

O MODELO GERENCIAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS: reflexão sobre o vácuo legislativo na elaboração da lei de proteção aos usuários de serviços públicos, a subsidiariedade do CDC e a decisão cautelar na ADO 24 MC/DF

Ana Lúcia Bohmann

Procuradora do Município de Londrina, lotada na Gerência de Assuntos de Pessoal - GAP. Especialista em Direito do Estado, concentração em Direito Administrativo, pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo INBRAPE. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina - UEL.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A prestação do Serviço Público nos diversos modelos de Administração Pública e a evolução da legislação constitucional e infraconstitucional 3. Noções do conceito de Serviço Público e de Usuário para fins do CDC, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 4. O vácuo legislativo e a decisão proferida na ADO 24 MC/DF. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

RESUMO: O modelo gerencial de Administração Pública preza pela eficiência na prestação dos serviços públicos e na possibilidade de participação do usuário na formulação das correlatas políticas públicas. Não obstante, a mora legislativa na edição da lei de proteção dos usuários de serviços públicos tem exigido o pronunciamento do Poder Judiciário, cujo entendimento pretoriano, consolidado no Superior Tribunal de Justiça, é no sentido de aplicação do Código de Defesa do Consumidor – CDC nas relações jurídicas mantidas entre os usuários e as concessionárias de serviços públicos. No entanto, referida medida não satisfaz em plenitude a proteção a que fazem jus os usuários com relação aos serviços públicos prestados diretamente ou indiretamente pelo Estado. Referido prejuízo, diante da decisão política veiculada no art. 37, p. 3º, da CF, configura lesão ao texto constitucional que permite o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade por omissão que visa uma aplicação subsidiária mais ampla do CDC.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública. Modelo gerencial. Prestação de serviços públicos. Código de Defesa do Consumidor. Omissão legislativa. ADO 24 MC/DF

1. Introdução

O ano de 2013 – mais precisamente o mês de junho - ficará historicamente marcado como aquele em que os usuários de serviços públicos ganharam as ruas para – com frases de efeito e muita disposição – demonstrar sua insatisfação com a precariedade na sua prestação e reivindicar melhorias, pois embora o movimento ostentasse como bandeira inicial a discussão da tarifa no sistema de transporte público, a manifestação ganhou força e passou a questionar problemas mais amplos,

como a crônica deficiência nas áreas da saúde, educação e segurança¹, pontos nevrálgicos que exigem atenção cotidiana da Administração Pública de todas as esferas estatais, pois, parafraseando Leon Duguit, o serviço público constitui a própria essência do Estado.

No mesmo mês das manifestações, embora a medida tenha sido aprovada no ano passado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO 24 MC/DF) em face do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e da Presidência da República em razão da não elaboração da Lei de Defesa do Usuário de Serviços Públicos que disciplinaria as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta e regularia as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, pois o prazo de cento e vinte dias a que se reporta o art. 27 da EC nº 19, de 04 de junho de 1998 em muito já se esgotou (inclusive, debutou).

O Ministro Dias Toffoli, Relator da ação, deferiu parcialmente o pleito cautelar formulado na ADO, apenas para o efeito de fixar o prazo de 120 (cento e vinte) dias para a edição da lei em questão, deixando de fazê-lo na parte em que se pleiteou a aplicação subsidiária e provisória da Lei nº 8.078/90 – CDC aos usuários de serviços públicos enquanto perdurasse a omissão legislativa.

A questão já vem merecendo a atenção da doutrina e da jurisprudência, sobretudo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, mas não se pode deixar de observar que a discussão passou a ser travada junto ao Supremo Tribunal Federal em um momento muito específico da história brasileira, o que não deixou de ser observado pelo Relator, conforme se extrai do seu pronunciamento ao analisar a medida cautelar:

É inevitável observar que o caso em tela coincide com a atual pauta social por melhorias dos serviços públicos.

Os movimentos sociais que hoje irradiam várias partes do país e o respectivo anseio da população por qualidade na prestação dos serviços disponibilizados à sociedade brasileira são uma demonstração inequívoca da urgência na regulamentação do art. 27 da EC nº 19/98. É dever inescusável do Estado a prestação de serviços públicos eficientes e de qualidade à coletividade.

