

(IN)APLICABILIDADE DO CDC AOS SERVIÇOS DE SAÚDE E EDUCAÇÃO PÚBLICAS. ENFOQUE: O OBJETO DE CONSUMO

(IN)APPLICABILITY OF BRAZILIAN CONSUMER PROTECTION LAW TO PUBLIC HEALTH AND EDUCATION

Alberto Canellas Neto
Procurador da Fazenda Nacional

SUMÁRIO: Introdução; 1 Aspectos gerais; 1.1 A relação de consumo; 1.2 Serviço público: conceito e classificações; 1.3 Características dos serviços públicos de saúde e de educação públicas; 2 A aplicabilidade do CDC aos serviços públicos de saúde e de educação públicas com base na remuneração; 2.1 Preliminares; 2.2 Noções de direito tributário; 2.3 Análise das correntes baseadas no elemento relacional; 3 A inaplicabilidade do CDC aos serviços de saúde e de educação públicas em razão do elemento objetivo; 3.1 Problemas do critério fundado na remuneração; 3.2 Aspectos do enfoque objetivo; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: A aplicabilidade do CDC aos serviços de saúde (restrita à assistência médica e hospitalar) e de educação (ensino infantil, fundamental, médio e universitário), quando prestados pelas pessoas jurídicas de direito público interno, tem sido discutida, pela doutrina e jurisprudência, com base no elemento relacional – a remuneração (envolvendo pontos de direito tributário). Contudo, a questão pode ser encarada, com vantagens interpretativas, sob o prisma do objeto da relação jurídica de consumo. Acredita-se que é preciso ressaltar a expressão “fornecida no mercado de consumo” (Lei nº 8.078/1990, art. 3º, § 2º, *in fine*), porque aquelas atividades, cujo habitat é a *Ordem Social da CRFB/1988*, não se confundem com os serviços prestados por clínicas médicas e universidades particulares, contextualizados em uma *Ordem Econômica*.

PALAVRAS-CHAVE: Serviço Público. Remuneração. Exação. Consumidor. Mercado.

ABSTRACT: The applicability of the Brazilian Consumer’s Code to health services (restricted to medical and hospitalar assistences) and the educational services (kindergarten, preliminary and high school), when rendered by public entities, has been discussed by doctrine and jurisprudence based on the remuneration (which involves matters related to Financial Law). Nevertheless, the question can be faced with interpretative advantages, under the prism of the consumer’s judicial relationship object. It is also of utmost importance to highlight the expression “provided in the consumption market” (Law nº 8.078/1990, art. 3º, § 2º, *in fine*), inasmuch as these activities, whose habitat is the Social Order of the Brazilian Federal Constitution of 1988 cannot be confused with services of medical clinics and private universities, contextualized in an Economical Order.

KEYWORDS: Public Service. Remuneration. Tax. Consumer. Market.

INTRODUÇÃO

O direito privado, além de sua nova roupagem a partir do ano de 2003, primeiro com a Constituição de 1988, e, em seguida, com a Lei nº 8.078/1990, sofreu significativa alteração, deixando de encontrar no Código Civil sua principal fonte axiológica (quase ao mesmo tempo em que este diploma perdeu o maior volume das relações jurídicas que, até então, regulava).¹

Em razão de essa radical mudança ser relativamente recente, é natural que ainda se discuta, tanto na doutrina, como na jurisprudência, a abrangência de certos conceitos que foram modificados.

Assim, o exame do problema sob o ponto de vista do elemento objetivo da relação jurídica de consumo, especificamente o serviço, senão inovador, ao menos não é encontrado nos melhores autores com a abordagem que merece.

