

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

FERNANDA TAINARA KRAEMER

**OS MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO E DEFESA DOS DIREITOS DOS
USUARIOS DO SERVIÇO PÚBLICO NA LEI 13.460/2017: UMA ANÁLISE NO
CONTEXTO DA CONCREÇÃO E EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Santa Rosa
2019

FERNANDA TAINARA KRAEMER

**OS MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO E DEFESA DOS DIREITOS DOS USUÁ-
RIOS DO SERVIÇO PÚBLICO NA LEI 13.460/2017: UMA ANÁLISE NO CON-
TEXTO DA CONCREÇÃO E EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA AD-
MINISTRAÇÃO PÚBLICA.
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades In-
tegradas Machado de Assis, como requi-
sito parcial para obtenção do Título de Ba-
charel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Lairton Ribeiro de Oliveira

Santa Rosa
2019

FERNANDA TAINARA KRAEMER

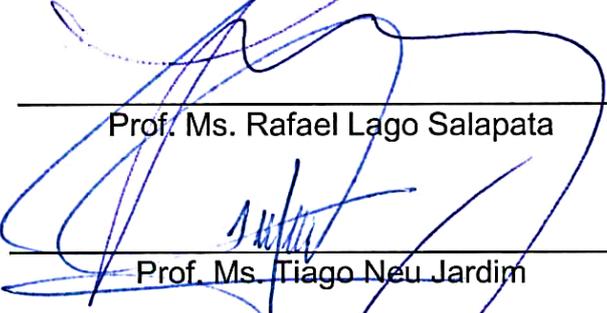
**OS MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO E DEFESA DOS DIREITOS DOS USUÁ-
RIOS DO SERVIÇO PÚBLICO NA LEI 13.460/2017: UMA ANÁLISE NO CON-
TEXTO DA CONCREÇÃO E EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA AD-
MINISTRAÇÃO PÚBLICA.
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades In-
tegradas Machado de Assis, como requi-
sito parcial para obtenção do Título de Ba-
charel em Direito.

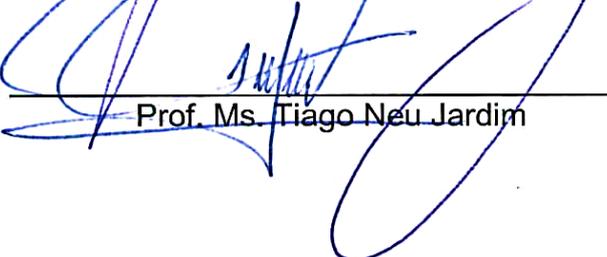
Banca Examinadora



Prof. Ms. Lairton Ribeiro de Oliveira – Orientador



Prof. Ms. Rafael Lago Salapata



Prof. Ms. Tiago Neu Jardim

Santa Rosa, 09 de julho de 2019.

DEDICATÓRIA

Dedico esta monografia a todas as pessoas que sempre me apoiaram ao longo desse período e, de alguma forma, contribuíram para que eu chegasse até aqui, seja com palavras ou com atitudes.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aos meus pais e a Deus por serem fortaleza, estímulo e conforto. Agradeço às pessoas que se preocuparam comigo no dia a dia e mostraram-me a importância dos estudos. Agradeço ao meu noivo que sempre foi paciente, cuidadoso e motivador. Agradeço o meu orientador, que dedicou seu tempo valioso a este trabalho, com muita paciência e conhecimento. Avante para todas essas pessoas, obrigada!

“A vela não perde nada ao acender a outra.”

James Keller

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como tema a participação e defesa dos direitos dos usuários do serviço público, perante a Administração Pública Brasileira. Delimitando seu estudo, a pesquisa enfoca os mecanismos de participação e defesa dos direitos dos usuários do serviço público, inseridos no ordenamento jurídico pátrio por meio da Lei 13.460/2017, contextualizados sobre a óptica do direito fundamental à boa administração pública. Desse modo, o problema da presente pesquisa circunscreve-se no seguinte questionamento: os mecanismos de participação e defesa dos direitos dos usuários do serviço público, previstos na Lei 13.460/2017, podem se constituir em meios eficientes para o empoderamento do usuário na busca pela concreção do direito fundamental à boa administração pública? Assim, objetiva-se estudar os preceitos teóricos, doutrinários e jurisprudenciais que tocam a Lei 13.460/2017 no que tange a participação e defesa dos direitos do usuário do serviço público, investigando-se acerca da possibilidade de aplicação ou não do Código de Defesa do Consumidor nessas relações. Nessa perspectiva, o presente trabalho visa analisar os principais instrumentos da participação do usuário no contexto da Lei 13.460/2017 e sua correlação com o direito fundamental à boa administração pública, bem como a sua eficácia. O estudo mostra-se relevante, sobretudo quando se tem presente o questionamento quanto à eficácia dos serviços públicos, em relação às políticas públicas mais fundamentais como a educação, a saúde, o transporte público, sempre carecendo de melhorias e investimento, o que impõe o incremento da participação do usuário, na sua definição, fiscalização e execução. Para corroborar e comprovar os ensinamentos, a pesquisa realizada é de natureza teórica, de forma qualitativa, com fins descritivos e exemplificativos. Em relação à conduta com os dados ou procedimentos técnicos, esta é de forma bibliográfica e documental, caracterizada pela documentação indireta no levantamento de dados, utilizando-se do método dedutivo. Quanto à abordagem dos capítulos é dividida primeiramente em um estudo sobre o direito fundamental à boa administração pública e os serviços públicos, em segundo momento é realizada uma análise de forma prática e teórica da aplicação do CDC no serviço público, mesmo que de forma parcial, pois é de grande valia para a efetivação dos serviços e por fim analisar-se-á a Lei 13.460/2017. Como principais conclusões pode-se afirmar que prevalece na jurisprudência que o CDC não se aplica ao serviço público prestado pela Administração Direta, motivo pelo qual a edição da Lei 13.460/17, inaugurou uma nova perspectiva no que tange à busca pela concretude à previsão constitucional do Art. 37, § 3º da CF, permitindo que o usuário participe deste processo de efetivação do seu direito fundamental à boa administração pública.

Palavras-chave: serviço público –usuário – participação – direito fundamental.

ABSTRACT

The present undergraduate thesis broaches the theme of participation and defense of the rights of public service users, according to the Brazilian Public Administration. As a delimitation of its study, the research focuses on the mechanisms of participation and defense of the rights of public service users, inserted in the country's legal system through Law 13.460/2017, contextualized on the perspective of the fundamental right to good public administration. Thus, the issue of the present research is comprised by the following question: can the mechanisms of participation and defense of the rights of public service users, provided by Law 13.460/2017, constitute an efficient method for user empowerment in the search for the fundamental right to good public administration? Thereby, the objective is to study the theoretical, doctrinal and jurisprudential precepts concerning Law 13.460/2017 regarding the participation and defense of the rights of public service users, investigating the possibility of application of the Consumer Defense Code in such relationships. In this perspective, this paper aims to analyze the main instruments of user participation in the context of Law 13.460/2017 and their correlation with the Fundamental Right to good public administration, as well as their effectiveness. The study is shown to be relevant, especially when the question of the effectiveness of public services is present, above all those with correlation to the most fundamental public policies such as education, health, and public transportation, always in need of improvements and investment, which imposes the increment of user participation in its definition, supervision and execution. In order to corroborate and prove what is taught, the research carried out is of theoretical nature, in a qualitative manner, with descriptive and exemplifying purposes. Regarding the conduct with data or technical procedures, it is done in a bibliographical and documentary manner, characterized by indirect documentation in data collection, making use of the deductive method. Regarding the approach of chapters, it is first divided in a study on the Fundamental Right to good public administration and public services, secondly a practical and theoretical analysis of the application of the Consumer Defense Code in the public service is carried out, though partially, due to its great value for the effectiveness of the services, and finally Law 13.460/2017 is analyzed. As primary conclusions, it can be stated that what prevails in jurisprudence is that the CDC does not apply to the public service provided by Direct Administration, which is why the edition of Law 13.460/17 inaugurated a new perspective regarding the search for concreteness to the constitutional prevision in Article 37, § 3º of the Federal Constitution, allowing the user to participate in the process of effecting their fundamental right to good Public Administration.

Keywords: public service – user – participation – fundamental right.

LISTA DE ABREVIÇÕES, SIGLAS E SÍMBOLOS

ampl. – ampliada

art. – artigo

atual. – atualizada

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CF – Constituição Federal

CDC – Código de Defesa do Consumidor

Des. – Desembargador

ed. – edição

p. – página

rev. – revisada

v. – volume

§ – parágrafo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O SERVIÇO PÚBLICO NO CONTEXTO DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	13
1.1 CARACTERIZAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO	15
1.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	21
2 A (IN)APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (CDC) NO SERVIÇO PÚBLICO	26
2.1 A PRINCIPIOLOGIA AFETA À PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO	28
2.2 AS DIVERGÊNCIAS SOBRE A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (CDC) NO SERVIÇO PÚBLICO.....	32
3 A LEI 13.460/2017 E OS DIREITOS DO USUÁRIO DO SERVIÇO PÚBLICO.....	39
3.1 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS (DEMOCRÁTICOS) DE PROTEÇÃO DO USUÁRIO DO SERVIÇO PÚBLICO	40
3.2 OS MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO, PROTEÇÃO E DEFESA DOS DIREITOS DO USUÁRIO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NA LEI 13.460/2017	45
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS.....	52

INTRODUÇÃO

A prestação do serviço público no Brasil é sabidamente muito deficitária e a realização de muitas políticas públicas depende da boa prestação desse serviço. Nesta senda, o questionamento quanto à eficácia dos serviços públicos parece estar presente no cotidiano, sobretudo em relação às políticas públicas mais fundamentais como a educação, a saúde, o transporte público, sempre carecendo de melhorias e investimentos. Contudo, não se pode olvidar da relevante responsabilidade dos usuários, enquanto partícipes, fiscais e destinatários dessas atividades prestadas pelo Estado.

Nesse contexto, o presente trabalho de conclusão de curso tem como tema a participação e defesa dos direitos dos usuários do serviço público, perante a Administração Pública Brasileira. Delimitando seu estudo, a pesquisa enfoca os mecanismos de participação e defesa dos direitos dos usuários do serviço público, inseridos no ordenamento jurídico pátrio por meio da Lei 13.460/2017, contextualizados sobre a óptica do direito fundamental à boa administração pública.

Desse modo, o problema da presente pesquisa circunscreve-se no seguinte questionamento: os mecanismos de participação e defesa dos direitos dos usuários do serviço público, previstos na Lei 13.460/2017, podem se constituir em meios eficientes para o empoderamento do usuário na busca pela concreção do direito fundamental à boa administração pública?

Assim, objetiva-se estudar os preceitos teóricos, doutrinários e jurisprudenciais que tocam a Lei 13.460/2017 no que tange à participação e defesa dos direitos do usuário do serviço público, investigando-se acerca da possibilidade de aplicação ou não do Código de Defesa do Consumidor nessas relações. Para o atingimento deste objetivo geral, tem-se como objetivos específicos explicar a caracterização do direito fundamental à boa administração pública em relação aos serviços públicos, demonstrar que, apesar de ser parcial a aplicação do CDC nos serviços públicos é importante sua relação com a busca pela maior concretização de um serviço público, de qualidade e analisar os mecanismos de participação do usuário postos pela Lei 13.460/2017, para a defesa dos seus direitos e no cumprimento dos seus deveres.

Em conformidade, como recorte temporal, busca-se relacionar casos práticos após a edição da lei, com possíveis menções à jurisprudência anterior a ela, relacionada ao CDC, em eventuais comparações entre os institutos, além do recorte espacial, o âmbito nacional, visto se trata de uma lei nacional, enfatizando o enfoque administrativo.

A abordagem mostra-se relevante pela necessidade de se destacar os principais instrumentos de participação dos usuários na Administração pública, positivados pela Lei 13.460/2017 e a sua potencial correlação com o conteúdo jurídico do direito fundamental à boa administração pública, tudo isso contextualizado com a importância do direito fundamental à boa administração pública para os serviços públicos. Além disso, é importante demonstrar que, apesar de ser parcial a aplicação do CDC nos serviços públicos, é coerente a sua relação com a busca pela concretização de um serviço público de qualidade, pois a Lei 13.460/2017 ressalta a importância da participação do usuário na defesa dos seus direitos e no cumprimento dos seus deveres.

