

APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA AOS SERVIÇOS PÚBLICOS REMUNERADOS POR TRIBUTOS

APPLICABILITY OF THE CONSUMERIST LAW IN THE PUBLIC SERVICES FUNDED BY TAXES

Samuel Miguel Abdala Júnior¹

Resumo

O desenvolvimento dos ideais neoliberais na contemporaneidade tem induzido uma lógica de mercado na prestação de serviços públicos. Para fazer frente a estas mudanças, é necessário que se dê uma interpretação sistêmica ao ordenamento jurídico, principalmente no que se refere aos direitos consumeristas. Apesar de o cidadão ser submetido a uma grande carga tributária, é notório que muitos serviços públicos não são prestados de forma satisfatória. A atual lógica de mercado em que está imersa a prestação de serviços públicos se vê muito mais alinhada aos princípios financistas do que àqueles propriamente tributários. O contexto pede que seja adotado um conceito amplo de remuneração, de modo que a espécie da fonte de custeio não influencie na incidência das normas protetivas sobre a prestação de serviços públicos. Ademais, importante recordar que inexistem serviços gratuitos, dado que todos necessitam ser custeados de alguma forma, ainda que seja por capital proveniente do recolhimento de tributos.

Palavras-chave: Serviços Públicos. Consumerismo. Remuneração. Tributos.

Abstract

The development of the neoliberal ideal has induced a market logic in providing public services. To cope with these changes, it is necessary to take a systemic interpretation of the law, especially with regard to consumer rights. Although the citizen be subjected to a large tax burden, it is clear that many public services are

¹ Pós-Graduando em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-Graduando em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. <http://lattes.cnpq.br/8655834630839521>. samuel-abdala@outlook.com

not provided in an satisfactory manner. The current market logic, which involves the provision of public services, aligns financial principles. The context demands adopt a broad concept of pay, so that kind of source of funding does not influence the incidence of consumerist legislation on the provision of public services. Also, important to remember that there are no free services, because all needs to be funded somehow, even for taxes.

Keywords: Public Services. Consumerism. Remuneration. Taxes.

1. INTRODUÇÃO

O contexto histórico-econômico da pós-modernidade impõe à Administração Pública a observância de novos paradigmas que, rodeados pelo princípio da eficiência, operam profundas transformações na forma de gestão estatal.

Neste sentido, a crescente oferta de serviços públicos aos cidadãos, proporcionada pelo advento dos Estados Social e Democrático de Direito, deve estar norteada por sua adequada prestação, de modo a que a conduta do gestor estatal esteja voltada para a afirmação dos direitos sociais.

Exsurgem, assim, as sujeições administrativas, no sentido de que a gestão pública deva coadunar com o respeito ao consumidor das mais variadas formas de prestação dos serviços públicos.

Porém, considerando o atual estágio de desenvolvimento do ordenamento jurídico brasileiro, impende verificar em que medida pode ser aferido um contato entre os institutos garantistas da legislação protetiva dos direitos dos consumidores e a prestação de serviços públicos.

Note inicialmente que, por serem tais serviços ofertados precipuamente pelo Estado, estariam submetidos a normas específicas de Direito Público, não ensejando a incidência nas normas de proteção ao consumidor.

1. NOVO CONTEXTO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Conforme bem observa Alexandre Santos de Aragão (2008, p. 7), os interesses públicos, sob uma concepção germânico-latina, são considerados superiores aos interesses individuais. Mas, para uma concepção anglo-saxônica, resultam da soma dos interesses individuais, de forma que a satisfação dos indivíduos está intrinsecamente correlacionada à satisfação do interesse público.

Partindo destes conceitos, observa o autor que, ante as hodiernas práticas econômicas neoliberais, que preconizam uma atuação estatal garantidora de direitos, mas não limitadora, as concepções germânico-latinas têm se aproximado das noções anglo-saxônicas de interesse público.

Sobre este contexto político-histórico neoliberal-globalizado, afirma Tani Maria Wurster (2006, p. 1) que tanto a noção de serviço público, como suas características e princípios, necessitam ser repensados.

Jacques Amar, citado por Aragão (2008, p. 2), chega, inclusive, a afirmar que “[...] o surgimento de uma lógica de mercado (logique d'échange) altera integralmente a lógica solidária (logique de don) própria do serviço público [...]”.

Em suma, é possível notar que os ideais neoliberais contemporâneos introduzem, de forma gradativa, uma lógica de mercado onde antes apenas existia uma razão solidária.

1.1. Novos Paradigmas para a Prestação de Serviços Públicos

O advento dos paradigmas neoliberais, aliado à lógica de mercado, tem influenciado de forma gradual e decisiva as inter-relações entre o Estado e seus respectivos administrados.

Neste contexto, há a necessidade de revisar a forma como são pensadas e estudadas as normas, de forma que, para Nelson Carvalho Marcelino (2006, pp. 101 a 108), já não se sustenta departamentalização das ciências sociais, a especialização cada vez maior dos saberes.

Observa-se um prejudicial distanciamento entre os diferentes ramos de atuação do Direito, que culminam como sua disparidade em relação à realidade humana.

