

A DEFESA DOS USUÁRIOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS PRESTADOS POR ENTES DO TERCEIRO SETOR

THE DEFENSE OF USERS OF PUBLIC SERVICES PROVIDED BY THE THIRD SECTOR

Luiz Alberto Blanchet¹
Cynthia Gruending Juruena¹

Recebido em: 04/02/2019
Aceito em: 20/06/2019

blanchet@blanchet.adv.br
cjuruena@gmail.com

Resumo: O Código de defesa dos usuários de serviços públicos (Lei 13.460/2017) foi editado após anos de uma lacuna legislativa existente, visto que o artigo 37, §3º da Constituição de 1988 estabelecia que seria previsto por lei a participação dos cidadãos na Administração Pública. A partir da análise de alguns contornos e inovações trazidas pela legislação, verificou-se se esta é aplicável aos usuários de serviços públicos prestados por entidades do terceiro setor. Nessa senda, o problema de pesquisa que se perquiriu é de se há uma proteção para os usuários de serviços públicos que são prestados por entes do terceiro setor, e até que ponto há esse amparo legal. A metodologia de pesquisa adotada foi o método hipotético-dedutivo, onde partiu-se da hipótese de que a legislação de defesa dos usuários de serviços públicos seria aplicável aos usuários de serviços públicos prestados por entidades do terceiro setor, porém, de maneira indeterminada quanto à total ou parcial aplicação.

Palavras-chave: Defesa. Direitos Fundamentais Sociais. Serviços Públicos. Terceiro Setor. Usuários.

Abstract: The Code of Defense for Public Service Users (Law 13.460 / 2017) was published after years of an existing legislative gap, since Article 37, §3 of the 1988 Constitution established that the participation of citizens in Public Administration would be provided by a law. From the analysis of some contours and innovations brought by the legislation, it was found if this is applicable to users of public services provided by third sector entities. In this path, the research problem that has been investigated is whether there is protection for the users of public services that are provided by entities of the third sector, and to what extent there is such legal protection. The research methodology adopted was the hypothetical-deductive method, where it was assumed that the legislation protecting the users of public services would apply to users of public services provided by third sector entities, but, indefinitely, total or partial application.

Keywords: Defense. Fundamental Social Rights. Public Services. Third Sector. Users.

1 INTRODUÇÃO

Os serviços públicos estão presentes em nosso cotidiano e são essenciais para a maximização dos direitos fundamentais sociais e para o atendimento do interesse público. Importa conferir uma máxima efetividade aos serviços públicos, conhecendo primeiramente os seus delineamentos.

¹ Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR – Curitiba – Paraná - Brasil

Após perquirir acerca do objeto teórico do presente estudo, que é o serviço público, será realizada uma análise nos dispositivos da lei 13.460/2017 (conhecida como “Código de Defesa dos Usuários de Serviços Públicos”). A edição dessa lei veio no sentido de regulamentar o artigo 37, §3º da Constituição da República Federativa de 1988, definindo como será a participação dos cidadãos e a proteção destes. Verificar-se-á se a legislação supre a contento a lacuna que existia no ordenamento jurídico.

A partir da análise do Código de defesa dos usuários de serviços públicos e das modificações que a lei trouxe para a proteção dos usuários, será tecida uma abordagem da viabilidade de se aplicar a legislação para os entes de terceiro setor que prestam serviços públicos.

O problema de pesquisa, neste sentido, é de verificar se há algum instrumento de defesa do usuário de serviço público prestado por entidade do terceiro setor, e se, porventura, esse meio seria a legislação 13.460/2017. O presente artigo objetiva, portanto, investigar se há uma proteção para os usuários de serviços públicos que são prestados por entes do terceiro setor, e até que ponto há esse amparo legal.

A metodologia de pesquisa adotada é o método hipotético-dedutivo, onde parte-se da hipótese de que a legislação de defesa dos usuários de serviços públicos é aplicável aos usuários de serviços públicos prestados por entidades do terceiro setor, porém, de maneira indeterminada quanto à total ou parcial aplicação. A técnica de pesquisa utilizada é a documentação indireta, extraída de pesquisa bibliográfica.

2 A HISTORICIDADE DO CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO E O SERVIÇO PÚBLICO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

No presente ponto será traçada uma breve evolução da noção de serviço público, com ênfase na conceituação adotada no Brasil, ou o que se entende ser o conceito mais adequado para a definição. A partir da conceituação de serviço público, elucidar-se-á a sua fundamentalidade na concreção de direitos fundamentais. Antes de se adentrar na lei de defesa dos usuários de serviços públicos e na aplicabilidade da legislação aos entes do terceiro setor que prestam serviços públicos, demonstra-se essencial trazer o significado do termo “serviço público”.

A noção de serviço público foi trabalhada, originariamente, na França. A invocação de uma noção de serviço público ocorreu em virtude da necessidade de se estabelecer uma delimitação da jurisdição administrativa (MELLO, 2017, p. 14-15). A importância do serviço público assumida na França também decorre dos ideais de igualdade e liberdade, à época efervescentes (ARAGÃO, 2013). No entanto, quando do surgimento da noção de serviço público, não havia um consenso de seus contornos e de sua abrangência pelos juristas.