O tipo de pesquisa abordada é de natureza teórica. Optando-se pela forma qualitativa, pois se refere à aplicabilidade da Lei 13.460/2017 e a participação do cidadão para a efetividade. Além disso, quanto aos fins e objetivos propostos a pesquisa caracteriza-se por fins descritivos e explicativos e, em relação à conduta com os dados ou procedimentos técnicos, bibliográfica e documental. A parte prática, por sua vez, se caracteriza pela documentação indireta no levantamento de dados através de pesquisa bibliográfica, artigos científicos, lei, jurisprudência, entre outros. E, enfim, utiliza-se o método dialético e comparativo, que se caracteriza pela crítica quanto à eficácia da lei frente ao usuário promovendo o comparativo levando em consideração seus atributos e mudanças.

Estrutura-se o trabalho, apresentando-se, inicialmente a necessária compreensão da caracterização dos serviços públicos e os conceitos doutrinários sobre o direito fundamental à boa administração pública, a qualificação política do indivíduo e sua efetiva participação social.

Em um segundo momento pretende-se apresentar as discussões sobre a aplicação do CDC no serviço público, mesmo que de forma parcial, pois é de grande valia para a efetivação dos serviços. Fundamentando o construído a partir da lei com a finalidade de obter explicações adequadas e sua aplicabilidade na prática trazendo ao presente trabalho análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Por fim analisar-se-á a Lei 13.460/2017 demonstrando o quão importante é a participação do usuário nessa construção, embasada nos princípios, direitos fundamentais para que assim torne-se eficiente na prática, a partir dos mecanismos disponibilizados aos usuários do serviço público por essa norma.

1 O SERVIÇO PÚBLICO NO CONTEXTO DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Direito Administrativo é regido por normas de direito público e também, em dados momentos, pelo direito privado. Nesse contexto, o enfoque é dado ao direito público¹, pois objetiva a disciplinar os interesses e necessidades da coletividade em que a organização, consecução, distribuição da Justiça e repressão aos delitos, torna-se dever do Estado (COUTO, 2015).

Isto é, em relação a outros modelos de direito público e consoante o direito constitucional, verifica-se a atuação da administração pública na relação de dependência, conforme capítulo próprio (VII) - “Organização do Estado” da Constituição Federal de 1988, em que traça o perfil da Administração Pública (ROSA, 2017)². Assim, a administração pública juntamente com outros órgãos, busca a aplicação do interesse público, pois não gere coisa própria e sim coisa alheia, conforme parágrafo único do artigo 1º, combinado com o caput do art. 37 da CF/88 (COUTO, 2015), dispositivos que representam o que seria a essência da expressão “República”³.

A administração pública pode ser compreendida em dois sentidos: amplo e estrito. No sentido amplo abrange os órgãos governamentais responsáveis pelo planejamento, e órgãos administrativos responsáveis pela execução. Já no sentido estrito a Administração Pública abrange apenas os órgãos administrativos em função puramente administrativa (KNOPLOCK, 2018).

Ainda, pode ser entendida no sentido subjetivo, formal e orgânico, em que os órgãos e entidades exercem as funções administrativas. Do mesmo modo, a administração pode ser objetiva, material e funcional, o que integra as atividades do serviço

¹ O Direito Público em um aspecto geral trata das relações do Estado com a sociedade, podendo essa ser impositiva (NOHARA, 2017).

² Neste capítulo são estabelecidas as formas de organização político-administrativa de cada ente da República Federativa do Brasil (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), disciplinando-se seus bens e suas competências normativas privativas, comuns e concorrentes (BRASIL, 1988).

³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: (...) Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

(...)

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte. (BRASIL, 1988).

público, polícia administrativa, fomento e intervenção, todas desempenhadas no intuito de alcançar os fins públicos. Em relação aos serviços públicos mais especificamente, tende à satisfação das necessidades da coletividade, sob regime público (KNOPLOCK, 2018).

Todavia, em muitos casos confunde-se administração pública como sinônimo de serviço público. Essa falha pode ser vista inclusive no artigo 175 da CF/88, cujo conteúdo estabelece que “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.” (BRASIL, 1988). Cumpre esclarecer, contudo, que no aspecto subjetivo, serviço público é atividade prestada pelo Estado e sob aspecto objetivo é a atividade voltada à satisfação das necessidades coletivas (COUTO, 2015).

A Constituição Federal em seu artigo 5º, §1º, determina a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais no que tange aos serviços públicos, isto, pois, para que sejam aplicados os direitos básicos como saúde e educação (FREITAS, 2014). Dessa forma, o Estado-Administração das escolhas públicas deve-se atentar para o hábito de compatibilizar o desenvolvimento e a sustentabilidade, ou seja, se os serviços públicos visam satisfazer as necessidades do coletivo, a concretude dessas atividades deve respeitar os direitos à boa administração (FREITAS, 2014).

Nesta senda é evidente a imprescindibilidade do direito fundamental à boa administração em relação aos serviços públicos, um vincula o outro. Assim, o Estado presta através dos serviços públicos, atividades que satisfazem necessidades ou comodidades no todo social (MARINELA, 2015).

Acredita-se que as atividades destinadas a satisfazer o interesse da coletividade em geral qualificam-se como serviços públicos. Assim, o Estado considera seu dever assumi-las e atribui a elas uma disciplina de Direito Público (MELLO, 2014).

O agente público deve zelar pelos direitos fundamentais, nas relações de direito privado e público, ou prestador de serviço público, sendo sua atuação e zelo insubstituível para o bom funcionamento das relações (FREITAS, 2014). Destarte, o artigo 1º, II da CF/88, determina que o direito público deva ser subordinado aos interesses da cidadania, protegendo e garantindo os direitos fundamentais. Logo, a boa administração liga-se à discussão econômica, político e social (CARVALHO, 2013).

Delineado este pano de fundo, cumpre esclarecer que este capítulo destina-se ao estudo do Serviço Público no contexto do direito fundamental à boa administração.

Para tanto, inicialmente abordar-se-á caracterização do Serviço Público, para, num momento posterior, tratar-se sobre o direito fundamental à boa administração pública.

1.1 CARACTERIZAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

O serviço público, além das atividades típicas do Poder Executivo, engloba as atividades do Poder Judiciário e também do Poder Legislativo. Caracteriza-se como à atividade realizada no âmbito da Administração, inserida no Executivo, em que o poder público realiza atividades/serviços necessários para a coletividade, como por exemplo, serviço de água, energia elétrica entre outros (MEDAUAR, 2015).

Ao buscar um conceito único de serviços públicos existem empecilhos, pois a doutrina tem dificuldades para conceituá-lo devido a sua abrangência. O que se pode constatar de pronto é que os serviços públicos estão ligados aos dispositivos constitucionais elencados artigo 6^o, 9^o, 21^o e outros da CF de 1988 obrigando assim o Estado ao seu cumprimento (ARAGÃO, 2013).

Em conformidade, a expressão serviço público foi trabalhada como teoria/concepção na década de 1920, pela escola do serviço público ou Escola de *Bordeaux*. A ideia central da escola tinha o serviço público como tema principal para o Direito Administrativo, em que o Estado seria um meio de haver cooperação entre eles (MEDAUAR, 2015).

Dessa forma, por meio dos serviços públicos através dos cargos propostos, tenta-se garantir a prestação com os meios jurídicos necessários, para assegurar a boa administração e a satisfação da coletividade, e também em relação ao próprio Estado (MELLO, 2014). Logo, dentre os vários conceitos de serviço público:

⁴ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (BRASIL, 1988).

⁵ “Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.” (BRASIL, 1988).

⁶ “Art. 21. Compete à União: (...) XI - explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União. (...) XVI - exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão.” (BRASIL, 1988).

[...] é considerado serviço público toda atividade de oferecimento de utilidade e comodidade material, destinada à satisfação da coletividade, mas que pode ser utilizada singularmente pelos administrados, e que o Estado a assume como pertinente a seus deveres e presta-a por si mesmo, ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de direito público, total ou parcialmente. (MARINELA, 2015, p. 547).

Ou seja, o interesse da coletividade, o bem estar e zelo da mesma importam ao Estado quando prestada através dos Serviços Públicos, prestação de bens entre outros. Ainda conforme dispõe Maria Sylvania Zanella Di Pietro quanto aos Serviços Públicos, o Estado, através das leis, exerce ou delega as atividades para a satisfação dos interesses do cidadão, sejam sob regime total ou parcialmente público (DI PIETRO, 2018)

Em sentido amplo o Serviço Público “[...] é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado.” (MEIRELLES, 2015, p. 408).

Já em sentido estrito “[...] é 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 [...]” (MELLO, 2014, p. 689).

Em conformidade o serviço público em sua essência, significa prestações, atividades que proporcionam benefícios e bens, aos administrados, abrange preparação de infraestrutura e prestação específica (MEDAUAR, 2015).

No texto constitucional dispõe-se que cabe ao Poder Público, na forma da lei, a prestação dos serviços públicos, assim a própria lei tem o encargo de organizar o regime de delegação, os direitos dos usuários, a política tarifária, o serviço adequado entre outros (artigo 175 parágrafo único e artigo 37, §3º, da CF/88). Os serviços prestados a coletividade podem ser essenciais ou apenas úteis, o que difere serviços públicos e serviços de utilidade pública (MEIRELLES, 2015).

A caracterização dos serviços essenciais, por analogia, pode ser buscada no texto da Lei 7.783/89, que “Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências.” (BRASIL, 1989).

Ademais o artigo 10⁷ da referida lei dispõe quais são considerados os serviços essenciais ou atividades. Esse artigo faz menção aos serviços de água, luz, transporte coletivo, assistência hospitalar entre outros serviços. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em relação aos serviços essenciais (Greve) entende:

PROCESSUAL CIVIL. GREVE EM SERVIÇOS PÚBLICOS MUNICIPAIS. ABUSIVIDADE E ILEGALIDADE. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem consignou (fls. 273-274 e STJ): O requerido sustenta que os serviços essenciais foram mantidos, apresentando como prova as listas de presença dos servidores participantes que aderiram ao movimento grevista entre os dias 7.8.2014 e 15.8.2014, que permitiriam inferir ter sido mantida uma proporção 80% dos funcionários desenvolvendo os serviços essenciais, quando o mínimo legal é de 30%, de modo que a greve em nenhum momento teria afetado os serviços públicos do Município. Contudo, na ausência de acordo a respeito da prestação, não é possível aferir-se os serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade estariam sendo efetivamente prestados, como assevera o requerido. Além disso, há nos autos, também, declarações dos Secretários Municipais de Educação, de Saúde e de Administração, informando a ocorrência de interrupção nos serviços essenciais e de grave prejuízo à população, por falta de transporte escolar e de atendimento nas escolas, principalmente na educação infantil, estando às crianças sem creche (f. 24); de negativa de medicamento e ausência de triagem nas unidades de saúde, com sobre carga para o Hospital Municipal e risco para a população (f. 25); de prejuízo para a coleta de lixo, por não haver um mínimo de servidores na coleta de lixo (f. 26). Como bem salienta o parecer ministerial, os agentes públicos gozam de fé pública no desempenho de suas funções, devendo ser consideradas verdadeiras as suas declarações, salvo prova em sentido contrário e, na espécie, as listas de presença trazidas para os autos são de autoria do próprio requerido, e não servem de contraprova por não serem oficiais em oposição às declarações assinadas pelos Secretários e juntadas pelo Município. (...) 3. Agravo Interno Desprovido. (BRASIL, 2017a).

No que tange os serviços adequados o Superior Tribunal Federal entende:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO

⁷ “Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais: I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; II - assistência médica e hospitalar; III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; IV - funerários; V - transporte coletivo.” (BRASIL, 1989).

EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO) [...] (BRASIL, 2004).

Nesta senda, o serviço adequado é tratado no Capítulo II, artigo 6º da Lei 8.987 de 13 de Fevereiro de 1995 e dispõe sobre a concessão e permissão dos serviços públicos, previsto no art. 175 da CF, qual seja:

Art. 6º. Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. § 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço. § 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade. (BRASIL, 1995).

Nesse sentido, para a caracterização de um serviço público é necessária à verificação de três elementos quais sejam: substrato material (prestação de uma utilidade), elemento subjetivo (presença do Estado) e elemento formal (representação interesse coletivo). Ainda, nem todo serviço pode ser considerado como público, pois vai depender de suas características (MARINELA, 2015).

No tocante ao estudo dos serviços públicos é imprescindível descrever os seus princípios norteadores quais sejam: funcionamento equitativo ou igualdade de todos perante o serviço público (refere-se ao princípio da igualdade, vinculada também a gratuidade) e funcionamento contínuo (tratada na Lei 8.987/95 - concessão de serviço público - artigo. 6º, §1º) (MEDAUAR, 2015).

Do mesmo modo o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público “[...] é ínsita, indispensável à própria função administrativa, também é essencial à atividade de prestação de utilidade pública fruível pelo administrado. Não pode a Administração omitir-se de sua competência.” (FIGUEIREDO, 2008, p.84).

