assim considerado pelo inciso V do art. 30 da Lei Maior (Ação cautelar 669-4 São Paulo. Rel. Min. Carlos Britto).

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 3.449/04 do Distrito Federal. Proibição de cobrança de assinatura básica nos serviços de água, luz, gás, tv a cabo e telefonia.

Inconstitucionalidade. Competência da União para legislar e presar os serviços públicos de telecomunicações e energia elétrica (CF, art. 21, XI, ‘b’, e 22, IV).

Fixação da política tarifária como prerrogativa inerente à titularidade do serviço público (CF, art. 175, parágrafo único, III). Afastamento da competência concorrente do Estado-membro para legislar sobre consumo (CF, art. 24, V e VII). USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS CUJO REGIME GUARDA DISTINÇÃO COM A FIGURA DO CONSUMIDOR (CF, ART. 175, PARÁGRAFO ÚNICO, II). Precedentes. Serviços de fornecimento de água e gás. Princípio da

separação de poderes. Reserva de administração (CF, art. 2º). Procedência do pedido (...)

3. Inexiste, *in casu*, suposto respaldo para o diploma impugnado na competência concorrente dos Estados-membros para dispor sobre direito do consumidor (CF, art. 24, V e VII), cuja interpretação não pode conduzir à frustração da teleologia da referida regra expressa contida no art. 175, parágrafo único, III, da CF, DESCABENDO, ADEMAIS, A APROXIMAÇÃO ENTRE AS FIGURAS DO CONSUMIDOR E DO USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS, JÁ QUE O REGIME JURÍDICO DESTE ÚLTIMO, ALÉM DE INFORMADO PELA LÓGICA DA SOLIDARIEDADE SOCIAL (CF, ART. 3, I), ENCONTRA SEDE ESPECÍFICA NA CLÁUSULA ‘DIREITO DOS USUÁRIOS’ PREVISTA NO ART. 175, PARÁGRAFO ÚNICO, II, DA CONSTITUIÇÃO’.⁹ (Os grifos foram interpolados).

CONCLUSÕES

A prestação de serviços públicos envolve considerações sobre a fonte de prestação desses serviços, a natureza dos serviços e seus destinatários. Os serviços públicos prestados, assim como os bens fornecidos pela administração pública direta e da administração pública indireta, por entes com natureza pública, pessoas jurídicas de direito público – e que não incorram em abuso por desvio de forma (autarquias e fundações estatais com natureza pública), têm por destinatários os administrados, cuja denominação adequada ao Estado democrático de direito, deve ser substituída por cidadãos. São prestados sob o impulso do dever e sob dois poderes, conforme o caso: poder de império ou de gestão, mediante atos ou fatos administrativos respectivos, cuja relação é conformada e revestida pelo interesse público. Universais ou singulares, obrigatórios ou facultativos, estão submetidos aos mesmos princípios que o excluem da relação de consumo.

Os serviços públicos prestados e os bens fornecidos pelas empresas estatais – sociedades de economia mista e empresas públicas (e as fundações estatais com natureza privada) – estão submetidos, conforme as características institucionais, ao regime de usuário, compreendido como o destinatário-cidadão, pela lógica da solidariedade social. Não se invoca apenas a específica natureza dos serviços e bens fornecidos, mas a natureza mesma da relação.

Essas características, além do princípio da solidariedade, essencial, são decorrentes dos valores fundamentais republicanos e democráticos que o Estado

e a sociedade brasileiras adotaram na Constituição-cidadã de 1988.

Encontram-se, ainda, outros aspectos relevantes. O Estado tem o dever de prestar serviços públicos. Desse dever resultam poderes funcionais cuja instrumentalidade ou funcionalidade é a concretização dos princípios explícitos e implícitos da Carta Magna. Nada influencia que os serviços sejam próprios, indiretos ou delegados, porque a titularidade (e dever) continua sob a égide estatal.

A especificação de um regime público relativo aos bens, rendas e serviços de estatais às quais o Colendo Supremo Tribunal Federal excluiu do regime próprio das empresas privadas (CF, art. 173, parágrafo primeiro), exclui, por consequência lógica, do regime privado consumerista a relação com os destinatários-usuários, ainda que as empresas estatais continuem, parcialmente, regidas pelo direito privado.

A complexa regência dessas empresas estatais já está compreendida: criadas por lei, incluídas no universo da administração pública indireta, com natureza privada, estão submetidas, ainda assim, aos princípios constantes do artigo 37, CF, assim como aos demais princípios explícitos e implícitos que na Carta se aplicam à administração pública (concurso público, licitação, remuneração, acúmulos, e ao sobreprincípio do interesse público).

A compatibilidade entre essa “dupla regência”, que importa em aplicar normas de direito público e de direito privado, significa verificar que as “atividades-meio” e as político-institucionais serão sempre e exclusivamente absorvidas pelo imperativo direito público, enquanto que as “atividades-fins” dependerão da sua casuística classificação, como vem fazendo o Colendo Supremo.