O estudo dos delineamentos da noção de serviço público se amplia na França com a chamada “Escola do Serviço Público” (ou “Escola de Bordeaux”), liderada pelo jurista Léon Duguit². A

² Cabe ressaltar que à época do surgimento dessa noção de serviço público o modelo de Estado era de Estado social. Duguit, na realidade, estabelece a noção de serviço público a partir da criação de

escola era uniforme no posicionamento de que o serviço público é o centro do direito administrativo, pois o Estado é um conjunto de serviços públicos, então a necessidade de haver uma teoria dos serviços públicos (MELLO, 2017, p. 18-19).

Duguit (2006) verifica a imprescindibilidade de se firmar uma noção de serviço público pela interdependência que todos os membros da sociedade possuem, e, ainda, pelo dever de o Estado assegurar a prestação de certas atividades – havendo a necessidade de prestação de determinadas atividades pelo Estado inclusive como um reflexo da interdependência dos membros da sociedade.

Ainda, desvela-se a importância da noção de serviço público na França, no início do século XX, para limitar a soberania do Estado. A preocupação com o serviço público começa a efervescer nos estudos da Escola de Bordeaux. Esses juristas entendiam que o Estado estava obrigado a satisfazer, primeiramente, as necessidades dos cidadãos, contrapondo-se a ideia de que o Direito Administrativo deveria ser estudado sob o prisma das prerrogativas da Administração Pública (SALOMONI, 1999, p. 148-149).

Gaston Jèze desenvolve a sua obra a partir de críticas da noção de serviço público originada por Duguit. O ponto principal e que é oportuno destacar aqui é que Jèze, para além de uma noção de serviço público a fim de atender os interesses sociais, verifica que deve se estabelecer um regime jurídico específico do serviço público (MELLO, 2017, p. 20-22).

Neste sentido, pode se extrair que o conceito de serviço público utilizado no ordenamento jurídico brasileiro possui algumas características da noção de serviço público esboçado por Duguit e Jèze – o atendimento aos interesses sociais e um regime jurídico específico para os serviços públicos (GROTTI, 2003, p. 20-25).³

No Brasil, no ordenamento jurídico, o conceito de serviço público foi trazido pela primeira vez pela Constituição de 1934 (GROTTI, 2003). No entanto, o serviço público e a sua fundamentalidade, como instrumento para concretização de direitos fundamentais e de atribuição ao Poder Público, toma esses delineamentos com a Constituição de 1988, com o advento do modelo de Estado Democrático de Direito. Entretanto, a CRFB/88 não se preocupou em definir o que é serviço público, apesar de o termo aparecer em diversos dispositivos.

Visto que não há uma definição de serviço público realizada pelo legislador, os juristas preocuparam-se em definir. Contudo, verifica-se que há uma dissonância⁴ entre os juristas brasileiros

uma teoria do Estado, onde o serviço público é o próprio fundamento e legitimação do Estado (PIRES, 2012, p. 112).

³ Dinorá Grotti elucida que nos primórdios da definição de serviço público, o elemento determinante para a sua qualificação era a atribuição de titularidade de um serviço ao Estado, podendo a consecução da atividade ser realizada por particulares, mas permanecendo a titularidade com o Estado. In: GROTTI, D. A. M. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 20-25.

⁴ Acerca da dissonância na conceituação de serviço público, destaca-se aqui: Odete Medauar refere que a expressão serviço público vem sendo empregada em sentido muito amplo, abrangendo inclusive as atividades dos poderes Judiciário e Legislativo. No entanto, na seara do direito administrativo, o serviço público seria a atividade inserida no âmbito do poder Executivo, referindo-se a uma atividade prestacional do poder público. A autora destaca que seriam as atividades-fim, não se incluindo na acepção de serviço público as atividades-meio (como por exemplo a arrecadação de tributos). In: MEDAUAR, O. **Direito administrativo moderno**. 19. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015, p. 376. Celso Antônio Bandeira de Mello analisa o conceito de serviço público em uma perspectiva subjetiva, onde o serviço público é concebido como uma parte do aparelho estatal.

na definição do conceito de serviço público, onde alguns analisam a partir de uma perspectiva subjetiva e outros de uma concepção objetiva (SCHIER, 2009, p. 27-28).

Apesar das concepções objetiva e subjetiva do serviço público – tratando-o a partir do agente que o emprega ou da função a ser desempenhada pela Administração Pública -, cabe destacar a essencialidade do serviço público. Isto é, o caráter material de atendimento das necessidades coletivas, essencial para a realização dos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito (FREITAS, 1995, p. 30-31).

A essencialidade do serviço público pode ser atrelada, ainda, a sua instrumentalidade⁵. A prestação dos serviços públicos, neste viés, é o fim buscado pelo Estado para possibilitar o exercício dos direitos fundamentais (SCHIER, 2009, p. 37-38).

Hachem (2014, p. 126) esclarece que os serviços públicos constituem atividade econômica cuja prestação é considerada uma atividade típica do poder público, que deve garantir que o serviço será oferecido continuamente à população e através de um regime de bases juspublicistas⁶.

Embora a Constituição Federal de 1988 tenha estabelecido hipóteses em que a atividade de serviço público possa ser explorada pela iniciativa privada, é imprescindível ressaltar que se mantém o seu caráter de serviço público. Ou seja, o Estado deve amparar a sua prestação e há princípios jurídicos que regem essa atividade, em vista de que o objetivo seja atendido – o de fornecer aos cidadãos um serviço público adequado (HACHEM, 2014, p. 127).