Ainda, verifica-se como princípios relacionados ao exercício da função pública, princípio da mutabilidade do regime jurídico, igualdade dos usuários, serviço adequado e outros (DI PIETRO, 2018), os quais serão abordados mais detidamente em momento oportuno deste trabalho. Frisa-se que os princípios do direito fundamental à

boa administração pública igualmente se correlacionam, conforme será explorado em seção específica no decorrer desta abordagem.

Pela mesma razão, com base na previsão constitucional dos serviços públicos, passa à responsabilidade do Estado na prestação destes, observando os dispositivos e princípios basilares, pois o direito fundamental à boa administração pública favorece-a no que tange à sua preservação, seguido do artigo 5º, § 1º da CF/88 (FREITAS, 2014).

Outrossim, é importante destacar os princípios fundamentais à administração pública que são de grande relevância para o Direito Administrativo quais sejam: legalidade, moralidade, impessoalidade, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, finalidade, publicidade, contraditório, segurança jurídica, motivação, supremacia do interesse público e por fim o princípio da eficiência. Estes, previstos no artigo 37 caput da CF/88 e outros no art. 2º da Lei Federal 9.784/99 (MEIRELLES, 2015).

Nota-se, que o princípio da eficiência deve ser ressaltado dado a sua importância, pois:

[...] exige-se que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros. (MEIRELLES, 2015, p. 102).

Os serviços públicos podem ser prestados em várias esferas, são elas: quanto ao aspecto subjetivo Federal, Estadual, Municipal, União, Administração Direta, Administração Indireta, pessoa jurídica de direito público ou privado, concessionários, permissionários, delegados, autorizatários e particulares em colaboração com o Poder Público (COUTO, 2015).

Podem ainda se classificar em comuns (prestados por todos os entes da Federação) ou exclusivos (prestados apenas por ente da Federação). A exemplificação de serviços públicos pode ser evidenciada em assistência pública, saúde, polícia marítima entre outros, todos previstos na CF/88 (COUTO, 2015).

Da mesma forma, no que tange os serviços públicos, verifica-se a aplicabilidade da Lei 8.987/95, que surge por força do art. 175 e 22, inciso XXVII da CF/88⁸. Esta lei

⁸ “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

contém normas gerais sobre a concessão e permissão de serviço público, aplicáveis a União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Também dispõe sobre os direitos e deveres do usuário do serviço público, sem acarretar prejuízo ao Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) (MEDAUAR, 2015).

Os direitos do usuário, em linhas gerais, são: receber o serviço adequado, receber informações, utilizar e obter o serviço com liberdade de escolha entre outros (MEDAUAR, 2015). Veja-se que no ano de 2017 foi aprovada a Lei 13.460/2017 que dispõe sobre a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário do serviço público, para qual esta pesquisa destinará uma seção específica, por se tratar do enfoque central da abordagem (3.2).

Entretanto para que a prestação e as atividades voltadas ao serviço público sejam de qualidade devem, segundo a boa governança, ser de Estado, mais que de Governo. Os agentes públicos prestam compromisso com a boa administração pública até mesmo os que exercem atividades por delegação (FREITAS, 2014).

Os direitos e deveres do administrador público são expressos em lei e impostos pela moral administrativa, exigidos pelo interesse da coletividade. Esse poder imposto ao agente público é atribuído ao cargo ou função, caso o agente superpõe-se aos demais cidadãos caracteriza abuso de poder, configurando-se conduta criminosa, tipificado na Lei 4.898/65 (MEIRELLES, 2015).

Por sua vez, o princípio da moralidade, “[...] pressupõe o exame dos motivos do ato administrativo em conexão com o vínculo legal à finalidade legítima da competência.” (GIACOMUZZI, 2002, p.45).

Em suma, conforme artigo 3º IV da CF, o Estado-Administração requer que a sociedade e o agente público construam e viabilizem o bem de todos, através da continuidade planejada, serviços essenciais, políticas inclusivas entre outros (FREITAS, 2014).

Outrossim, é de suma importância entendermos a abrangência dos serviços públicos, para que assim, sejamos capazes de compreender os serviços como um todo, sejam eles comerciais, industriais e sociais do Estado. Apesar de que, o conceito

(...)

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.” (BRASIL, 1988).

em si, varia no tempo e no espaço. Todavia conforme já foi explanado para que esse conceito seja de fato utilizado de forma eficaz é necessário que se atenda ao direito fundamental à boa administração, tema que será abordado no próximo tópico.

1.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A boa administração pública advém da necessidade de eficiência na prestação da atividade administrativa estatal. Ou seja, sobre as palavras de Celso Antônio Bandeira de Melo, usa-se o exemplo do corte dos serviços de energia elétrica ou de água. Estes serviços, por serem essenciais para atualidade, não podem ser interrompidos nem pelo Poder Público ou concessionário, como garantia a eficiência do serviço e zelo pelo bem estar do cidadão (MELLO, 2013).

Para adentrar no conceito de direito fundamental à boa administração pública, ressalta-se que no Brasil o Professor Juarez Freitas (2014) é quem melhor sistematiza esse conceito sob a inspiração do art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais de Nice (anterior a Constituição de 1988). Este autor descreve como sendo uma norma que enfrenta a discricionariedade aplicada em nosso sistema através de regras e princípios, justificando as decisões de forma que se tornem conducentes.

Destarte, conforme o artigo 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia descreve que as pessoas tem o direito a serem ouvidas, ter acesso aos processos, fundamentar suas decisões, reparação de danos causados pelas instituições e órgãos da União obtendo resposta quando necessário, ou seja, tratamento que garante a eficiência da administração e comprometimento com os seus usuários (UNIÃO EUROPEIA, 2000). Outrossim, conforme dispõe Juarez Freitas sobre o direito fundamental à boa administração pública:

[...] trata-se do Direito Fundamental à Boa Administração Pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. (FREITAS, 2014, p. 21).

Assim, os princípios e regras que regem o direito fundamental à boa administração pública podem ser interligados aos princípios Constitucionais reconhecido da administração quais sejam: eficiência, proporcionalidade, imparcialidade, a participação social, transparência, eficácia entre outros (FREITAS, 2014).

O poder público, através de princípios norteadores, quais sejam o da razoabilidade, proporcionalidade entre outros, também é responsável na atuação administrativa pública pela proteção do consumidor/usuário nas relações de consumo. Este deve se fazer presente, de forma efetiva (OLIVEIRA L, 2017). Dessa forma entende-se que o Estado:

Sob o prisma constitucional, é pessoa jurídica territorial soberana: é uma nação politicamente organizada, dotada de personalidade jurídica própria, sendo pessoa jurídica de direito público que contém seus elementos e três poderes. Como ente personalizado, o Estado tanto pode atuar no campo do direito público quanto no do direito privado, mantendo sempre sua personalidade de direito público [...] (MARINELA, 2015, p. 52-53).

Destarte, o princípio da razoabilidade propõe ao administrador uma atuação sem arbitrariedades e excessos. Suas atitudes devem ser pautadas no bom senso, um limite para a discricionariedade do administrador com critérios aceitáveis (MARINELA, 2015).

Do mesmo modo, o princípio da proporcionalidade perpetra uma análise do caso concreto, uma forma de não limitar-se ao que somente a lei exige havendo um equilíbrio. Sacrificando o interesse de alguns pela vantagem obtida de forma geral (MARINELA, 2015).

Evidentemente, o Estado Democrático de Direito tem um compromisso de facilitar e promover o acesso ao direito fundamental à boa administração sendo este eficiente, cumprindo com os seus deveres e respeitando os seus princípios norteadores (FREITAS, 2014).

Além disso, o direito fundamental à boa administração pública permite questionar acerca da responsabilidade do Estado para sanar as deficiências e arbitrariedades, vinculado a excessos da discricionariedade ou por inoperância (FREITAS, 2014). No que se refere ao Estado Constitucional

[...] em sua presumível afirmação da cidadania (não necessariamente de modo linear), possui o compromisso indeclinável de prover o acesso ao direito fundamental à boa administração pública, compreendido nesses termos: trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz. (FREITAS, 2015, p. 198).

As relações administrativas urgem por uma série de novos hábitos. Faz-se necessário construir um modelo de gestão no controle autônomo de sustentabilidade que acabe legitimando as políticas públicas e conseqüentemente que permita cobrar

uma motivação dos atos discricionários. A legitimidade das políticas públicas pressupõe que seja observado o direito fundamental à boa administração pública (FREITAS, 2015). Nessa senda,

[...] a discricionariedade legítima requer (ao mesmo tempo, suscita) o protagonismo, em rede, na afirmação do desenvolvimento duradouro (CF, arts. 225 e 170, VI), o qual não se coaduna com o mito da oposição inconciliável entre os domínios do econômico e do socioambiental. Apenas para ilustrar: em nosso sistema, a própria atividade financeira (pública e privada) está proibida de ignorar os riscos ambientais. (FREITAS, 2015, p. 197).

Para a caracterização do direito fundamental à boa administração é necessário regras, princípios, um somatório de subjetivos públicos. Assim caracteriza-se pelos seguintes direitos: direito à administração pública transparente (com destaque para o direito da informação), direito a administração pública sustentável (princípio constitucional da sustentabilidade), direito à administração pública dialógica (devido processo legal, contraditório, ampla defesa e celeridade), direito à administração pública imparcial (reduzora das desigualdades), direito a administração pública proba, respeitadora da legalidade e preventiva (FREITAS, 2015).

Frisa-se, que as escolhas administrativas somente serão legítimas se forem eficazes, sustentáveis, motivadas, proporcionais, transparentes e imparciais. Capazes de ativar a participação social, pois assim contribuiriam com a responsabilidade e moralidade no que tange à administração pública, fazendo com que o resultado fosse de fato eficaz para a coletividade (FREITAS, 2015).

Um exemplo de participação do cidadão nos serviços públicos é o Art. 1º da Lei 13.460/2017, o qual esclarece que a participação na defesa dos direitos dos usuários dos serviços públicos prestados pela administração pública, os princípios descritos acima, quais sejam da razoabilidade e proporcionalidade são de grande inspiração para um modelo de sociedade democrática, tornando-se a eficiência uma das referências almejadas pela administração (BRASIL, 2017b).

Importante destacar, que as políticas públicas não devem se pautar apenas em promessas, deve haver consistência, devido respeito ao texto constitucional. Conforme artigo 227 da CF/88 enuncia as prioridades das políticas a serem seguidas e implantadas, cumpre ao agente público na implantação destas (FREITAS, 2015).

Dessa forma, as políticas públicas devem ser tratadas como prioridades constitucionais vinculantes, pois nesse panorama, “[...] o controle do Estado Democrático,

não se esquecendo de ver a trave no próprio olho, precisa fazer às vezes de administrador negativo e, ao mesmo tempo, de ativador dos direitos fundamentais de gerações presentes e futuras.” (FREITAS, 2015, p.204).

A título de exemplificação verifica-se o artigo 227⁹ da CF/88 ao qual prioriza os direitos das crianças, adolescentes e ao jovem, nesse sentido a jurisprudência:

[...] É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que a proteção aos direitos da criança e do adolescente (CF, art. 227, *caput*) – qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe ao poder público a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num *facere* (...). (...) o STF, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam – enquanto direitos de segunda geração – com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, rel. min. Celso de Mello). É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao poder público, consoante já advertiu, em tema de inconstitucionalidade por omissão, por mais de uma vez (RTJ 175/1212-1213, rel. min. Celso de Mello), o STF (...). Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção à criança e ao adolescente – que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 227) – **tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o poder público, especialmente o Município, disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial, tal como já advertiu o STF[...]** (BRASIL, 2010a, sem grifos no original).

Ou seja, o administrador público, em seus atos discricionários goza de liberdade para fundamentar e aperfeiçoar o direito fundamental à boa administração pública. Em que se diferenciam as prioridades das escolhas públicas, não restando apenas promessas (FREITAS, 2014).

Nessa perspectiva, o direito fundamental à boa administração pública, evidencia a responsabilidade do Estado em combater os excessos da discricionariedade. O professor Juarez de Freitas diz que em nenhum momento um direito fundamental deve

⁹ “Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” (BRASIL, 1988).

suprimir o outro, o agente público deve sacrificar o mínimo para preservar o máximo possível dos direitos fundamentais (FREITAS, 2014).

Portanto, os princípios da proporcionalidade e da responsabilidade, se compreendidos e executados de forma correta, zelando pela eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, evidentemente ao encontro com o direito à boa administração pública, cuidando dos interesses existenciais, prioridades constitucionais vinculantes e legítimos para a sociedade. Caso não seja atendido o Estado deve ser responsabilizado, pois deve-se dar a devida importância da primazia nas relações administrativas (FREITAS, 2014).