Contudo, para que se alcance os almejados ideais de justiça, os diferentes ramos da ciência jurídica devem dialogar harmonicamente entre si, conforme conclui Carvalho (2012, p. 3):

Deve-se caminhar para uma interpretação harmônica, difusa e sistêmica de todo o ordenamento, uma vez que a Constituição Cidadã de 1988 enfoca o Direito como instrumento social, com eficácia positiva de um sistema organizado relativizado de valores e conceitos tutelados pela sua força normativa.

Importante observar que o modelo econômico atual “[...] 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” (MACHADO, 2012, p.1).

E ainda, deve o ordenamento jurídico buscar o equilíbrio entre 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” (MACHADO, 2012, p. 1).

A referendar todo este contexto teórico, está a incipiente história democrática brasileira. Afinal, tanto o aspecto protetivo do regime de Direito Público, como a própria noção de cidadania, nunca foram muito fortes entre os brasileiros.

Aliás, “[...] foi no viés da proteção individualista nas relações privadas de consumo, através do Código de Defesa do Consumidor, que, paradoxalmente, a cidadania, a partir da década de oitenta, obteve alguma afirmação” (ARAGÃO, 2008, p. 4).

Por certo, é prudente observar que, segundo Cláudia Lima Marques (2005, p. 562), “A nova disciplina dos contratos de fornecimento de serviços públicos deverá conciliar as imposições do direito constitucional, com a proteção do consumidor e as prerrogativas administrativas”.

Frente a estas considerações, é de grande importância trazer à baila todos aqueles diplomas normativos que buscam tutelar, não somente os direitos transindividuais, como também os anseios individuais alinhados aos paradigmas neoliberais de interesse social.

Neste contexto, são de grande relevo as disposições do Código de Defesa do Consumidor; que, de tão interdisciplinar, mais bem deveria ser nominado Estatuto Consumerista.

Trata-se de uma legislação pautada no consumo responsável, ético e solidário, que se traduz em um anglicismo “consumerismo”.

Por este paradigma, todas as ações voltadas para o consumo devem se pautar segundo critérios apropriados e racionais, que considerem a origem dos produtos adquiridos e os impactos ambientais e sociais desse consumo.

Tecnicamente, Janes Engel (1990, p. 759) define consumerismo como as políticas e atividades concebidas para proteger os interesses e direitos do consumidor da negligência burocrática e desrespeito cometidos por qualquer tipo de organização.

Ante todo este contexto, José Geraldo Brito Filomeno (2005, p.9) prevê a existência de uma “novel ‘Ciência Consumerista’, muito mais do que um conjunto de normas e princípios que regem a tutela dos consumidores de modo geral, direciona-se à implementação efetiva de instrumentos que os coloquem em prática”.

Portanto, quaisquer estudos que envolvam a adequada prestação de serviços públicos são principiologicamente indissociáveis da noção de respeito aos direitos dos consumidores.

1.2. Prestação Deficiente de Serviços Públicos

Objetivando a melhoria nas condições gerais de vida, o ser humano, sob uma concepção contratualista rousseauiana, dispôs da gestão da sociedade em favor do Estado.

Contudo, referido pacto não imbuíu o Ente estatal apenas de direitos, mas também de deveres, dentre os quais a prestação de serviços públicos.

Ocorre que, atualmente muitos destes serviços não são prestados de forma satisfatória, o que gera grande descontentamento nos administrados, que, apesar de suportarem o poder de império estatal, não têm a devida contraprestação preconizada no pacto social.

É no mínimo inquietante que a arrecadação tributária seja cada vez maior, e a prestação de serviços públicos cada vez mais deficitária:

Segundo o Grupo de Estudos de Economia do Setor Público do Departamento de Economia da Universidade Federal de Pernambuco 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 Federal, 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) (MACHADO, 2012, p. 9).

Mais que um problema de gestão governamental, trata a questão de uma necessária mudança nos paradigmas orientadores da Administração Pública.

Em comentário carregado de sobriedade e realismo, Machado (2012, p. 9) chega, inclusive, a afirmar que:

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.

Levantam-se vozes, então, contrárias à forma de gestão pública pregada pelo Estado Burocrático, basicamente alicerçado em Instituições hierarquizadas e no estrito controle dos seus mais diversos processos governamentais.

Exsurge então o ideal do Estado Gerencial, alinhado aos princípios neoliberais e às exigências das democracias de massa do mundo atual.

Por esta forma de administração gerencial, pautada em concepções democráticas e plurais, preconiza o atendimento do cidadão e o controle social, nos seguintes termos:

Administração pública gerencial é aquela construída sobre bases que consideram o Estado uma grande empresa cujos serviços são destinados aos seus clientes, outrora cidadãos; na eficiência dos serviços, na avaliação de desempenho e no controle de resultados, suas principais características. A Administração gerencial seria conseqüência dos avanços tecnológicos e da nova organização política e econômica mundial, para tornar o Estado capaz de competir com outros países. (MAFRA, 2005).

