



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

O Estado pós-moderno como fornecedor de serviços

Aparecido Machado

Rio de Janeiro
2012

APARECIDO MACHADO

O Estado pós-moderno como fornecedor de serviços

Artigo científico apresentado como exigência para obtenção do título de especialização à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, no curso de Pós-graduação em direito do consumidor e responsabilidade civil.

Professores orientadores:
Nelson Carlos Tavares Jr.
Néli L. C. Fetzner
Guilherme Sandoval
Rafael Iorio

O ESTADO PÓS-MODERNO COMO FORNECEDOR DE SERVIÇOS

Aparecido Machado

Graduado pela Universidade
Augusto Motta UNISUAM-RJ
Analista Judiciário do Tribunal de
Justiça do Estado do Rio de Janeiro

RESUMO: Com a vigência da Lei n.8.078/90, aos fornecedores de serviços públicos houve expressa determinação de integrar a demanda consumerista nos dois polos da ação. O Estado, como pessoa jurídica de direito público, desenvolve prestação de serviços próprios. Entretanto, essa modalidade de relação de consumo não se completa, pois o STF, desde 12/12/1969, com a edição da súmula 545, diferencia serviços públicos pelo critério tributário. Assim sendo, o requerente recebe serviço prestado a todos, e paga tributo de caráter universal, subsumindo-se ao *jus imperii*. O tema trará à reflexão e discussão, o conceito de consumo na prestação do serviço público e não apenas do terceiro setor, ou seja, as chamadas entidades paraestatais. A evolução do direito constitucional brasileiro, na pós-modernidade, prestigia desestatização, a participação social, positiva a proteção da dignidade da pessoa humana, da confiança, da verdade e da boa-fé e eleva o Estado, desde o seu primeiro conceito de administração colonial, à atual condição de Estado gerencial. No século XXI, devem os institutos de direito equilibrar as relações de consumo, evitando conceder ao Estado gerencial maior proteção, pois a desigualdade e o gigantismo do Estado fornecedor de serviços, é insuperável ao consumidor na condição de vulnerável da novel relação jurídica consumerista.

Palavras-chave: Fornecimento de Serviço Público. Fato do Serviço Público. Usuário-Consumidor. Consumidor de Serviço Público.

Sumário: Introdução. 1. A evolução histórica da administração dos serviços estatais. 2. O consumidor como usuário vulnerável na relação de consumo de serviços públicos. 3. O fornecedor de serviços públicos e sua responsabilidade civil. 4. A positivação do serviço público no CDC. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a inovação que o Código de Defesa do Consumidor introduziu no âmbito da prestação de serviços dos entes públicos, que em sua maioria, pela singularidade de possuir o monopólio, às vezes o oligopólio, apresentam descomunal desigualdade de forças, por se tratar do poder do Estado (fornecedor) e, do outro lado, o cidadão contribuinte (usuário), ou seja, o consumidor do serviço estatal.

Mas quem é o consumidor de serviços públicos? O artigo 2º do CDC o define como sendo toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. A doutrina nacional divide o conceito de consumidor entre finalistas, maximalistas, finalistas moderados.

Os finalistas, no ensino do José Geraldo Filomeno¹, preconizam restritivamente que consumidores são apenas os vulneráveis e hipossuficientes, pois retiram o bem ou serviço do mercado, como destinatários econômicos, com a finalidade específica de uso próprio e não profissional, não o utilizando como insumo.

Os defensores da teoria maximalista, ou teoria objetiva, são extensivos, sustentam que consumidores são os destinatários fáticos do bem, contando que o retirem do mercado, ainda que sejam consumidores profissionais. João Batista de Almeida² entende que a pessoa jurídica é consumidora no “consumo intermediário”, como destinatário final, ou seja, para uso próprio, privado, individual, familiar ou doméstico, e até para terceiros, desde que o repasse não se dê por revenda.

Os finalistas moderados, cuja teoria também é denominada de mista, mitigada ou aprofundada, segundo Cláudia Lima Marques³, apresentam a figura do consumidor final imediato. Obtida quando a pessoa jurídica e o profissional na posição de consumidores, demonstrarem sua vulnerabilidade e destinação final de consumo prevalente, desde que atuando fora do âmbito de sua expertise.

O Estado como fornecedor de serviços públicos, existe para satisfazer as necessidades sociais. Apesar da sua imprescindibilidade, a maioria desses serviços não são realizados para a coletividade como um todo, ou seja, não são genéricos, mas específicos e divisíveis. Em sua

¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 35.

² ALMEIDA, João Batista de. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 38 e 40.