Dessa forma, outro amparo legal para a efetividade do direito fundamental à boa administração é o Código de Defesa do Consumidor regido pela Lei 8.078/90, tornando-se a base para toda e qualquer relação de consumo. Assim estudar-se-á lei e sua aplicabilidade relacionando ao usuário dos serviços públicos no capítulo 2.

2 A (IN)APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (CDC) NO SERVIÇO PÚBLICO

Antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor, as relações de consumo não possuíam uma lei em específico, e assim eram regidas pelo Código Civil. Dessa forma, a interpretação do CDC tornou-se complexa, pelo seu texto enxuto. (NUNES, 2019).

Em conformidade, a aplicação de leis, sejam elas em específico ou não, no âmbito das relações de consumo, se deram em razão das desigualdades entre os contratantes, leis que protegiam os mais fracos nessa relação. Portanto o Código Civil protegia de uma forma não específica as relações consumeristas, não deixando que a liberdade contratual tirasse vantagem do consumidor quando da compra de algum produto ou contratação de determinado serviço (FILOMENO, 2016).

Por outro lado, cumpre questionar o porquê da advinda do CDC. Apesar de já vigorar em atraso, tendo em vista a necessidade de uma lei específica, para sua edição era necessário entender a sociedade, e, como não é novidade, a Revolução Industrial impulsionou as relações consumeristas, principalmente com a “*standartização*” (NUNES, 2019).

Esse impulso só cresceu e modificou-se ao tempo e às demandas, sobretudo porque nos séculos XIX e XX houve crescimento na produção, bem como na tecnologia, potencializado com o advento da globalização e das sociedades de massa. Consequentemente as relações de consumo atualmente se dão de formas diferentes, o que reforça a necessidade de sua regulamentação, para a proteção dos sujeitos das relações de consumo (NUNES, 2019).

Ademais, com a expansão da aplicação do CDC as relações de consumo não estão limitadas apenas na esfera comercial, e sim, englobam também as esferas administrativas, penal, civil, processual e inclusive constitucional, ou seja, tudo torna-se direito do consumidor. Atualmente é um dos temas mais amplos, o que dificulta a delimitação em um único campo (FILOMENO, 2016).

Assim, o CDC, regido pela Lei 8.078/90 constituiu-se a base normativa para as relações de consumo. Seus princípios advêm da Constituição Federal, bem como a popularização do CDC demonstrada no art. 5º, inciso XXXII, da CF/88. Sob o prisma da Constituição é possível construir uma correta interpretação das próprias normas instituídas no CDC.

Na redação do CDC é evidente a sua finalidade, qual seja a proteção do consumidor conforme dispõe o artigo 1º da Lei 8.078/90 “[...] o presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.”(MASSO, 2011, p. 16-17).

Destarte a defesa do consumidor deve ser tratada como cumprimento de função estatal por isso relaciona-se com os fundamentos do Estado Democrático de Direito, cidadania e dignidade da pessoa humana (MASSO, 2011).

Frisa-se que exercer essas diretivas tem como base fundamentos constitucionais como, por exemplo, o artigo 37 da CF/88 que se refere a Administração Pública, bem como os princípios da impessoalidade, eficiência (inserido no texto da CF/88, por meio da EC 19/98), legalidade e entre outros. Ou seja, princípios e dispositivos que estabelecem os fundamentos da administração pública e conseqüentemente a sua boa atuação na defesa do consumidor/usuário também dos serviços públicos, enquanto destinatário das prestações estatais correspondentes(SILVA *et al.*, 2013).

Nota-se ainda que o consumidor, tendo em vista a sua vulnerabilidade, é protegido por meio das normas já existentes na maioria das relações de consumo, pois “[...] a liberdade ou até mesmo a soberania do consumidor é intimamente dependente da intervenção do Estado no mercado de produção de bens e serviços [...]” (MASSO, 2011, p.04).

Outrossim, não existe impedimentos para o enquadramento do usuário do serviço público no direito do consumidor. Por mais que o Poder Público e seus delegados não possam figurar como fornecedores, concluir sobre esse prisma, seria como ignorar o próprio texto constitucional, mais precisamente o artigo 5º, XXXII da CF/88 (ALMEIDA, 2019).

Desse modo, a aplicabilidade do Código de Defesa do consumidor pode não se encaixar diretamente no serviço público, mas apresenta várias semelhanças que, em resumo, podem ser aplicáveis uma a outra, mas para que isso fique evidente, será demonstrado na próxima seção, explanando-se sobre essa conexão e potencial aplicabilidade.

2.1 A PRINCIPIOLOGIA AFETA À PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

Para o Código de Defesa do Consumidor, assim como as normas, os princípios também são partes importantes nesse conjunto. Mediante deles, também é exercida a cidadania, que zela pelo destinatário final. O Estado põe em prática o que lhe é posto através das normas e princípios mediante tutelas adequadas, direitos individuais e sociais (FILOMENO, 2016).

O CDC é um microsistema jurídico em que se encontram nos princípios quais sejam o da vulnerabilidade, que reflete as relações de consumo, enquanto tem o consumidor como destinatário final, a interdisciplinaridade e multidisciplinaridade (FILOMENO, 2016).

Se o serviço público engloba as diretrizes constitucionais, bem como o CDC, a principiologia afeta a sua prestação, não só afeta como regula, já que os princípios constitucionais são alicerces do sistema jurídico. E nesta senda o princípio é interpretação, até mesmo das normas magnas (NUNES, 2019).

A Constituição Federal de 1988 dispõe sobre os fundamentos basilares da República, quais sejam: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa entre outros. Fundamentos que estão diretamente ligados ao CDC e conseqüentemente com a prestação dos serviços públicos (NUNES, 2019).

Em conformidade com o texto constitucional, o artigo 4º da Lei 8.078/1990, dispõe de alguns princípios basilares quais sejam: dignidade, segurança, saúde, proteção dos interesses econômicos e melhoria da qualidade de vida, todos ligados ao consumidor (FILOMENO, 2016).

Quando tratados os princípios sobre o ponto de vista do CDC é porque, o inciso VII do art. 4 da Lei, traz a racionalização dos serviços públicos, ou seja, quando mencionado "relações de consumo", fala-se dos serviços públicos prestados pelas empresas concessionárias ou cessionárias ("*uti singuli*"). Nesta senda, o artigo 22, estabelece a obrigatoriedade aos órgãos públicos quanto seu dever de prestação do serviço de forma adequada (FILOMENO, 2016).

Destarte, dada sua relevância qual é a conceituação de órgão público? Como já bem conceituado por Odete Medauar, órgãos públicos são unidades de atuação da Administração, compreendido por pessoas e materiais, que realizam determinada atribuição no âmbito do poder público (MEDAUAR, 2015).

Por conseguinte, o artigo 22 do CDC merece uma atenção especial, isto, porque obriga os órgãos públicos, ou suas empresas concessionárias ou permissionárias, a fornecerem serviços adequados, os quais, caso não sejam cumpridos (total ou parcialmente) podem ensejar a responsabilidade pelo cumprimento e a reparação de danos, que recai sobre as pessoas jurídicas (BRASIL, 1990).

Veja-se que no mesmo artigo, em relação aos órgãos públicos, faz-se a menção ao artigo 3º do CDC, pois trata da responsabilidade do Poder Público, em que as pessoas jurídicas de Direito Público podem configurar o polo ativo de uma relação de consumo (GRINOVER, 2017).

As empresas mencionadas, concessionárias ou permissionárias de serviços públicos, têm personalidade de Direito Privado, todavia é aplicável à sociedade de economia mista, fundações entre outros. Sobre a obrigatoriedade do fornecimento dos serviços, relacionam-se com a continuidade dos serviços públicos, os ditos essenciais (GRINOVER, 2017).

Assim sendo, ainda explora em seu parágrafo único a teoria do risco, quando o órgão público for negligente quanto à obrigação de prestar o serviço de forma adequada. Vale ressaltar que os órgãos públicos não se sujeitam às sanções elencadas no art. 20 do CDC e que o parágrafo único faz menção somente ao cumprimento do dever de prestar o serviço. A reparação dos danos independe de culpa, conforme art. 14 do CDC e as causas de excludentes se restringem ao defeito inexistente e culpa exclusiva do consumidor ou terceiro (GRINOVER, 2017).

Da mesma forma, o artigo 6º, § 1º da Lei 8.987/95 - Lei de concessões e permissões da prestação do serviço público - traz a previsão da necessidade de prestação do serviço adequado aos usuários, bem como conceitua o serviço adequado¹⁰, isso remete ao princípio da razoabilidade/proporcionalidade/adequação. Este por sua vez, não tem previsão expressa na Constituição (SPITZCOVSKY, 2019).

Conforme a Lei 8.987/95, em seu artigo 6º, § 1º encontra-se caracterizado o serviço público adequado, qual seja aquele que satisfaz o disposto nos princípios correspondentes (MARINELA, 2015). Se um serviço adequado faz menção ao cumprimento dos princípios, logo, este afeta de forma relevante no que tange os serviços públicos, não podendo descartá-los.

¹⁰ Art. 6º (...) § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas (BRASIL, 1995).

O princípio da razoabilidade permite que o Judiciário reavalie os atos da Administração Pública, de modo que veja a proporcionalidade dos atos, a sua efetividade e finalidade. Ou seja, o administrador não está livre, o conteúdo deve se limitar a atender as exigências da constituição e a sua finalidade (SPITZCOVSKY, 2019).

Logo, a adequação está vinculada exclusivamente à prestação dos serviços públicos (art. 6º, §1º da Lei 8.987/95), e é o princípio que satisfaz as condições elencadas nos princípios gerais como a eficiência, cortesia, generalidade entre outros, com o intuito de vincular o conteúdo jurídico da proporcionalidade à legislação e ao contrato e não apenas aos critérios do prestador (MAZZA, 2018).

Além disso, tem-se os princípios expressos na Constituição, a exemplo do Princípio da Eficiência, acrescentado pela EC 19/98, que se encontra no caput do artigo 37 da CF. Esse princípio é vinculado à prestação do serviço público e também se relaciona com o artigo 6º, §1º da Lei 8.987/95. Seu conceito norteia a Administração Pública, preconizando que a prestação eficiente deve ser rápida e precisa, satisfazendo as necessidades da coletividade (MEDAUAR, 2013).

Um exemplo do Princípio da Eficiência pode ser encontrado no artigo 41, caput da CF/88, em que visa a melhora das atividades administrativas, bem como em vários outros dispositivos constitucionais e até na Lei de Responsabilidade Fiscal - LC nº 101/2000, quanto à limitação dos gastos (artigo 169, *caput*, da CF) (SPITZCOVSKY, 2019).

O princípio da continuidade, por sua vez, como o próprio nome já diz, pressupõe que o serviço público deve continuar sem intervalos, ou seja, não deve ser interrompido. Importante frisar que, em alguns casos, sua interrupção é permitida, como preconiza o art. 6º, §3º da Lei 8.987/95, em casos de emergência ou com aviso prévio em determinadas situações (MAZZA, 2018).

Um exemplo disso, e já julgado pelo STJ (STJ, 2ª Turma, AgRg no Ag 1399175/RJ, DJe 24-6-2011), é a inviabilidade sobre o corte de fornecimento de água por inadimplemento anterior. Há casos específicos sem que possa haver a interrupção, como os elencados no artigo 40 da Lei n. 11.445/2007¹¹ (MAZZA, 2018).

¹¹ Essa lei “[...] estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico, cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico, altera a Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, a Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978.” (BRASIL, 2007).

Os limites de controle de constitucionalidade atinentes à atividade administrativa, sem aprofundar todos os postulados e elencados no artigo 37 da Constituição Federal, são: princípio do dever inescusável do Estado de promover a prestação dos serviços públicos, supremacia do interesse público, eficiência, isonomia e entre outros (MARINELA, 2015), e, na medida em que o princípio é o maior argumento dos que rejeitam a realização do instituto, torna-se a principal defesa para a sua utilização.

Em conformidade, tomando como exemplo o Princípio da Supremacia do Interesse público sobre o Privado que é considerado um dos basilares do regime jurídico-administrativo, pois sob o prisma da Constituição é selecionado suas utilidades materiais (MARINELA, 2015), demonstra que o interesse público está diretamente relacionado aos direitos fundamentais, e ambos precisam ser compatíveis, sendo conveniente aos interesses da coletividade, prevalecendo assim em muitos casos, sobre os interesses dos próprios organismos estatais.

Dessa forma, a atividade administrativa não está imune a controle, mesmo em atos discricionários do administrador público. A vinculação aos princípios, garantias e direitos fundamentais é irrenunciável por parte da Administração Pública. Assim, nas palavras de Juarez Freitas, a discricionariedade está vinculada com a melhor escolha, sendo esta justificada, sustentável e coerente, respeitando a efetividade do direito fundamental à boa administração pública (FREITAS, 2014).