Em consequência, há a premente necessidade de adequar os institutos jurídicos atuais a todo este movimento de transformação na estrutura organizacional do Estado, proporcionando uma substancial melhoria na qualidade dos serviços públicos prestados aos cidadãos.

2. SERVIÇOS PÚBLICOS E DIREITOS DO CONSUMIDOR

Consoante a ordem constitucional brasileira, a Administração Pública deve pautar-se no Princípio da Eficiência, insculpido no artigo 37, “caput”.

Trata-se do “[...] mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros” (MEIRELLES, 2003, p. 102).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 84) visualiza dois aspectos diferentes no princípio da eficiência.

Segundo preceitua a autora, tanto o aspecto voltado para o modo de atuação do agente público, como aquele atinente à organização, estruturação e disciplina da Administração Pública, pressupõem uma atuação direcionada para o melhor desempenho possível das atribuições públicas, logrando-se os melhores resultados na prestação dos serviços públicos.

Especificamente, “O serviço tem de ser realmente eficiente; tem de cumprir sua finalidade na realidade concreta. [...] o significado de eficiência remete ao resultado: é eficiente aquilo que funciona” (NUNES, 2012, p.154).

Com efeito, “[...] dentro do contexto constitucionalizado principiológico de Direito material, deve-se atender à eficiência dos serviços públicos, independentemente de quem os executa, e, assim, garantir o direito fundamental” (CARVALHO, 2012, p. 3).

Amparado neste arcabouço constitucional, o Código de Defesa do Consumidor (Lei Nacional 8.078/1990), em seu artigo 7º, “caput”, prevê sua aplicação sobre as relações de prestação de serviços públicos.

Ademais, em seu artigo 6º, inciso X, diz que é direito básico do consumidor “[...] a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral” (BRASIL, 1990).

Também preceitua seu artigo 4º, “caput”, que é direito do consumidor “[...] o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo [...]” (BRASIL, 1990).

Outrossim, o mesmo artigo, em seu inciso VII, também institui como princípio da política de proteção ao consumidor “[...] racionalização e melhoria dos serviços públicos” (BRASIL, 1990).

Mas, recorde-se, todos estes princípios advêm da eficaz prestação dos serviços públicos, consoante dispõe Luiz Antônio Rizzatto Nunes (2012, p. 154):

[...] o serviço público só é eficiente se for adequado (p. ex., coleta de lixo seletiva, quando o consumidor tem como separar por pacotes o tipo de material a ser jogado fora), se for seguro (p. ex., transporte de passageiros em veículos controlados, inspecionados, com todos os itens mecânicos, elétricos etc. checados: freios, válvulas, combustível etc.), e, ainda, se for contínuo (p. ex., a energia elétrica sem cessação de fornecimento, água e esgoto da mesma forma, gás etc.).

A devida prestação de serviços públicos não têm parâmetros apenas no Estatuto Consumerista, pois o artigo 7º, inciso I, da Lei de Concessões (Lei Nacional 8.987/1995) garante ao administrado o direito de “[...] receber serviço adequado” (BRASIL, 1995).

Contudo, é sem dúvidas no artigo 22, “caput”, do Estatuto, que de forma mais clara o tema é regulado.

Segundo dispõe este artigo, “Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos” (BRASIL, 1990).

3. ABRANGÊNCIA DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA

Como visto, a complexidade das inter-relações na sociedade contemporânea exige a flexibilização de inúmeros conceitos, assim como a interpretação sistêmica do ordenamento jurídico.

Assim, dissociados da tradicional dicotomia público-privada, desenvolvem-se atualmente novos paradigmas que visam alterar a forma pela se dá o relacionamento do Estado com os seus cidadãos.

Para estas novas concepções, a atividade estatal deve ser vista muito mais como garantidora de uma prestação eficiente de serviços públicos do que meramente fiscalizadora ou simplesmente cobradora de impostos.

Alinhados a estes anseios, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 22, parágrafo único, submeteu expressamente o Estado, na qualidade de prestador de serviços públicos, às suas regras protetivas. Veja:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código. (BRASIL, 1990).

Em âmbito doutrinário, a maioria dos autores referenda tal possibilidade de que a prestação de serviços públicos esteja submetida às normas de proteção ao consumidor, conforme observa Alexandre Santos de Aragão (2008, p. 15):

Não há dúvidas, com efeito, quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor – CDC aos serviços públicos em razão de dispositivos expressos nesse sentido: por um lado, o art. 7º., caput, da Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos – Lei nº. 8.987/95 – faz remissão genérica à aplicação do CDC aos usuários de serviços públicos; por outro, o CDC os contempla expressamente nos art. 4º, II (referência à melhoria dos serviços públicos como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo); 6º., X (prestação adequada dos serviços públicos como direito dos consumidores); e 22 (obrigação do Estado e de seus delegatários pela prestação de serviços adequados).

Ocorre que, justamente pela ampla gama de espécies de serviços públicos ofertados ao cidadão, alguns acreditam que, em determinados casos, não haveria remuneração pelo serviço prestado, o que descaracterizaria a “relação de consumo” e afastaria a incidência das normas de proteção ao consumidor.