³ BENJAMIM, Antônio Herman; MARQUES Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 92/93.

essência, serviço público é a união das forças do Estado por meio de seus órgãos, seus delegados, sob normas e controle estatais⁴, basicamente sob o regime de direito público com o fim de prover as necessidades sociais e coletivas, essenciais ou secundárias⁵, permanentes e obrigatórias de forma a atender a conveniência do Estado, que amiúde, traduz-se no anseio da sociedade.

A demora na prestação dos serviços públicos em face de sua imprescindibilidade é a injustiça feita a todos. Como conseqüências lógicas da constatação da ineficiência, o descrédito, a impunidade e a corrupção permeiam o inconsciente social coletivo.

O Brasil busca com tecnicidade desenvolver e aplicar o conceito de Estado Gerencial. Para tanto, age como empresa privada, quando através do terceiro setor, as entidades paraestatais, “terceiriza” seus serviços, obtendo lucro nas contratações de pessoal, na contratação de serviços adicionais a baixo custo e ainda obtém lucro quando atua como gestor de grandes fundos, em última análise tendo como cliente a própria sociedade.

Hodiernamente, os cidadãos podem escolher, em alguns assuntos, se preferem o serviço público ou o privado, ainda que ambos sejam regulados pelo Estado mediante o recebimento de valores pela prestação de seus serviços de regulação, fiscalização, autorização, concessão, delegação ou serviço assemelhado.

A positivação do serviço público no CDC tem como objetivo teleológico a mudança na prestação desse serviço a fim de equilibrar a relação e tratar com dignidade o consumidor dos seus serviços próprios. Os demais serviços prestados no segundo e terceiro setores têm que se submeter ao CDC. A sociedade e o mercado, bem como as paraestatais, entre estes os oligopólios empresariais, financeiros e de serviços têm implementado a adequação aos princípios da boa-fé, da solidariedade, da verdade, da dignidade, princípios cogentes da legislação consumerista.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 289.

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 257.

Os autores do anteprojeto do CDC ousaram usar os direitos consagrados na Constituição para fazer o Estado se igualar em obrigações e direitos com os seus consumidores, já que a nação em compasso de evolução, tal como na iniciativa privada, contrata em massa, a todo instante com o Estado.

Vivemos em uma globalização jurídica⁶, onde o axioma latino “*Dura lex sed lex*” com o advento do “*welfare state*” possui as seguintes variantes: na Itália: “*Chi fa la legge, la serva*”; na França: “*Ceux qui les lois doivent les observer*”; nos EUA: “*They that make laws, must keep them*”; na Alemanha: “*Diejenigen, die das Gesetz zu machen, sollte die ersten, die es zu erfüllen*”, no Brasil: “Quem lei estabelece guarda-la deve”.

Se sobre os ombros do vulnerável consumidor de serviços públicos recair o peso de provar a culpa diabólica, de suportar o rito ordinário, de pedir a aplicação da teoria da carga dinâmica da prova em face da concepção instrumental estática e caso proceda o direito em seu favor, aguardar os prazos recursais dilatados em favor do Estado, quando for receber o pagamento aguardar o precatório, ocasião em que possivelmente seus herdeiros receberão a reparação de um dano causado ao fiel contribuinte que nunca foi tratado desigualmente na medida de sua desigualdade com o Estado.

Esta é a consagração do tratamento desigual e a prova das reminiscências de um tempo colonial, em nada condizentes com o direito positivado no Estado pós-moderno, com sistema constitucional democrático e social fundado na dignidade da pessoa humana, garantidor do mínimo existencial.

O Estado avançou no tempo, as modificações legislativas vêm se adequando a essas mudanças. O código de defesa do consumidor é lei nova, com princípios atuais que visam estabelecer paridade com o sistema político contemporâneo, dentro de padrões jurídicos solidários.

⁶ PUIGPELAT, O. M.: Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo, Madrid: Civitas, 2004.

1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ADMINISTRAÇÃO DOS SERVIÇOS ESTATAIS

No Brasil, a administração pública sofreu várias modificações desde o seu primeiro governo, assim restaram classificadas cronologicamente: (1500/1822) Administração Patrimonialista Colonial; (1822/1889) Patrimonialismo Imperial; (1889/1930) Patrimonialismo Oligárquico; (1930/1967) Administração Burocrática; (1967/1988) Administração Gerencial; (1988/1998) Administração Burocrática; (1998/2012) Administração Gerencial.

De acordo com Luciano Oliveira⁷, da fusão destes modelos exsurtem apenas três: administração pública patrimonialista, administração pública burocrática e administração pública gerencial. No atual modelo de Estado gerencial, a sociedade civil participa da execução dos serviços estatais que não sejam exclusivos do Estado, desta forma, as entidades paraestatais, como organizações sociais (OSs), organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs), as organizações não governamentais (ONGs) e as permissionárias, delegatárias, autorizatárias e concessionárias do serviço público, também chamadas de terceiro setor, passam juntamente com o Estado (primeiro setor) e o mercado (segundo setor) a coexistir.