A relevância do problema proposto consiste, precisamente, no efeito que eventual aplicação do CDC acarreta: apesar de nos sistemas de responsabilidade civil da CRFB/1988, art. 37, § 6º, e do microsistema consumerista não seja necessária a perquirição quanto à culpa do agente, se incidir o último sobre os serviços de saúde e de educação públicas, terão lugar, conseqüentemente, instrumentos característicos deste diploma legal. Contudo, tendo em vista a melhor solução hermenêutica aqui sugerida, não será possível lançar mão de suas normas, até porque atualmente não se encontram mecanismos semelhantes no texto constitucional nem no CPC.

1 ASPECTOS GERAIS

1.1 A RELAÇÃO DE CONSUMO

Comentam os autores do Anteprojeto, que o nosso CDC tem a *ratio* de *reequilibrar a relação de consumo*, seja reforçando a posição do consumidor, *tendo em vista sua vulnerabilidade*, seja proibindo ou limitando certas práticas de mercado, através, por exemplo, de deveres específicos (pré-contratuais, contratuais e pós-contratuais) para os fornecedores, sobretudo quando estas

¹ Nada obstante, o direito objetivo comum não perdeu sua importância face ao chamado microsistema consumerista; atualmente, deve-se encará-lo tal qual um estatuto integrador de todo direito privado, com substancial função suplementar.

atividades forem consideradas essenciais, daí o elenco de princípios (art. 4º), de instrumentos (art. 5º) e de direitos básicos (art. 6º).²

A dita relação de consumo nada mais é do que uma *relação jurídica composta de elementos subjetivos, objetivos e relacional próprios. Deve-se, por conseguinte, identificar cada um, para visualizar a incidência da Lei 8.078/90.*

Como *sujeitos*, ou seja, titulares de direito, em uma atribuição bilateral³, temos, no pólo ativo, o *consumidor* e, no passivo, o *fornecedor*. Nos termos do art. 2º, *caput*, do CDC: “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Não obstante a controvérsia entre finalistas e maximalistas sobre a abrangência da supracitada definição, sabe-se que sua figura pode ser muito mais ampla. Além desse consumidor *stricto sensu*, há, ainda, os equiparados (art. 2º, §), os *bystanders* (art. 17) e as pessoas expostas às práticas comerciais previstas nos Capítulos V e VI (art. 29). Por outro lado, dispõe o artigo 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”. Cuida-se de qualquer sujeito (*e. g.*: comerciante; industrial; empresa estatal) ou ente despersonalizado que ofereça habitualmente o produto ou o serviço no mercado para o consumidor⁴. Tal definição, porém, não encerra todos os seus tipos; coloca-se, *e. g.*, ao lado do *stricto sensu*, o fornecedor solidário (arts. 18 e 20), responsabilizado por fazer parte, direta ou indiretamente, da cadeia de fornecimento de um produto ou de um serviço viciado, mesmo sem ter firmado contrato com o consumidor⁵.

Os seus *objetos* de direito, ou melhor, os bens jurídicos (coisas ou ações) com valor são os *produtos e os serviços de consumo*.⁶ Pelo art. 3º, § 1º, *in verbis*, “produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”. Na prática, “é qualquer objeto de interesse em dada relação de consumo, e destinado a satisfazer uma necessidade do adquirente, como destinatário

2 GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 7-26 *passim*.

3 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 24; AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 167.

4 GRINOVER, et al. *op. cit.*, *passim*.

5 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 334-335.

6 PEREIRA, *op. cit.*, p. 26; AMARAL, *op. cit.*, p. 167.

final”⁷, sendo que Adalberto Pasqualotto adverte que a distinção entre bens de consumo e bens de capital “permite isolar o conceito das relações de consumo quanto ao seu objeto. São relações de consumo apenas aquelas que envolvem bens (ou produtos) entregues ao seu destinatário final”, dizendo ainda que “o mesmo conceito serve para os serviços, também abrangidos nas relações de consumo”.⁸ Prescreve, ainda, o mesmo artigo, em seu § 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”. Em outras palavras, “serviços podem ser considerados como *“atividades, benefícios ou satisfações que são oferecidos à venda”*” (grifo do autor).⁹