Pretende-se neste trabalho lançar uma reflexão acerca da premência de se suprir a omissão legislativa para - na esteira do preconizado no modelo gerencial - conferir-se maior eficiência na prestação dos serviços públicos e garantir-se a participação do usuário na formulação dessas políticas públicas, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

¹ Destaca-se frase estampada em cartaz durante o Movimento: *nós queremos serviço público de qualidade, transporte, saúde e educação padrão Fifa [Federação Internacional de Futebol]*. www.ebc.com.br (noticia/2013-09-18)

2. A prestação do serviço público nos diversos modelos de Administração Pública e a evolução da legislação constitucional e infraconstitucional.

O Brasil já vivenciou vários tipos de Administração Pública: patrimonialista, burocrática e o modelo inaugurado com a reforma administrativa trazida pela EC 19/98, conhecido como *novo serviço público* ou Administração Pública Gerencial.

No modelo *patrimonialista*, o patrimônio público e o patrimônio privado são confundidos e, na visão dos detentores do Poder, ambos lhes pertencem. Assim, o poder é exercido de forma a garantir privilégios e vantagens a uma elite centralizadora, sem observância do princípio da impessoalidade, segundo o qual os serviços públicos devem ser oferecidos sem preferências ou distinções. A gestão, por sua vez, é feita segundo motivação pessoal, sem participação dos interessados, ignorando, assim, o princípio da indisponibilidade do interesse público, que veicula a premissa cardeal de que o interesse público não pode ser livremente disposto pelo gestor.

Com o término da Segunda Guerra Mundial e como uma de suas consequências, acontece o fortalecimento do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*), que tem como objetivo principal a produção de políticas públicas na área social, de modo a garantir o atendimento das necessidades básicas da população (educação, saúde, previdência social, habitação etc).

Para levar a contento essa nova fase, o Brasil abandonou o modelo patrimonialista na década de 30 e adotou a administração pública burocrática, difundida na Europa pelo cientista alemão Max Weber, com ênfase na racionalidade das leis e baseado na centralização das decisões, na hierarquia e no princípio da unidade de comando e na estrutura piramidal de poder, com estipulação de regras visando garantir o tratamento impessoal dos cidadãos que, na seara dos serviços públicos, são cognominados usuários.

Não obstante, cerca de 50 (cinquenta) anos depois, diante das limitações do modelo burocrático que erigiu a especialização (que faz com que cada órgão focalize seus próprios objetivos em detrimento dos objetivos gerais da organização); a rigidez e a inflexibilidade (que gera aversão à adaptabilidade, ajustamento, inovação e mudança) como características, exurgiu a necessidade de um novo modelo que garantisse a potencialização e flexibilização das organizações, para o fim de reduzir o custo da máquina estatal e, ao mesmo tempo, tornar mais eficiente a administração dos serviços que cabiam ao Estado, diante das necessidades impostas pela sociedade que passam a exigir maior presteza, qualidade e eficiência na prestação dos serviços públicos.

Na mesma década de 80, no Brasil, em reação ao nepotismo vigente e autoritarismo militar, o povo ganhou as ruas, o que culminou na promulgação da CF/88, conhecida como Constituição Cidadã que, no pertine à prestação de serviços públicos, passou a estabelecer um grau

mínimo de normatização, especialmente no que pertine às concessões e permissões, conforme se infere do art. 175:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Não obstante, no capítulo da Administração Pública, o art. 37 inseriu dispositivo modesto, desprovido de maior potencial protetivo ao usuário do serviço público, *in verbis*:

Art. 37 [...]

§ 3º - As reclamações relativas à prestação de serviços públicos serão disciplinadas em lei.

A partir de 1990, por sua feita, o Estado brasileiro se vê diante da realidade da competição global, caracterizada pela abertura dos capitais e comércio internacionais, associada à privatização das empresas estatais e à redução da influência do Estado na economia, bem como sofre os efeitos da mudança de valores que questionam a Administração Pública, interna e externamente, tudo aliado às mudanças tecnológicas que aprimoraram a difusão das informações entre a população.