Partilha deste entendimento, boa parte da doutrina administrativista, que tende a ressaltar as diferenças entre os serviços públicos remunerados por tributos daqueles sustentados por tarifas e preços públicos.

Mas, de outro lado, também é grande o movimento de doutrinadores, especializados na proteção do consumidor, no sentido de aplicar a norma consumerista a todas as formas de prestação de serviços públicos.

3.1. Controvérsias Doutrinárias

Tamanha discrepância de raciocínios advém, como visto, da fonte de remuneração dos serviços públicos, individualmente considerados.

Neste ponto, importe recordar a diferenciação entre serviços públicos gerais e individuais.

Os serviços gerais, ou “uti universi”, são aqueles que não tem usuários determinados. Eles visam atender a toda a coletividade. São exemplos a polícia, a iluminação pública, o calçamento, etc.

Por outro lado, os serviços públicos individuais, ou “uti singuli”, têm usuários determinados. Eles pressupõem uma utilização particular e mensurável daquele serviço. São exemplos o telefone, o transporte público, etc.

Sobre referida classificação doutrinária:

- a) serviços públicos "uti universi" ou gerais: são aqueles prestados a usuários indeterminados e a sua utilização não é mensurável, razão pela qual são, normalmente, remuneradas por impostos (ex: iluminação pública);
- b) serviços públicos "uti singuli" ou individuais: são aqueles prestados para usuários determinados, com possibilidade de mensuração da sua utilização individual e, por esta razão, são remunerados por taxa ou tarifa. (ex: fornecimento de energia elétrica domiciliar) (OLIVEIRA, 2011, p. 17).

Ocorre que, como visto, os serviços “uti universi”, por não visarem um usuário determinado, são normalmente custeados por tributos e os “uti singuli”, por terem um usuário determinado, por tarifas ou preços públicos.

Luiz Antônio Rizzatto Nunes, ao sintetizar as construções doutrinárias que envolvem a incidência da legislação protetiva sobre a prestação de serviços públicos, identifica dois posicionamento básicos, nestes termos:

E nesse ponto podem-se detectar pelo menos duas correntes: uma que entende que, posto o serviço público à disposição, o administrado que o recebe se confunde com a figura do consumidor. Logo, aplica-se sempre o CDC na relação que envolve prestação de serviço público. Outra que afasta a figura do consumidor quando o administrado participa da relação que envolve o serviço público como contribuinte. Isto é, o serviço está a sua disposição pela relação de justiça distributiva que o apanha na condição de contribuinte, no sentido fiscal, da pessoa que é cadastrada e/ou lançada a pagar impostos (NUNES, 2012, p. 167).

Por sua vez, Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin (2012, p. 216), aprofunda ainda mais os estudos e identifica três posicionamentos distintos na doutrina especializada. No primeiro, todos os serviços públicos estão sujeitos à legislação consumerista. Já no segundo, o serviço deve ser remunerado por taxa, tarifa ou preço público. E no terceiro, apenas os serviços remunerados por tarifa ou preço público são submetidos aos direitos do consumidor.

No prosseguimento adentra-se nas especificidades de cada um dos entendimentos adotados pela doutrina especializada.

3.1.1. Teoria Maximalista

Os adeptos desta teoria adotam um conceito amplo de remuneração, de modo que a espécie da fonte de custeio não influencia na incidência das normas de proteção aos direitos do consumidor sobre a prestação de serviços públicos.

Referida corrente parte do pressuposto de que inexistem serviços públicos gratuitos, dado que, mesmo os serviços “uti universi” seriam remunerados por impostos.

Portanto, haveria uma lógica de prestação de serviços públicos muito mais alinhada aos princípios e Direito Financeiro e Econômico, do que aos de Direito Tributário.

Não que impostos, taxas, tarifas, preços públicos, etc. pertençam a um mesmo instituto jurídico, nas é que todos, em última instância, constituem receitas públicas aptas a remunerar os serviços prestados pelo Estado.

Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin (1991, p. 110) chega, inclusive a afirmar que “Não é mérito do art. 22 responsabilizar civilmente a Administração Pública pelos serviços de consumo. Tal decorre da própria inclusão do Estado no elenco dos sujeitos que compõem o gênero fornecedor”.

3.1.2. Teoria Minimalista

Não obstante o posicionamento anteriormente explanado, outros autores sustentam “[...] a impossibilidade de aplicação pura e simples, de modo automático, do Código de Defesa do Consumidor no âmbito dos serviços públicos” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 560).

Para tanto, “[...] adotam uma posição restritiva e afirmam que o CDC incide apenas aos serviços públicos ‘uti singuli’, pois o art. 2º, § 3º do Código, ao definir o serviço, exige a sua ‘remuneração’” (OLIVEIRA, 2011, p. 17).

