



**CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DOS
USUÁRIOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:
CONTRIBUTOS DA LEI 13.460/2017 (CÓDIGO DE DEFESA DO USUÁRIO DE
SERVIÇOS PÚBLICOS)**

**CONSIDERATIONS ON PUBLIC SERVICE USERS 'RIGHTS AND GUARANTEES
AND ADMINISTRATIVE CONTRACTS: CONTRIBUTIONS TO LAW 13.460 / 2017
(PUBLIC SERVICE USER DEFENSE CODE)**

Fábio Santos ¹

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo identificar a tutela de direitos do usuário de serviços públicos e contratos administrativos, além dos contributos da Lei 13.460/ 2017 (Código de defesa do usuário de serviços públicos). Procura-se, inicialmente, apresentar breves considerações sobre serviço público e a administração pública; bem como delineamentos pertinentes acerca dos contratos administrativos. Para, posteriormente, descrever apontamentos sobre o usuário de serviços públicos e de contratos administrativos como consumidor, principalmente a partir das contribuições da nova lei, que, mesmo ainda não estando em vigência, já apresenta novos paradigmas para o conhecimento jurídico. Não se pretende exaurir o tema, até em razão de serem muitas as matérias que o envolvem, e ainda não estar em vigor a nova lei, contudo, dentro do possível, realiza-se uma apresentação geral sobre os desdobramentos da tutela de direitos do usuário de serviços públicos e contratos administrativos. O levantamento bibliográfico consistiu em pesquisa na literatura disponível, buscando uma análise qualitativa do tema proposto.

Palavras-chave: Serviços Públicos; Contratos administrativos; Usuário de serviços públicos; Lei 13.640/2017.

ABSTRACT: This study aims to identify the protection of public service user rights and administrative contracts, in addition to the contributions of Law 13,460 / 2017 (Public Service User Defense Code). Initially, it seeks to present brief considerations on public service and public administration; as well as relevant designs on administrative contracts. To, later, describe notes on the user of public services and administrative contracts as a consumer, mainly from the contributions of the new law, which even not yet in force, already presents new paradigms for legal knowledge. The subject is not intended to be exhausted, because there are so many matters that surround it, and the new law is not yet in force. public services and administrative contracts. The bibliographic survey consisted of research in the available literature seeking a qualitative analysis of the proposed theme.

Keywords: Utilities; Administrative contracts; Utility user; Law 13.640 / 2017.

¹ Doutorando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestrado e Doutorado pela Universidade Salvador (UNIFACS) e Bolsista CAPES. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC), Especialista em Direito Público e em Docência do Ensino Superior. Membro do Grupo de Pesquisa em Análise Econômica do Direito (UFBA), Educação e Desenvolvimento e em Cidades, Urbanismo e Urbanidades. Pesquisador do Instituto Geográfico e Histórico da Bahia. Líder do Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos, Violência e Minorias Invisíveis (UNIRUY). Professor (Cursos de Graduação e Pós-Graduação) de Direito, Metodologia Científica e Pesquisa Jurídica (Centro Universitário Ruy Barbosa – UNIRUY Wyden Educacional; Faculdade Nobre de Feira de Santana - FAN, Unidade de Ensino Superior de Feira de Santana – UNEF, Universidade Católica do Salvador – UCSAL, Faculdade de Tecnologia e Ciências – FTC).

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE SERVIÇO PÚBLICO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 3 DELINEAMENTOS PERTINENTES ACERCA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS 3.1 CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS 3.2 DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES 4 APONTAMENTOS SOBRE O USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS COMO CONSUMIDOR 4.1 A DEFINIÇÃO JURÍDICA DO CONSUMIDOR 4.2 A PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO COMO DESTINATÁRIA FINAL 5 A LEI 13.460/2017 (CÓDIGO DE DEFESA DO USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS) 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública possui um conjunto de órgãos e entes, que exercem uma série de atos administrativos, celebram contratos e prestam serviços públicos, vinculados ou discricionários, os quais visam à satisfação das necessidades públicas em face do privado. Ela se apresenta de duas formas, direta e indiretamente, por meio de órgãos e entidades que representam a vontade do Estado-Administrador, buscando resguardar a segurança da constituição e a ordem pública.

A pessoa Estatal é regida pelos princípios constitucionais previstos no artigo 37 da Constituição Federal, quais sejam: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência. Ademais, o Estado é dotado de poderes administrativos que visam zelar pelo melhor para com os seus administrados. Assim, registra-se como seu símbolo inicial, a Revolução Francesa, que trouxe ideais sociais e liberais, aboliu com os ideais absolutistas até então presentes no ordenamento, desenvolvendo-se as características do Estado Democrático de Direito, o qual, a lei emana do povo.

Mediante disposição constitucional, pode-se observar que o Poder Público possui a titularidade dos serviços públicos, dispondo que tais serviços podem ser prestados de forma direta ou indireta. A ação do estado pode se dar, neste caso, pelos serviços públicos e os contratos administrativos. Os serviços públicos podem estar relacionados à prestação direta, e a prestação indireta dos serviços, referindo-se a delegação destes serviços por meio de contratos de concessão ou permissão.

No contexto da tutela de garantias de direitos dos usuários de serviços públicos é que se sustenta o presente ensaio, buscando responder, como principal questão norteadora, em que medida se configuram, no ordenamento jurídico pátrio, os direitos do usuário de serviços públicos e contratos administrativos, principalmente, a partir da Lei 13.460/ 2017, reconhecida como o Código de defesa do usuário de serviços públicos.

Assim, busca-se identificar a tutela de direitos do usuário de serviços públicos e contratos administrativos, além das contribuições da Lei 13.460/ 2017 (Código de defesa do usuário de serviços públicos). Nesta linha, dando prosseguimento ao presente trabalho, são apresentadas breves considerações sobre serviço público e a administração pública, bem como delineamentos pertinentes acerca dos contratos administrativos. Para, posteriormente, tecer considerações sobre o usuário de serviços públicos e de contratos administrativos como consumidor, principalmente a partir dos contributos da nova lei, que, mesmo ainda não em vigência, já apresenta novos paradigmas para o conhecimento jurídico.

O tema em tela é de extrema relevância tanto no âmbito jurídico, quanto no acadêmico e social, visto que têm tido grande impacto nos tempos atuais, as discussões acerca da justiça, democracia, cidadania, participação social e serviços públicos.

O método utilizado foi uma revisão de literatura de vários posicionamentos doutrinários, acompanhado de pesquisa bibliográfica, com diversos trabalhos na área da pesquisa, tanto numa relação direta, como indireta, por meio de uma análise qualitativa. Do mesmo modo, a pesquisa foi desenvolvida através da análise de leis do ordenamento jurídico brasileiro, em especial Lei 13.460/ 2017, que dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE SERVIÇO PÚBLICO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Cumprindo, inicialmente, tecer reflexões sobre o conceito de serviço público e as noções da administração pública brasileira para uma melhor compreensão sobre os contratos administrativos, bem como identificar as orientações para a defesa do usuário de serviços públicos.