Ademais, vale ressaltar a importância do Princípio da Supremacia do interesse público, que em resumo, é a prevalência do interesse público sobre o privado, quando se trata de prestação de serviços, bens e atividades públicas. A indisponibilidade do interesse público, por seu turno, igualmente relevante à temática ora explorada, seria a impossibilidade de sacrifício em relação ao interesse público. Para aqueles que defendem esse entendimento, este estaria vinculado ao Princípio de República (JUSTEN FILHO, 2014).

Tal princípio no Direito Administrativo não é único e este não exclui os outros. Pelo contrário, todos os princípios têm base constitucional e encontram-se no mesmo nível hierárquico. Assim, não há supremacia absoluta, pois todo e qualquer interesse é limitado pelos direitos fundamentais e para a solução face ao caso concreto, é necessário circunstâncias concreta (JUSTEN FILHO, 2014).

Uma crítica a esse princípio reside no aspecto de poder ser interpretado de forma errônea ao vincular-se o atendimento do interesse público com o atendimento

do interesse fazendário, quando na verdade é para vincular o atendimento ao interesse da coletividade. Outrossim, alguns doutrinadores chamam o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular de ultrapassado, fundamentando que a CF/88 prioriza os direitos particulares, sendo irracional sua vinculação como Princípio do Direito Administrativo. Cabe à Administração conciliar interesses com a redução de sacrifícios, nesta sendo o Princípio da Proporcionalidade também busca a providência menos gravosa (MEDAUAR, 2015).

O emprego dos princípios na Administração Pública está condicionado à lei, sendo permitindo fazer apenas o que a norma autoriza. Assim, segundo a doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em consequência ao princípio da legalidade, a vontade da Administração Pública é condicionada à lei, bem como ao artigo 37, § 5º, II da CF/88. Todavia ela não pode restringir a atuação e deve resguardar direitos pessoais e coletivos (DI PIETRO, 2018).

Isto é, a Administração Pública que, na condição de pessoa jurídica pública desenvolve atividades de prestação de serviços públicos, deve atentar-se ao que é de interesse da coletividade, respeitando os limites impostos pela Constituição Federal, princípios e garantias fundamentais, pois o cidadão faz uso desses serviços devendo ser assegurado à cidadania, dignidade entre outros (MARINELA, 2015).

Assim, correlacionados alguns Princípios caros e interconectados com a prestação dos serviços públicos, tendo em vista que é necessária a explanação para demonstrar que cabe o recurso aos princípios para auxiliarem na correta interpretação do Direito Administrativo, passa-se analisar sobre a possibilidade ou não de se vislumbrar, na prática, a aplicabilidade do CDC nas relações entre os usuários dos serviços públicos e a Administração Pública.

2.2 AS DIVERGÊNCIAS SOBRE A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (CDC) NO SERVIÇO PÚBLICO

Antes de adentrar-se nos aspectos jurisprudenciais acerca da (in) aplicabilidade do CDC ao serviço público, são necessários alguns apontamentos e explicações sobre o Código de Defesa do Consumidor, dada a sua importância para o assunto. Sendo assim, inicia-se com a Lei 8.078/90 que define o que é consumidor, fornecedor, produtos e serviços. O consumidor, do ponto de vista econômico, é o sujeito que está

abrangido pelas relações de consumo, pois este é parte vulnerável nessas relações, justificando a necessidade de sua proteção (FILOMENO, 2016).

Com efeito, o STJ reconhece que consumidores não são somente as pessoas físicas, mas também as pessoas jurídicas, aquelas que conseguem se beneficiar de sua proteção, todavia essas devem ser destinatárias finais e vulneráveis, ou seja, o STJ adota a teoria finalista, em que o consumidor seja pessoa física ou jurídica deve ser destinatário final (THEODORO JÚNIOR, 2017).

Por sua vez, o conceito de fornecedor está elencado no artigo 3º do CDC, seu critério se baseia no desenvolvimento de atividades profissionais, esta deve ser habitual e mediante remuneração (THEODORO JÚNIOR, 2017).

O texto descrito na Carta Magna dispõe de vários princípios que são relacionados diretamente ao CDC, como o princípio da dignidade da pessoa humana, valores sociais da livre iniciativa entre outros. Diante disso, devem ser analisados em conjunto sem excluir o outro ou ambos, sobretudo quando se trata das decisões decorrentes da judicialização das aludidas relações (NUNES, 2015).

Todavia os direitos do consumidor são mais analisados sob a ótica das relações privadas, até porque, são os que em geral prevalecem na sociedade, mas as relações de consumo (ou de prestação de bens, facilidades e serviços públicos) entre a Administração Pública e administrado/indivíduo/usuário na prestação de serviços públicos também devem ser cumpridas e relacionadas com o CDC (OLIVEIRA L, 2017).

Nesse sentido, as relações de consumo sejam elas por meio de pessoas jurídicas, públicas ou privadas devem ser garantidas, pois o seu não cumprimento violaria o exercício da plena cidadania bem como prevê o art. 6º, inciso X da Lei 8.078/1990, que dispõe sobre os direitos básicos do consumidor e sobre a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral (BRASIL, 1990).

Verifica-se ainda que no artigo 4º, inciso VII da Lei 8.078/1990 descreve-se sobre a racionalização e melhoria dos serviços públicos, o que se torna a norma ainda mais abrangente, pois não importa se o usuário do serviço público é consumidor ou não (MASSO, 2011). A aplicação do CDC é recorrente, ainda mais antes da edição da Lei 13.460/2017, usada como garantia de proteção aos usuários dos serviços públicos com a aplicação de tais dispositivos (MARINELA, 2015).

Na prática, para demonstração do CDC em defesa e proteção aos usuários dos serviços públicos, com base no artigo 175 da CF/88, pode ser citada a interrupção do serviço público como o corte no fornecimento de energia elétrica (sendo possível nas

hipóteses previstas no artigo 6º, § 3º da Lei 8.987/95). No caso prático tem-se a aplicação do Código de Defesa do consumidor nas causas de relação de consumo:

APELAÇÕES. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. SECAGEM DE FUMO. COMARCA DE ARVOREZINHA. (LOCALIDADE DE LINHA PINHAL QUEIMADO, ONDE SITUADA A UNIDADE CONSUMIDORA Nº 6100704). INTERRUPÇÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA NAS DATAS DE 09/01/2017 (das 10h30min até 15h40min do dia 10/01/2017) E 04/02/2017 (das 8h10min até 16h50min do dia 05/02/2017). RELAÇÃO DE CONSUMO CARACTERIZADA. TEORIA FINALISTA MITIGADA. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. REPARAÇÃO DE DANOS DECORRENTES DA PERDA DO FUMO PELA INTERRUPÇÃO DO PROCESSO DE SECAGEM. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CONCESSIONÁRIA DO SERVIÇO PÚBLICO DE INEFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. COMPROVAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. DEVER DE REPARAR. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO POR PRAZO SUPERIOR A 24 HORAS, DEVENDO A CONCESSIONÁRIA RESPONDER PELO PAGAMENTO INTEGRAL DOS PREJUÍZOS EXPERIMENTADOS PELO CONSUMIDOR. (RIO GRANDE DO SUL, 2019).

No aludido julgado, entenderam os Magistrados pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de pequeno agricultor rural, que utiliza a energia elétrica em sua moradia, bem como ficou reconhecida a sua vulnerabilidade técnica e econômica em relação à concessionária de energia (RIO GRANDE DO SUL, 2019).

Os Magistrados fundamentaram a referida decisão na Teoria Finalista Aprofundada ou Mitigada, que permite mitigar o conceito de consumidor final quando evidente a vulnerabilidade frente ao fornecedor, admitindo uma flexibilização (RIO GRANDE DO SUL, 2019).

Na Teoria Finalista ou Mitigada vê-se o consumidor como pilar que alicerça a tutela especial. Essa tutela é necessária, pois se entende que o consumidor é parte vulnerável nas relações de consumo, como afirma o próprio artigo 4º, inciso I do CDC. Para fazer a distinção de quem é ou não consumidor, surge à expressão destinatário final também prevista no CDC, art. 2º, 4º e 6º. Nesse contexto o consumidor seria aquele que adquire o bem, para uso próprio (FILOMENO, 2016).

Na teoria Finalista o destinatário final “[...] é aquele que retira o bem do mercado, dando-lhe uma destinação pessoal, sem qualquer interesse profissional. Trata-se de uma conceituação fática e econômica.” (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 06). Cabe ressaltar que essa proteção se restringe ao não profissional.

Por conseguinte, no aludido julgado o CDC é previsto, pois responde a concessionária perante o consumidor, destacam-se os artigos 14 e 22 do CDC. Bem como

por ser a ré prestadora de serviço público tem responsabilidade objetiva conforme artigo 37, §6º da CF/88 (RIO GRANDE DO SUL, 2019).

Quanto ao serviço público em questão no julgado, esse deve ser prestado observando os princípios do Direito Administrativo, quais sejam: o da eficiência, razoabilidade e continuidade do serviço público. Todavia no caso em tela houve a interrupção do serviço e a não observação do artigo 6º, §3º da Lei 8.987/95, bem como o artigo 175 da CF/88, causando danos ao apelante – autor, o que levou no provimento da apelação majorando o valor da indenização (RIO GRANDE DO SUL, 2019).

Na prática o STJ tem pacificado seu entendimento de que a interrupção desse serviço é possível mediante aviso prévio (STJ, REsp 604364/CE, Rel. Ministro Luiz Fux, DJ 21/06/2004). Nesse sentido, como exemplo da aplicação do CDC aos serviços públicos, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INTERRUÇÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. FALTA DE PAGAMENTO DE TARIFA. APLICAÇÃO DE MULTA PELO PROCON. IMPOSSIBILIDADE. ARTS. 22E42 DA LEI Nº 8.078/90 (CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR). ENTENDIMENTO DO RELATOR. ACOMPANHAMENTO DA POSIÇÃO DA 1ª SEÇÃO DO STJ. PRECEDENTES. 1. Não resulta em se reconhecer como legítimo o ato administrativo praticado pela empresa concessionária fornecedora de energia e consistente na interrupção de seus serviços, em face de ausência de pagamento de fatura vencida. A energia é, na atualidade, um bem essencial à população, constituindo-se serviço público indispensável, subordinado ao princípio da continuidade de sua prestação, pelo que se torna impossível a sua interrupção. 2. O art. 22 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor assevera que os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. O seu parágrafo único expõe que, nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados na forma prevista neste código. Já o art. 42 do mesmo diploma legal não permite, na cobrança de débitos, que o devedor seja exposto ao ridículo, nem que seja submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. Tais dispositivos aplicam-se às empresas concessionárias de serviço público (...). 7. Recurso provido. (BRASIL, 2006, sem grifos no original).

No referido Recurso acima, o fornecimento de energia elétrica foi posto como bem essencial, e para justificar o erro da interrupção desse bem essencial, usou-se como base o art. 22 combinado com o artigo 42 do CDC, bem como o Princípio da Continuidade do Serviço Público, Eficiência, Serviço Adequado (BRASIL, 2006).

Esses princípios referidos no julgado, como já descrito em seção anterior, expressam a necessidade da boa prestação do serviço público, pois o mesmo não pode

parar e quando prestado deve ser eficiente e adequado exercendo assim a devida função pública (MARINELA, 2018).

Outrossim, utilizando-se dos mesmos artigos do CDC, qual seja artigo 22, parágrafo único e 42 o Tribunal do Rio Grande do Sul em sua jurisprudência entende que o usuário também não pode ser compelido ao pagamento. Veja-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. ENERGIA ELÉTRICA. CORTE NO FORNECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE COMO FORMA DE COMPELIR O USUÁRIO AO PAGAMENTO. INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE MAUS PAGADORES. DESCABIMENTO. I - O corte do fornecimento da energia, ou mesmo a sua ameaça, como forma de compelir o usuário ao pagamento da tarifa, não pode ser utilizado na forma de coerção, com vistas ao constrangimento do consumidor - artigo 42 do CDC. (RIO GRANDE DO SUL, 2014, sem grifos no original).

O presente julgado refere-se à cobrança de um valor maior do que o agravante estava habituado a pagar em sua conta de luz. A conta tornou-se mais cara, pois o ele alega ter ocorrido irregularidades/violação em uma inspeção realizada em seu medidor. O Desembargador, em sua argumentação caracterizou a situação como “[...] é tormentosa, pois de um lado envolve a saúde do sistema de prestação do serviço público essencial de energia elétrica, e de outro, usuários, de diferentes matizes.” (RIO GRANDE DO SUL, 2014).

