

O Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos

Antônio Carlos Cintra do Amaral

1. Introdução

Em 4 de junho de 1998, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 19, que em seu artigo 27 dispôs que o Congresso Nacional deveria elaborar lei de defesa do usuário de serviços públicos no prazo de 120 (cento e vinte) dias. Lá se vão 17 (dezesete) anos, a completar no próximo dia 3 de junho de 2015, e nada. Essa inércia do Congresso caracteriza uma **inconstitucionalidade por omissão**, prevista no artigo 103, § 2º, da Constituição.

A norma contida nesse parágrafo, porém, não é uma **norma jurídica**. Não existe norma jurídica sem sanção. Ensina **Hans Kelsen** em sua “*Teoria Pura do Direito*” (6ª edição, tradução de João Baptista Machado. Coimbra, Arménio Amado-Editora, 1984, p. 167):

*“A relação entre ilícito e consequência do ilícito não consiste, assim, - como o pressupõe a jurisprudência tradicional - em a uma acção ou omissão, pelo facto de representar um ilícito ou delito, ser ligado um acto de coacção como consequência do ilícito, mas em uma acção ou omissão ser um ilícito ou delito por lhe ser ligado um acto de coacção como sua consequência. Não é uma qualquer qualidade imanente e também não é qualquer relação com uma norma metajurídica, natural ou divina, isto é, qualquer ligação com um mundo transcendente ao Direito positivo, que faz com que uma determinada conduta humana tenha de valer como ilícito ou delito - **mas única e exclusivamente o facto de ela ser tornada, pela ordem jurídica positiva, pressuposto de um acto de coerção, isto é, de uma sanção.**” (grifei)*

A inconstitucionalidade por omissão não é sancionável. É evidente, porém, que o Congresso sofre desgaste institucional ao omitir-se, desgaste que se estende às demais instituições democráticas. A ordem jurídica é atacada internamente quando os órgãos de produção do Direito desrespeitam a hierarquia das normas, descumprindo, **por ação ou omissão**, as normas por eles aplicadas, ou que deveriam aplicar.

No caso da lei de defesa do usuário de serviços públicos, boa parte da comunidade jurídica tolerou a omissão do Congresso por entender que usuário e consumidor devem ser tratados igualmente, aplicando-se aos usuários o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990). Sempre discordei dessa posição. Usuário de serviço público não é consumidor. São conceitos juridicamente distintos. Passarei a expor, sucintamente, as razões jurídicas que me levaram, e continuam a levar, a estabelecer essa distinção.

2. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor

Publiquei, no início da década de 2000, estudo intitulado “*Distinção entre ‘Usuário de Serviço Público’ e ‘Consumidor’*” (“*Concessão de Serviço Público*”, 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, pp. 113/118). Esse estudo, acrescido de uma Nota Final, foi novamente publicado em “*Concessão de Serviços Públicos – Novas Tendências*” (São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp. 113/122). Transcrevo, a seguir, trechos dessa última publicação, que resumem meu pensamento e me dispensam de quaisquer outras considerações sobre o assunto:

*“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.*”

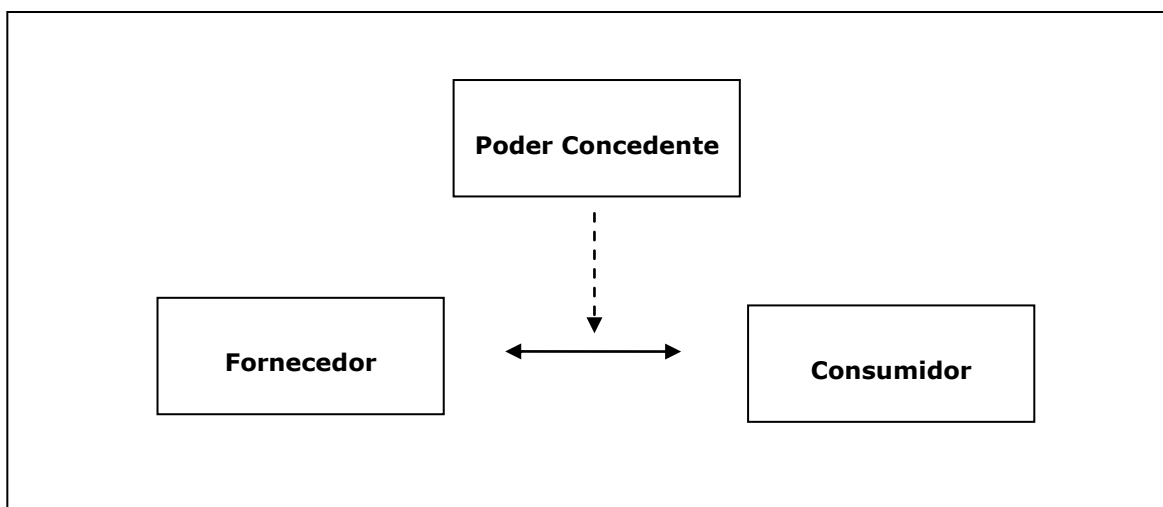
A distinção conceitual entre usuário de serviço público e consumidor pode ser graficamente exposta nos seguintes termos:

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, na medida em que mantém a **titularidade** do serviço concedido.