Nesse sentido, dos votos da ADI 3.343-DF e da ADI 4.478 – Amapá, pelo seu conteúdo doutrinário, se extrai:

Ministro Toffoli:

Não é por outra razão que o art. 175, parágrafo único, inciso II, determina que é a lei que estabelecerá a relação com os usuários e não o Código do Consumidor. Há no caso, um regramento todo específico e especial e, ainda, uma novidade no nosso ordenamento, que é o órgão regulador do setor. (...) Essa especialidade expressada no texto constitucional, a meu ver, já é suficiente para, em matéria de telecomunicações, afastar a incidência do direito consumerista e atribuir à União a competência privativa para disciplinar, privativamente, o setor, nos termos do art. 22, IV, da Constituição da República.

Ministra Cármen Lúcia: (em debate com o Min. Ayres Britto, voto vencido, para quem o consumidor é uma espécie de usuário):

Também tenho uma certa dificuldade, ainda hoje, Ministro Carlos Britto, com relação à ligação muito estreita entre consumidor e usuário. A Constituição fez a distinção para dizer que, de toda sorte, quem tem direito a determinados serviços que entram, hoje, num cabedal daquilo que faz parte da dignidade cidadã, não da dignidade individual, não pode ficar diferenciado. E é para isso que esse sistema é posto. O consumidor é aquele que consome; portanto, quem pode pagar pelo consumo paga, quem não pode não usa. O usuário é aquele a quem o Estado, por força da Constituição e das leis, atribui uma situação diferenciada. Daí o meu apego ao que o Ministro Toffoli chamou atenção, o Ministro Fux também, ao fato de que estamos lidando aqui, com usuário, aquele que é a ponta que se chega mediante a prestação do serviço, no caso, mediante a concessão.

Ministro Gilmar Mendes:

(...) como acaba de dizer agora o Ministro Lewandowski – zonas cinzentas, que demandam esclarecimentos. Todavia, no caso, como aqui já foi ressaltado a partir do voto do Ministro Fux, vejo com enorme dificuldade a separação, sob pena de talvez até penalizarmos o consumidor na linha do Evangelho, pois querendo fazer o bem, acabamos por fazer o mal, gerando, então, uma instabilidade nessa relação (...).

Ministro Luiz Fux, relator designado:

(...) De outro lado, a invocação do art. 24, V e VII, da CF ao presente caso encontra ainda outro óbice. É que a relação entre o usuário e a prestadora do serviço público possui uma natureza específica, informada por princípios próprios, notadamente o da solidariedade social (CFm arat. 3º, I), que não pode ser simplesmente aproximada da corriqueira relação consumerista, na qual prepondera a ótica individualista, como bem ressaltado pelo voto proferido pelo Min. Eros Grau no julgamento da medida cautelar na ADIn nº 3.322/DF, rel. Min. Cezar Peluso. Não é por outra razão, aliás, que a sede material específica, na Constituição Federal, para a instituição das balizas infraconstitucionais nesse tema reside no já referido art. 175, parágrafo único, cujo inc. II expressamente reclama a atuação do legislador para a disciplina dos “direitos dos usuários”. Portanto, descabe a referida ilação de que todo serviço federal que faça nascer uma relação jurídica na qual figure, de um lado, o prestador de serviço e, de outro, o usuário seja necessariamente uma relação de consumo, capaz de ser regulada pela legislação estadual (...).¹⁰

Os trechos pertinentes dos votos acima colhidos, por igual nas duas idênticas ações diretas de inconstitucionalidade, cujo exame revela o rol amplíssimo de serviços públicos, tem validade não apenas porque decidiram os casos concretos, indicando o rumo que será seguido pela mais Alta Corte brasileira, como contém, em seu bojo, abordagens doutrinárias a respeito das normas constitucionais sobre as relações emergentes pela prestação de serviços públicos e fornecimento de bens públicos.

Imperioso ponderar que, no caso da ECT, a qualificação desta empresa como prestadora de um serviço público titularizado pela União foi preponderante para excluir seus bens, rendas e serviços da esfera privada, e por via de conclusão, também da esfera consumerista, ainda que esta decisão tenha sido anterior às decisões nas ações em que o Ministro Fux foi o relator designado para acórdão. Embora não ficasse expressa a igual exclusão dos serviços da relação de consumo, porque não integrava esse aspecto o foco da lide, a conclusão é lógica e evidente nesse sentido.¹¹

Quanto aos entes que se utilizam de forma desviada, a conclusão será idêntica: a titularidade do serviço público e a natureza do serviço são determinantes para aplicar-se a correta regência legal sobre as relações do ente com o destinatário. Quando a forma indevida for a de empresa pública ou sociedade de economia mista, mas o serviço público é caracterizadamente titularizado pelo Estado, atinente à dignidade humana e à solidariedade (caso do Hospital de Clínicas de Porto Alegre, da FASE, do Estado do Rio Grande do Sul, ou da EPTC, do município de Porto Alegre), a relação é administrativa e regida pelo direito público. De outra parte, em sentido inverso, quando a forma indevidamente adotada é aquela de pessoa jurídica de direito público (DMAE, DMLU), verificada a natureza dos serviços públicos, poder-se-á admitir que a forma desviada não poderá contaminar a relação: a regência da relação poderá ser sob tutela consumerista.