Ainda descreveu que a situação em questão deve ser analisada pelo poder público, quanto ao cumprimento de seus princípios. No caso, a notificação prevista no art. 172 da CF, ocorreu, todavia por mais que o agravante estivesse inadimplente, o agravado não podia usar de coerção para obrigar o agravante ao pagamento da tarifa, vide art. 42 do CDC (RIO GRANDE DO SUL, 2014).

Dessa forma, conforme precedente do STJ - REsp 1595018/RJ, relatado pelo Ministro Humberto Martins, da Segunda Turma, julgado em 18/08/2016, há o entendimento de que a relação no fornecimento de serviços públicos essenciais¹² é consumerista, cabível, portanto, a incidência do Código de Defesa do Consumidor.

Porquanto, cumpre com a finalidade dos serviços públicos qual seja, atender as necessidades do coletivo, seja sob o regime jurídico total ou parcialmente público

¹² Os serviços essenciais podem ser encontrados na no artigo 10, da LEI Nº 7.783, de 28 de junho de 1989– Lei de Greve. Nesse artigo os serviços e ou atividades essenciais são elencados, como por exemplo, o abastecimento de água e serviço médico hospitalar, entre outros. Na referida Lei de Greve tenta-se conciliar os direitos com as necessidades do serviço público, vedando a greve rotativa, impondo aos sindicatos uma comunicação prévia (DI PIETRO, 2019).

(DI PIETRO, 2018). Contudo têm-se divergências doutrinárias, por exemplo, em relação à continuidade do serviço público. Esta entende que, por ser serviço essencial, não deve ser interrompido, atendendo-se e respeitando princípios constitucionais (MARINELA, 2015).

Em relação à suspensão do fornecimento e ausência de notificação prévia, tem-se o seguinte entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO GENÉRICA DE VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535, DO CPC. ENUNCIADO N. 284 DA SÚMULA DO STF, POR ANALOGIA. ENERGIA ELÉTRICA. USUÁRIO INADIMPLENTE. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DO SERVIÇO. IMPOSSIBILIDADE. (BRASIL, 2010b).

No referido julgado o recorrente alega divergência e violação ao artigo 535 do CPC, art. 6º, §3º, inciso II da Lei 8.987/95, bem como em relação ao artigo 476, inciso I do CC, entende o ele que no caso de inadimplência é devido o corte de energia. Em relação ao artigo 535 do CPC o relator desconsiderou por falta de fundamentação. Já quanto a possibilidade de suspensão, entendeu que os recorridos não foram devidamente notificados da suspensão. Dessa forma votou-se pelo não acolhimento (BRASIL, 2010b).

Como já fora exemplificado vale ressaltar que a Concessão de serviço Público¹³ exige prévia concorrência pública, como também assume a prestação do serviço público, exige lei específica prazo determinado entre outros aspectos. A mesma lei também trata sobre o direito do usuário no serviço público, em seu artigo 7º (MAZZA, 2018).

Assim, em que pese à divergência acerca a aplicabilidade ou não do CDC às relações entre usuários do serviço público e a Administração Pública, quando o serviço é prestado de forma direta e centralizado, merece análise mais detida o surgimento de um novo marco regulatório correspondente, mas que, em tese, não teria o condão de afastar, definitivamente, a possibilidade de aplicação do CDC ao serviço público.

¹³ Conquanto o Art. 2º da Lei nº 8.987 de 13 de Fevereiro de 1995, que trata sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da CF. Os incisos do Art. 2º nos trazem quem compõem o poder concedente, conceito de concessão de serviço público bem como o conceito de concessão de serviço público precedida da execução de obra pública e permissão de serviço público (BRASIL, 1995).

Nesse contexto, além da almejada possibilidade de aplicação do CDC, na busca para melhorar a eficiência na prestação do serviço público como direito fundamental à boa administração, promulgou-se, a Lei 13.460/2017 que “[...] dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública.” (BRASIL, 2017b), objeto de análise do próximo capítulo.

3 A LEI 13.460/2017 E OS DIREITOS DO USUÁRIO DO SERVIÇO PÚBLICO

O principal objetivo da Administração Pública é atingir a realização do interesse público, atentando para os princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade. Assim, busca-se a efetivação do princípio da eficiência nos serviços públicos por ela prestados (FALEIROS JÚNIOR, 2017).

Nesse sentido, a Lei 13.460/2017 propõe um novo paradigma, de que o cidadão possa interagir sobre a eficiência da prestação do serviço público, não visualizando apenas sob a óptica do serviço prestado de forma particular/individual. Nesse contexto, o aludido autor descreve a retomada da confiança dos cidadãos frente à Administração Pública, justificando sua estruturação e existência (FALEIROS JÚNIOR, 2017).

Em primeiro lugar, explicar as mudanças que a Lei 13.460/2017 ocasionou, é de suma importância para a devida compreensão da sua utilidade. Busca-se demonstrar o porquê de uma lei específica sem a visão voltada somente para o CDC, e sim, também voltada para os serviços públicos, frente à Administração Pública. Assim, cumpre destacar que a lei está focada para os direitos e obrigações do usuário, sejam os serviços prestados pela Administração Direta ou Indireta, além disso, torna-se mais amplo do que o CDC, sem excluir a sua aplicação (MAZZA, 2018).

Isto é, o STJ posicionou-se sobre a incidência do CDC no que tange os serviços públicos prestados pela Administração Pública. Ao editar a súmula nº 601, em seu teor descreve que o Ministério Público tem legitimidade ativa para agir em defesa dos direitos do consumidor, mesmo que resultante de prestação de serviço público (ALMEIDA, 2019).

Outrossim, a referida lei contribuiu para a desburocratização no serviço público, concretizando o princípio da eficiência. A mesma foi regulamentada pelo Decreto nº 9.492 de setembro de 2018. Esse decreto institui uma ouvidoria ao Poder Executivo Federal, com o intuito de estruturar as atividades dos órgãos e entidades da Administração Federal (SPITZCOVSKY, 2019).

Veja-se que o serviço público é aquele serviço prestado pela Administração Pública, visando os interesses da coletividade. Portando a titularidade desse serviço sempre pertence a Administração. A forma da prestação desse serviço pode ser de forma direta ou centralizada (direto pela administração pública) e descentralizada

(pela administração pública, todavia por uma estrutura indireta) (SPITZCOVSKY, 2019).

Desse modo, a participação e atuação do cidadão enquanto usuário do serviço público, pela prestação dos serviços públicos, ainda não é evidente no Brasil. Tem-se muito que debater e estudar para incentivar essa prática de fiscalização e empoderamento. No cenário atual as relações do cidadão e do Estado indicam a necessidade de mudanças e daí a relevância do presente estudo (FALEIROS JÚNIOR, 2017).

Por conseguinte, para melhor compreensão da aplicabilidade e importância da Lei 13.460/2017 nas próximas seções será explanado sobre as diretrizes constitucionais, bem como a participação do usuário propriamente dita, no intuito de trazer o usuário para o centro do debate e da compreensão acerca do seu papel na utilização dos serviços públicos.

3.1 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS (DEMOCRÁTICOS) DE PROTEÇÃO DO USUÁRIO DO SERVIÇO PÚBLICO

As escolhas frente às situações serão eficazes se de fato forem observados os princípios da proporcionalidade, se a escolha for transparente, imparcial e consequentemente observar a efetiva participação social (FREITAS, 2014).

Ou seja, com o envolvimento dos cidadãos, as chances de se atenderem aos interesses públicos se tornam maiores e acabam funcionando como uma legitimadora do processo de tomada da decisão respectiva. A participação social nada mais é do que uma decorrência natural do Estado Democrático de Direito (FALEIROS JÚNIOR, 2017). Naturalmente, o próprio fundamento republicano pressupõe que:

[...] se o povo (soberano) é detentor de poder, concedendo seu exercício (não a titularidade) a representantes eleitos, poderá ele (titular de soberania) participar de todo o processo de implantação e implementação das políticas públicas, incluindo a participação na detecção dos problemas sociais, a discussão da agenda, a formulação, a implementação, a fiscalização (controle) e a avaliação das políticas públicas. (ALVES; FRIEDRICH, 2017, p. 729).

Nesse contexto e, em relação aos serviços públicos, cumpre destacar que o usuário tem o direito de receber o serviço adequado, bem como receber as informações necessárias e usufruir dos serviços e obtenção dos mesmos com a devida liberdade de escolha. Por isso, evidente a preocupação com o cumprimento das normas e dispositivos já existentes que protegem o usuário nessa relação (MARINELA, 2015).

Dessa forma, o direito fundamental do indivíduo é receber a prestação do serviço público de forma adequada. Esse direito substantivo é protegido pela via judicial. Nesse contexto o usuário foi elevado à proteção constitucional, com base no artigo 37, § 3º, I ao III da CF/88, e a respectiva regulamentação, com a Lei 13.460/2017 (CARVALHO FILHO, 2018).

De certo, a Lei 13.460/2017 regulamenta inicialmente o art. 37, §3º da CF/88, modificado pela EC 19/1998, pois ela traz as seguintes alterações:

[...] remete ao legislador ordinário a disciplina das formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5.º, X e XXXIII; e III – a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública. Contudo, a partir da análise do conteúdo da Lei 13.460/2017, percebe-se que as respectivas normas regulam, de forma preponderante, o citado inciso I. O acesso à informação (inciso II) é regulado pela Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) e a representação contra os abusos praticados por agentes públicos continua regulada pela Lei 4.898/1965 (Lei de Abuso de Autoridade) e pelos Estatutos Funcionais. (OLIVEIRA R, 2018, p. 253).

A referida norma também encontra suporte constitucional no art. 175, Parágrafo único, incisos II e IV da CF/88, que, por sua vez, reforça, mesmo na delegação dos serviços, a normatização dos direitos dos usuários e do serviço adequado. Ainda, no que tange este assunto, a norma também deve restar harmonizada com as leis que dispõem sobre a concessão e permissão de serviços públicos (Lei 8.987/1995 e 11.079/2004). Ademais o art. 1º, § 1º da lei dispõe sobre o alcance a nível nacional da mesma com aplicabilidade na Administração Pública (Direta ou Indireta), bem como nos Estados, Distrito Federal e Municípios (OLIVEIRA R, 2018).

A Lei 13.460/2017, em seu artigo 5º, elenca uma série de diretrizes a serem observadas pelos agentes e prestadores de serviços públicos. Dentre essas, está a presunção de boa-fé, igualdade de tratamento aos usuários, princípio da proporcionalidade, legalidade entre outros. Além disso, o artigo 6º da mesma Lei enumera os direitos básicos do usuário e o artigo 8º enumera os deveres do usuário (ALEXANDRE; DEUS, 2018).

O que se pretende com as observações, direitos e deveres dos usuários é demonstrar a necessidade de observar os princípios constitucionais que permeiam o serviço público e suas atividades (ALEXANDRE; DEUS, 2018).

Além dos princípios básicos descritos como legalidade, proporcionalidade, eficiência, continuidade, impessoalidade entre outros, a Lei 13.460/2017 refere-se ao artigo 5º, inciso X da CF que adverte o Poder Público sobre as informações armazenadas, que podem caracterizar violação a intimidade (regulado pela Lei 12.527/2011 - Lei de Acesso a Informação) (ALEXANDRE; DEUS, 2018).

Com efeito, o artigo 4º da Lei 13.460/2017, faz menção aos princípios da Lei nº 8.987/95, que disciplina as concessões e permissões do serviço público, quais sejam: Princípio da Regularidade da Prestação nos Serviços Públicos, Princípio da Eficiência e Efetividade, Princípio da Segurança (zelar pela integridade física e a vida do usuário), Princípio da atualidade (modernidade das técnicas), Princípio da Generalidade/Universalidade e Princípio da Cortesia na prestação (ALMEIDA, 2019).

Por exemplo, o Art. 5º da Lei 13.460/2017 descreve sobre o direito do usuário no serviço prestado de forma adequada, elencando uma série de diretrizes sobre as quais os agentes e prestadores devem seguir. Nesta senda, o inciso I do artigo 5º disciplina sobre a mobilidade no atendimento aos usuários, bem como a cordialidade nos serviços prestados, este remete a um direito fundamental qual seja a dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, inciso III da CF (ALEXANDRE; DEUS, 2018).

Inegavelmente, os incisos elencados no artigo 5º da lei 13.460/2017, tem conexão com os princípios e direitos fundamentais. Destarte, pode ser destacado cada inciso descrevendo esse vínculo e reforçando a importância da lei. Por conseguinte, o inciso II, IX e XIV da referida lei, ressalta a razoabilidade e boa-fé presumida do usuário, cuja concretude foi dada pelo previsto no art. 3º do Decreto 9.094/2017¹⁴(ALEXANDRE; DEUS, 2018).