Dessa forma, mais do que um serviço público voltado a garantir a liberdade dos cidadãos e limitação do poder do Estado (como se verificou o surgimento do conceito na França), o serviço público é fundamental para a redução das desigualdades sociais e para a promoção de oportunidades, a fim de minimizar as diferenças sociais (PIRES, 2012, p. 113-114).

Diante da fundamentalidade do serviço público e de uma análise da origem do surgimento da noção, bem como alguns de seus principais contornos, passa-se ao estudo da legislação 13.460/2017, que visa regular a defesa dos usuários de serviços públicos.

3 A DEFESA DOS USUÁRIOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS E A LEGISLAÇÃO 13.460/2017

Para o autor, o conceito de serviço público pode ser expresso dos órgãos e agentes que integram o poder público. In: MELLO, C. A. B. de. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 150-151.

⁵ O serviço público como um instrumento de concretização dos direitos fundamentais vai ao encontro com o posicionamento de administrativistas que tratam acerca da imprescindibilidade de administrativização do direito constitucional, para além de tão-somente abordar a constitucionalização do direito administrativo. Para maior aprofundamento da temática, ver mais em: HACHEM, Daniel Wunder. Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 2014. 614 f. Tese (Doutorado em Direito – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; OLIVEIRA, Vitória Cristina. Constitucionalização do Direito Administrativo e Sindicabilidade do Ato Discricionário. Revista de Estudos Institucionais, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 168-191, jan./jul. 2016.

⁶ Veremos no próximo ponto que há uma mitigação do regime jurídico específico do serviço público, havendo peculiaridades de um regime privatista, mas o cerne e a base do regime dos serviços públicos devem se manter apoiados em um caráter juspublicista.

A lei 13.460/2017 (Lei de Defesa dos Usuários de Serviços Públicos) foi editada de modo a preencher uma lacuna jurídica no que concerne a proteção dos usuários de serviços públicos perante à Administração Pública.

A lacuna que a legislação visa suprir é referente ao artigo 37, parágrafo 3º da Constituição da República Federativa de 1988, que estabelece que: “a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente [...]” (BRASIL, 1988). A Emenda Constitucional nº 19 de 1998 estipulava um prazo de 120 dias para a publicação da lei que regulamentaria o dispositivo.

Anteriormente à legislação, tratava-se da possibilidade de se aplicar o Código de Defesa do Consumidor para proteger os cidadãos nas relações com a Administração Pública direta e indireta. O Código de Defesa do Consumidor é utilizado, principalmente, em relações privadas; no entanto, com a liberalização dos serviços públicos que ocorre na década de 90 no Brasil, a partir da chamada “reforma do Estado”⁷, percebe-se uma mudança no sistema de prestação dos serviços públicos (HACHEM; FARIA, 2016, p. 316-317).

Nesse sentido, a noção clássica de serviço público para atendimento do interesse público deve abarcar, também, uma noção privatista, pela incidência da lógica própria de livre mercado – que se verifica com a utilização do princípio da competitividade.⁸ Dessa forma, assevera-se que os serviços públicos possuem uma natureza mista, por haver a incidência de regime jurídico parte “estatutário” e parte contratual (HACHEM; FARIA, 2016, p. 321-322).

A aplicação do Código de Defesa do Consumidor para os usuários de serviços públicos lidava com algumas questões adversas: o regime jurídico próprio dos serviços públicos, com a incidência de princípios constitucionais e a lógica do princípio da solidariedade e do interesse público; em contraponto, a inserção do princípio da competitividade e uma modificação do regime juspublicista, em que assume influências privatistas (MAROCCO, 2010).

Entendia-se que, ao analisar esses pontos de contradição entre características dos regimes e incidência de princípios diversos em se tratando de serviços públicos, o CDC não poderia ser aplicável em toda a sua extensão aos usuários de serviços públicos, onde deveria ser realizada uma leitura da legislação à luz da Constituição de 1988.⁹

⁷ Essa reforma do aparelho estatal implica na adoção de um modelo gerencial de Administração Pública, e surge em diversos países como consequência de um Estado neoliberal. A administração pública gerencial se pauta pelos preceitos da eficiência, eficácia e competitividade.

⁸ Os autores Daniel Hachem e Luzardo Faria, acerca da adoção de uma perspectiva privatista ou publicista, referem que: “O mais correto, portanto, parece ser a tomada de uma posição mais equilibrada entre as visões privatista e publicista. Afinal, se por um lado preocupar-se apenas em satisfazer as necessidades individuais não é suficiente para manter o bom funcionamento do sistema coletivo de prestação, por outro, o sentimento solidário por vezes é incapaz de resolver os diversos problemas advindos de um sistema de serviços públicos cada vez mais submetidos à concorrência de empresas privadas”. In: HACHEM, Daniel Wunder; FARIA, Luzardo. A proteção jurídica do usuário de serviço público entre o Direito Administrativo e o Código de Defesa do Consumidor: a necessidade de uma filtragem constitucional. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 15, n. 6, p. 311-336, set./dez. 2016, p. 317.