REFERÊNCIAS

- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.
- PASQUALINI, Paulo Alberto. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- PASQUALOTTO, Adalberto. Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre: Associação dos Juizes do Estado do Rio Grande do Sul, n. 53, nov. 1991.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *A Constituição e o Supremo*. 2. ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009.

NOTAS

- ¹ LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 51.
- ² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 21 e seguintes.
- ³ A doutrina de Ruy Cirne Lima foi revista e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini in *Princípios de direito administrativo*. Foi utilizada para esse trabalho a 7ª edição, publicada por Malheiros Editores, São Paulo em 2007. Nela se contém a atualização do pensamento doutrinário de Ruy Cirne Lima em face das mudanças na estrutura administrativa do Brasil, a nova terminologia e a jurisprudência recente.
- ⁴ O conceito de serviço público no direito francês é obra de Leon Duguit, Bonnard e Jêze, para os quais os serviços aos administrados seriam a contraposição à ideia de “poder” estatal. Daí, como adotado por Ruy Cirne Lima, Celso Antonio Bandeira de Mello, Marçal Justen Filho e Odete Medauar, entre outros, a tese da limitação do poder, transferindo para a funcionalidade face ao dever, ou o limite e o fundamento do poder governamental.
- ⁵ A Comuna de Paris de 1870 produz os primeiros atos normativos e as práticas contemporâneas da administração pública como serviente à sociedade. Ali, naquele curto período de condução revolucionária da cidade (e outras, como Lyon), estabelecem-se os critérios de limite remuneratório dos funcionários públicos, a acessibilidade por mérito, a destituição pela perda da qualidade ou da confiança e a ampliação dos cargos eletivos. A Comuna de Paris é a concretização de alguns valores inscritos na Declaração Universal de agosto de 1789, especialmente a aplicação de princípios republicanos e democráticos.
- ⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 478 e seguintes.
- ⁷ PASQUALOTTO, Adalberto. Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. In: *Revista da AJURIS*, Porto Alegre: Associação dos Juízes do Estado do Rio Grande do Sul, n. 53, nov.1991, p. 182 e seguintes. O autor trata do relacionamento dos serviços e relações de consumo, abordando com amplitude os conceitos. Demonstra desde o início que o serviço público é matéria de direito administrativo, enquanto que o direito do consumidor é multidisciplinar. Exclui os serviços propriamente ditos (*uti universi*) na categoria de serviços de consumo. Este trabalho complementa, de uma certa forma, mediante atualização jurisprudencial, o trabalho de Adalberto Pasqualotto, encontrando outras restrições ao encilhamento dos serviços públicos nos limites protetivos do código consumerista, inclusive observações e conceitos doutrinários garimpados em várias decisões, todas exclusivamente do Supremo Tribunal Federal.
- ⁸ *A Constituição e o Supremo*. 2. ed. Brasília:Supremo Tribunal Federal, 2009, p. 1137-1138. Desta obra, editada pelo Supremo Tribunal Federal, foram extraídas as decisões prolatadas no RE nº 407.099 (Rel. Min. Carlos Velloso) e no RE nº 220.906 (Rel. Min. Maurício Corrêa), e, ainda, no RE nº 230.161 AgR.
- ⁹ No mesmo sentido, a decisão prolatada no Supremo Tribunal Federal no RE n. 230.161-AgR. Também no acórdão do Supremo Tribunal Federal relativo ao RE 220.906, o Ministro Maurício Corrêa arrola outra decisão, por igual do Supremo, RE n. 100.433-RJ, cujo conteúdo segue a mesma linha decisória.
- ¹⁰ Os julgamentos da ADI nºs 3.343 – DF e 4.478 – Amapá, cujo relator é o Min. Luiz Fux, tem o texto idêntico, cópias um do outro, com as ressalvas pertinentes. O relator era o Ministro Carlos Ayres Britto, vencido em ambos os julgamentos, daí resultando na designação de novo relator para lavra do acórdão.
- ¹¹ Em ambos os acórdãos prolatados pelo Supremo Tribunal Federal, relator designado Min. Luiz Fux, é feita referência relevante ao voto proferido pelo Ministro Eros Grau na ADIn n. 3.222/DF, utilizado como precedente e fonte fundamentadora doutrinária nos referidos acórdãos.