Um destes autores é José Geraldo Brito Filomeno (2004, p. 153), que assim resume seu posicionamento:

Quando aqui se tratou do conceito de fornecedor, ficou consignado que também o Poder Público, como produtor de bens ou prestador de serviços, remunerados não mediante a atividade tributária em geral (imposto, taxas e contribuições de melhoria), mas por tarifas ou ‘preço público’, se sujeitará às normas ora estatuídas, em todos os sentidos e aspectos versados pelos dispositivos do novo Código do Consumidor, sendo, aliás, categórico o seu art. 22.

Observe que, para esta corrente, o custeio de natureza tributária dos serviços públicos “uti universi” afastaria a incidência da norma consumerista, que incidiria unicamente sobre os “uti singuli” (FILOMENO, 2004, p. 49).

3.1.3. Teoria Híbrida

Outro posicionamento é aquele adotado por Cláudia Lima Marques (2002, p. 486) e Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2003, p. 347).

Referidas autoras entendem que as regras de proteção aos interesses dos consumidores não incidem sobre os serviços públicos “uti singuli”, pois o Código de Defesa do Consumidor (artigo 2º, § 3º) exige remuneração direta.

Mas, “Essas autoras, no entanto, admitem a aplicação do CDC a todos os serviços públicos individuais, independentemente da forma de remuneração (taxa ou tarifa)” (OLIVEIRA, 2011, p. 17).

Por certo, Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2003, p. 348), considera que deve ser dado um tratamento especial aos órgãos públicos, sendo-lhes possível exigir somente a reexecução dos serviços públicos defeituosos e a reparação de danos.

Trata-se de um posicionamento intermediário, ou mais bem de uma teoria minimalista mitigada.

Observe que a teoria híbrida não prevê a possibilidade de aplicação da legislação consumerista sobre os serviços públicos remunerados por tributos. Contudo faz clara exceção ao caso das taxas, que em verdade são uma espécie de tributo.

3.2. Crítica às Teorias Restritivas

Nas palavras de Ronaldo Porto Macedo Júnior (2001, p. 36), “A questão do usuário do serviço público ainda está a merecer tratamento mais aprofundado por parte da doutrina. Poucos são os estudos sobre o tema, em particular sobre a aplicabilidade das normas de proteção ao consumidor em favor dos usuários do serviço público”.

Pela análise das teorias acima expostas, é possível observar que “[...] a maior parte dos estudiosos do Direito Público tem uma tendência para ressaltar as diferenças entre os institutos, enquanto os doutrinadores especializados no Direito Privado possuem, em sua maioria, mais capacidade de enxergar a existência de pontos comuns” (ALMEIDA, 2013, p. 225).

Contudo, é evidente que o atual sistema econômico pede mudanças na forma de gestão estatal. A população necessita de melhores condições de vida, a serem subsidiadas pela contínua melhoria na prestação de serviços públicos eficientes.

Frente a este contexto, cada vez mais, o posicionamento restritivo, apoiado na compulsoriedade dos tributos, abre passagem. Veja:

Na realidade, a tese da compulsoriedade está perdendo sua força. Com o movimento da privatização em sendo amplo da década de noventa, passou-se a fomentar a existência de uma espécie de concorrência no âmbito dos serviços públicos, conforme se extrai do art. 29, XI, da Lei de Concessões, que estabelece, entre os encargos do poder concedente, o incentivo à competitividade (significando, portanto, a existência de um determinado "mercado" na área dos serviços públicos) (NOHARA, 2011).

Com o devido respeito ao posicionamento dos autores adeptos às teorias restritivas, a atual lógica de mercado que atualmente permeia a prestação de serviços públicos demanda um conceito amplo de remuneração.

Dessa forma, a espécie da fonte de custeio não deve restringir o âmbito de atuação das normas de proteção do consumidor em detrimento de seu direito à eficaz prestação de serviços públicos.

Vale recordar que, apesar das receitas originárias e derivadas pertencerem a institutos jurídicos diversos, todas representam fontes de custeio aptas a remunerar os serviços prestados pelo Estado.

Neste contexto, deve ser dado ao tema um viés de Direito Financeiro, como se demonstrará no prosseguimento deste trabalho.

4. SERVIÇOS PÚBLICOS REMUNERADOS POR TRIBUTOS

Objetivando racionalizar a gestão de recursos, a doutrina financeira trabalha com os conceitos de entradas e despesas.

Nesta toada, grandes autores, como Luigi Einaudi, prelecionam que compõe a receita pública toda a soma de dinheiro arrecadada aos cofres públicos, independente se sua fonte é tributária, patrimonial ou econômica.

Ou seja, sob um viés financista, é possível concluir que a receita pública “*lato sensu*” é o montante total em dinheiro recolhido aos cofres públicos.

Na outra ponta da cadeia financeira, Ricardo Lobo Torres (2000, p. 172) conceitua que despesa pública “é a soma dos gastos realizados pelo Estado para a realização de obras e para a prestação de serviços públicos”.

Neste sentido, a despesa pública é o conjunto de dispêndios realizados pelos cofres públicos para custeio dos mais variados tipos de serviços públicos.

Referido raciocínio se encaixa bem aos atuais moldes da administração pública gerencial, que se desenvolve no seio do Estado neoliberal.