Dentre os desafios da contemporaneidade, os chamados tempos pós-modernos são um desafio para o direito. Tempos de ceticismo quanto à capacidade da Ciência do Direito de dar respostas adequadas e gerais aos problemas que perturbam a sociedade atual e se modificam com uma velocidade assustadora. Tempos de valorização dos serviços, do lazer, do abstrato e do transitório que acabam por decretar a insuficiência do modelo contratual tradicional do direito civil, que acabam por forçar a evolução dos princípios e novas formas de se produzir o direito.

Pode-se inferir, na atualidade, a importância da tutela de direitos do usuário de serviços públicos e de contratos administrativos, principalmente com o advento da Lei 13.460/ 2017, que representa um Código de defesa do usuário de serviços públicos.

De acordo com a literatura de Hely Lopes Meirelles (1993), “serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas de controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado”. Nesse sentido, a Constituição Federal Brasileira de 1988 – CF/88, em seu art. 175, estatui o seguinte regramento:

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

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

(BRASIL, 1988)

Assim, pode-se observar que o Poder Público possui a titularidade dos serviços públicos, dispondo que tais serviços podem ser prestados de forma direta ou indireta. A ação do estado pode se dar pelos serviços públicos e os contratos administrativos. Os serviços públicos podem estar relacionados à prestação direta e à prestação indireta dos serviços, referido-se à delegação destes serviços por meio de contratos de concessão ou permissão.

A Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014), buscando um conceito mais restrito, ou até mesmo, menos abrangente que Meirelles (1993), define serviço público como “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob o regime total ou parcialmente público”.

Além da conceituação de serviço público, é preciso compreender a Administração Pública, que se define por um conjunto de meios institucionais, materiais, financeiros e humanos preordenados à execução das decisões políticas. Nas palavras do professor Hely Lopes Meirelles (1993), podemos conceituar Administração Pública como “todo o aparelhamento do Estado, preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas”.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, ocorreu uma profunda modificação axiológica no direito pátrio brasileiro, uma vez que os direitos fundamentais, assim como os

da democracia, ganharam maior visibilidade, tornando-se elementos estruturantes do Estado, ao passo que houve maior interesse público, buscando garantias aos direitos fundamentais de seus administrados. De tal modo que as novas legitimidades, trazidas pela Lei Maior, fomentaram uma releitura da Administração Pública até então existente. Assim, pode-se dizer que a Administração Pública é a parte do Estado que cuida dos interesses públicos e da satisfação concreta e imediata das necessidades básicas da coletividade. (CUNHA JÚNIOR, 2015)

José Afonso da Silva (2014) afirma que a Administração Pública encontra suas bases definidas e desenvolvidas, nos arts. 37 a 43, da CRFB, onde, segundo ele, localizam-se dispostos os seus princípios reguladores, bem como o regime dos representantes administrativo civil e militar.

Por meio de seu art. 37, a Constituição apresenta a Administração Pública em dois sentidos: o primeiro, como um conjunto orgânico integrante da Administração direta e indireta formada por um conjunto de entidades jurídicas, órgãos públicos e agentes públicos, compondo, assim, a estrutura da administração dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios. O segundo sentido, é o funcional, submetido aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. Ou seja, é todo o conjunto de funções e atividades públicas, que possuem característica pura de função administrativa, que visa realizar concreta, direta e imediatamente os fins constitucionais atribuídos ao Estado.

A Administração Pública direta corresponde às atividades administrativas executadas diretamente pela pessoa estatal, ou seja, é o Estado diretamente realizando a atividade administrativa, por meio de seus órgãos públicos. Esses órgãos públicos encontram-se diretamente subordinados ao Poder Executivo de uma das esferas governamentais (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

A Administração direta da União se manifesta pelos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios. Fazendo um paralelo à norma supracitada, a doutrina considera que a Administração direta dos Estados abrange os serviços integrados na estrutura administrativa do Governo Estadual e das Secretarias; respectivamente, ao se falar de Administração direta dos Municípios, temos os serviços integrados à estrutura administrativa da Prefeitura Municipal e das Secretarias correspondentes.

De outro lado, a Administração Pública indireta é composta por entidades criadas e dotadas de personalidade jurídica, legalmente outorgada para exercer determinada atividade

administrativa. Nas palavras de Cunha Júnior, pessoas jurídicas, algumas de direito público, outras de direito privados, com personalidade jurídica própria para exercerem parcela da competência administrativa do ente político que a criou e com a qual não se confunde. (CUNHA JÚNIOR, 2015)

Em outras palavras, a Administração indireta é a prestação de serviço ou exploração de atividades econômicas, vinculada aos Poderes Executivos, realizada por *longa manus* do Estado, por ele criado e por ele autorizado. As entidades estatais que integram a Administração Pública indireta são: as Autarquias, as Fundações, as Empresas públicas, e as Sociedades de economia mista. (CUNHA JÚNIOR, 2015)

Importantes contribuições para a compreensão entre Administração Pública, Direito e Poder são os ensinamentos de Alf Rossi (2003) em sua obra “Direito e Justiça”. Segundo ele, o direito e o poder não são vistos como opostos. Considerando o poder social como a possibilidade de dirigir as ações de outros seres humanos, o direito é visto como instrumento de poder, sendo uma relação de poder aquela entre os que decidem o que será direito e os que estão submetidos a esse direito. O poder, então, é algo que funciona por meio do direito. (ROSSI, 2003)

Busca-se um serviço público que efetivamente garanta os interesses públicos numa política jurídica democrática e acessível. Reconhecendo o poder político como o poder exercido mediante a técnica do direito ou mediante o aparato do Estado, que é um aparato para o exercício da força. Mas a função deste aparato está condicionada por fatores ideológicos, a consciência jurídica formal. Deste modo, todo poder político é competência jurídica. (ROSSI, 2003)

Assim, torna-se imperioso descrever os delineamentos acerca dos contratos administrativos, com vistas a um pleno serviço público diante de um aparato estatal e num panorama de uma política jurídica que aplica o conhecimento sociológico-jurídico capaz de influenciar normas e condutas.

3 DELINEAMENTOS PERTINENTES ACERCA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O negócio jurídico é proveniente de manifestações volitivas com o escopo de gerar efeitos jurídicos. Nessa perspectiva, os contratos surgem como uma de suas espécies, vindo regulamentar os interesses das partes envolvidas, as vontades são contrapostas surgindo uma

verdadeira norma jurídica individual, a qual resultará na criação, extinção ou mesmo modificação de direitos e obrigações previamente ali dispostos.