Eduardo Polo⁸ sustenta que o direito do consumidor hoje, engloba todas as áreas das relações humanas, inclusive entre o Estado e o usuário de seus serviços públicos:

Situados nessa perspectiva, tudo hoje em dia é direito do consumidor: o direito à saúde e à segurança; o direito de defender-se contra a publicidade enganosa e mentirosa; o direito de exigir as quantidades e qualidades prometidas e pactuadas; o direito de informação sobre os produtos, os serviços e as suas características, sobre conteúdo dos contratos e a respeito dos meios de proteção e defesa; o direito à liberdade de escolha e à igualdade na contratação; o direito de intervir na fixação do conteúdo do contrato; o direito de não se submeter às cláusulas abusivas; o direito de reclamar judicialmente pelo descumprimento ou cumprimento parcial ou defeituoso dos contratos; o direito à indenização pelos danos e prejuízos sofridos; o direito de associar-se para a proteção de seus interesses; o direito de voz e representação em

⁷ OLIVEIRA, Luciano. *Evolução da Administração Pública no Brasil*. Disponível em: <http://www.editoraferreira.com.br/publique/media/luciano_toq27.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2012.

⁸ POLO, Eduardo. *La protección del consumidor en el Derecho Privado*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1980, p. 22.

todos os organismos cujas decisões afetem diretamente seus interesses; *o direito, enfim, como usuários, a uma eficaz prestação dos serviços públicos* e até mesmo à proteção do meio ambiente. (grifo nosso)

Nesse atual modelo de Estado, o interesse público é visto sob o olhar do cidadão e não como o interesse do próprio ente público, então os cidadãos transmutam-se em clientes do serviço público. Aqui, o Estado através de mudanças organizacionais, busca redução da máquina estatal, descentralização dos serviços públicos, metas de trabalho, produtividade, e promover a eficácia da qualidade e eficiência nos serviços oferecidos aos seus consumidores.

2. O CONSUMIDOR COMO USUÁRIO VULNERÁVEL NA RELAÇÃO DE CONSUMO

Sobre a vulnerabilidade do consumidor, este é o cerne, o ponto de partida, a espinha dorsal, o foco para onde se converge toda a proteção ao direito do consumidor. A presunção relativa de vulnerabilidade para a pessoa física; as hipóteses de inclusão ativa na relação de consumo de pessoas jurídicas e profissionais; a hipervulnerabilidade; são exemplos da apurada atenção da lei, da doutrina e da jurisprudência pátria ao tema. Nesse sentido:

Direito do Consumidor. Administrativo. Normas de proteção e defesa do consumidor de ordem pública e interesse social. Princípio da vulnerabilidade do consumidor. Princípio da transparência. Princípio da Boa-fé objetiva. Princípio da Confiança. Obrigação de segurança. Direito a informação. Proteção de consumidores Hipervulneráveis. [...] 18. Ao Estado Social importam não apenas os vulneráveis, mas, sobretudo, os hipervulneráveis, pois são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a “pasteurização” das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna.⁹

A vulnerabilidade é considerada por Bruno Miragem¹⁰: um dos princípios gerais do direito do consumidor. Para Claudia Marques¹¹: é uma característica, um estado de fraqueza, um sinal de necessidade e de proteção que se divide em quatro tipos: técnica, jurídica, fática ou socioeconômica e informacional.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 586.316. Relator Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <http://arquivos.mp.pb.gov.br/consumidor/juris/outras_praticas.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2012

¹⁰ MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 81

¹¹ MARQUES Claudia Lima; et all, op. cit., p.93-94.

O tipo informacional é o que melhor traduz a necessidade de proteção do equilíbrio na relação jurídica. Aqui o consumidor está em posição de completo desconhecimento e busca o aspecto necessário a igualdade em qualquer tipo de relação: saber o que está fazendo. Quando o detentor das informações é o Estado e o consumidor-usuário não sabe o que fazer para vencer as dificuldades em obter o meio de alcance destas, somente o próprio Estado pode autorizar a quebra dos obstáculos, seja pela via administrativa ou judicial, impondo ao consumidor a continuidade da sua vulnerabilidade, neste caso, hipervulnerabilidade, até o fim do procedimento escolhido. Assim Claudia Marques¹² dispõe sobre o tema:

[...]Hoje, porém, a informação não falta, ela é abundante, manipulada, controlada e, quando fornecida, nos mais das vezes, desnecessária. Concorde-se com Erik Jayme, quando conclui que o consumidor/usuário experimenta neste mundo livre, veloz e global (relembre-se aqui o consumo pela internet, pela televisão, pelo celular pelos novos tipos de computadores, cartões e chips), sim, uma nova vulnerabilidade. É o que Antônio Herman Benjamin considerou como o aparecimento de uma “hipervulnerabilidade” em nossos dias.