Referido cenário passou a exigir uma reformatação estatal. Surge, então, como possibilidade, a adoção do modelo *gerencialista*, baseado em valores de eficiência, eficácia e competitividade, caracterizado pela orientação para os cidadãos e obtenção de resultados, competitividade administrativa, flexibilidade, descentralização e controle de metas, bem como busca da plena eficiência na prestação de serviços e o uso de mecanismos de controle que assegure a transparência e a motivação na produção dos atos governamentais e reforcem a participação popular nas deliberação políticas, incrementando-se a relação entre atores públicos e privados na elaboração de políticas públicas (KETTL², 2006; SECCHI, 2009³).

Nesse contexto, no Brasil, é sancionado, em 12/09/90, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), em 14/02/95 é publicada a Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre a concessão

² KETTL, Donald F. A revolução global: reforma da administração do setor público. *In*: PEREIRA, Luís Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin (Orgs.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

³ SECCHI, Leonardo. Modelos organizacionais e reformas da administração pública. *In*: **RSP – Revista de Administração Pública**, mar./abr. v. 43. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2009.

e permissão dos serviços públicos, seguida da publicação da EC 19/98 em 05/06/98 que veicula a reforma do Estado, que passa a adotar o modelo *gerencialista* e como corolário, o Estado Regulador, destacando-se que o processo de privatização trouxe à tona os debates em torno da noção de serviço público, pois as privatizações inserem o elemento da competição entre as empresas concessionárias de serviços públicos, passando-se a falar, assim, na figura do consumidor, em contraposição ao usuário de serviços públicos.

Referidas inovações intensificaram o debate acerca da extensão da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos usuários dos serviços públicos, conforme será desenvolvido no tópico subsequente, na medida em que o artigo 3º da Lei 8.078/90 - Código de Proteção e Defesa do Consumidor, ao estabelecer o conceito de fornecedor e trazer a definição de serviço, o fez incluindo as pessoas jurídicas de direito público, sem fazer qualquer ressalva quanto a estas, seguido da disposição inserta no art. 22:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

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.

3. Noções do conceito de serviço público e de usuário para fins do CDC, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Cediço que os serviços públicos podem ser *próprios e gerais*, isto é, sem possibilidade de identificação dos destinatários, sendo financiados por tributos e prestados pelo próprio Estado, tais como segurança pública, saúde, educação etc, ou, *impróprios e individuais*, com destinatários determinados ou determináveis e, neste caso, têm uso específico e mensurável, tais como os serviços de telefone, água e energia elétrica, podendo ser prestados por órgãos da administração pública indireta ou por delegação, e, nesse último caso, remunerados por tarifa.

Considerando as disposições legais inseridas no CDC, acima transcritas, a doutrina passa a travar um intenso debate acerca da extensão que deve ser conferida a expressão “consumidor”

quando se tratar de prestação de serviços públicos, de modo que o conceito de usuário do serviço público ganha novos contornos.

Dada a propriedade com que tratou a matéria, traz-se a lume a lição do eminente doutrinador ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO⁴:

[...] Entre a teoria que entende que a relação entre o cidadão e o prestador de serviço público é de direito privado e a que entende ser de direito público, o Direito positivo brasileiro adotou a posição mista em relação à categorização jurídica do usuário de serviço público.

Não há dúvidas 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 n. 8.987/95 – faz remissão genérica à aplicação do CDC aos usuários de serviços públicos; por outro, o CDC os contempla expressamente nos arts. 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).

[...]

Todavia, o CDC não pode ser aplicado indiscriminadamente aos serviços públicos, já que eles não são atividades econômicas comuns, sujeitas à liberdade de empresa e desconectadas da preocupação de manutenção de um sistema prestacional coletivo. Os serviços públicos, ao revés, constituem atividades de prestação de bens e serviços muitas vezes titularizadas pelo Estado com exclusividade, só podendo ser prestados por particulares enquanto delegatários (*res extra commercium*). A razão para tais atividades econômicas, lato *sensu*, serem retiradas da livre-iniciativa e submetidas a um regime jurídico tão especial se explica pelo fato de visarem a assegurar os interesses dos cidadãos enquanto integrantes de uma mesma sociedade, não como pessoas individualmente consideradas. Ao contrário das relações do concessionário com eventuais parceiros privados (ex.: fornecedores de insumos), as suas relações com usuários podem variar de acordo com as determinações de serviço do Poder concedente, não tendo o usuário-consumidor ‘direito adquirido’ ou ‘ato jurídico perfeito’ para impor manutenção das condições iniciais de prestação do serviço, que podem ser unilateralmente alteradas pelo *jus variandi* da Administração Pública, respeitado o equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