⁹ Os autores Daniel Hachem e Luzardo Faria tratam dos contornos da aplicação do CDC aos serviços públicos propondo uma filtragem constitucional, onde assim trabalham casos em que o Código de Defesa do Consumidor se revelaria inaplicável. Mesmo nos casos de concessão do serviço público, a titularidade do serviço continua sendo da Administração Pública; o que se difere das relações de

Alexandre Aragão (2013, p. 398) defendia o uso do CDC, desde que utilizado com bastante cautela, visto que muitos dispositivos não são compatíveis com o regime de direito público dos serviços públicos. Nesse sentido, visto que há pontos de dissonância entre o Código de Defesa do Consumidor e os contornos dos serviços públicos, não era possível uma aplicação irrestrita do CDC aos usuários de serviços públicos¹⁰ – o que se revelava uma problemática, por não haver um código específico regulamentando as importantes relações entre os cidadãos e prestadores de serviços públicos.

Com o advento da lei 13.460/17, que dispõe sobre a participação, proteção e defesa dos usuários de serviços públicos, não há a necessidade, à primeira vista, de se recorrer ao Código de Defesa do Consumidor, por haver uma legislação própria para a defesa dos usuários de serviços públicos. Já se percebe um avanço, visto que o Código de Defesa do Consumidor não se alinhava completamente ao regime jurídico próprio dos serviços públicos.

Cabe ressaltar que a legislação entrou recentemente em vigor para União, Estados, Distrito Federal e municípios com mais de 500 mil habitantes¹¹, ou seja, ainda há escassa jurisprudência se utilizando da legislação para que se possa verificar como está sendo implementada, se aplicada ou não a entidades de terceiro setor que prestam serviços públicos não-exclusivos. O estudo do código de defesa dos usuários de serviços públicos, neste sentido, se pautará a partir da verificação dos dispositivos e de comentários tecidos por outros juristas quando de sua análise.

No entanto, realizou-se uma busca no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, a fim de verificar se há jurisprudência aplicando o código de defesa do usuário de serviço público. No dia 04 de fevereiro de 2019, 7 meses e 8 dias após a legislação entrar em vigor para União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios com mais de quinhentos mil habitantes, efetuou-se uma busca no sítio eletrônico do TJ/PR. A primeira busca realizada foi em pesquisa detalhada, onde preencheu-se os campos da seguinte forma: critério de pesquisa: “lei 13.460”; Pesquisar: em ambas (ementa e íntegra do acórdão); âmbito: turmas recursais e segundo grau; os demais campos foram deixados em branco. A pesquisa obteve um resultado apenas, no inteiro teor do acórdão.

consumo, onde o poder público é apenas o “protetor” do consumidor hipossuficiente. In: HACHEM, Daniel Wunder; FARIA, Luzardo. A proteção jurídica do usuário de serviço público entre o Direito Administrativo e o Código de Defesa do Consumidor: a necessidade de uma filtragem constitucional. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 15, n. 6, p. 311-336, set./dez. 2016, p. 328-330.

¹⁰ Neste viés, convergem os autores Daniel Hachem, Luzardo Faria e Jair Marocco. Em artigo com enfoque específico acerca dos contratos de transporte coletivo, o autor Alexandre Bonfim discorre sobre a necessidade de maior regulamentação da atividade prestada, para assim restringir a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Para mais, ver em: BONFIM, Alexandre Bley R. Breves apontamentos sobre a aplicabilidade restrita do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de transporte coletivo municipal de passageiros. *A&C, Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 163-182, jan./mar. 2010.

¹¹ Art. 25. Esta Lei entra em vigor, a contar da sua publicação, em:

I - trezentos e sessenta dias para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios com mais de quinhentos mil habitantes;

II - quinhentos e quarenta dias para os Municípios entre cem mil e quinhentos mil habitantes; e

III - setecentos e vinte dias para os Municípios com menos de cem mil habitantes. In: BRASIL. Lei 13.460, de 26 de junho de 2017. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13460.htm>. Acesso em: 30 jan. 2019.

Trata-se de uma apelação cível, em que a concessionária (apelante) defende o afastamento da responsabilidade objetiva e a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à viação (apelado). No acórdão, sustenta-se que “[...] nos termos da Lei 13.460, de 26 de junho de 2017, e da jurisprudência do STJ, que reconhece a existência de relação de consumo entre as concessionárias de serviço público essencial e os usuários de tal serviço”. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação cível nº 1706934-0, 2018).

Cabe destacar que se utilizou duas vezes da legislação no julgamento, mas que, no entanto, a lei ainda não se encontrava em vigor. Pode-se verificar pelo acórdão um entendimento no sentido de que o código de defesa do usuário de serviços públicos se aplica às concessionárias. Ainda não há jurisprudência quanto a aplicação às entidades de terceiro setor que realizam a prestação de serviços públicos.

Realizou-se uma outra busca em pesquisa detalhada, onde preencheu-se os campos da seguinte forma: critério de pesquisa: “código de defesa do usuário de serviço público”; Pesquisar: em ambas (ementa e íntegra do acórdão); âmbito: turmas recursais e segundo grau; os demais campos foram deixados em branco. Essa busca não obteve nenhum resultado.