No TJRJ a quinta câmara cível entendeu que a prova da vulnerabilidade informacional em face do serviço público se subsume ao art 6º, VIII do CDC:¹³

Agravo de instrumento. Ação indenizatória. Requerimento autoral para expedição de ofício a unidade ambulatorial pública para que forneça boletim de atendimento médico. Indeferimento. Relação de consumo. Aplicação das regras da Lei nº 8078/90, e, subsidiariamente, do CPC. Prova do fato constitutivo que compete à parte autora. Facilitação de sua defesa que é assegurada no âmbito consumerista. Indeferimento de provas que só deve alcançar aquelas inúteis ou protelatórias. Inteligência dos arts. 130 e 333, I do CPC, bem como 6º, VIII do CDC. Notória dificuldade dos cidadãos em conseguir prontuários médicos nos hospitais públicos. Obrigação do Judiciário em suprir a dificuldade. Deferimento da prova documental que se impõe. Provimento do recurso, na forma do art. 557 § 1º - A do CPC.

Em 22 de outubro de 2012 o TJRJ julgou que o “Estatuto dos desiguais”, é a fonte do reconhecimento da relação de consumo no serviço público.¹⁴

Apelação cível. Responsabilidade civil objetiva. Risco administrativo. Hospital público municipal. Prestação de serviço odontológico. Pedido de indenização por danos morais e estéticos. Paralisia facial periférica. Subsunção à regra do art. 37 § 6º CF/88 e aos arts. 14 do CDC. [...] Destarte, e ainda

¹² BENJAMIM, Antônio Herman; MARQUES Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe, op. cit., p.101

¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Agravo de Instrumento nº 0053250-26.2012.8.19.0000 Des. Relatora Cristina Tereza Gaulia. Disponível em <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00047E9FAE270A87E9AA2F8D33ABD082807942C456463D5F>> Acesso em: 01 out. 2012.

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0126078-22.2012.8.19.0000. Des. Relatora Cristina Tereza Gaulia. Disponível em <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004114B08FDA5EB5361B61E834B399727A6D7C45C032E26>>. Acesso em: 07 nov. 2012.

que assim não fosse, a relação entre as partes igualmente configuraria relação de consumo, gerando aplicação da Lei 8078/90, cujo art. 27 prevê, igualmente, prazo prescricional quinquenal, afastando-se, com fulcro no princípio da especialidade, e por mais de um fundamento, a aplicação do prazo trienal previsto no Código Civil,[...] A relação entre as partes é de consumo submetida à Lei 8078/90 (art. 14), bem como aos os ditames do parágrafo 6º do art. 37 da CF/88, *verbis*: [...]

Segundo o Grupo de Estudos de Economia do Setor Público do Departamento de Economia da Universidade Federal de Pernambuco¹⁵ a arrecadação com impostos indiretos e relacionados ao consumo familiar é da ordem de 54% do total da receita obtida, incluído as contribuições sociais. No portal da transparência do Governo Federal¹⁶, o total destinado pela União, em âmbito nacional para 2012, com gastos diretos por tipo de despesa, é da ordem de R\$699.470.193.509,57 (seiscentos e noventa e nove bilhões de reais), em contrapartida a Fazenda Pública arrecadou com impostos, de janeiro a 03 de outubro de 2012, valores superiores a R\$1.136.000.000.000,00 (um trilhão, cento e trinta e seis bilhões).¹⁷

Considerando que 54% desse total tem como fonte o consumo do segundo setor (mercado), o consumidor brasileiro deveria gozar de plenas garantias de seus direitos. Deveria, pois esta contraprestação não retorna ao usuário com a prerrogativa *pro-populi*, já que essa não é a realidade do consumidor de serviços públicos.

Os impostos não retornam em forma de serviços adequados. Assim, quando se pretender utilizar serviço próprio do Estado, paga-se o imposto e sem qualquer proteção à sua vulnerabilidade suporta-se os maus serviços prestados a si consumidor final, eis que o pagamento é uniforme devido pelos serviços exclusivos, *uti universi*, mas a prestação do serviço público é pessoal, em caráter singular, *uti singuli*, isto é ao cidadão-consumidor.

¹⁵ SIQUEIRA, Rozane Bezerra; NOGUEIRA, José Ricardo; SOUZA, Evaldo Santana. *Impostos sobre consumo no Brasil: A questão da regressividade reconsiderada*. 1999. 15 f. Artigo científico (Departamento de Economia) Universidade Federal de Pernambuco. Disponível em: <<http://www.decon.ufpe.br/econ-net/ea99.doc>>. Acesso em: 02 jul. 2012.