Os serviços públicos têm uma conotação coletiva muito mais ampla que as atividades econômicas privadas. Visam à coesão social, sendo muitas vezes um instrumento técnico de distribuição de renda e realização da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), com o financiamento, através de tarifas dos usuários que já têm o serviço, da sua expansão aos que ainda não têm acesso a ele. Se fosse apenas pelo sistema privatista do CDC, essas tarifas teriam de ser consideradas abusivas (art. 39, V; e art. 51, IV, CDC), eis que superam o valor que seria decorrente apenas da utilidade individualmente fruída. [...]

⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *In Curso de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, 2012, pp. 384 e seguintes.

Mais adiante, o mesmo autor⁵, arremata:

Todavia, por um lado, a aplicação do CDC não pode ser absoluta, devendo, ao contrário, ser realizada com extrema cautela, sob pena de desnaturar a atividade como serviço público, privilegiando os interesses de consumidores individualmente considerados, e postergando os seus objetivos maiores de solidariedade social.

Alguns doutrinadores passam a defender opiniões extremas, como é o caso do eminente especialista ANTÔNIO HERMAN BENJAMIN⁶, que advoga a não diferenciação entre os serviços públicos *uti singuli* e *uti universi* no que tange à guarida dada pela legislação consumerista, e a do jurista ANTONIO CARLOS CINTRA DO AMARAL⁷ que, em sentido diametralmente oposto, não considera o usuário como consumidor.

Dada a polêmica que se instalou, o Poder Judiciário foi chamado a intervir, sobretudo o Tribunal da Cidadania que, levando em conta a diferenciação conceitual existente entre serviços públicos próprios e impróprios, tem reconhecido que nem todas as atividades prestadas pelo Estado atraem a incidência das normas do CDC. Assim, em se tratando de serviço público próprio, o usuário que se sentir prejudicado não poderá reivindicar proteção à luz das normas consumeristas.

Colacionam-se alguns precedentes que corroboram essa conclusão:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. ADMINISTRATIVO. SERVIÇO DE TELEFONIA. DEMANDA ENTRE CONCESSIONÁRIA E USUÁRIO. PIS E COFINS. REPERCUSSÃO JURÍDICA DO ÔNUS FINANCEIRO AOS USUÁRIOS. FATURAS TELEFÔNICAS. LEGALIDADE. DISPOSIÇÃO NA LEI 8.987/95. POLÍTICA TARIFÁRIA. LEI 9.472/97. TARIFAS DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. AUSÊNCIA DE OFENSA A NORMAS E PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DIVERGÊNCIA INDEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA DOS ACÓRDÃOS CONFRONTADOS. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA.

[...]

5. A tarifa, como instrumento de remuneração do concessionário de serviço

⁵ Idem, pp. 386/387.

⁶ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. **O conceito jurídico de consumidor**. BDJur, Brasília, DF. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8866>>.

⁷ Considerar o usuário como consumidor do serviço público a ele prestado pela concessionária talvez seja possível sob a ótica econômica. Mas sob a ótica jurídica o usuário de serviço público e o consumidor estão em situações distintas. Uma coisa é a relação jurídica de serviço público. Outra a de consumo. [...] A relação jurídica entre concessionária e usuário não pode ser equiparada à existente entre duas pessoas privadas, que atuam na defesa de seus interesses específicos. O serviço público, cujo exercício é atribuído à concessionária, continua na titularidade e sob a responsabilidade do poder concedente. Perante a relação de consumo, diversamente, o Poder Público atua como "protetor" da parte considerada hipossuficiente, que, em regra, é o consumidor. (AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. **Distinção entre usuário de serviço público e consumidor**. *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte: Fórum, ano 2, n.5, p.133-138, abr./jun., 2004. P. 133)

público, é exigida diretamente dos usuários e, consoante cedição, não ostenta natureza tributária. Precedentes do STJ: REsp 979.500/BA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJ 05/10/2007; AgRg no Ag 819.677/RJ, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJ 14/06/2007; REsp 804.444/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ 29/10/2007; e REsp 555.081/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJ 28/09/2006.