Com isso, passa-se para a análise do código de defesa. Em um primeiro momento, a legislação, em seu dispositivo 2º, conceitua alguns dos principais termos da lei, para que possa haver maior clareza em sua interpretação e aplicação. O inciso I estabelece o que se enquadra na concepção de usuário, podendo ser pessoa física ou jurídica¹² que se beneficia ou se utiliza de serviço público.¹³

O inciso II define que serviço público é “atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública” (BRASIL, 2017). O legislador se utilizou de um conceito amplo de serviço público, mas, ao mesmo

¹² Nesse sentido, o código de proteção do usuário de serviço público foi ao encontro do que já preconizava a legislação consumerista e a jurisprudência brasileira, cujo entendimento é de que a pessoa jurídica pode ser enquadrada como consumidora, se enquadrada como vulnerável na relação ou quando destinatária final de um bem em uma relação de consumo. Quanto à mitigação da teoria finalista, traz-se uma ementa do STJ, onde define-se que: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RELAÇÃO DE CONSUMO. EXISTÊNCIA. APLICABILIDADE DO CDC. TEORIA FINALISTA. MITIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. VULNERABILIDADE VERIFICADA. REVISÃO. ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. A Segunda Seção desta Corte consolidou a aplicação da teoria subjetiva (ou finalista) para a interpretação do conceito de consumidor. No entanto, em situações excepcionais, esta Corte tem mitigado os rigores da teoria finalista para autorizar a incidência do CDC nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja propriamente a destinatária final do produto ou do serviço, apresenta-se em situação de vulnerabilidade ou submetida a prática abusiva.

2. No caso concreto, o Tribunal de origem, com base nos elementos de prova, concluiu pela vulnerabilidade do agravado em relação à agravante. Alterar esse entendimento é inviável em recurso especial a teor do que dispõe a Súmula n. 7/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Ministro Antonio Carlos Ferreira (relator). AgRg no AREsp 415244/SC. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2013/0344317-5).

¹³ Destaca-se aqui que não há condicionantes para o enquadramento da pessoa jurídica como usuário de serviço público, diferentemente de uma relação consumerista.

tempo, delimitando ser atividade administrativa, se enquadrando aquela prestada direta ou indiretamente.¹⁴

Retomando-se a questão de agora haver um instrumento próprio para a defesa dos usuários de serviços públicos, o artigo 1º, §2º, II da legislação prevê que “§ 2º A aplicação desta Lei não afasta a necessidade de cumprimento do disposto: II - na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, quando caracterizada relação de consumo” (BRASIL, 2017). Mesmo havendo um código de proteção aos usuários de serviços públicos que considere os contornos do regime jurídico dos serviços públicos, se caracterizar-se uma relação de consumo, aplicar-se-á conjuntamente o Código de Defesa do Consumidor.¹⁵

Algumas inovações trazidas pela legislação são no sentido de regulamentar como será a publicidade dos serviços públicos prestados (prevendo uma periodicidade mínima atual de publicação do quadro geral)¹⁶ e também estabelecendo a confecção de uma Carta de Serviços ao Usuário¹⁷, indo ao encontro com a previsão de transparência ativa referida na Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011).¹⁸

¹⁴ Como tratou-se anteriormente no artigo, há conceituações dissonantes de serviço público entre os juristas brasileiros. Percebe-se que a legislação se utilizou de um conceito muito amplo (que é aquele que abarca inclusive as atividades administrativas desempenhadas pelos poderes Judiciário e Executivo). Gabardo, ao analisar sistematicamente alguns dispositivos da legislação, assinala que o conceito de serviço público adotado no inciso II do art. 2º vai ao encontro com a noção de serviço público delineada por Léon Duguit. In: GABARDO, Emerson. **O novo Código de Defesa do Usuário do Serviço Público: Lei 13.460/17.** Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/emerson-gabardo/o-novo-codigo-de-defesa-do-usuario-do-servico-publico-lei-13-460-17>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

¹⁵ Thiago Marrara, em coluna publicada na página Direito do Estado, ressalta acerca da condição de caracterizar-se uma relação de consumo para aplicabilidade do CDC. Em suas palavras, “ao estabelecer essa condição, o legislador buscou corretamente esclarecer que, para certos serviços, não fará sentido a utilização dos meios adicionais de defesa do CDC, pois não haverá uma verdadeira relação de consumo em sentido estrito. É o que se vislumbra, por ilustração, em serviços *uti universi*, como os serviços de drenagem de águas pluviais, de varrição de ruas ou de segurança urbana”. In: MARRARA, Thiago. **O Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos (Lei n. 13.460/2017):** seis parâmetros de aplicabilidade. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/thiagomarrara/o-codigo-de-defesa-do-usuario-de-servicospublicos-lei-n-13460-2017-seis-parametros-deaplicabilidade>>. Acesso em: 3 maio 2018.

¹⁶ Art. 3º Com periodicidade mínima anual, cada Poder e esfera de Governo publicará quadro geral dos serviços públicos prestados, que especificará os órgãos ou entidades responsáveis por sua realização e a autoridade administrativa a quem estão subordinados ou vinculados. In: BRASIL. Lei 13.460, de 26 de junho de 2017. **Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13460.htm>. Acesso em: 19 abr. 2018.

¹⁷ Art. 7º Os órgãos e entidades abrangidos por esta Lei divulgarão Carta de Serviços ao Usuário. § 1º A Carta de Serviços ao Usuário tem por objetivo informar o usuário sobre os serviços prestados pelo órgão ou entidade, as formas de acesso a esses serviços e seus compromissos e padrões de qualidade de atendimento ao público. In: BRASIL. Lei 13.460, de 26 de junho de 2017. **Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13460.htm>. Acesso em: 19 abr. 2018.