¹⁶ BRASIL. Portal da Transparência. Disponível em : <<http://www.portaltransparencia.gov.br/PortalComprasDiretasEDDespesas.asp?Ano=2012&Pagina=2>> .Acesso em: 03 set. 2012.

¹⁷ SÃO PAULO. Associação Comercial de São Paulo. *Impostômetro*. Disponível em: < <http://www.impostometro.com.br/paginas/painel-fisico>>. Acesso em: 03 set. 2012

Vale observar que o serviço público é fornecido aos seus consumidores-usuários, como observa o professor Alexandre Aragão¹⁸: “não há dúvidas, com efeito, quanto a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor – CDC aos serviços públicos”. No mesmo sentido a autora Dinorá Grotti¹⁹, corroborando este raciocínio:

[...] caminhou bem o legislador, considerando que a batalha pela eficácia social do princípio da proteção do consumidor de serviços públicos envolve o reconhecimento técnico e fático da vulnerabilidade dos usuários, constante do art. 4º do Código de Defesa do Consumidor.

Sobre o tema prestação de serviços públicos adequados e considerando o caráter finalístico dos serviços públicos, isto é, a satisfação da necessidade dos usuários, o Prof. Helly L. Meirelles²⁰ ressalta que modernamente tem-se entendido o termo “serviço adequado” como a síntese de cinco princípios que, independentemente das normas pertinentes, devem reger obrigatoriamente todos os serviços públicos, quais sejam: generalidade, permanência, eficiência, modicidade e cortesia. Nestes moldes, ensina que:

[...]generalidade significa serviço para todos os usuários, indiscriminadamente; o da permanência ou continuidade impõe serviços constantes, na área e período de sua prestação; o da eficiência quer dizer serviços satisfatórios, qualitativa e quantitativamente; o da modicidade significa preço razoável ao alcance de seus destinatários; o da cortesia significa bom tratamento ao público.

Nesse particular o disposto no art. 7º da Lei n. 8.987/95²¹, de forma expressa indica o CDC e torna clara a orientação do legislador no sentido da aplicação do referido diploma protetivo. O tema envolve contradições jurisprudenciais e correntes doutrinárias opostas, neste sentido há jurisprudências que não socorrem o usuário de serviços públicos essenciais como consumidores:

- a) TJSP, 3º. Câ. De Direito Público, ACív n. 51.219-5 rel. Des. Rui Stoco, j. em 9.2.1999;
- b) 1º TACívSP, AgI n. 799.873-0/Cafelândia, rel. juiz Mateu Fontes, j. em 23.2.1999.

¹⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A dimensão e o papel dos serviços públicos no estado contemporâneo*. Tese de doutorado apresentada a Universidade do Estado de São Paulo. São Paulo, 2005, p. 306.

¹⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 342.

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 367.

²¹ BRASIL. Lei n.8.987, de 13 de Fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm> Acesso em 01 out. 2012.

Em oposição, há os julgados que aplicam aos serviços públicos essenciais o CDC:

- a) *STJ. 1º t. ROM n.8.915/MA, rel. Min. José Delgado, DJU de 17.8.1998;*
- b) *TJPS, 3º Câmara. Civ. Ap. Civ. N. 236.975-1/Taubaté, rel. Eduardo Brega, j. em 6.6.1995;*
- c) *TACivSP, 11º Câmara., Apelação ex officio, Acórdão n. 30.541/Mirante do Paranapanema, rel. Juiz Urbano Ruiz, j. em 9.11.1998.*

Para Alexandre Aragão²², na doutrina há dissensão sobre o tema onde a corrente privatista protetora dos hipossuficientes, pautada em princípios de ordem pública constituindo uma evolução do direito privado e positivada no CDC, debate com a corrente publicista, onde o consumidor é tratado como usuário, utente e é protegido por legislação específica de concessão de serviços públicos, cujo objeto é o tratamento universal dos cidadãos contribuintes. Bem aqui, a corrente mista atenua a discussão sustentando que o consumidor usuário do serviço público pode, simultaneamente, dependendo da relação considerada, ser alvo do direito contratual ou estatutário.

3. O FORNECEDOR DE SERVIÇOS PÚBLICOS E SUA RESPONSABILIDADE CIVIL

O legislador federal não demonstra o mesmo interesse em regular a defesa do vulnerável diante dos serviços públicos, que demonstrou em face do mercado, pois a emenda constitucional n.19/98, que ficou conhecida como reforma administrativa, dispõe em seu art. 27: “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação desta Emenda, elaborará lei de defesa do usuário de serviços públicos”.²³

Apenas o Estado de São Paulo editou leis nesse sentido: Lei n. 10.294 de 20 de abril de 1999 e a Lei n. 14.029 de 13 de julho de 2005, que dispõem respectivamente sobre proteção e defesa do usuário do serviço público do Estado²⁴ e do Município²⁵ de São Paulo.