6. O regime aplicável às concessionárias na composição da tarifa, instrumento bifronte de viabilização da prestação do serviço público concedido e da manutenção da equação econômico-financeira, é dúplice, por isso que na relação estabelecida entre o Poder Concedente e a Concessionária vige a normatização administrativa e na relação entre a Concessionária e o usuário o direito consumerista. Precedentes do STJ: REsp 1062975/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/09/2008, DJ de 29/10/2008.

[...]

17. A concessão inadmitte que se agravem deveres não previstos em detrimento do concessionário, por isso que os direitos dos usuários de serviço público concedido obedecem à ratio no sentido de que '(...) Os usuários, atendidas as condições relativas à prestação do serviço e dentro das possibilidades normais dele, têm o direito ao serviço e ao que foi legalmente caracterizado como serviço adequado, no referido art. 6º, § 1º. O Concessionário não lhes poderá negar ou interromper a prestação, salvo, é claro, nas hipóteses previstas nas próprias cláusulas regulamentares. Cumpridas pelo usuário as exigências estatuídas, o concessionário está constituído na obrigação de oferecer o serviço de modo constituído e regular. Com efeito, sua prestação é instituída não apenas em benefício da coletividade concebida em abstrato, mas dos usuários, individualmente considerados, isto é, daqueles que arcarão com o pagamento das tarifas a fim de serem servidos. Por isto, aquele a quem for negado o serviço adequado (art. 7º, I, c/c 6º, § 1º) ou que sofrer-lhe a interrupção pode, judicialmente, exigir em seu favor o cumprimento da obrigação do concessionário inadimplente, exercitando um direito subjetivo próprio. (...) Não cabendo discussão quanto à aplicabilidade do Código, as divergências doutrinárias se ferem quanto a extensão de sua aplicação e à identificação das espécies de serviços públicos que estariam sob seu âmbito de incidência. Para Dinorá Grotti ela só ocorrerá quando se trate de serviço individualizadamente remunerado, não cabendo discriminar em função de a remuneração ser denominada taxa ou tarifa. Ao nosso ver esta é a orientação geral correta, aduzindo-se que a aplicação do Código servirá para apontar benefícios suplementares aos que resultam diretamente dos direitos de usuário, conquanto inúmeras vezes, em rigor, estejam correspondendo ou a uma reiteração ou a um detalhamento deles. Entretanto, dadas as óbvias diferenças entre usuário (relação de direito público) e consumidor (relação de direito privado) com as inerentes conseqüências, certamente suas disposições terão de se compatibilizar com as normas de direito público, ou quando afronte prerrogativas indeclináveis do Poder Público ou com suas eventuais repercussões sobre o prestador de serviços (concessionário ou permissionário) (...)’ in Curso de Direito Administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello, 25ª ed., Malheiros Editores, 2008, p. 733-735. [...]

(STJ, REsp 976836/RS, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25/08/2010, DJe 05/10/2010) – destaque nosso -

COMPETÊNCIA. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE REMUNERAÇÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO-CONFIGURADA. DESPROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

1. Hipótese de discussão do foro competente para processar e julgar ação indenizatória proposta contra o Estado, em face de morte causada por prestação de serviços médicos em hospital público, sob a alegação de existência de relação de consumo.

2. O conceito de "serviço" previsto na legislação consumerista exige para a sua configuração, necessariamente, que a atividade seja prestada mediante remuneração (art. 3º, § 2º, do CDC).

3. Portanto, no caso dos autos, não se pode falar em prestação de serviço subordinada às regras previstas no Código de Defesa do Consumidor, pois inexistente qualquer forma de remuneração direta referente ao serviço de saúde prestado pelo hospital público, o qual pode ser classificado como uma atividade geral exercida pelo Estado à coletividade em cumprimento de garantia fundamental (art. 196 da CF).

4. Referido serviço, em face das próprias características, normalmente é prestado pelo Estado de maneira universal, o que impede a sua individualização, bem como a mensuração de remuneração específica, afastando a possibilidade da incidência das regras de competência contidas na legislação específica. 5. Recurso especial desprovido.