¹⁴ “Art. 3º Na hipótese dos documentos a que se refere o art. 2º conterem informações sigilosas sobre os usuários dos serviços públicos, o fornecimento pelo órgão ou pela entidade responsável pela base de dados oficial fica condicionado à autorização expressa do usuário, exceto nas situações previstas em lei. Parágrafo único. Quando não for possível a obtenção dos documentos a que se refere o art. 2º diretamente do órgão ou da entidade responsável pela base de dados oficial, a comprovação necessária poderá ser feita por meio de declaração escrita e assinada pelo usuário dos serviços públicos, que, na hipótese de declaração falsa, ficará sujeito às sanções administrativas, civis e penais aplicáveis.” (BRASIL, 2017c).

Não obstante, nos incisos III e IV do art. 5º destacam-se os princípios da impessoalidade e proporcionalidade, bem como o inciso V, que também remete ao princípio da impessoalidade e isonomia, todos constitucionalmente previstos. O inciso III regula o tratamento igualitário em relação ao atendimento do usuário por ordem de chegada, deixando as exceções apenas para aqueles que têm dificuldade de locomover-se. Já o inciso IV, no que tange o princípio da proporcionalidade, estabelece que os ônus impostos aos usuários devam ser os menos gravosos possíveis, vinculando assim o princípio da legalidade, pois este veda imposição de ônus que não esteja regulamentado (ALEXANDRE; DEUS, 2018).

Além disso, o inciso XI da referida lei também se relaciona com o princípio da proporcionalidade, pois este tende a supressões de formalidades que se tornem inviáveis economicamente e socialmente, sendo maior o seu risco. Para que isso não aconteça é preciso agir com clareza e ponderação, mudando as exigências aos casos concretos (BRASIL, 2017b).

Sob o mesmo ponto de vista, no artigo 5º, incisos VI, VII e VIII, relacionam-se com os princípios da celeridade, eficiência e prevenção. Em relação à eficiência, conforme já posto este também é previsto no art. 4º da mesma lei, em que o objetivo é atingir o resultado pretendido. Não poderia ser diferente, tendo em vista que a lei em si almeja isso. Quanto à prevenção e ou segurança, esta também prevista no artigo 4º, vê-se, na prática, a sua aplicabilidade no teor doREsp 1.245.812/RS, STJ – Segunda Turma, de Relatoria do Min. Herman Benjamin, julgado 21.06.2011, no qual decidiu-se que apesar da possibilidade do corte de energia elétrica por falta de pagamento, ele só se torna legítimo se não afetar os direitos agora previstos no art. 5º, inciso VIII da Lei 13.460/2017 (ALMEIDA, 2019).

Os princípios da moralidade e da eficiência podem ser destacados no art. 5º, incisos XII e XIII, da norma em comento, pois estes se referem à linguagem clara, ao uso de tecnologias como aliadas para o bom atendimento ao usuário e compartilhamento de informações. Alguns exemplos são a disponibilização de documentos pela internet, ouvidorias virtuais entre outros. Em relação à linguagem o usuário tem o direito de poder compreender aquilo que o poder público lhe informa, devendo ser evitado as siglas, jargões e expressões que não condizem com o que está sendo decidido ou negado pelo usuário. Ir contra essa relação, seria o mesmo que não considerar todos os princípios já elencados (ALEXANDRE; DEUS, 2018).

Por fim o inciso XV do art. 5º ressalta a segurança jurídica, o que pode ser posto em conjunto com o princípio da legalidade nesse sentido o julgado assim ementado:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LICITAÇÃO. CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. EXPLORAÇÃO ECONÔMICA DAS ATIVIDADES INERENTES AOS CEMITÉRIOS. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA. CAPITAL SOCIAL MÍNIMO ESCRITURADO. ART. 55 VI E XIII DA LEI N. 8.666/93. SANEAMENTO POSTERIOR. NULIDADE DO CONTRATO NÃO DECRETADA. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO.(BRASIL, 2011a).

Nesse julgado ressalta-se a importância do conjunto de princípios para embasar as decisões, e que a segurança jurídica e o Princípio da Legalidade podem sim, serem aliados do interesse público, pois quando existirem princípios da Administração Pública que estão em conflito, à decisão deve ser pautada na razoabilidade (BRASIL, 2011a).

Outro postulado constitucional trazido pela lei diz respeito ao previsto no artigo 5º, inciso XXXIV, “a” da CF, refere-se ao direito de petição ao Poder Público em defesa dos direitos do usuário, contra os abusos e ilegalidades, uma forma de manifestação dos usuários dos serviços (ALEXANDRE; DEUS, 2018).

Em conformidade, a lei também traz outros dispositivos que garantem os direitos do usuário do serviço público, os quais se relacionam com outras normas, a saber: a Lei nº 8.987/95, que regula as concessões e permissões de serviços públicos, a Lei nº 11.445/2007, que dispõe sobre o saneamento básico, e a Lei nº 12.587/2012, que institui a Política Nacional de Mobilidade Urbana (CARVALHO FILHO, 2018).

Nesse íterim, a Lei 13.460/2017 tem por objetivo a efetiva participação e fiscalização pelos usuários em relação aos serviços prestados (depois que as escolhas já foram feitas), sendo que os conflitos serão pautados pelos princípios constitucionais e leis específicas. A competência para a execução dos serviços públicos está prevista nos artigos 21, 23, 25 §§ 1º e 2º, e 30 da CF/88 (MARINELA, 2018).

Outrossim, para que os dispositivos constitucionais e a lei, em especial, sejam aplicados, é necessário que os órgãos administrativos ofereçam aos seus usuários serviços de qualidade, com observância ao acesso, a transparência e buscando sempre o seu aprimoramento (CARVALHO FILHO, 2018).

A partir da demonstração dos fundamentos constitucionais de proteção do usuário do serviço público relacionados com a Lei 13.460/17, pretende-se, na próxima seção aprofundar a abordagem sobre os aspectos relativos à participação do usuário

do serviço público e seus mecanismos, bem como os seus direitos e deveres nela positivados.

3.2 OS MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO, PROTEÇÃO E DEFESA DOS DIREITOS DO USUÁRIO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NA LEI 13.460/2017

O usuário do serviço público deseja obter a prestação desse serviço de forma adequada e eficiente. Assim, a Lei 13.460/2017 tem como intuito reforçar essa proteção já investida pelo CDC e pelos princípios constitucionais, conforme artigo 175 da CF, pelo qual se estabelece que a lei disciplinará os direitos do usuário do serviço público (ARAÚJO, 2018).

O Código de Defesa do Consumidor descreve em seu artigo 6º os direitos do administrado/consumidor independente das leis específicas quanto aos serviços públicos, como a saúde, educação, informação adequada entre outros. Tudo isso se reforça com a Lei 13.460/2017, em específico quanto aos usuários dos serviços públicos (ARAÚJO, 2018). Logo, entende-se que as duas normas podem ser usadas como mecanismo para proteção e defesa dos usuários, pois este também se torna consumidor daqueles serviços.

Por mais óbvio que pareça ser a cobrança quanto à qualidade dos serviços prestados para com o usuário, é de extrema importância relacionar a compatibilidade formal com o objeto material, interconectando-se o interesse público, o objeto, a finalidade e a relação jurídica correspondente (ARAÚJO, 2018).

Já que o artigo 5º da lei 13.460/2017 descreve sobre o direito e serviço adequado, o artigo 6º da mesma lei descreve os direitos básicos dos usuários. Tais artigos e seus incisos são de suma importância para o presente trabalho. Sendo assim, inicialmente destaca-se o inciso I do artigo 6º, o qual se refere ao serviço que está sendo prestado e posterior *feedback* após a sua realização. A crítica quanto à prestação do serviço pode ser feita através de conselhos de usuários, compostos por representantes escolhidos (ALEXANDRE; DEUS, 2018).

O inciso II do mesmo artigo, por seu turno, dispõe sobre a liberdade do usuário ao escolher esse ou aquele serviço, deixando claro que essa liberdade é do usuário e não do prestador, pois este não pode separar os serviços de acordo com o tipo de usuário, pois a lei veda a discriminação.

Já o inciso III, do aludido artigo, por sua vez, dispõe sobre um princípio constitucional positivado no inciso X, do art. 5º da CF/88, pelo qual o usuário deve ter acesso

às informações sobre sua pessoa. Não se pode olvidar que a Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) é uma aliada nesta temática, pois visa garantir o seu cumprimento, bem como a referência à Constituição adverte que sua não observância pode configurar violação à intimidade, honra entre outros direitos fundamentais (ALEXANDRE; DEUS, 2018).

Destarte, o inciso IV do art. 6º também reforça a proteção das informações conforme a Lei 12.527/2011 - LAI, especificadamente no seu art. 31¹⁵. Tais regras aplicam-se à todos àqueles que prestam os serviços públicos. O inciso V, do art. 6º da Lei 13.460/2017, já demonstra o outro lado do armazenamento dos dados dos usuários, em que através desses dados é possível a expedição de atestados, certidões e documentos. Esse inciso visa coibir a emissão desnecessária desses documentos, e também se relaciona com o artigo 5º, inciso XV da mesma lei, que veda exigência de nova prova sobre fato já comprovado em documentação válida apresentada (BRASIL, 2017b).

Sob o mesmo enfoque o último inciso do artigo 6º, se refere às informações prestadas na internet em relação aos serviços, como horário de funcionamento, localização, processos administrativos, indicação de setor para atendimento entre outros (ALEXANDRE; DEUS, 2018).

Nesta senda, o artigo 8º da norma em comento também se faz de suma importância, pois para além dos descritos direitos dos usuários, há que se destacar que ele também elenca deveres, quais sejam:

- I - utilizar adequadamente os serviços, procedendo com urbanidade e boa-fé;
- II - prestar as informações pertinentes ao serviço prestado quando solicitadas;
- III - colaborar para a adequada prestação do serviço;
- IV - preservar as condições dos bens públicos por meio dos quais lhe são prestados os serviços de que trata esta Lei. (BRASIL, 2017b).

Nota-se que os incisos do artigo 8º reforçam a necessidade de prestação do serviço adequado bem como vedam abusos ao usuário. Recapitula a boa-fé presumida do usuário (artigo 5º, inciso II), a prestação de informações adequadas que agora não são apenas por parte do prestador e sim do usuário, pois a colaboração de ambas as partes é o que garante o bom atendimento e eficiência no serviço e, por fim, a

¹⁵ “Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.” (BRASIL, 2011b).

continuidade do serviço público, que também advém da conservação dos bens públicos (ALEXANDRE; DEUS, 2018).

A participação do usuário, com a advinda da Lei 13.460/2017, torna-se mais evidente, pois veja, a lei prevê uma Carta de Serviços ao Usuário que objetiva a informação, transparência, pois descreve o serviço que irá ser prestado ao usuário e ainda oportuniza a possibilidade de manifestar-se sobre tal, sentir-se parte do serviço e posteriormente contribuir para sua efetivação e melhoria (NOHARA, 2018).

Além disso, a lei reforça o papel das ouvidorias, propõem relatórios de gestão, conselhos de usuários incluindo ranking das entidades com maiores reclamações (NOHARA, 2018). Denota-se que a lei esforça-se para que o usuário participe e crie políticas públicas voltadas ao incentivo do aperfeiçoamento do serviço, fomentando-se um verdadeiro ambiente participativo e democrático na realização do serviço público.

Nesse sentido, com a edição do Decreto nº 9.094/2017, que reafirma a proteção aos usuários, contribui-se para a simplificação no atendimento no que diz respeito ao reconhecimento de firma e autenticação de documentos produzidos no país, bem como se regulamentou a forma de elaboração da Carta de Serviços ao Usuário, prevendo-se que o Poder Executivo Federal também deverá utilizar-se da pesquisa de satisfação dos usuários dos seus serviços (NOHARA, 2018).

Com efeito, o artigo 10º da Lei 13.460/2017, exige identificação para manifestação diante da Administração Pública, isto, pois, a manifestação é pessoal, e prevista na CF/88 no artigo 5º, inciso XXXIV, sendo que esta deve ser mantida em sigilo de acordo com a Lei 12.527, cabendo a Administração Pública a apuração dessas manifestações, por mais que seja anônima. A manifestação pode ser feita a partir de formulários que são disponibilizados aos usuários (ALMEIDA, 2019).