²² ARAGÃO, Alexandre Santos. op. cit.

²³ BRASIL. Emenda Constitucional n. 19 de 04 de junho de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 01 out. 2012.

²⁴ BRASIL. Lei n. 10.294 de 20 de abril de 1999. Disponível em: <http://cidadao.sp.gov.br/protecao_lei.php> Acesso em : 01 out. 2012.

Ao prestar os serviços públicos destinados ao mercado de consumo, o Estado assume a posição de fornecedor de serviço, não podendo, com isso, se furtar de respeitar e pôr em prática todas as determinações constantes no Código de Defesa do Consumidor bem como das relativas a reparação ao *status quo ante*, previstas no Código Civil.

A realização de serviços públicos está disciplinada no artigo 22 do CDC. Essa exposição legal é de suma importância, pois demonstra ser uma obrigação do Estado, estabelecendo igualdade com os particulares e impedindo, que os prestadores de serviços públicos desonerem-se das normas do CDC.

A eficiência não se refere ao fato de que o Estado não só deve se ater a prestar o serviço, mas deve o fazê-lo da melhor maneira possível, satisfazendo todas as necessidades e expectativas dos usuários. Nesse sentido, manifesta-se Marçal Justen Filho²⁶:

O Estado de Direito Democrático significou, ademais, que supremacia do interesse público não significa supressão de interesses privados. Um dos mais graves atentados ao interesse público consiste no sacrifício prepotente, desnecessário ou desarrazoado de interesse privado. O Estado não existe contra o particular, mas para o particular.

Quanto à adequação e a segurança, estes devem emanar do próprio serviço eficiente, pois é impossível considerar que algo seja eficiente e que não traga segurança para o usuário.

Além disso, para Rafael Pontes Vidal²⁷, o serviço só é eficiente se for adequado, pois como irá funcionar se não se encaixar nas necessidades esperadas pelo consumidor? Adequação, segurança, eficiência e continuidade formam uma característica única.

Pode-se concluir com uma classificação das qualidades dos serviços públicos, nos quais o gênero é a eficiência, tudo o mais decorrendo dessa característica principal. Logo, adequação, segurança e continuidade são características ligadas à necessária eficiência que são os serviços públicos. Como esses serviços são destinados ao consumo, eles não estão

²⁵ BRASIL. Lei n. 14.029 13 de julho de 2005. Disponível em: <http://www.incor.usp.br/sites/webincor.15/do/cs/ouvidoria/codigo_protecao_defesa.pdf>. Acesso em: 01 out. 2012.

²⁶ JUSTEN Filho, Marçal. *Concessões de serviços públicos*, São Paulo: Dialética, 1997, p. 35.

²⁷ VIDAL, Rafael Pontes. *Responsabilidade do estado enquanto fornecedor de serviços públicos destinados ao consumo*. Disponível em: <<http://www.juristas.com.br/informacao/artigos/responsabilidade-do-estado-enquanto-fornecedor-de-servicos-publicos-destinados-ao-consumo/41/>>. Acesso em: 13 ago. 2012.

livres de apresentarem vícios ou defeitos, pois, conforme disposição do artigo 6º, X do CDC, é direito básico e geral, a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos.

O defeito é inerente ao vício, surge dele, mas não pode ocorrer sem ele. Sobre os defeitos no serviço público, comenta Joseph Tawil:²⁸ “O defeito na prestação de um serviço público é o resultado da sua inadequação, ou seja, do não atendimento a algum de seus princípios fundamentais.”

No caso dos serviços públicos, o vício, por exemplo, pode acontecer quando o Estado-juiz não aprecia pedido liminar, abstendo-se de realizar sua função. O defeito se daria no reconhecimento do vício a destempo, através de decisão inócua, em momento que o perigo da demora já causou dano, nascendo, a partir daí, o dever de reparação civil do Estado, eis que prestou um serviço de má-qualidade.

A responsabilidade civil do Estado enquanto fornecedor de serviços públicos destinados aos consumidores está insculpida em dois dispositivos legais. O primeiro deles, que tem guarida no artigo 37, §6º, da CRFB, esse consagra que as pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviços públicos arcarão com os prejuízos que os seus agentes produzirem a terceiros. A segunda exposição legal se encontra no parágrafo único do artigo 22 do CDC, que aduz: quando o serviço público for ineficaz e inadequado, havendo o descumprimento total ou parcial da prestação realizada pelo Estado, o ente responsável pelo fornecimento será obrigado a reparar os danos causados, na forma estabelecida no próprio Código de Defesa do Consumidor.