(STJ, REsp 493.181/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Denise Arruda, j. 15/12/2005, p. DJ 01/02/2006) – destaque nosso -

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. HOSPITAL DA POLÍCIA MILITAR. ERRO MÉDICO. MORTE DE PACIENTE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. DENÚNCIAÇÃO DA LIDE. FACULTATIVA.

1. Os recorridos ajuizaram ação de ressarcimento por danos materiais e morais contra o Estado do Rio de Janeiro, em razão de suposto erro médico cometido no Hospital da Polícia Militar.

2. Quando o serviço público é prestado diretamente pelo Estado e custeado por meio de receitas tributárias não se caracteriza uma relação de consumo nem se aplicam as regras do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes. [...]

(STJ, RESP 1.187.456/RJ, T1 - Primeira Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 15/12/2005, p. DJe 01/12/2010) – destaque nosso -

Parte da doutrina também se posiciona contra a aplicação do artigo 22 do CDC às sociedades de economia mista, fundações e autarquias quando prestadoras de serviços públicos.

Neste sentido, ensina REGINA HELENA COSTA⁸:

Portanto, é a exigência de remuneração específica pela prestação de determinado serviço público que vai determinar sua sujeição à disciplina legal das relações de consumo [...]

A prestação dos serviços públicos que não se revestem dos atributos da especificidade e da divisibilidade é realizada independentemente da exigência de remuneração específica; é custeada pelos impostos, espécies tributárias não vinculadas a nenhuma atuação estatal.

⁸ COSTA, Regina Helena. **A tributação e o consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, v. 21, p. 104, 1997.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça já sinalizou, recentemente, em sentido contrário, conforme se extrai do seguinte julgado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADVOGADO QUE CONTRATA SERVIÇOS DOS CORREIOS PARA O ENVIO DE PETIÇÃO RECURSAL. SEDEX NORMAL. CONTRATO QUE GARANTIA A CHEGADA DA PETIÇÃO AO DESTINATÁRIO EM DETERMINADO TEMPO. NÃO CUMPRIMENTO. PERDA DO PRAZO RECURSAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS CORREIOS PARA COM OS USUÁRIOS. RELAÇÃO DE CONSUMO. DANO MORAL CONFIGURADO. DANO MATERIAL NÃO PROVADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. NÃO APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO.

[...]

2. As empresas públicas prestadoras de serviços públicos submetem-se ao regime de responsabilidade civil objetiva, previsto no art. 14 do CDC, de modo que a responsabilidade civil objetiva pelo risco administrativo, prevista no art. 37, § 6º, da CF/88, é confirmada e reforçada com a celebração de contrato de consumo, do qual emergem deveres próprios do microsistema erigido pela Lei n. 8.078/90. No caso, a contratação dos serviços postais oferecidos pelos Correios revela a existência de contrato de consumo, mesmo que tenha sido celebrado entre a mencionada empresa pública e um advogado, para fins de envio de suas petições ao Poder Judiciário. [...]

7. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1210732/SC, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 02/10/2012, DJe 15/03/2013) – destaque nosso –

No entanto, quanto às relações travadas entre usuários e empresas concessionárias de serviços públicos, atualmente, nem mesmo se abre espaço para a polêmica, pois o STJ já sedimentou o entendimento de que deve ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor. Por brevidade:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ÁGUA E COLETA DE ESGOTO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF. APLICAÇÃO DO CDC. RELAÇÃO DE CONSUMO. DEVER DE MANUTENÇÃO DAS INSTALAÇÕES E CRITÉRIO DE FATURAMENTO. EXAME DE LEGISLAÇÃO ESTADUAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 280/STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...]

3. É firme o entendimento no STJ de que a relação entre a empresa concessionária de serviço público de fornecimento de água e o usuário final classifica-se como consumerista. Correta, portanto, a aplicação das disposições do CDC. [...]

5. Agravo Regimental da CEDAE desprovido.

(AgRg no AREsp 239416/RJ, Relator(a) Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, j. 26/02/2013, DJe 06/03/2013) – destaque nosso –

No mesmo sentido: AgRg no AREsp 183812/SP, Relator(a) Ministro Mauro Campbell Marques – 2ª Turma, j. 06/11/2012, DJe 12/11/2012; REsp 793.422/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, j. 03/08/2006, p. DJ 17/08/2006).