Notadamente, o que embasa os contratos é a vontade, elemento subjetivo necessário para realizar a avença, tendo por pressupostos a capacidade jurídica dos contraentes, bem como a licitude, possibilidade e determinação do objeto, observando-se a forma prescrita e não defesa em lei.

No Direito administrativo, os contratos têm como peculiaridade inicial o fato de que uma das partes deve necessariamente atuar no exercício da função administrativa. A doutrina convencionou chamar de Contratos da Administração (sentido amplo), todo aquele em que a Administração Pública figurar num dos pólos, tornando-se assim um gênero, do qual são espécies os contratos privados da administração e os contratos administrativos.

Ressalte-se que, embora este seja o posicionamento atualmente dominante, há outras duas correntes que advogam entendimentos diversos conforme observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 263-265). A primeira, capitaneada por Celso Antônio Bandeira de Mello, aduz que não é correto falar-se em contratos administrativos, pois não se faz presente a autonomia da vontade, ante a estrita observância à legalidade. Ademais, o princípio da força obrigatória dos contratos também não se verifica, diante da possibilidade de alteração unilateral por uma das partes e, ainda, resta inobservada a isonomia que deve existir entre aqueles realizaram o pacto.

Portanto, o que se tem são atos unilaterais praticados pela Administração Pública referentes às cláusulas regulamentares e contratos de Direito Privado no que pertine ao equilíbrio econômico-financeiro, ou seja, haveria um ato principal e outro acessório para realização do pacto. Não há como se sustentar, posto que a constituição dos vínculos tem por base o acordo de vontades, o que resta impossibilitado com as cláusulas regulamentares instituídas por ato unilateral, vez que, até para que elas surtam efeito, o particular deve se manifestar nesse sentido. A outra corrente defende que todos os contratos celebrados pela Administração são contratos administrativos, considerando que sempre existirá observância aos preceitos oriundos do regime jurídico administrativo.

Expostas as três correntes doutrinárias, optar-se-á, neste ensaio, por aquela que subdivide os contratos celebrados pela Administração, aceitando os contratos administrativos em sentido estrito e os contratos privados como espécies. Veja-se conceituação de Marçal Justen Filho:

Prefere-se definir o contrato administrativo, em sentido amplo, como o acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direito e

obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa (JUSTEN FILHO, 2013, p.470)

Tendo por conceituado os contratos celebrados pela administração, incumbe trazer o posicionamento de José dos Santos Carvalho Filho, acerca da primeira espécie aqui relatada, qual seja, os contratos de direito privado celebrados pela administração:

É evidente que, quando a Administração firma contratos regulados pelo direito privado, situa-se no mesmo plano jurídico da outra parte, não lhe sendo atribuída, como regra, qualquer vantagem especial que refuja às linhas do sistema contratual comum. Na verdade, considera-se que, nesse caso, a administração age no seu *ius gestionis*, com que sua situação jurídica muito se aproxima a do particular. (CARVALHO FILHO, 2014, p.174)

Os contratos de Direito Privado da Administração são assim regidos pelas disposições contidas no Código Civilista, com algumas derrogações concernentes às normas de Direito Público, como exemplos podem ser citados os contratos de locação, permuta. Em termos claros, tais contratos sujeitam-se às formalidades inerentes aos contratos administrativos, mas não gozam das prerrogativas destes. DI PIETRO (2014, p. 269) clarifica o tema com exemplo referente às cláusulas exorbitantes, uma vez que estas estão implícitas nos contratos administrativos, conferindo assim uma prerrogativa, ao passo que, nos contratos privados celebrados pela administração, para que haja observância a tais cláusulas, mister se faz a sua previsão no instrumento contratual, nota-se a horizontalidade, ausência de supremacia.

De outro giro, os contratos administrativos, também conhecidos como contratos administrativos em sentido estrito, são essencialmente regidos pelas normas de Direito Público, com flagrante desigualdade entre as partes envolvidas, definidos com o grau de precisão que é peculiar de Celso Antônio Bandeira de Mello:

(...) é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado (MELLO, 2013, p. 633-634)

No mesmo sentido, Diógenes Gasparini:

(...) o contrato administrativo pode ser conceituado como o ato plurilateral ajustado pela Administração Pública ou por quem lhe faça as vezes com certo particular, cuja vigência e condições de execução a cargo do particular podem ser instabilizadas pela Administração Pública, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante particular(...)(GASPARINI, 2014, p. 775)

Fernanda Marinela, em escritos temporalmente atuais, também apresenta conceito que clarifica a visualização do que efetivamente seja o contrato administrativo:

Pode-se conceituar "contrato administrativo" como a convenção estabelecida entre duas ou mais pessoas para constituir, regular ou extinguir, entre elas, uma relação jurídica patrimonial, tendo sempre a participação do Poder Público, visando à persecução de um interesse coletivo, sendo regido pelo direito público. É o ajuste que a Administração Pública firma com o particular ou outro ente público, para a consecução de interesse coletivo. O instrumento é regulado pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se a eles, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. (MARINELA, 2010, p. 409)

Não obstante o interesse público deva estar presente em ambas as espécies de contratos celebrados pela Administração, diversamente dos contratos privados, o administrativo é marcado pela verticalidade, há supremacia da parte que exerce função administrativa em detrimento do particular, inerente do regime jurídico que norteia o pacto.

Configura-se num conjunto de prerrogativas que visam proteger uma das partes, ante o interesse da coletividade que está envolvido, conclui-se que a ausência de nivelamento, portanto, é a regra nestes contratos, havendo várias disposições nesse sentido na legislação de regência.

3.1 CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A Constituição Federal dispôs, em seu art. 22, XXVII, que cabe à União Federal legislar acerca de normas que venham a regular as licitações e os contratos administrativos. Desta feita, a Lei 8.666/1993 tem o maior destaque dentre as editadas, tendo por fim regulamentar o art. 37, XXI da própria Carta Magna, dispondo sobre obras, serviços, compras, alienações e locações como objeto de contratação. Ressalte-se que, apesar da especificidade da referida lei, é mister apontar que nela própria há disposição sobre a aplicação supletiva das normas de direito privado no âmbito dos contratos administrativos, consoante art. 54 ali inserto.

Sob este prisma, a doutrina administrativista utiliza-se de classificações do Direito Privado, referente à teoria geral dos contratos, para caracterizar os contratos administrativos. Em princípio, destaca-se o formalismo, o contrato deve observar requisitos especiais para sua regularidade, a necessidade de procedimento licitatório é a exigências mais clara.

Prossegue-se com a comutatividade, uma vez que as obrigações se equivalem e, antes de ser firmado o pacto, já são conhecidas, não havendo que se falar aqui em contratos aleatórios, que envolvam risco. Nessa linha, tem-se a bilateralidade, ou seja, obrigações recíprocas, sinalagmáticas, a obrigação de uma das partes é causa da prestação da outra.