Da exegese combinada destes artigos, é fácil concluir que o legislador constituinte originário e o legislador consumerista expuseram que recai sobre o Estado fornecedor de serviços públicos destinados ao consumo, a responsabilidade civil objetiva, esta que

²⁸ TAWIL, Joseph Antoine. *A relação de consumo estabelecida entre o usuário de serviço público e a empresa concessionária*. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/joseph_antoine_tawil.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2012.

independe da perquirição da existência de dolo ou culpa, fazendo-se apenas necessária a presença do fato, do dano e do nexo causalidade entre estes. Deste modo, em comentários ao artigo 22 do CDC, ensina Antônio Rizzatto:²⁹

O legislador inseriu a norma no contexto do art.22 apenas, mais uma vez, para deixar patente a responsabilidade do prestador do serviço público. O intuito foi evitar que surgisse algum tipo de argumento pretendendo elidir a responsabilidade do prestador. Nesse aspecto, pode-se dizer, então, que fez bem o legislador, uma vez que, como vimos, mesmo com o texto expresso do caput do art.22, existem fornecedores de serviços públicos que pretendem sustentar o insustentável: que não estão submetidos às regras da Lei n.º. 8078/1990.

Portanto, de par com o parágrafo único do artigo 22 do CDC, caso os serviços públicos apresentem vícios ou defeitos, surgirá para o Estado o dever de reparação civil que será alicerçado nos artigos 14 e 20 da legislação consumerista.

4. O SERVIÇO PÚBLICO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Os serviços públicos são orgânicos, materiais e formais, também comportam a divisão entre próprios *uti universi*, ou impróprios *uti singuli*. Os serviços públicos próprios, são fornecidos pelo Estado como contraprestação do recolhimento impostos. Essa forma de arrecadação vincula ao fornecimento de serviço indivisível. Assim, desde 1969, entende o STF e por esse motivo, não se aplica o CDC a esses serviços. Caberá ao consumidor aqui pleitear a reparação dos danos na forma da Lei Civil.

Os serviços *uti singuli* que prestados de forma divisível e remunerados por tarifa, têm natureza contratual e assim são abrangidos pela principiologia do CDC. Nesse sentido o STJ admite a relação de consumo entre o Estado (concessionárias) e o consumidor.

A problemática inicia-se nesse ponto. O direito, juntamente com o Estado evolui. Não há mais lugar para assertivas concretas. A figura constitucional da ponderação na atualidade é instrumental para dialogar com conceitos distintos visando o equilíbrio, a proporcionalidade a pacificação dos interesses em litígio.

²⁹ NUNES, Rizzato. *Curso de Direito do Consumidor*, op. cit. p. 116.

A CRFB chamada de Constituição cidadã, em 1988, inaugura o estado social brasileiro. Seu artigo 3º, inciso I preconiza como objetivo fundamental a construção de uma sociedade solidária. O serviço público é social e solidário, é dele que todos dependem e através dele que se solidarizam. Não vivemos o tempo de uma solidariedade dogmática típica de um país imperial, onde “ao Estado tudo e aos demais o que sobrar”.

Se o Brasil hoje é o modelo de Estado gerencial, se as relações sociais privilegiam o interesse do consumidor, dos direitos coletivos, como conceber a filosofia da supremacia do interesse público a esmagar direitos constitucionais protetivos dos vulneráveis e hipossuficientes técnicos em confronto com o poderio oligárquico do Estado?

O Estado possui privilégios e por eles existem continua a não se submeter aos ditames constitucionais de proteção ao consumidor de seus serviços. É de observar-se que o recolhimento de impostos, taxas e tarifas, não são amiúde base para a não aplicação dos princípios do CDC, pois a coletividade de pessoas, o consumidor por equiparação e o bystander, sequer pagaram pelo serviço e são igualmente considerados consumidores.

CONCLUSÃO

No início do século XX, o Estado brasileiro, com o Código Civil de 1916, passa a se preocupar com a igualdade, torna-se o Estado Social onde o bem estar ou *welfare state*, é o objetivo dos fatos sociais. O marco legal dessas mudanças foi o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, norma cogente que, em verdade, operou uma revolução no ordenamento jurídico pátrio, reformulando substancialmente a teoria geral dos contratos.

A visão de consumo perpetuada pelos colonizadores e estendida até os nossos dias é a do Estado burocrático, situação ainda distante do Estado Social. Assim o Estado fornece o serviço da maneira que entende possível, costumeiramente longe dos anseios da sociedade. Nesse diapasão verifica-se a falência dos serviços públicos de saúde, educação, habitação, a lentidão nos serviços de segurança e justiça, a inadequação dos valores recebidos a título de

previdência social, além das ineficientes prestações de serviços concedidos tendo como resposta da sociedade a insatisfação e descrédito com os serviços públicos.