¹⁸ Acerca da legislação que dispõe sobre o dever de informação do Poder Público, a autora Eneida Salgado redigiu um livro que analisa os dispositivos da lei. In: SALGADO, E. D. **Lei de Acesso à Informação (LAI):** comentários à Lei nº 12.527/2011 e ao Decreto nº 7.724/2012. São Paulo: Atlas, 2015. (Coleção direito administrativo positivo; v. 33/ Irene Patrícia Nohara, Marco Antonio Praxedes de Moraes Filho, coordenadores).

Percebe-se que a utilização de todo o código de defesa dos usuários de serviços públicos ainda está incerta, pois a legislação ainda não está em vigência, havendo, inclusive, poucos juristas que analisaram os seus dispositivos, pois sem a jurisprudência se torna tarefa árdua.

4 OS SERVIÇOS PÚBLICOS PRESTADOS POR ENTES DO TERCEIRO SETOR E OS REFLEXOS AOS USUÁRIOS: (IN)APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO

A defesa dos usuários de serviços públicos pela Administração Pública direta e indireta foi disciplinado com a edição da lei 13.460/17, como pode-se observar no ponto anterior alguns aspectos. Este tópico tem por intento verificar: (i) se essa legislação se estende às entidades de terceiro setor que prestam serviços públicos; e (ii) se aplicável, se a legislação se aplica em sua integralidade ou parcialmente.

O surgimento em âmbito internacional da denominação terceiro setor ocorreu nos anos 70, nos Estados Unidos da América, designando setores da sociedade civil que atuam através das organizações¹⁹ sem fins lucrativos. O primeiro autor a adotar o termo “terceiro setor” foi Amitai Etzioni (1972), em um artigo intitulado “*The untapped potential of the ‘third sector’*”.

Entretanto, o ressurgimento dessas organizações, nos anos 90, adquiriu outros contornos, atuando este terceiro setor em conjunto com o Estado, para a prestação de serviços públicos não-exclusivos²⁰. Isto se deu em virtude de uma conjectura do Estado que assumiu um viés neoliberal, onde o poder público repassa atividades às organizações.²¹

Cabe ressaltar que a terminologia terceiro setor não possui um consenso ocidentalmente, havendo significados diferentes em alguns países. Inclusive, no Brasil, a doutrina²² e a legislação conferem uma interpretação distinta para o que abarca essa terminologia, sendo a legislação mais restritiva.

A atuação das organizações da sociedade civil de interesse públicos (Oscip) deve se dar de maneira distinta do Poder Público, devendo ser clara a separação entre os serviços públicos prestados pela Administração Pública e as atividades das Oscips, de modo que não venha a se caracterizar em uma terceirização de serviços públicos (OLIVEIRA, 2006, p. 107-108).

¹⁹ Para Etzioni "as organizações são unidades sociais que procuram atingir objetivos específicos; sua *razão de ser* é servir a esses objetivos". In: ETZIONI, A. **Organizações modernas**. 6. ed. São Paulo: Pioneira, 1980, p. 13.

²⁰ A Constituição Federal de 1988 dispõe acerca de serviços públicos que podem ser executados através de terceiros, como a saúde (conforme estabelece o artigo 197) e a educação (especificamente no artigo 213, referindo-se ao terceiro setor).

²¹ Emerson Gabardo tece uma crítica ao mito do terceiro setor, em que a sociedade civil seria uma boa prestadora de serviços públicos, mas que essa inserção da sociedade na tríade Estado-Mercado-Sociedade coincide com a ascensão de uma doutrina ideológica neoliberal, que no Brasil tem o seu auge na década de 90. Além disso, boa parte das organizações do terceiro setor são financiadas pelo Estado, o que acaba enfraquecendo a característica do terceiro elemento, sociedade civil, vez que os recursos são provenientes do Estado. In: GABARDO, Emerson. **O jardim e a praça para além do bem e do mal** - uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social. 2009. 409 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009, p. 95-133.

²² Alguns autores (SCHMIDT, 2017; CHACON, 1959) entendem o terceiro setor de uma forma muito mais ampla, incluindo-se nessa concepção as associações de bairro, entidades sindicais, partidos políticos, hospitais comunitários, cooperativas dentre outros.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2018, p. 638-647) tece algumas críticas com relação ao frequente desvirtuamento das Oscips, no sentido de que elas devem atuar em paralelo ao Estado, e não representar a substituição da Administração Pública – visto que as entidades de terceiro setor não integram a Administração Pública. Ademais, a autora é bem contundente quando afirma que essas organizações vêm sendo utilizadas como uma nova forma de privatizar a gestão de serviços públicos, de modo a reduzir o tamanho do aparelhamento da Administração.

Já havia legislações acerca das entidades de terceiro setor no Brasil, mas em 2014 foi editada a legislação 13.019 (tido como o marco regulatório do terceiro setor), que objetiva estabelecer o regime jurídico das parcerias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil. Entretanto, a legislação apresenta lacunas na definição de certos aspectos do regime jurídico.