Tais contratos são consensuais, dispensam a tradição do bem para que surjam as obrigações dele decorrentes, basta apenas que haja manifestação volitiva para sua formalização; Matheus Carvalho (2014, p.514) bem observa que o consenso por parte da Administração se dá no momento em que há a celebração do contrato. De outro modo, o do particular é no momento em que se dá, no instante em que se abrem os envelopes contendo a sua documentação.

O caráter personalíssimo dos contratos administrativos também é um importante elemento para sua visualização, vez que será celebrado com aquele que apresentar as melhores condições e, por conseguinte, vencer o procedimento licitatório, sob esta característica Carvalho Filho ressalta a confiança recíproca, advertindo:

(...) porque o contratado é, em tese, o que melhor comprovou condições de contratar com a Administração, fato que, inclusive, levou o legislador a só admitir a subcontratação de obra, serviço ou fornecimento até o limite consentido, em cada caso, pela Administração, isso sem prejuízo de sua responsabilidade legal e contratual (art. 72 do Estatuto) (CARVALHO FILHO, 2014, p. 180)

Podem ser inserida, ainda, como característica, a onerosidade, uma vez que, como regra, deve haver remuneração ao particular pela execução do que foi contratado e, o fato de os contratos administrativos serem de adesão, havendo imposição das cláusulas pela Administração Pública, como bem sustenta DI PIETRO (2014, p. 279-280), há fixação de modo unilateral, ainda que não haja licitação, ante fundamentalmente a indisponibilidade do interesse público, consubstanciado no regime jurídico administrativo.

3.2 DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES

A presença das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos é o que evidencia toda a posição preponderante da Administração Pública que, até agora, aqui se falou, são as prerrogativas que estruturam a relação, incomuns em âmbito privado, também conhecidas como cláusulas de privilégio, são implícitas nos contratos, independem de previsão no instrumento, vez que decorrem de imposição legal, estão elencadas no art. 58 da Lei 8.666/1993, passando aqui a ser apresentadas de forma sumária. De logo, importante trazer o teor do referido artigo:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:
I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;
II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual (BRASIL,1993)

A alteração unilateral é uma das formas de demonstração de superioridade na avença, vindo a ser ferramenta de ajuste do interesse público, observe-se que pode se realizar nos termos do art. 65, I da Lei nº 8.666/1993 em casos de alteração do projeto e especificidades com o intuito de melhoria de qualidade, bem como modificações referentes a valores, sendo que, no segundo ponto, ficará limitado a 25% (vinte e cinco por cento) para acréscimos e diminuições, salvo em casos de contrato de reforma onde o limite aumenta para 50% (cinquenta por cento) em casos de acréscimos.

Frise-se que o particular tem direito à manutenção do objeto do contrato, além do equilíbrio financeiro que inicialmente foi pactuado, levando, assim, a um reajustamento de preços, à medida que se tem modificações unilaterais, a fim de que se mantenha a margem de lucro dantes prevista. Acerca da temática, Celso Antonio Bandeira de Mello adverte:

Isso não significa, entretanto, total e ilimitada liberdade para a Administração modificar o projeto ou suas especificações, pena de burla ao instituto da licitação. Estas modificações só se justificam perante circunstâncias específicas verificáveis em casos concretos, quando eventos supervenientes, fatores invulgares, anômalos, desconcertantes de sua previsão inicial, vêm a tornar inalcançável o bom cumprimento do escopo que o animara, sua razão de ser, seu “sentido”, a menos que, para satisfatório atendimento do interesse público, se lhe promovam alterações. (MELLO, 2013, p. 640)

A conclusão é clara, a alteração deve ocorrer em caso de interesse público superveniente, não se justificaria alterar o contrato se já havia, desde a sua celebração, o entendimento de que as cláusulas ali insertas, no que se refere ao projeto e aos valores, não seriam aptas a regular a sua execução.

Outra cláusula de privilégio conferida à Administração é a Rescisão Unilateral, nela, independentemente de o particular vir a consentir, o contrato poderá ser encerrado desde que se enquadre em algum dos casos previstos no art. 78, I a XII e XVII, e art. 79, I da Lei nº 8.666/1993.

Di Pietro (2014, p. 283) sistematiza as possibilidades de rescisão unilateral do contrato indicando que podem elas se dar em razão de Inadimplemento com culpa do contratado, inadimplemento sem culpa do contratado, razões de interesse público e caso fortuito ou força maior.

A doutrinadora prossegue aduzindo que, nas hipóteses de inadimplemento, não há nada a ser pago ao particular, vez que a rescisão se deu por atos atribuídos a ele, informando, ainda, que, na hipótese de culpa, deve ele ressarcir o prejuízo ocasionado, bem como sofrer as devidas sanções administrativas e perder a garantia que foi ofertada de início, cabendo à Administração assumir o objeto do contrato.

De outro giro, em caso de razões de interesse público, caso fortuito ou força maior, Di Pietro (2014, p. 284) ensina que a Administração tem por dever indenizar o particular em caso de dano efetivamente comprovado, além de realizar a devolução da garantia prestada, o pagamento do que foi executado até o momento da rescisão, além do custo da desmobilização, tudo em respeito ao equilíbrio econômico-financeiro.

A fiscalização da execução do contrato é outra prerrogativa inerente à Administração Pública, com previsão no art. 67 da Lei nº 8.666/1993; dispõe-se que deve haver designação de um agente para realizar o acompanhamento do desenvolvimento do contrato, com a possibilidade de eventual contratação de terceiros para ajudar a quem tal tarefa foi atribuída. Veja-se o teor do dispositivo em comento:

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes. (BRASIL, 1993)

Ponto elementar é a possibilidade de a Administração Pública aplicar penalidades àquele que com ela contratar em caso de descumprimento do que fora acordado, desde que respeitados o contraditório e a ampla defesa, conforme disposto no art. 87 da Lei de Licitações, constando ali que as sanções serão de advertência, multa, suspensão de contratar com o poder público e participar de licitações por até dois anos, além da declaração de idoneidade, que é de competência do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, ressaltando-se que esta última hipótese de penalidade é a mais severa, uma vez que seus efeitos perduram até que seja promovida a reabilitação, ou seja, o ressarcimento dos

prejuízos resultantes de sua conduta, cumprindo dizer, ainda, que o pedido de reabilitação só pode ser requerido após dois anos da aplicação da sanção.

Em última análise está a ocupação temporária de bens, aqui a Administração Pública possui a prerrogativa de ocupar temporariamente os bens do contratado a fim de dar continuidade ao serviço público. CARVALHO (2014, p.527) exemplifica com o caso de greve de funcionários em uma empresa de transporte público, no caso é dado ao ente público ocupar os ônibus da empresa dando prosseguimento às atividades, para que não haja prejuízo à coletividade. Ressalte-se que é em caráter provisório enquanto se resolve acerca de faltas contratuais pelo contratado ou mesmo rescisão de contrato administrativo, conforme se extrai da legislação de regência supracitada.