O CDC foi concebido com base em pesquisas legislativas em países cujas tradições jurídicas advêm da “*Common Law*” e do modelo “romano-germânico”, misto que hoje se conhece por “globalização jurídica”. Hoje o modelo de Estado pós-moderno é globalizado, gerencial, a consciência do consumo no Brasil está se inserindo na base da educação do cidadão, isto é, o País mudou, o direito também.

No Brasil, tudo é tributado e controlado em maior ou menor escala pelo Estado, que também é o garantidor de quase todas as relações de consumo, pois detém o monopólio dos serviços e das fontes de produção dos recursos naturais.

Se a educação do consumidor de serviços públicos nascesse em torno da excelência na qualidade, no fornecimento adequado e tempestivo dos mesmos, nossas demandas tratariam de vícios e fatos dos serviços, em equilíbrio de forças, não haveria desigualdade nos litígios.

Esse trabalho demonstra que o consumidor dos serviços públicos não poderá litigar com o Estado em igualdade de condições, ainda que o Estado não atenda às necessidades do cidadão particular (*uti singuli*) ou da coletividade (*uti universi*), em detrimento das altíssimas arrecadações que não retornam em forma de serviço adequado. Assim a responsabilidade do ente estatal, por força da vontade constituinte originária, será objetiva e a vulnerabilidade descera o degrau da cogência para transmutar-se em presumida se subsumindo a lei dos iguais.

O CDC como norma cogente de natureza constitucional impõe ao Estado o dever de prestar serviço público adequado na medida em que faculta ao consumidor o direito de ação dentro de seu aspecto protetivo. Urge aplicar a legislação consumerista em face do Estado, simplificando o procedimento, valorizando a celeridade, invertendo o ônus da prova, instrumentalizando a principiologia protetiva do CDC em prol desse consumidor.

O Estado brasileiro vive a constituição solidária. O serviço público tem como finalidade a satisfação das necessidades sociais. O código de defesa do consumidor é lei de cunho solidário, eis que iguala em direitos e obrigações os envolvidos na violação aos preceitos ali contidos. O legislador brasileiro não tem interesse em elaborar a lei de proteção aos consumidores de serviços públicos. A sociedade brasileira clama por dignidade, igualdade e fraternidade. Cabe então ao cidadão consumidor, por meios democráticos, fazer respeitar o código da solidariedade e que seus princípios constitucionais vinculem a atividade pública, com boa-fé, em favor de todos, no compasso da evolução econômica, jurídica e social, do atual Estado gerencial brasileiro.

REFERÊNCIAS.

ALMEIDA, J. B.: A Proteção Jurídica do Consumidor. 3. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARAGÃO, A. S.: A dimensão e o papel dos serviços públicos no estado contemporâneo. Tese de doutorado apresentada a Universidade do Estado de São Paulo. São Paulo, 2005.

BENJAMIM, A. H.; MARQUES C. L.; BESSA, L. R. Manual de Direito do Consumidor. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CARVALHO FILHO, J. S.: Manual de direito administrativo. 9. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FILOMENO, J.G. B.: Manual de Direitos do Consumidor. São Paulo. Editora Atlas. 2008.

GRINOVER, A. P.; BENJAMIM, A. V. H.; FINK, D. R.; FILOMENO, J. G. B.; WATANABE, K.; NERY JR, N.; DENARI, Z. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

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

JUSTEN FILHO, M.: Concessões de serviços públicos, São Paulo, Dialética, 1997.

MEIRELLES, H. L.: Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1996

MIRAGEM, B.: Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

MORAES, P. V. D. P. O: Código de Defesa do Consumidor: princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. Porto Alegre: Síntese, 1999.

NUNES, L. A. R.: Curso de Direito do consumidor. 3.ed. São Paulo. Saraiva, 2008.

OLIVEIRA, L.: Evolução da Administração Pública no Brasil. Disponível em: <http://www.editoraferreira.com.br/publique/media/luciano_toq27.pdf>. Acesso em 15 abr. 2012.

PUIGPELAT, O. M.: Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo, Madrid: Civitas, 2004.

SIQUEIRA, R. B.; NOGUEIRA, J. R.; SOUZA, E. S. Impostos sobre consumo no Brasil: Disponível em: <<http://www.decon.ufpe.br/econ-net/ea99.doc>>. Acesso em: 02 jul. 2012.

TAWIL, J. A.: A relação de consumo estabelecida entre o usuário de serviço público e a empresa concessionária. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/32811-40648-1-PB.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2012.

VIDAL, R. P.: Responsabilidade do estado enquanto fornecedor de serviços públicos destinados ao consumo, Disponível em: <<http://www.juristas.com.br>>. Acesso em: 13 ago. 2012.