4.1. Remuneração por Tributos

Ante à enorme carga tributária brasileira, deveriam os cidadãos gozar de plenas garantias de seus direitos. Contudo, a realidade demonstra que os valores pagos em tributos não retornam sob a forma de serviços públicos adequados.

Por certo, essa forma deficitária de prestação de serviços não se alinha aos ideais contratualistas rousseauianos. Isso porque, de um lado o Estado utiliza-se do seu poder de

império para obrigar os cidadãos a pagarem os tributos, mas de outro os respectivos serviços públicos não são prestados de forma satisfatória.

Ou seja, não é sustentável o atual sistema de prestação de serviços públicos, “[...] 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” (MACHADO, 2012, p. 9).

A par dos posicionamentos restritivos adotados por parte da doutrina, é importante recordar que a remuneração pelos serviços prestados pode ser direta ou indireta.

Uma remuneração é indireta quando o valor necessário à execução do serviço está embutido em outros custos, dando a falsa impressão de que aquela prestação é gratuita.

Observe que, baseando-se na teoria contratualista rousseauiana, quando um contribuinte paga determinado tributo, o faz esperando reavê-lo em benefícios para a sociedade.

Assim, se este tributo retorna ao contribuinte em forma de serviço público, nada mais justo que esta prestação seja eficiente. Caso contrário, estaria sendo violada a confiança depositada pelo cidadão na Instituição estatal.

Ademais, no atual sistema econômico, não há como conceber uma prestação de serviços efetivamente gratuita. Só é possível prestar um serviço se houver uma receita capaz de suportar os custos financeiros.

Afinal, “Para estar diante de um serviço prestado sem remuneração, será necessário que, de fato, o prestador do serviço não tenha, de maneira alguma, se ressarcido de seus custos, ou que, em função da natureza da prestação do serviço, não tenha cobrado o preço” (NUNES, 2012, p. 151).

Note que, “[...] defender que não há lucro na prestação do serviço público, mas sim superávit, é interpretar o instituto com excesso de romantismo, incompatível com a nossa atual realidade” (ALMEIDA, 2013, p. 228).

Portanto, mesmo que hajam serviços remunerados diretamente pelo cidadão e outros indiretamente pelo contribuinte, todos são custeados pela receita pública (entradas ou ingressos).

Nesta senda, a expressão “mediante remuneração”, expressa no artigo 3º, § 2º, do Estatuto, deve ser interpretada de forma ampla pelo hermeneuta, conforme bem observa Cláudia Lima Marques (2006, p. 114), ao afirmar que:

[...] a opção pela expressão "remunerado" significa uma importante abertura para incluir os serviços de consumo remunerados indiretamente, isto é, quando não é o consumidor individual que paga, mas a coletividade (facilidade diluída no preço de todos) ou quando ele paga indiretamente o "benefício gratuito" que está recebendo. A expressão "remuneração" permite incluir todos aqueles contratos em que for possível identificar, no sinalagma escondido (contraprestação escondida), uma remuneração indireta do serviço de consumo.

Importante notar ainda a extrema proximidade entre os conceitos de consumidor e usuário de serviços públicos, “[...] porquanto ambos são destinatários de prestações realizadas por outrem no âmbito de uma relação de conteúdo econômico de caráter massificado” (PEREIRA, 2006, p. 138).

Também Luiz Antônio Rizzatto Nunes (2011, p. 190):

Não é porque algum tipo de serviço público não esteja sendo pago diretamente - ou nem sequer esteja sendo cobrado - que não está abrangido pelas regras do CDC. Os comentários que já tivemos oportunidade de fazer quanto ao custo e à remuneração do serviço privado valem também quanto ao serviço público. Nenhum serviço público pode ser considerado efetivamente gratuito, já que todos são criados, mantidos e oferecidos a partir da receita advinda da arrecadação dos tributos. Há os serviços públicos que são cobrados, mas, ainda que não o sejam, repita-se, são serviços típicos da relação de consumo que se instaura com o cidadão consumidor.

O mesmo autor, em outra ocasião, reitera este raciocínio: “[...] quando a lei fala em “remuneração” não está necessariamente se referindo a preço ou preço cobrado. Deve-se entender o aspecto “remuneração” no sentido estrito de qualquer tipo de cobrança ou repasse, direto ou indireto” (NUNES, 2012, p. 151).

Outrossim, a resumir o raciocínio até aqui exposto:

Essa nova visão traz o conceito amplo de serviço público, independentemente da limitação de aplicação aos serviços considerados gerais, *uti universi* e aqueles limitados, *uti singuli*, uma vez que, na sociedade contemporânea não há mais conceito restrito do tudo ou nada, sim ou não, há a necessidade da flexibilização de conceitos e interpretação sistêmica, utilizando proporcionalidade, ponderação e relativização de direitos para alcançar o ideal do Estado social de direito. (CARVALHO, 2012, p. 12).

Portanto, aplicando-se um enfoque mais financeiro do que meramente tributário, é possível aferir remuneração na prestação de serviços públicos, isso porque custeados pelo sistema de receita e despesa públicas.

