

## ***Agências Reguladoras de Serviços Públicos***

***Antônio Carlos Cintra do Amaral***

*Palestra proferida no II SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE AGÊNCIAS REGULADORAS (“Quem controla as Agências Reguladoras de Serviços Públicos?”), realizado pelo Instituto Helio Beltrão em Brasília, no dia 25 de setembro de 2001.*

Manifesto preliminarmente minha honra e satisfação por participar deste II Seminário Internacional sobre Agências Reguladoras, para o qual fui convidado pelo ilustre Diretor-Presidente do Instituto Helio Beltrão, Dr. João Geraldo Piquet Carneiro.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

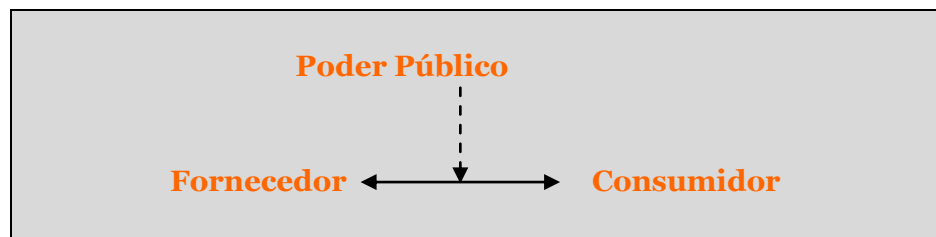
A distinção conceitual entre usuário de serviço público e consumidor pode ser graficamente exposta nos seguintes termos:

### A) Relação de serviço público



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

### B) Relação de consumo



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

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

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

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

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

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

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

Para o Poder Público, a defesa do usuário de serviço público é ainda mais relevante do que a defesa do consumidor. O pressuposto básico do instituto da concessão de serviço público no Direito brasileiro é a prestação de “*serviço adequado*”. O princípio da **indisponibilidade do interesse público**, a que se refere **Celso Antônio Bandeira de Mello** em diversos escritos, impede que o poder concedente concorde com qualquer solução que prejudique essa prestação, por mínimo que seja o prejuízo, o que não ocorre na relação de consumo, em que os interesses envolvidos são **privados**. Por exemplo: o ordenamento jurídico não admite que o usuário concorde com a prestação de “*serviço inadequado*” sob a condição de que a concessionária reduza a tarifa. Já o consumidor pode exigir o abatimento do preço, caso o serviço prestado pelo fornecedor não seja satisfatório.

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

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

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

Concluindo, tentarei dar brevíssima resposta à questão que este Seminário propõe, qual seja: **“Quem controla as agências reguladoras de serviços públicos?”**

Apesar de defender o fortalecimento e independência das agências reguladoras, não vejo como – ressalvada a hipótese de reforma constitucional – eximi-las dos controles internos e externos a que está submetida a Administração Pública em geral, nos termos e limites estabelecidos pela Constituição em vigor.

Será desejável, por outro lado, que elas estejam submetidas ao controle permanente da sociedade, especialmente das organizações de usuários. Reconheço, porém, que a eficácia desse controle está na dependência direta do grau de desenvolvimento do processo democrático no País, já que seria ingenuidade acreditar que segmentos sociais possam ser organizados e estruturados apenas por normas jurídicas.

Por último, entendo ser necessário – embora não suficiente – que o Congresso Nacional dê um fim à confusão que se tem feito entre consumidor e usuário de serviço público, figuras juridicamente distintas, e obedeça, embora com atraso considerável, ao comando contido no art. 27 da Emenda Constitucional nº 19/98, aprovando a lei de defesa do usuário de serviços públicos, que, a exemplo da Lei 8.987/95, terá caráter **nacional**.

---

1. A Lei 8.666/93 (Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos) aplica-se a obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração

Pública (art. 2º). Especificamente quanto às concessões e permissões de serviço público, aplica-se ela naquilo que não conflite com a legislação específica (art. 124). Essa legislação específica é constituída, basicamente, pelas Leis 8.987/95 e 9.074/95.

2. Muitos dos mais categorizados juristas (**BRINZ, AMIRA, PACCHIONI, MESSINEO**) sustentam que a obrigação contém dois elementos: **débito** (“*schuld*”) e **responsabilidade** (“*haftung*”). Sobre o assunto, discorreu, com a habitual precisão, **JOSÉ PAULO CAVALCANTI**, em seu “*Direito Civil (Escritos Diversos)*”, Rio, Forense, 1983, pp. 142 e ss. (nota de rodapé nº 72).

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

*“De nossa parte, adotamos o entendimento de que a chamada ‘responsabilidade’ não é elemento da obrigação, mas, como consequência do eventual descumprimento, alguma coisa que está por fora dela.”*