Essa manifestação é dirigida para a ouvidoria, caso não exista, pode ser dirigida diretamente ao órgão responsável sobre a prestação do serviço, o interessante desse artigo é evidenciar a preocupação com a prestação do serviço ao usuário, pois a lei visa a sua satisfação. Então, se não houver apuração quanto às irregularidades a lei não tem eficácia. Dessa forma, a manifestação invoca o princípio do processo administrativo (celeridade e eficiência), pode ser feita de modo idôneo, mesmo que informal, por meio eletrônico, verbal, correspondência entre outros (ALMEIDA, 2019).

Por conseguinte, todas as medidas tomadas até então visam à inserção do usuário na fiscalização, cumprimento e conhecimento de seus dispositivos para que

assim crie também políticas capazes de aperfeiçoar o que já se tem na prática. Com efeito, Juarez de Freitas explica que, nas escolhas das políticas públicas, o Estado Constitucional escolhe prioridades vinculantes e, ao decidir-se, é necessário que as escolhas estejam de acordo com o direito fundamental à boa administração pública (FREITAS, 2014).

Por outro lado, a participação e fiscalização não devem partir apenas do cidadão/usuário, mas também dos órgãos e entidades públicas como dispõe no Art. 23 da Lei 13.460/2017, que dispõe sobre a avaliação continuada dos Serviços Públicos:

Art. 23. Os órgãos e entidades públicos abrangidos por esta Lei deverão avaliar os serviços prestados, nos seguintes aspectos: I – satisfação do usuário com o serviço prestado; II – qualidade do atendimento prestado ao usuário; III – cumprimento dos compromissos e prazos definidos para a prestação dos serviços; IV – quantidade de manifestações dos usuários; e V – medidas adotadas pela administração pública para melhoria e aperfeiçoamento da prestação do serviço. (BRASIL, 2017b).

Assim, deve ser em razão de que a prestação dos serviços públicos é uma das áreas que devem ter sua eficácia constantemente aprimorada por todos os órgãos/entidades da Administração Pública. Dessa forma, a manifestação feita é uma das formas de impulsionar o órgão regulador para fiscalizar/regular o que está errado e ou equivocado, não deixando à deriva o serviço prestado (ALEXANDRE; DEUS, 2018).

Para garantir essa sistemática, o artigo 11 da Lei 13.460/2017, prevê que não será recusado o recebimento das manifestações, e o artigo 12 da mesma lei expõe a sequência de medidas para resolução das manifestações qual seja:

[...] a) recepção da manifestação no canal de atendimento adequado; b) emissão de comprovante de recebimento da manifestação; c) análise e obtenção de informações, quando necessário; d) decisão administrativa final; e, e) ciência ao usuário. (ALEXANDRE; DEUS, 2018, p. 765).

Outrossim, para que as manifestações sejam efetivas podem ser destacados alguns pontos, como por exemplo: quando do recebimento da manifestação é emitido um comprovante, o canal de atendimento deve ser adequado, e a decisão administrativa deve ser cientificada ao usuário. Sobre as ouvidorias, destaca-se a potencialização da participação do usuário, sua interação para a melhoria e prevenção de problemas e conflitos, o acompanhamento da prestação dos serviços e propositura de conciliações (ALMEIDA, 2019).

Porquanto, as ouvidorias devem prestar relatório de gestão anual contendo o montante de manifestações que recebeu ao longo do ano, explicar as análises e motivos, bem como propor melhorias frente as reclamações. Esse relatório deverá ser encaminhado para a autoridade do órgão responsável, seguindo o prazo estabelecido no artigo 16 da mesma lei (ALMEIDA, 2019).

Em suma, a lei tenta a todo o momento incluir o usuário na relação, seja como detentor de direitos, seja manifestando quanto às irregularidades ou cumprindo seus deveres frente à mesma, estabelecendo diversos mecanismos que dão concretude ao conceito de um direito fundamental à boa administração pública, assim entendida, reitere-se, aquela que:

[...]eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. (FREITAS, 2014, p. 21, sem grifos no original).

Assim, reafirma-se que as políticas públicas não são apenas programas feitos pelo governo, mas sim parte do Estado Constitucional, implementados especialmente pela Administração Pública em novo sentido à discricionariedade administrativa, privilegiando-se, cada vez com maior intensidade, a participação dos indivíduos que são os seus destinatários. (FREITAS, 2014).

CONCLUSÃO

Conforme inicialmente aludido, a prestação do serviço público no Brasil se resente de eficácia, comprometendo a efetiva implementação de muitas políticas públicas, em especial as mais essenciais aos indivíduos, que dependem da boa prestação desses serviços. Assim, a inquietação quanto à eficácia dos serviços públicos deve se fazer presente no cotidiano, sobretudo em relação às políticas públicas mais fundamentais como a educação, a saúde, o transporte e a segurança pública, sempre carecendo de melhorias e investimentos, na busca pelo atingimento dos, tão caros, fundamentos e objetivos fundamentais republicanos, em especial a dignidade humana.

Nesse norte, a temática da presente abordagem correspondeu ao entorno da Lei 13.460/2017, no que diz respeito a participação e defesa dos usuários dos serviços públicos prestados pela Administração Pública, tendo como pano de fundo o direito fundamental à boa administração, aliada à investigação sobre a possibilidade de não exclusão do Código de Defesa do Consumidor nesse contexto.

Nos capítulos do presente trabalho foram contextualizadas as possibilidades e inovações trazidas pela Lei 13.460/2017, no que se refere inicialmente à boa administração pública nos serviços públicos. A Administração Pública na relação de dependência em que demonstra o seu perfil e a aplicabilidade dos direitos fundamentais no que tange os serviços públicos.

Destacaram-se algumas previsões constitucionais nessa relação, pois o intuito é o mesmo, proteger os interesses e garantir os direitos. Assim, contextualizou-se a caracterização do serviço público, ressaltando o interesse da coletividade e zelo pelo serviço prestado, fazendo recortes jurisprudenciais quanto aos serviços.

Verificou-se, que embora prevaleça na jurisprudência, que o Código de Defesa do Consumidor não se aplique ao serviço público prestado pela Administração Direta, mas apenas aos serviços concedidos aos particulares.

Dessa norma não são excluídas as relações entre usuário do serviço público e Administração Pública, com a edição da Lei 13.460/2017, e sim se torna complemento para a efetivação dos direitos e proteção do usuário do serviço público, pois os princípios aplicáveis tanto aos serviços públicos quanto ao CDC são de suma importância

para a eficácia da prestação e a busca pela concretude à previsão constitucional do Art. 37, § 3º da CF.

Quanto às hipóteses apresentadas, pode-se inferir que elas se confirmaram visto que a concretização do direito fundamental à boa administração pública, apesar de implicitamente previsto na ordem jurídica, depende de instrumentos jurídico-normativos que efetivamente empoderem a participação dos usuários dos serviços públicos.

Justamente nesse viés que a Lei 13.460/2017 traz questões específicas e abertas ao usuário, de forma com que ele possa interagir com os mecanismos estabelecidos, o que pode ser considerado um avanço de grande valia para a valorização do papel do usuário frente aos serviços prestados pela Administração Pública.

Dessa forma, confirmando-se outra hipótese da abordagem proposta, por ora, não seria desarrazoado inferir que os mecanismos de participação e defesa dos direitos dos usuários do serviço público, previstos na Lei 13.460/2017, podem sim se constituir em meios eficientes para o empoderamento do usuário na busca pela concreção do direito fundamental à boa administração pública.

A aludida norma, de fato estabeleceu mecanismos capazes de ampliar a participação dos usuários na Administração Pública, mas precisa de efetiva comunicabilidade dos direitos e deveres nela previstos, para que possa produzir efeitos práticos, confirmando-se assim mais uma das hipóteses propostas para a pesquisa. Bem por isso o presente tema, deve ser objeto de estudo com o passar do tempo, pois a referida lei é nova e sua aplicabilidade, ainda é incipiente, pois necessita de ajustes e esclarecimentos aos seus destinatários.

Portanto, há que se atentar que a pesquisa não se encontra esgotada podendo ser objeto de futuros estudos, em especial quanto à eficácia e utilização da Lei 13.460/2017, os quais podem partir da singela tentativa de contribuição teórica a que se propôs por meio dessa abordagem, que ora se encerra.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. **Direito Administrativo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. **Direito do Consumidor Esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ALVES, Felipe Dalenogare; FRIEDRICH, Denise Bittencourt. O necessário empoderamento do cidadão à efetivação das políticas públicas no Brasil: a contribuição do capital social à efetiva participação nos instrumentos democrático-participativo-deliberativos. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 725-753, abr. 2017. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/26840http%3A>>. Acesso em: 22 maio 2019.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 3. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. **Constituição Federal**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2019.

_____. **Lei nº 7.783 de 28 de Junho de 1989**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 jun. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7783.htm>. Acesso em: 12 jun. 2019.

_____. **Lei nº 8.078 de 11 de Setembro de 1990**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 21 maio 2019.

_____. **Lei nº 8.987 de 13 de Fevereiro de 1995**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 fev. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm>. Acesso em: 02 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 Distrito Federal**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 29 de abril de 2004. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 21.555 Rio Grande do Norte**. Relator: Ministro Jose

Delgado. Julgado em 20 de junho de 2006. Disponível em: <<https://bit.ly/2Rx8qPN>>. Acesso em: 14 maio 2019.

_____. **Lei nº 11.445 de 05 de Janeiro de 2007**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm>. Acesso em: 20 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Recurso Extraordinário nº 482.611 Santa Catarina**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 23 de março de 2010a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE482611CM.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Recurso Especial nº 1.192.168 Rio Grande do Sul**. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Julgado em 05 de agosto de 2010b. Disponível em: <<https://bit.ly/2WYT2S7>>. Acesso em: 14 maio. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **Recurso Especial nº 950.489 Distrito Federal**. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 03 de fevereiro de 2011a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1032685&num_registro=200701080846&data=20110223&formato=PDF>. Acesso em: 04 jun. 2019.

_____. **Lei nº 12.527 de 18 de Novembro de 2011**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 nov. 2011b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 20 jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.613.841 Mato Grosso do Sul**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em 04 de abril de 2017a. Disponível em: <<https://bit.ly/2WTZhGS>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

_____. **Lei nº 13.460 de 26 de junho de 2017**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27jun. 2017b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13460.htm>. Acesso em: 21 maio 2019.

_____. **Decreto nº 9.094 de 17 de julho de 2017**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 jul. 2017c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9094.htm>. Acesso em: 20 jun. 2019.

CARVALHO, Valter Alves. **O direito à boa administração pública: uma análise no contexto de direito de cidadania do Brasil**. 2013. 120f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2013. Disponível em: <http://ppgdc.sites.uff.br/wp-content/uploads/sites/34/2017/06/DIS-SERTA%C3%87%C3%83O_-_Valter_Alves_Carvalho.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

COUTO, Reinaldo. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed.rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. **Direito administrativo**. 32. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A Administração Pública consensual: novo paradigma de participação dos cidadãos na formação das decisões estatais. **Revista Digital de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 69-90, 31 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/131126/130583>>. Acesso em: 08 maio 2019.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Paym, 2008.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: PC Editorial Ltda, 2014.

_____. As Políticas Públicas e o Direito Fundamental à boa Administração. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Ceará, v. 35.1, p. 195-217, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/2079>>. Acesso em: 11 jun. 2019.

GIACOMUZZI, Guilherme José. **A moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública**. São Paulo: Paym, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 11. ed. rev. atual e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KNOPLOCK, Gustavo Mello. **Manual de Direito Administrativo**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MASSO, Fabiano Del. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Elsevier, 2011.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Direito Administrativo Moderno**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41.ed. São Paulo: PC Editorial, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Paulus, 2014.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 7. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

_____. **Direito Administrativo**. 8. ed. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Curso de Direito do Consumidor**. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

OLIVEIRA, Lairton Ribeiro de. A proteção do Consumidor perante a Administração Pública: adequação, eficiência e continuidade dos serviços públicos no contexto do direito fundamental à boa administração pública. In: DIEHL, Bianca Tams; COSTA, Marli Marlene Moraes da; HERMANY, Ricardo (orgs.). **Educação para o Consumo**. 3. ed. atual. Curitiba: Multideia, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70059505479**. Relator: Eduardo Delgado, Julgado em 14 de agosto de 2014. Disponível em: <<https://bit.ly/2RxEYJE>>. Acesso em: 14 maio 2019.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70079966511**. Relator: Eduardo Kraemer, Julgado em 08 de maio de 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/2x8b4IR>>. Acesso em: 03 maio 2019.

ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito Administrativo**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, Almiro do Couto e. Os indivíduos e o Estado na Realização de Tarefas Públicas. In: NETO, Floriano de Azevedo Marques *et al.* **Direito e Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 2013.

SPITZCOVSKY, Celso. **Direito Administrativo Esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**. 9. ed. ref.rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia**. [S. l.]: Jornal Oficial das Comunidades Europeias, 2000. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2019.