Em suma: a relação travada com o usuário não se encaixa plenamente à luz do microsistema jurídico consumerista, porquanto este foi concebido como instrumento de defesa daqueles que se encontram subordinados às pessoas jurídicas organizadas com fim lucrativo, o que não ocorre no âmbito do serviço público, traduzido como um instrumento de satisfação dos direitos fundamentais, sob o manto do regime jurídico-administrativo do direito público.

MARÇAL JUSTEN FILHO⁹ corrobora a premissa ao afirmar que *o direito do consumidor não pode ser aplicado integralmente no âmbito do serviço público por uma espécie de solidariedade entre os usuários, em virtude da qual nenhum deles pode exigir vantagens especiais cuja fruição acarretaria a inviabilização de oferta do serviço público em favor de outros sujeitos.*

Ademais, o consumidor adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final (art. 2º, do CDC), sendo que o usuário do serviço público ostenta *status* de cidadão, o que implica dizer que titulariza necessidades que devem ser supridas pelo Estado¹⁰.

Por fim, necessário salientar que no modelo gerencial sobressai o aspecto de previsão de diálogo com os cidadãos quando da formulação das políticas públicas na área de prestação dos serviços públicos, o que diferencia sua *performance* de mero cliente ou consumidor.

De efeito, a Lei nº 9.784 de 1999, designada a Lei do Processo Administrativo Federal, editada já sob a égide do novo modelo de administração pública, deixa evidente essa tendência, com a previsão de mecanismos participativos como audiências e consultas públicas.

Por isso, lícito concluir que no âmbito dos serviços públicos, o usuário não se amolda perfeitamente na roupagem de consumidor, tratando-se de um cidadão-cliente com previsão de ativa influência na formação da vontade estatal.

Daí porque surgiu a necessidade de se conferir nova redação ao § 3º do art. 37, que permitiu ao usuário participar da Administração Pública Direta e Indireta, nos termos da lei:

Art. 37. Omissis

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 493.

¹⁰ *Serviço público é uma atividade pública e administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executada sob regime de direito público (idem, p. 478).*

[...]

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

Referida Emenda dispôs, ainda, em seu art. 27:

Art. 27. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação desta Emenda, elaborará lei de defesa do usuário de serviços públicos.

No entanto, a lei não veio, não se podendo negar que a ausência da norma regulamentadora dos direitos dos usuários de serviços públicos está a prejudicá-los sobremaneira, seja com relação aos serviços públicos próprios ou gerais, que não se sujeitam às normas da legislação consumerista à vista dos precedentes do STJ, ou no que tange aos serviços públicos impróprios, delegados, pois o socorro do CDC vem ocorrendo de forma subsidiária, pontual.

4. O vácuo legislativo e a decisão proferida na ADO 24 MC/DF.

Assim, em que pese o postulado da eficiência apregoado pelo modelo gerencial, o momento histórico que abre a presente reflexão revela que o usuário de serviços públicos não está satisfeito com o que o Estado está lhe oferecendo. O próprio Ministro Dias Toffoli, no bojo da ADO 24 MC/DF, consigna:

É inevitável observar que o caso em tela coincide com a atual pauta social por melhorias dos serviços públicos. Os movimentos sociais que hoje irradiam várias partes do país e o respectivo anseio da população por qualidade na prestação dos serviços disponibilizados à sociedade brasileira são uma demonstração inequívoca da urgência na regulamentação do art. 27 da EC nº 19/98.

É dever inescusável do Estado a prestação de serviços públicos eficientes e de qualidade à coletividade. [...]

Contudo, há de se ressaltar as dificuldades da cidadania em acessar, interagir e influenciar o Estado nas decisões relacionadas à prestação de serviços. Mais que destinatários dos serviços públicos, os usuários devem ser sujeitos de uma cidadania ativa e efetiva, o que exige evidentemente canais diretos de

comunicação entre Estado e sociedade.