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.” (pp. 115/117).

.....

“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, XXXII, e 170, V.” (p. 118)

.....

*“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.**” (p. 119)*

3. Objetivo da concessão, escolha da modalidade de licitação, inversão de fases e oferta de lances

A este passo, vale deixar claro qual é o objetivo da concessão de serviço público.

A concessão não pode ser vista como um “negócio” entre poder concedente e concessionária, um meio de obter renda, “aliviar” caixa, aumentar o superávit primário ou outro desse tipo. O **objetivo da concessão é proporcionar ao usuário a prestação mais adequada do serviço público concedido**. Para isso, o poder concedente transfere o **exercício** do serviço para a iniciativa privada, mantida sua **titularidade**. O serviço continua **público**, embora sua prestação seja transferida para uma pessoa jurídica **privada**. Daí entender que a escolha da modalidade da licitação a ser efetuada deve ser a **concorrência**, e não o **leilão**.

Ainda desde 2002, em meu “*Concessão de Serviço Público*”, citado (pp. 58/60), já sustentava que o **leilão** é:

“(...) a modalidade de licitação mais adequada para ‘vender’. Se o objetivo principal não é ‘vender’ a modalidade mais adequada é a concorrência.”

Isso porque:

“A melhor concessionária não será, necessariamente, a que ofereça o maior preço pela ‘venda’ do serviço ou do controle da empresa estatal, mas sim a que demonstre melhores condições de vir a prestar o ‘serviço mais adequado’. Para isso ela deverá, na licitação, comprovar sua qualificação técnica e econômica, o que é bem mais fácil de avaliar na concorrência do que no leilão.”

Dez anos após, retomei o assunto, em estudo sob o título “*O Leilão, a Segurança Jurídica e o Princípio da Boa-Fé*”, publicado em “*Concessão de Serviços Públicos – Novas Tendências*”, citado.

Escrevi nesse estudo (p. 68):

*“Como estar seguro do comportamento do agente administrativo no leilão? O que efetivamente busca ele alcançar? O resultado econômico ou a proposta mais vantajosa, que o artigo 3º da Lei 8.666/93 diz ser um dos objetivos da licitação? Como dissociar **proposta mais vantajosa de proponente qualificado**? É impossível afirmar-se que a proposta é mais vantajosa **antes** de saber se o proponente é qualificado. Proponente não qualificado não pode, em princípio, sequer apresentar proposta vantajosa. Nos contratos de duração, o preço é um dos indicadores, maior ou menor, conforme o caso. Mas é sobretudo a qualificação do proponente que assegura a qualidade do objeto a contratar. E se se verificar que o autor da proposta melhor classificada não é qualificado, o agente administrativo terá coragem de inabilitá-lo?*”

A inversão das fases induz a crer que se está colocando o resultado econômico-financeiro acima da qualidade do empreendimento, obra ou serviço técnico. Significa que se vê como secundária a prestação de ‘serviço adequado’, na concessão de serviço público.”

Acrescentei (pp. 68/69):

“Mas a insegurança aumenta quando se passa para os lances.

Em uma licitação de menor preço, um licitante apresenta a proposta mais barata, no valor de 100. É de supor-se que tenha agido criteriosamente, calculando custos diretos e indiretos, amortização de investimentos e lucro. É convocado para competir nos lances com os demais melhor classificados, dentro de critérios estabelecidos em lei. Como poderá efetuar uma redução no preço proposto, sem admitir, implicitamente, que a proposta apresentada não era firme e séria? E como terá certeza de que os demais convocados agirão de boa-fé? Como terá certeza de que não tentarão ultrapassá-lo a qualquer custo?

A redução do preço na fase de lances para construção de um empreendimento de infraestrutura, por exemplo, significa uma de duas coisas: ou o proponente tinha incorporado uma ‘gordura’ na sua proposta, para poder retirá-la no leilão, ou ele é induzido a ‘mergulhar’ para ganhar a licitação. Se agir de boa-fé, quase certamente perderá a licitação.

Sayagués Laso, por sua vez, na obra pioneira e clássica ‘*La Licitación Pública*’ (Montevideo: Acalí Editorial, 1978, p. 101), escreve que se fosse possível modificar as propostas posteriormente à sua apresentação:

*(...) desapareceria a licitação como garantia para os participantes e para a Administração, **transformando-***

se o procedimento em uma série de tratativas privadas, pois os proponentes que perderam não titubeariam em modificar e **melhorar suas ofertas a fim de conseguir o serviço ou a obra.**’” (grifos meus)

E ainda (p. 71):

*“Não consigo deixar de enxergar a incompatibilidade do processo de lances com a **segurança jurídica**. Nem também posso deixar de enxergar sua incompatibilidade com o **princípio da boa-fé**.*