Assim, da breve apresentação das cláusulas de privilégio conferidas a uma das partes por via legal, fica ainda mais clara a supremacia que, em regra, marca as contratações que aqui se está trabalhando, sendo a apresentação dessas prerrogativas de importância fulcral para que, em momento oportuno, possa se analisar se a presença das mesmas consegue proteger todas as formas de contratação da Administração Pública, de modo a sustentar o interesse público frente às variadas situações fáticas que podem surgir, ou se há margem para proteção por parte de normas jurídicas oriundas de outra fonte, qual seja, o Direito do Consumidor.

4 APONTAMENTOS SOBRE O USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS COMO CONSUMIDOR

A Revolução Industrial ocorrida na Europa proporcionou que houvesse aumento substancial no número de habitantes dos grandes centros urbanos; em decorrência disso, o consumo inevitavelmente aumentou e, logicamente, a oferta teve de acompanhar a demanda, assim a fabricação dos produtos a serem consumidos passou a ser em série, de forma padronizada e uniforme.

Sob essa perspectiva, desenvolveu-se uma sociedade cujo sistema econômico possui como ponto elementar a produção industrial em larga escala para aquisição pelo maior número de indivíduos possível, massificação de produção que acabou por fazer com que fornecedores e consumidores sejam figuras desconhecidas entre si, em razão do objetivo de agilizar a contratação e atender a demanda da economia.

Diante de tal paradigma, valiosas são as contribuições de John Rawls (2000) em sua obra “Justiça e Democracia”. Principalmente, quando aponta que, na teoria da justiça como

equidade, as instituições da estrutura básica são consideradas como justas desde que satisfaçam aos princípios que pessoas morais, livres e iguais, e colocadas numa situação equitativa, adotariam com o objetivo de reger sua estrutura. (RAWS, 2000. p. 20)

Assim, o ideal, no arcabouço de uma teoria da justiça como equidade, seria a efetividade de uma democracia participativa e emancipatória. O que envolveria a plena satisfação dos cidadãos, como consumidores de serviços públicos e contratos administrativos, com a aplicação dos princípios e garantias fundamentais para conferir uma situação equitativa para todos.

O que se observa é a inexistência de um acordo de vontade individualizado, mas, ao revés, um contrato de massa, onde não há discussão de cláusulas, mas somente adesão, onde se verifica as condições ali insertas e decide-se pela aceitação. Ou seja, as partes deixam de negociar as cláusulas contratuais, uma vez que estas são preestabelecidas pelo fornecedor e impostas ao consumidor; sobre esta forma de contratação veja-se passagem do doutrinador Bruno Miragem:

Estas circunstâncias dão origem então ao fenômeno dos *contratos de massa*, ou simplesmente o fenômeno da *massificação dos contratos*, pelo qual a adoção de práticas agressivas de contratação e a sensível restrição da liberdade de contratar de uma das partes (os não profissionais, leigos) assinalam a debilidade destes sujeitos na relação contratual, indicando a necessidade do reconhecimento desta situação pelo direito, de modo a promover a proteção do vulnerável. A *liberdade de contratar* e o princípio da *autonomia da vontade*, que fundamentavam o direito civil clássico, tornam-se insuficientes para assegurar a justiça e o equilíbrio nestas relações contratuais, determinando a necessidade da proteção dos mais fracos na sociedade de consumo de massas. (MIRAGEM, 2014, p. 41)

A proteção ao consumidor através de uma legislação específica tardou a acontecer no Brasil, por muitos anos as relações que envolviam consumidores foi regulada por normas constantes no Código Civil, o que efetivamente causava equívocos, vez que, uma relação que, via de regra, é caracterizada pela desigualdade entre as partes, era regulada por um diploma que não possuía, em suas disposições, a correção jurídica para essa desigualdade, que é apresentada no plano fático, ficando clara a necessidade da autonomia da vontade passar a ser mitigada para proteger a parte mais fraca da relação.

Diante deste cenário, e considerando que o Código Civil é inoperante para regular questões concernentes a esse sistema de produção massificado, foi editada a Lei nº 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor (CDC), modernizando a proteção do consumidor no solo brasileiro, tido como um microsistema jurídico, autônomo, que tem por foco a solução de problemas relacionados às relações consumeristas, tendo por sujeitos

consumidores e fornecedores e, por objeto, produtos ou serviços, conforme disposto logo no primeiro capítulo da referida lei.

Traz-se a baila que o Código de Defesa do Consumidor nasce por determinação contida no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, onde se verifica a imposição ao legislador para que editasse a lei. Em verdade, o que se tem é o legislador dando eficácia à norma constitucional que consagra o direito do consumidor como direito fundamental, qual seja, o art. 5º, XXXI, que dispõe que “o Estado prescreverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.”

O legislador fez questão de informar, no primeiro artigo do CDC, que as normas ali constantes são de ordem pública e interesse social, para que fique evidenciada a proteção específica que será dada à parte vulnerável, com o fim último de igualar uma relação originariamente desigual, afastando a fragilidade que é inerente a uma das partes da cadeia de consumo.

Claro, assim, o grau de imperatividade existente nas disposições do CDC, prevalecendo sobre outros diplomas legislativos e convenções quaisquer que venham a ser realizadas, não havendo, inclusive, que se falar em renúncia aos direitos que são assegurados ao consumidor, por parte deste, ante o ínsito caráter cogente. Logo, acaba por mitigar a autonomia negocial, pois não permite que as partes possam derrogar as normas consumeristas ao seu bel prazer, como preleciona Bruno Miragem:

Para se assegurar os interesses legítimos dos consumidores em matéria contratual, segundo muitos autores, passa a ocorrer o declínio da própria liberdade de contratar, de modo a promover pela incidência de normas cogentes, decorrentes da intervenção do Estado na relação contratual, uma espécie de padrão mínimo em relação a certos contratos onde se identifica a vulnerabilidade de um dos sujeitos contratantes. (MIRAGEM, 2014, p. 235)

Nessa linha, tem-se que a lei aqui trabalhada é uma “lei de função social”, e, na esteira do que ensina BRAGA NETTO (2014, p. 39), não há possibilidade de que o CDC sofra alterações legislativas prejudiciais ao consumidor, ainda que de lei de igual hierarquia, tudo em razão de concretizar a vontade inserta no teor da Constituição Federal, posto que esta determina a criação de um diploma que proteja o consumidor, realizando o conteúdo de um direito fundamental, daí o status diferenciado em relação às outras normas, possui gênese constitucional imediata.