Houve a necessidade de se promulgar o marco regulatório do terceiro setor pela expansão de parcerias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, inclusive para a consecução de serviços públicos não-exclusivos. Nesse sentido, é imprescindível verificar se a defesa dos usuários de serviços públicos se estende àqueles serviços públicos executados por entidades do terceiro setor.

A partir da leitura da legislação 13.460/2017, constatou-se que há um dispositivo, o artigo 1º, §3º que dispõe que: “Aplica-se subsidiariamente o disposto nesta Lei aos serviços públicos prestados por particular” (BRASIL, 2017). Entretanto, o legislador não especificou quem se enquadra como particular e de que forma será essa aplicabilidade subsidiária do código de defesa dos usuários de serviços públicos.²³

Thiago Marrara (2017) depreende que, quando a legislação utiliza o termo ‘particular’, enquadra as empresas concessionárias e permissionárias e as entidades de terceiro setor, onde a elas se aplica o Código de Defesa do Consumidor e, subsidiariamente, o Código de Defesa dos Usuários de Serviços Públicos.

Neste sentido, percebe-se que o legislador, quando dispõe acerca da defesa dos usuários de serviços públicos, se pauta primeiramente no prestador desse serviço (para o enquadramento na legislação), e não no regime jurídico próprio dos serviços públicos e no cidadão.

Romeu Felipe Bacellar Filho (2008, p. 603-608) entende que o serviço público não pode estar desassociado do regime jurídico administrativo, onde aduz que o regime jurídico de direito público é o único capaz de normatizar o serviço público. Filia-se aqui, de certa forma, ao posicionamento do jurista, em que o regime de serviço público deve ter pelo menos suas bases juspublicistas (não precisando ser inteiramente um regime jurídico de direito público, no entanto).

Percebe-se, então, que se tem um embate: de um lado, um regime jurídico de entidades do terceiro setor que prestam serviços públicos com certas lacunas, mas tendendo para um regime

²³ Neste aspecto da lei, o autor Emerson Gabardo tece uma crítica na coluna Direito do Estado, de que a legislação vale para os serviços públicos, mas que, aparentemente, exclui serviços públicos sociais (que não são privativos do Estado), estabelecendo, então, um dispositivo para uma aplicação subsidiária às entidades de terceiro setor. In: GABARDO, Emerson. **O novo Código de Defesa do Usuário do Serviço Público: Lei 13.460/17**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/emerson-gabardo/o-novo-codigo-de-defesa-do-usuario-do-servico-publico-lei-13-460-17>>. Acesso em: 1 maio 2018.

jurídico de bases privatistas; de outro, a fundamentalidade do serviço público que não pode ser atingida, pois trata-se de instrumento para concretização de direitos fundamentais.

Como foi visto, as entidades do terceiro setor surgem para romper com a dicotomia público e privado representada pelo Estado e mercado, a fim de incluir a sociedade em uma relação tripartite na gestão pública. Dessa forma, é urgente a necessidade de uma clara definição do regime jurídico próprio das entidades de terceiro setor que prestam serviços públicos, regime este que preserve a essencialidade do serviço público e que não viole o serviço público adequado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou, a partir da análise do objeto teórico de serviço público e da legislação específica editada para proteção dos usuários de serviços públicos, verificar se esta também se aplica às entidades de terceiro setor que prestam serviços públicos, e, caso não haja aplicabilidade, qual o instrumento cabível para a defesa dos usuários nesse tocante.

Constatou-se que o código de defesa dos usuários de serviços públicos não inovou em muitos aspectos, em alguns dispositivos apenas reafirmando a necessidade de observância dos princípios da Administração Pública e dos preceitos contidos na Lei de Acesso à Informação, que já estavam assentados na Constituição de 1988 e em legislação.

O código de defesa dos usuários de serviços públicos trouxe uma definição ampla de serviços públicos, mas limitou a aplicação a quem se enquadra nos prestadores, quando prevê a aplicação subsidiária da lei aos particulares. Além disso, não houve uma preocupação em definir os particulares que se enquadram e de que forma será essa aplicabilidade, cabendo aos juristas a interpretação.

Depreende-se, então, que as entidades de terceiro setor estão no espectro dos particulares e que a legislação principal que conduzirá a proteção será o Código de Defesa do Consumidor e subsidiariamente o Código de Defesa dos Usuários de Serviços Públicos. Porém, ainda há muitas indefinições de como será a aplicabilidade da legislação de modo geral, e, mais ainda, da aplicação para as organizações prestadoras de serviços públicos.

Conclui-se que somente após a definição de todos os contornos do regime jurídico próprio das entidades de terceiro setor que prestam serviços públicos que poderá se estabelecer exatamente como será a proteção aos usuários. Evidentemente que os usuários de serviços públicos não podem ficar desprovidos de amparo legal; mas fixar até que ponto o Código de Defesa dos Usuários de Serviços Públicos é aplicável se torna tarefa complicada – para não dizer inviável -, tendo em vista que as bases juspublicistas ou privatistas refletirão, em muito, na defesa dos usuários.

No momento em que as entidades do terceiro setor vêm e quebram o paradigma da dicotomia público e privado representada pelo Estado e mercado, a fim de incluir a sociedade em uma relação tripartite na gestão pública, faz-se necessário repensar regimes jurídicos de direito público e de direito privado. Assim como a dicotomia foi rompida na criação de instituições público-privadas, isso deve refletir no modo em que o regime jurídico será firmado a fim de garantir o serviço público adequado aos cidadãos.