*É verdade que a Administração promotora da licitação poderá apregoar que obteve um ótimo resultado: o ágio (ou deságio, conforme o caso) pode ter sido surpreendente. O **preço nominal** proposto pode ter sido excelente, a **licitação** pode ter sido conduzida com mais rapidez, mas o **preço real final**, qual será? Tomamos conhecimento do encurtamento do prazo de duração da licitação, ensejado pela adoção do leilão, ficamos sabendo qual a vantagem obtida no preço nominal inicial proposto, mas não há estatísticas que nos informem se efetivamente houve e qual foi a vantagem econômico-financeira real, obtida pela Administração no final do contrato. Como também não temos elementos para avaliar a vantagem obtida, no que se refere à qualidade do empreendimento de infraestrutura, da obra, do serviço técnico contratado ou do serviço público concedido.”*

A escolha do **leilão**, em lugar da **concorrência**, reflete, no meu entender, o equívoco de considerar a **licitação** para concessão de serviço público mais importante do que o seu **planejamento**, que dificilmente é de boa qualidade em um **leilão**, cujo objetivo é mais voltado para obter o melhor resultado econômico-financeiro na venda de bens de propriedade pública do que para escolher o parceiro mais qualificado, técnica e economicamente, para a prestação do serviço público. Ressalte-se que na **concorrência** pode ser adotada a **pré-qualificação**, que de acordo com o artigo 114 da Lei 8.666/93 pode “*ser procedida sempre que o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos interessados*”.

4. O Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos

O Código deverá contemplar a defesa do usuário desde o momento do planejamento da contratação e elaboração do edital de licitação. Não se deverá ater à concessão a partir do início da execução do contrato.

Assim, deverá ele:

- a) determinar que a modalidade de licitação a adotar seja a **concorrência**;

- b) proibir a inversão das fases da licitação, devendo adotar-se a habilitação ou qualificação e o julgamento de propostas, **nessa ordem**; e
- c) eliminar a possibilidade de apresentação de lances, deixando claro o que hoje é passível de interpretações divergentes em face da redação equívoca do artigo 18-A da Lei 8.987/95, acrescentado pela Lei 11.196/2005.

Enfatizo: se a licitante, eventual concessionária e **parceira** do poder concedente, não preencher requisitos de qualificação técnica e econômico-financeira “*indispensáveis ao cumprimento das obrigações*”, tal como preconizado pelo artigo 37, inciso XXI, da Constituição, de nada adiantará editar normas de defesa do usuário aplicáveis durante o prazo contratual. A eficácia da concessão estará comprometida. O objetivo de proporcionar ao usuário a prestação mais adequada do serviço público concedido não será alcançado. Porque, repito, o objetivo não é **vender** o serviço, e sim **melhor prestá-lo**.

Saliente-se que o Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos referir-se-á ao serviço público concedido (ou permitido), e não ao serviço público prestado diretamente pelo Poder Público, e terá caráter **nacional**, tal como o Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

5. Agências Reguladoras de Serviços Públicos

Escrevi em 2012, em meu “*Concessão de Serviços Públicos – Novas Tendências*”, citado (pp. 159/160):

*“A concessão de serviços públicos à iniciativa privada, verificada a partir da primeira metade da década de 1990, fez surgir a função reguladora dos serviços concedidos. A Administração Pública, para exercer essa nova função, necessita da existência de órgãos reguladores de serviços públicos. Para que esses **órgãos** se tornassem prescindíveis, seria necessário extinguir a **função** que eles exercem. A extinção dessa função, por sua vez, pressupõe a extinção de **todas** as atuais concessões de serviços públicos, retornando esses serviços, **já concedidos**, ao esquema de prestação de serviços públicos **diretamente** pelo Poder Público. **E isso seria impraticável.**”*

Até agora, a atuação das agências reguladoras, com exceções, deixa a desejar. No vácuo, o PROCON age em defesa do usuário como se ele fosse consumidor, com base em uma legislação inadequada. A aprovação de um bom Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos deverá excluir, totalmente, a aplicação a esses usuários das normas que regulam a defesa do consumidor. **Com isso, afastará a atuação do PROCON.** Se as agências reguladoras não forem devidamente estruturadas e organizadas para o exercício de sua função, a eficácia do Código, por melhor que seja este, estará

comprometida. E o usuário ficará em situação pior do que está. Não basta, portanto, cumprir o artigo 27 da Emenda Constitucional nº 19/98. É necessário, de uma vez por todas, fortalecer as agências reguladoras, o que, pelo menos a meu ver, não foi conseguido até hoje.

Conclusão

Não será razoável que, após dezessete anos de omissão, o Congresso Nacional aprove uma lei que, além de não contemplar a defesa do usuário desde a etapa do planejamento da concessão, e elaboração do respectivo edital de licitação, não afaste completamente as normas de defesa do consumidor, figura juridicamente distinta da de usuário. Também não será razoável que essa lei deixe de contemplar e disciplinar as agências reguladoras, resgatando o objetivo original – talvez nunca atingido – de atribuir-lhes o caráter democrático de instrumentos sobretudo da sociedade, e não apenas do Estado.