De outro giro, o CDC admite que outras normas jurídicas possam ser utilizadas, pois, embora seja multidisciplinar, não é completo, utilizando-se de dispositivos alheios quando no caso concreto não houver disposição que regulamente, logicamente que em caráter de

complementaridade. Em prosseguimento, por tratar-se de uma norma principiológica, tem por função coordenar as relações de consumo, de modo que, considerando a diversidade de relações que possam existir, e havendo norma específica a ser utilizada que esteja em consonância com o subsistema, a aplicação também será possibilitada. Assim, a defesa do consumidor é o princípio que deve ser seguido pelo Estado e pela sociedade para atingir a finalidade precípua de todo e qualquer ordenamento jurídico, a saber, a existência digna e justiça social.

4.1 A DEFINIÇÃO JURÍDICA DE CONSUMIDOR

A relação jurídica de consumo é uma relação jurídica que estará caracterizada todas as vezes que se verificar a presença de um consumidor e um fornecedor, como sujeitos, onde produtos ou serviços apresentem-se como objetos. Os conceitos são interligados, isoladamente não subsistem, não há como existir apenas um dos elementos subjetivos da relação, ou seja, para que haja o consumidor é necessária a presença do fornecedor, além dos elementos objetivos.

A Constituição Federal determinou que fosse conferida proteção ao consumidor, entretanto, não conceituou quem seria esta figura. A tarefa ficou a cargo do CDC, que, expressamente, apresenta o conceito de consumidor em seu art. 2º, com consequente complementação ao teor dos artigos 17 e 29:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas. (BRASIL, 1990)

Da leitura simples dos dispositivos, apresenta-se inicialmente o consumidor como sendo pessoa natural ou jurídica, que utiliza ou adquire bens ou serviços, desde que não seja em etapa da cadeia de produção, em grau intermediário, ou seja, deve ser destinatário final, expressão que gera dificuldade em sua interpretação, como adiante se verá.

Ademais, também há a figura do consumidor equiparado, que pode ser a coletividade de pessoas, as vítimas de acidente de consumo e aqueles expostos às práticas comerciais. Quanto à primeira figura, trata-se de ampliação da definição para garantir proteção àqueles que ainda que não possam ser identificados, mas que tenham, de algum modo, participado da

relação de consumo, é o que possibilita as ações coletivas em defesa dos direitos difusos e coletivos, com previsão entre os artigos 81 a 107 do CDC.

Prossegue-se com as vítimas do acidente de consumo, sendo protegidos todos aqueles que sofreram prejuízos com o fornecimento de produtos ou serviços defeituosos, e a proteção ultrapassa aqueles que são consumidores diretos, ensejando a responsabilidade objetiva do causador dos danos.

Como última forma de consumidor por equiparação tem-se todos os indivíduos que são expostos às práticas comerciais, é a forma mais abstrata, uma vez que, caso o fornecedor incorra em uma prática comercial abusiva, a exemplo da publicidade enganosa, toda a coletividade estará exposta a ela, não sendo necessário sequer que haja identificação de qualquer consumidor, confere-se, assim, proteção ao consumidor em potencial.

Não obstante a análise dos consumidores por equiparação seja extensa e desperte forte interesse, é importante frisar que o que aqui se fez foi um estudo breve, a fim de que se possa ter uma visão geral do conceito de consumidor, uma vez que não é de maior importância para o objeto central do trabalho a apreciação desta figura.

4.2 A PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO COMO DESTINATÁRIA FINAL

Ponto relevante para que a definição do que seja consumidor fique devidamente esclarecida é a verificação do que se entende pela expressão “destinatário final”, que será elementar para verificação de inserção da Administração Pública como consumidora.

Nessa senda, há divergência doutrinária para determinação do que venha a ser destinatário final que adquire ou utiliza bens ou serviços, erigindo-se três correntes, que, com sua teoria particular, procuram realizar a definição, sendo elas a: maximalista, a finalista e a finalista temperada.

De pórtico, cumpre tratar da teoria maximalista, segundo a qual o consumidor, para ser considerado como destinatário final, deve apenas utilizar ou adquirir o produto ou serviço, não havendo que se discutir se a finalidade é o uso pessoal ou reinserção no mercado; é suficiente que seja o destinatário fático para qualificar-se como consumidor, veja-se posicionamento de Cláudia Lima Marques a respeito da referida corrente:

Já os maximalistas vêm nas normas do Código de Defesa do Consumidor o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não profissional. O CDC seria um novo Código geral sobre o consumo, um Código para a sociedade de consumo, o qual institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais

extensamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado. Consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço. Destinatário fático do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome, por exemplo a fábrica de celulose que compra carros para o transporte de visitantes, o advogado que compra uma máquina de escrever para o seu escritório, ou mesmo o Estado quando adquire canetas para o uso nas repartições e, é claro, a dona de casa que adquire produtos alimentícios para a família. (MARQUES, 2006, p. 305)

Para essa corrente, a interpretação é ampla, o que deságua na inclusão total da pessoa jurídica como consumidora, havendo, inclusive, controvérsia acerca da aplicação do CDC aos contratos de natureza administrativa, vez que, basta que se retire o produto ou serviço do mercado para o enquadramento como consumidor, desnecessitando de análise de outros aspectos. A única forma de não ser considerado consumidor para os maximalistas é aquele que participa do processo de produção. Ressalte-se que a corrente maximalista vem perdendo espaço, dada a amplitude conceitual, não havendo preocupação com a vulnerabilidade do consumidor.

Outra corrente é a finalista pura; aqui, o que se tem é a restrição no conceito de destinatário final, exigindo-se que o consumidor seja o destinatário fático e econômico, não podendo destinar a aquisição que realizou para outra atividade de natureza econômica, sob pena de não ter a proteção de o CDC confere. Nesse plano, Marques (2006, p. 304) assevera:

Esta interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família; consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável. Consideram que, restringindo o campo de aplicação do CDC àqueles que necessitam de proteção, ficará assegurado um nível mais alto de proteção para estes, pois a jurisprudência será construída sobre casos em que o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo, e não sobre casos em que profissionais-consumidores reclamam mais benesses do que o direito comercial já lhes concede (MARQUES, 2006, p. 304)

Embora haja toda essa restrição conceitual, onde há dificuldade em se inserir a pessoa jurídica como consumidora, por não permitir que o que foi adquirido retorne ao mercado, a corrente que predomina na doutrina é a finalista (ou finalista pura) que, como afirmado, entende que o destinatário final deve estar no plano fático e econômico.

Não obstante este entendimento, vem surgindo, com maior força nos últimos tempos, nos tribunais pátrios uma teoria mista, que se convencionou chamar de Teoria Finalista Aprofundada ou Mitigada, vez que mitiga o finalismo puro presente na corrente anteriormente

trabalhada. Aqui, o que há é uma exatidão conceitual maior para definição do que seja destinatário final.