Noutro azimute, Fabrício Bolzan de Almeida expõe que, por mais que possam ser invocadas particularidades no conceito de usuário de serviços públicos, fundadas na natureza de seu regime jurídico, “[...] não existirem óbices no seu enquadramento no conceito de consumidor [...]” (ALMEIDA, 2013, p. 227).

Reconhecer que é possível aplicar a legislação consumerista a todas as formas de prestação de serviço público, inclusive em relação àqueles remunerados por tributos, não significa confundir, mas sim equiparar, as figuras do usuário e do consumidor.

Mais. Marcos Juruena Villela Souto (2003, p. 338) chega a afirmar que “Não há, pois, serviço público gratuito. Ao equiparar o usuário ao consumidor, o Código não exigiu remuneração específica do serviço. [...] Usuário não é consumidor, mas foi a ele equiparado para fins de proteção”.

Por fim, é importante apontar que a doutrina administrativista se mostra inicialmente muito cética quanto a estas novas práticas. É tão verdade que a maioria dos autores foge do tema, e os que se aventuram tratam o assunto com excessiva superficialidade. Assim, “Em muitos destes trabalhos o que encontramos é apenas uma definição do que é serviço público e seus princípios” (MACEDO JÚNIOR, 2001, p. 37).

Sobre este contexto impende anotar que “[...] a classificação formal dos serviços públicos fornecida pelos administrativistas afasta a incidência das normas consumeristas, limita o seu campo de atuação, e retarda, assim, a função do Estado Social do Direito” (CARVALHO, 2012, p. 12).

Respeitado o posicionamento dos eminentes autores precursores do posicionamento restritivo, é notável que seu raciocínio “[...] partiu da premissa de que o Poder Público ou seus delegados jamais poderiam figurar na condição de fornecedores da relação de consumo” (ALMEIDA, 2013, p. 227).

Porém, conforme bem observa Fabrício Bolzan de Almeida (2013, p. 227), “[...] concluir desta forma significa ignorar as previsões expressas sobre o tema no CDC. E desconsiderar as previsões da Lei n. 8.078/90 consiste em renunciar a um direito constitucional fundamental (art. 5º, XXXII, da Constituição da República)”.

4.2. Âmbito Jurisprudencial

No sistema jurisdicional brasileiro, os juízes iniciam a judicatura na primeira instância, alcançando as cortes superiores somente após alguns anos de magistratura.

Ao comentar este panorama, Felício Pontes Júnior (2011) observa que os juízes de primeira instância são muito mais sensíveis aos clamores sociais do que os julgadores das cortes.

Concretamente, o entendimento jurisprudencial, acerca da remuneração na prestação de serviços públicos, se baliza na Súmula 545, do Supremo Tribunal Federal:

PREÇOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS E TAXAS – CONFUSÃO E DIFERENÇA. Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e tem sua cobrança condicionada a prévia autorização orçamentária, em relação a lei que as instituiu (BRASIL, 1969, p. 5935).

Note que, com base neste entendimento de que taxas e preços públicos não se confundem, muitos juízes têm se apegado à doutrina restritiva, não aplicando as normas de proteção aos direitos do consumidor àqueles serviços públicos remunerados por tributos.

Contudo, já há alguns posicionamentos já destoam desta concepção, conforme se pode observar no seguinte julgado, proveniente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em que a autora pretendia a condenação da municipalidade a lhe indenizar danos morais e estéticos decorrentes de falha na prestação de serviço odontológico em hospital público municipal.

EMENTA: 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. Prova documental e laudos técnicos do IML e do grupo de apoio técnico do Ministério Público acostados aos autos que afastam o nexo de causalidade. Autora que não requer a produção de prova pericial, não se eximindo do dever de provar o fato constitutivo do seu direito. Dever do fornecedor de oferecer produto e/ou serviço em padrão adequado de qualidade, desempenho e segurança que não implica exigir daquele a perfeição. Sentença de improcedência que se mantém. Recurso a que se nega seguimento com amparo no art. 557, caput, CPC. (RIO DE JANEIRO, 2012, p. 1).

Naquele julgado, mesmo que o provimento meritório tenha sido improcedente, por falta de demonstração do nexo causal, fixou o tribunal que "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" (RIO DE JANEIRO, 2012, p. 3).

Trata-se, é bem verdade, de ainda tímido posicionamento no âmbito do judiciário, mas que reflete a crescente insatisfação da popular com a falta de qualidade nos serviços públicos, cada vez mais ineficientes, que são postos à sua disposição.

CONCLUSÃO

Após analisar o atual estágio de aplicação das normas de proteção aos direitos do consumidor, afere-se que persistem na doutrina e jurisprudência posicionamentos contrários à incidência das normas protetivas sobre a prestação de serviços públicos custeados por tributos.

No entanto, a atual lógica de mercado em que está imersa a prestação de serviços públicos se vê muito mais alinhada aos princípios financistas do que àqueles propriamente tributários.

O contexto pede que seja adotado um conceito amplo de remuneração, de modo que a espécie da fonte de custeio não influencie no grau de incidência da legislação consumerista sobre a prestação de serviços públicos.