É chegada a hora dos usuários dos serviços públicos. E mais efetivo será o respeito aos direitos dos usuários se forem expressos os meios formais e os instrumentos específicos disponíveis para que os próprios usuários formulem suas reclamações e defendam seus direitos. Faz-se necessária, portanto, a definição de mecanismos reguladores e fiscalizadores eficientes para que a cidadania possa, de modo consequente, exigir qualidade, regularidade e segurança na prestação dos serviços públicos.

E, com fundamento nessas premissas, o eminente Ministro determina aos indicados no polo passivo da ADO 24 para que no prazo de 120 (cento e vinte) dias adotem as medidas necessárias à edição da lei de defesa do usuário de serviço público, e, deixa ainda registrado a possibilidade de análise do outro pedido formulado caso perdure a omissão, ou seja, aquele que pleiteia a aplicação subsidiária do CDC:

Deixo, contudo, de deferir, neste momento, o pedido de medida cautelar, na parte em que se requer a aplicação subsidiária e provisória da Lei nº 8.078/90, deixando-o para análise mais aprofundada por parte do Tribunal - caso ainda subsista a mora -, e após colhidas as informações das autoridades requeridas e as manifestações do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, os quais permitirão o exame mais aprofundado do tema.

Feita a exposição, sem adentrar na discussão jurídica se a decisão configura ativismo judicial - pois refoge do propósito da presente reflexão -, incontestemente que o Ministro não se limitou a reconhecer a mora, pois fixou prazo para que seja elaborada a lei de defesa do usuário de serviços públicos, consignando, ainda, o alerta de que até mesmo o pedido cautelar para aplicação subsidiária do CDC pode ser ainda analisado (e, em tese, deferido).

5. Conclusão.

Em que pesem os altos objetivos traçados na reforma administrativa que inaugurou o atual modelo gerencial de administração pública, o mesmo não tem garantido estratégias que permitam a eficiente prestação direta de serviços públicos nem a fiscalização necessária quanto àqueles prestados por seus delegatários.

Poderia se objetar que a causa reside nas crises fiscal e econômica pelas quais passa o Estado e que torna o orçamento insuficiente para suprir as demandas sociais que, por sua feita, aumentam em progressão geométrica. No entanto, diante das manifestações públicas referidas neste artigo, possível afirmar que também outra crise paira sobre a Administração Pública e reside na falta de confiança da população que desconfia, cada vez mais, dos governos e de suas políticas,

notadamente a população mais carente e distante das deliberações políticas.

O problema se torna mais evidente no âmbito de prestação dos serviços públicos, pois o vácuo legislativo tem desprovido os usuários de mecanismos de defesa que lhes assegurem participar na formulação dessas políticas, reclamar da falta ou insuficiência na prestação dos mesmos e ter acesso a um serviço público eficiente, acessível, suficiente e com qualidade.

Referida omissão pode atrair, ainda, uma intervenção mais incisiva do Poder Judiciário, que, por sua feita, tem demonstrado uma participação mais intensa na concretização dos valores e fins constitucionais quando instado a se pronunciar sobre determinada questão afeta à omissão inconstitucional.

Assim, em que pese a atual jurisprudência do STJ delineada neste artigo, não se afasta a possibilidade do STF ampliar a aplicação do CDC acolhendo os pedidos formulados na ADO 24 MC/DF, o que poderá causar reflexos, inclusive, na prestação direta dos serviços públicos.

Por isso, revela-se imperioso que a Administração Pública sane a omissão e leve a efeito a decisão política tomada pelo Constituinte Derivado quando determinou, no art. 27 da EC nº 19/98, a elaboração de lei de defesa do usuário de serviços públicos.

6. Referências Bibliográficas

1. GOMES, Maria Lucineide Serpas e OLIVEIRA, Francisco Correia de Oliveira. Modelos organizacionais de Administração Pública: um estudo dos aspectos da realidade Cearense na estrutura de referência das reformas do estado. *In Revista de Ciências da Administração*, v. 12, n. 28, p. 83-104, set/dez 2010.
2. ABRUCIO, Fernando Luiz. O impacto do modelo gerencial na Administração Pública – um breve estudo sobre a experiência internacional recente. *In Cadernos ENAP n. 10*, Título II, Série, p. 52.
3. ARAGÃO, Alexandre Santos. Serviços Públicos e Direito do Consumidor: possibilidades e limites de aplicação do CDC. *In Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico n. 15*.