No finalismo aprofundado, a viga mestra para a caracterização da relação de consumo e consequente caracterização do consumidor é a vulnerabilidade. Assim, ainda que se envolvam duas pessoas jurídicas em ambos os pólos da relação, não é a presença destas que impossibilitaria a aplicação do CDC, devendo-se casuisticamente analisar se há uma parte vulnerável, para que haja a equalização com a proteção que é conferida pelas normas consumeristas.

Partindo da teoria finalista mitigada e considerando que não há diferenciação no texto do Código de Defesa do Consumidor no que pertine à natureza de direito público ou privado para que as pessoas jurídicas possam ser caracterizadas como consumidoras, dúvidas não remanescem de que a pessoa jurídica de direito público pode assim figurar.

Para tanto, necessário que haja a vulnerabilidade, que é pressuposto de aplicação e afastamento da norma jurídica consumerista; segundo BRAGA NETTO (2014, p. 108), a presunção de vulnerabilidade da pessoa jurídica é relativa, portanto, em cada caso concreto, mister se faz que seja comprovada a existência de desigualdade apta a ensejar a utilização do CDC.

Não se deve ficar preso ao destinatário final ser econômico e fático, ou somente fático, mas sim, à vulnerabilidade que se apresenta sob diferentes aspectos, surgindo, assim, uma exceção para abrandar o conceito, de modo que torna-se possível inserir a pessoa jurídica de direito público como destinatária final, apta a receber o tratamento protecionista do CDC; logicamente que não se está pregando que tal situação deva ocorrer indiscriminadamente, mas sim, como sobredito, que, a partir do caso concreto, em se verificando a condição de inferioridade da parte, pela sua vulnerabilidade, o microssistema tenha sua utilização franqueada.

Feitas essas considerações sobre o usuário de serviços públicos e de contratos administrativos na condição de consumidor, e os respectivos desdobramentos da pessoa jurídica de Direito Público como destinatária final, cumpre descever as contribuições da Lei 13.460/2017 (Código de defesa do usuário de serviços públicos).

5 A LEI 13.460/2017 (CÓDIGO DE DEFESA DO USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS)

Assim, no novo paradigma de tutela de direitos do usuário de serviços públicos e contratos administrativos, surge a Lei 13.460/2017. Conhecida como o “Código de defesa do usuário de serviços públicos”, a lei citada foi sancionada pelo presidente Michel Temer e visa à fixação de normas para participação e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos. A nova lei cria o código que será aplicado aos serviços executados pelos Três Poderes, pelo Ministério Público, advocacia pública e, ainda, concessionárias e empresas autorizadas para prestação de serviço em nome do governo.

Considerando os paradigmas atuais do conhecimento jurídico e a contemporaneidade social, o anseio dos cidadãos é representado pela plena tutela de direitos na utilização de serviços públicos, bem como desburocratização, ou, até mesmo, a redução de complexidade. Nesse sentido, é possível estabelecer uma relação a partir da análise da Teoria dos Sistemas Sociais e o Direito (como integrante do sistema social), além de tópicos para o estudo do pensamento de Niklas Luhmann, quando se admoesta que o sistema jurídico deve se propor a reduzir a complexidade do ambiente, absorvendo a contingência da intersubjetividade humana e garantindo a generalização congruente de expectativas comportamentais, a fim de fornecer uma imunização simbólica de expectativas contra outras possibilidades sociais de conduta humana.

Em tempos de crise e instabilidade políticas, a população credibiliza ao sistema jurídico a melhor alternativa de pacificação social. Como a sanção da lei ocorreu em 27 de junho de 2017, muitos desdobramentos acontecerão a partir da vigência da nova lei, uma vez que foi prevista para entrar em vigor em 365 dias para a União, Estados, Distrito Federal e os Municípios com mais de 500 mil habitantes. E ainda, em outros municípios, em 540 e 720 dias, levando em consideração o fator número de habitantes.

Por isso, serão apresentadas algumas peculiaridades da Lei 13.460/2017 (Código de defesa do usuário de serviços públicos). Inicialmente, cumpre destacar que a nova lei disciplinará prazos e condições para abertura de processo administrativo para apurar danos causados por agentes públicos. Nela estarão explícitos os direitos básicos dos cidadãos diante da administração pública, direta e indireta, valendo para pessoa física e jurídica. O processo administrativo deverá ser concluído em aproximadamente 60 dias, contados a partir da abertura.

Importante destacar que a nova lei não exclui direitos estabelecidos em outros diplomas. Por exemplo, além das regras previstas na Lei 13.640/2017, as universidades públicas terão que continuar cumprindo as normas regulamentadoras do MEC. Nesse mesmo entendimento, uma autarquia que preste serviço de abastecimento de água para a população,

além de ter que cumprir as regras da legislação mencionada, continua respeitando as normas do CDC.

Além de sua aplicação subsidiária aos serviços públicos prestados por particular, como no caso de um hospital particular, a nova lei estabelece conceitos fundantes. Entre eles, destacam-se, “manifestações”, quaisquer pronunciamentos dos usuários (reclamações, elogios...), agente público, administração pública, serviço público e usuário. Cabendo um destaque para a conceituação deste último, quando a legislação em análise define usuário como pessoa (física ou jurídica) que se beneficia ou utiliza, efetiva ou potencialmente, do serviço público. Mesmo em caso de utilização potencial do serviço público, o indivíduo já é considerado usuário. Ou seja, por essa definição, todos os cidadãos são usuários do SUS, ainda que não estejam efetivamente utilizando tal serviço.

O usuário tem garantido o direito de acesso às informações sobre os serviços públicos, na forma do que dispõe a Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação). E, anualmente, cada Poder e esfera de Governo deverá publicar um quadro geral contendo todos os serviços públicos que são prestados, devendo ser especificados os órgãos ou entidades responsáveis por sua realização e a autoridade administrativa a quem estão subordinados ou vinculados.

Com o advento da norma, os serviços públicos e o atendimento do usuário serão realizados de forma adequada, observados os seguintes princípios: Regularidade; Continuidade; Efetividade; Segurança; Atualidade; Generalidade; Transparência; e Cortesia. Nesse ínterim, a lei estabelece direitos e deveres dos usuários, que devem pautar-se na respeitabilidade e urbanidade. Ainda nessa perspectiva, são apresentadas as diretrizes dos serviços públicos, onde se pode destacar a presunção de boa-fé do usuário, como, também, o destaque em frisar a importância do atendimento por ordem de chegada; e a autenticação de documentos pelo próprio agente público, à vista dos originais apresentados pelo usuário, sendo vedada a exigência de reconhecimento de firma, salvo em caso de dúvida de autenticidade.

Com a nova lei, as ouvidorias terão como atribuições precípuas, ações para promover a participação do usuário na administração pública, sem prejuízo de outras estabelecidas em regulamento específico. As ouvidorias deverão elaborar, anualmente, relatório de gestão, que deverá consolidar as informações relacionadas com manifestações recebidas dos usuários e respectivas soluções que foram dadas. Neste relatório, deverão apontar falhas e sugerir melhorias na prestação dos serviços.