De fato, a hodierna economia de mercado faz com que inexistam serviços gratuitos, dado que todos necessitam ser custeados de alguma forma, ainda que seja por capital proveniente do recolhimento de tributos.

É premente a necessidade de se submeter toda e qualquer forma de prestação de serviços a um único diploma legal, fomentando-se as inter-relações dos setores público e privado com os cidadãos, contribuindo enormemente para o crescimento econômico e social.

Portanto, conclui-se que o Código de Defesa do Consumidor, assim como a legislação correlata, é plenamente aplicável às diferentes formas de prestação de serviços públicos.

Isso porque nenhum serviço público, mesmo que prestado diretamente pelo Estado, pode ser considerado efetivamente gratuito, já que todos são custeados, em última instância, pelas receitas públicas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. **Direito do Consumidor Esquemático**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Serviços Públicos e Direito do Consumidor**: Possibilidades e Limites da Aplicação do CDC. Instituto Brasileiro de Direito Público. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador, n. 15, agosto/setembro/outubro, 2008. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=297>. Acesso em: 30 mar. 2014.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. In: **OLIVEIRA**, Juarez de (coord.). **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos. In: **BENJAMIN**, Antônio Herman Vasconcellos; **MARQUES**, Cláudia Lima; **BESSA**, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 545, de 3 de dezembro de 1969. **Diário da Justiça**, Brasília, 10 dez. 1969.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei Nacional 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 3 abr. 2014.

BRASIL. **Lei de Concessões**. Lei Nacional 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm>. Acesso em: 3 abr. 2014.

CARVALHO, Carla de. **Aplicação do CDC nas Relações do Estado como Prestador de Serviços Públicos**. Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil. Artigo Científico. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/edicoes/n1novembr02012/pdf/CarladeCarvalho.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ENGEL, James F.; **BLACKWELL**, Roger D.; **MINIARD**, Paul W. **Consumer Behavior**. 6 ed. Chicago: The Dryden Press, 1990.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Prestação de Serviços Públicos. In: **GRINOVER**, Ada Pellegrini; **BENJAMIN**, Antônio Herman de Vasconcellos e; **FINK**, Daniel Roberto; **FILOMENO**, José Geraldo Brito; **WATANABE**, Kazuo; **NERY JÚNIOR**, Nelson;

DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **A Proteção dos Usuários de Serviços Públicos**: a Perspectiva do Direito do Consumidor. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº 37, jan/mar., 2001.

MAFRA, Francisco. Administração Pública Burocrática e Gerencial. **Revista Eletrônica Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VIII, n. 21, mai. 2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=503>. Acesso em: 03 mai. 2014.

MARCELLINO, Nelson Carvalho. Departamentalização e Unidade das Ciências Sociais. In: **MARCELINO**, Nelson Carvalho (org). **Introdução às Ciências Sociais**. 15 ed. Campinas: Papyrus; 2006.

MACHADO, Aparecido. **O Estado Pós-Moderno como Fornecedor de Serviços**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil. Artigo Científico. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/edicoes/n1novembro2012/pdf/AparecidoMachado.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2014.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. Arts. 1º a 74 – aspectos materiais. In: **MARQUES**, Cláudia Lima; **BENJAMIN**, Antônio Herman Vasconcellos; **MIRAGEM**, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

NOHARA, Irene Patrícia. Polêmica sobre a Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Serviços Públicos. **Jornal Carta Forense**. Coluna jornalística. São Paulo, 2 dez. 2011. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/polemica-sobre-a-aplicacao-do-codigo-de-defesa-do-consumidor-aos-servicos-publicos/8002>>. Acesso em 12 mar. 2014.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Os Serviços Públicos e o Código de Defesa do consumidor (CDC): Limites e Possibilidades**. Instituto Brasileiro de Direito Público. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador, n. 25, fevereiro/março/abril, 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-25-abril-2011-rafael-carvalho-rezende-oliveira.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

PEREIRA, César A. Guimarães. **Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PONTES JÚNIOR, Felício. Qual é a sua hipótese sobre o fato de as liminares caírem sempre em Brasília? In: **BRUM**, Eliane. Um Procurador contra Belo Monte. Entrevista. **Revista Época**, edição on-line, Rio de Janeiro, 5 set. 2011. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Sociedade/noticia/2011/09/um-procurador-contrabelo-monte.html>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível 0126078-22.2009.8.19.0001**. Desembargadora Cristina Tereza Gaulia. Quinta Câmara Cível. Julgamento: 22 out. 2012. Publicação: 25 out. 2012. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?uzip=1&gedid=0004114b08fda5eb5361b61e834b399727a6d7c45c032e26>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo da Economia**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Volume 5: o Orçamento na Constituição**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

WURSTER, Tani Maria. **Os Serviços Públicos e Código de Defesa do Consumidor**. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Revista de Doutrina da 4ª Região. Porto Alegre, n. 14. Setembro, 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao014/Tani_Wurster.htm>. Acesso em: 30 mar. 2014.