Defende-se então que o regime jurídico deve ser pautado a fim de não infringir o direito fundamental ao serviço público adequado e que, dessa forma, diversos pontos do Código de Defesa dos Usuários de Serviços Públicos também seriam aplicáveis às entidades de terceiro setor.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, A. S. de. Direito dos serviços públicos. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Serviço público. In: DELPIAZZO, Carlos E. (Coord.). Estudos jurídicos em homenagem al profesor Mariano R. Brito. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2008, p. 603-608.
- BONFIM, Alexandre Bley R. Breves apontamentos sobre a aplicabilidade restrita do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de transporte coletivo municipal de passageiros. A&C, Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 163-182, jan./mar. 2010.
- BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Lei 13.019, de 31 de julho de 2014. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13019.htm>. Acesso em: 31 jan. 2019.
- BRASIL. Lei 13.460, de 26 de junho de 2017. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13460.htm>. Acesso em: 30 jan. 2019.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação cível número 1706934-0, julgada em 05 de abril de 2018. Desembargador Francisco Luiz Macedo Junior (relator). Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12514284/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1706934-0>>. Acesso em: 04 fev. 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2013/0344317-5, julgada em 7 de maio de 2015. Ministro Antonio Carlos Ferreira (relator). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303443175&dt_publicacao=19/05/2015>. Acesso em: 30 abr. 2018.
- CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; OLIVEIRA, Vitória Cristina. Constitucionalização do Direito Administrativo e Sindicabilidade do Ato Discricionário. Revista de Estudos Institucionais, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 168-191, jan./jul., 2016.
- CHACON, V. Cooperativismo e comunitarismo. Belo Horizonte: UFMG, 1959.
- DI PIETRO, M. S. Z. Direito Administrativo. 31. ed. São Paulo: Forense, 2018.
- DUGUIT, L. Fundamentos do direito. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.
- ETZIONI, A. Organizações modernas. 6. ed. São Paulo: Pioneira, 1980.
- ETZIONI, Amitai. The untapped potential of the 'third sector'. Business and Society Review, n. 1, p. 19-44, Spring 1972.
- FREITAS, J. Estudos de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 1995.
- GABARDO, Emerson. O jardim e a praça para além do bem e do mal - uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social. 2009. 409 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

GABARDO, Emerson. O novo Código de Defesa do Usuário do Serviço Público: Lei 13.460/17. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/emerson-gabardo/o-novo-codigo-de-defesa-do-usuario-do-servico-publico-lei-13-460-17>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

GROTTI, D. A. M. O serviço público e a Constituição brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003.

HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar., 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 2014. 614 f. Tese (Doutorado em Direito – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014).

HACHEM, Daniel Wunder; FARIA, Luzardo. A proteção jurídica do usuário de serviço público entre o Direito Administrativo e o Código de Defesa do Consumidor: a necessidade de uma filtragem constitucional. Revista de Direito Brasileira, São Paulo, v. 15, n. 6, p. 311-336, set./dez., 2016.

MAROCCO, Jair Sá. Contornos à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos. Revista Estudos Jurídicos, São Paulo, n. 34, p. 180-203, jul./ago., 2010.

MARRARA, Thiago. O Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos (Lei n. 13.460/2017): seis parâmetros de aplicabilidade. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiogomarrara/o-codigo-de-defesa-do-usuario-de-servicospublicos-lei-n-13460-2017-seis-parametros-deaplicabilidade>>. Acesso em: 3 maio 2018.

MEDAUAR, O. Direito administrativo moderno. 19. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015.

MELLO, C. A. B. de. Curso de direito administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, C. A. B. de. Serviço público e concessão de serviço público. São Paulo: Malheiros, 2017.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. O terceiro setor e a gestão privada de recursos públicos para fins públicos, p. 101-138. In: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (Coord.); CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; VIOLIM, Tarso Cabral (Orgs.). Direito do terceiro setor: atualidades e perspectivas. Curitiba: OAB, 2006.

PIRES, L. M. F. O Estado Social e Democrático e o serviço público: um breve ensaio sobre liberdade, igualdade e fraternidade. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SALGADO, E. D. Lei de Acesso à Informação (LAI): comentários à Lei nº 12.527/2011 e ao Decreto nº 7.724/2012. São Paulo: Atlas, 2015. (Coleção direito administrativo positivo; v. 33/ Irene Patrícia Nohara, Marco Antonio Praxedes de Moraes Filho, coordenadores).

SALOMONI, J. L. Teoria general de los servicios públicos. Buenos Aires: Adhoc, 1999.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Regime jurídico do serviço público: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social. 2009. 214 f. Tese (Doutorado em Direito – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009).

SCHMIDT, J. P. Universidades comunitárias e terceiro setor: fundamentos comunitaristas da cooperação em políticas públicas. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2017.

COMO CITAR ESSE DOCUMENTO:

GRUENDLING JURUENA, Cynthia; BLANCHET, Luiz Alberto. A DEFESA DOS USUÁRIOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS PRESTADOS POR ENTES DO TERCEIRO SETOR. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 57, jul. 2019. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/13147>>. Acesso em: _____. doi:<https://doi.org/10.17058/rdunisc.v1i57.13147>.