Considerando a tutela de direitos dos usuários de serviços públicos, a participação dos usuários no acompanhamento da prestação e na avaliação dos serviços públicos será feita por

meio de conselhos de usuários. A composição dos conselhos deve observar os critérios de representatividade e pluralidade das partes interessadas, com vistas ao equilíbrio em sua representação. A escolha dos representantes será feita em processo aberto ao público e diferenciado por tipo de usuário a ser representado.

Outra importante contribuição da lei é a orientação sobre a avaliação continuada dos serviços públicos. Os órgãos e entidades públicos deverão avaliar os serviços prestados, atentando, principalmente, em aspectos de qualidade e constante melhoria e aperfeiçoamento da prestação do serviço. As avaliações serão realizadas por pesquisa de satisfação feita, anualmente, ou por qualquer outro meio que garanta significância estatística aos resultados. Sendo que os resultados da avaliação deverão ser, integralmente, publicados no *site* do órgão ou entidade, incluindo o ranking das entidades com maior incidência de reclamação dos usuários e servirão de subsídio para reorientar e ajustar os serviços prestados, em especial quanto ao cumprimento dos compromissos e dos padrões de qualidade de atendimento divulgados na Carta de Serviços ao Usuário.

Como já sinalizado, com a vigência da lei, muitos desdobramentos surgirão. O que é anseio de todos é a efetividade dos direitos de cidadania, e uma democracia participativa, em que os serviços públicos sejam prioridade e os interesses dos cidadãos passem a ser respeitados pelo Estado. Nesse sentido, Jürgen Habermas (1997) em sua obra “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, destaca:

A síndrome do privatismo da cidadania e o exercício do papel de cidadão na linha dos interesses de clientes tornam-se tanto mais plausíveis, quanto mais a economia e o Estado, que são institucionalizados através dos mesmos direitos, desenvolvem um sentido sistemático próprio, empurrando os cidadãos para o papel periférico de meros membros da organização. (HABERMAS, 1997. p. 110)

Almeja-se uma nova perspectiva com a com a vigência da Lei 13.640/2017, em que os cidadãos passem a ter seus direitos e garantias plenamente respeitados. Desta forma, o Direito estará cumprindo o seu verdadeiro papel, como destaca Ronald Dworkin, em sua obra “O Império do Direito”:

O que é o direito? Ofereço, agora, um tipo diferente de resposta. O direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo. Estudamos essa atitude principalmente em tribunais de apelação, onde ela está disposta para a inspeção, mas deve ser onipresente em nossas vidas comuns se for para servir-nos bem, inclusive nos tribunais. É uma atitude interpretativa e auto reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que toma todo cidadão

responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. (DWORKIN, 2014. p. 492)

Com a literatura de Dworkin, observa-se que o caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judiciosa das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por essa razão. A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade, apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter. (DWORKIN, 2014)

Assim, espera-se que os contributos da Lei 13.460/2017 (Código de defesa do usuário de serviços públicos) sejam plenamente efetivados, para a ampliação da garantia e tutela de direitos dos usuários de serviços públicos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Administração Pública traz consigo uma atribuição social, democrática, livre, em que o poder emana do povo e todos devem ser subordinados às normas jurídicas. A satisfação completa-se por meio dos seus agentes públicos, que, no exercício de sua função, praticam uma variedade de atos, com o intuito de satisfazer o interesse coletivo, principalmente, no que tange à execução de serviços públicos.

Neste sentido, com o intuito de dividir os poderes, e deixá-los harmônicos e independentes entre si, a Administração intitulou as atribuições específicas de cada. Em que o Legislativo tem a tarefa principal de fazer as leis; o Executivo em gerir toda a administração e visar interesses coletivos; e o Judiciário com a função de justiça, que se deve acordar sobre os princípios e normas jurídicas. E, nesses novos paradigmas do conhecimento jurídico, pode-se inferir, na atualidade, a importância da tutela de direitos do usuário de serviços públicos e de contratos administrativos, principalmente com o advento da Lei 13.460/ 2017, que representa um Código de defesa do usuário de serviços públicos.

Num diálogo entre autores fundantes, foi possível compreender que o serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, mediante normas de

controle estatal, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado. Ou seja, o Poder Público possui a titularidade dos serviços públicos, dispondo que tais serviços podem ser prestados de forma direta ou indireta. A ação do estado pode se dar pelos serviços públicos e os contratos administrativos. Os serviços públicos podem estar relacionados à prestação direta e à prestação indireta dos serviços, referido-se à delegação destes serviços por meio de contratos de concessão ou permissão.

Desta forma, além da conceituação de serviço público, foi necessário compreender a Administração Pública por um conjunto de meios institucionais, materiais, financeiros e humanos preordenados à execução das decisões políticas, para uma plena compreensão dos contratos administrativos, com suas características principais e a presença de cláusulas exorbitantes. A partir de tal descrição, foram feitas breves considerações sobre o usuário de serviços públicos e de contratos administrativos como consumidor, definindo, brevemente, consumidor, e caracterizando a pessoa jurídica de Direito Público como destinatária final.

Por fim, na pesquisa em análise, o objetivo central do ensaio foi atendido a partir da apresentação dos contributos da Lei 13.460/2017 (Código de defesa do usuário de serviços públicos), no cenário da tutela de direitos e garantias do usuário de serviços públicos e contratos administrativos. A partir da nova lei, almeja-se a plena fixação de normas para participação e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos, aplicáveis aos serviços executados pelos Três Poderes, pelo Ministério Público, advocacia pública, e, ainda, concessionárias e empresas autorizadas para prestação de serviço em nome do governo.

Destarte, adicionam-se a tal perspectiva, os paradigmas atuais do conhecimento jurídico e a contemporaneidade social, traduzidos pelo anseio dos cidadãos para a efetiva, plena e eficaz tutela de direitos na utilização de serviços públicos, bem como a desburocratização, ou, até mesmo, a redução de complexidade, e, principalmente, a excelência e constante melhoria dos serviços públicos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ronaldo Alves. *Curso de Direito do Consumidor*. Barueri: Manole, 2006.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de Direito do Consumidor*. 9. ed. Salvador: Juspodvim, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 5 de outubro de 1988.

BRASIL. *Lei nº 13.460*. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Brasília, 26 de junho de 2017.

BRASIL. *Lei nº 8.078*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 11 de setembro de 1990.

BRASIL. *Lei nº 8.666*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 21 de junho de 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 1. ed. Salvador: Juspodvim, 2014.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: RT, 2013.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros. 1993

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: RT, 2014.

RAWS, John. *Justiça e Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000

ROSSI, Alf. *Direito e Justiça*. 1. ed. Bauru: EDIPRO, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.