Deve-se consignar que, aqui, revelam-se os dois primeiros institutos fundamentais para o estudo: a) o *serviço público*, pois, tendo em mira a existência do *art. 22 do CDC*, isola-se qualquer dúvida relativa ao seu enquadramento no art. 3º, § 2º; e b) a *remuneração*, que, como vínculo (um complexo de situações jurídicas – poderes e deveres – estabelecido pela lei para a tutela de interesses, ou, mais concretamente, forma na qual os sujeitos encontram-se a respeito dos objetos efetivando o poder da vontade)¹⁰, materializa-se, naturalmente, quando o consumidor paga (*onerosidade*) ao fornecedor o valor cobrado por um produto ou um serviço.

Contudo, a *questão da remuneração* (elemento relacional) não é tão simples, devendo ser considerada como repasse direto ou indireto (mediante outro produto ou outro serviço, por exemplo) *de custos ao preço final*. Por isso, também os serviços, inclusive públicos, com *“aparência de gratuidade”* estão abrangidos, em regra, pela tutela ao consumidor.¹¹

1.2 SERVIÇO PÚBLICO: CONCEITO E CLASSIFICAÇÕES

Se o objeto deste estudo é a aplicabilidade do CDC aos *serviços de saúde e de educação públicas* (mais especificamente ao atendimento médico e hospitalar e ao ensino infantil, fundamental, médio e universitário pelo Poder Público), resta imprescindível compreender que espécies de atividades são essas, tendo em vista sua natureza jurídica e suas características.

7 GRINOVER, et al. op. cit., p. 44, nota 99.

8 PASQUALOTTO, Adalberto. Conceitos fundamentais do código de defesa do consumidor. *Revista dos tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 666, p. 48-53, abr. 1991. p. 50.

9 GRINOVER, et al. op. cit., p. 44.

10 PEREIRA, op. cit., p. 28; AMARAL, op. cit., p. 155.

11 NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor*: direito material: (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva, 2000. p. 102.

“Constitui traço de unanimidade na doutrina a dificuldade de definir, com precisão, serviço público”¹² (modalidade de atividade administrativa fim, ao lado da intervenção, da polícia e do fomento). Tal dificuldade prende-se a diversos aspectos. Num primeiro patamar está sua própria variação, decorrente da postura do Estado no tempo. Hely Lopes Meirelles ressalta que o conceito de serviço público “flutua ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico”¹³. Outro problema são os sentidos que a expressão comporta, permitindo a adoção de conceitos amplos ou restritos, resultantes da combinação dos elementos do serviço público, quais sejam: atividades de interesse coletivo (material); presença do Estado (subjeto); e procedimento de direito público (formal)¹⁴.

Maria Sylvia Di Pietro, embora seja entusiasta da definição de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵, acredita que a mesma resultou numa restrição excessiva¹⁶, propondo que *serviço público* é “*toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público*”.¹⁷

Devem, também, ser destacadas quatro *classificações dos serviços públicos*:

- *próprios X impróprios*: os serviços públicos são próprios quando “se relacionam intimamente com as atribuições do Poder Público e para os quais a Administração usa de sua supremacia sobre os administrados”. Já os serviços públicos impróprios seriam “os que não afetam substancialmente as necessidades da comunidade, mas satisfazem interesses comuns de seus membros”. Tendo em vista esses aspectos, os serviços públicos próprios “só devem ser prestados por órgãos ou entidades

12 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 231.

13 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 306.

14 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 95.

15 “Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios do sistema normativo.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 575.

16 DI PIETRO, op. cit., p. 97.

17 *ibid.*, p. 99.

públicas, sem delegação a particulares” e “geralmente são gratuitos ou de baixa remuneração, para que fiquem ao alcance de todos os membros da coletividade”; enquanto que, em relação aos serviços públicos impróprios, pelo fato de serem atraentes financeiramente, “a Administração os presta remuneradamente, por seus órgãos ou entidades descentralizadas, ou delega sua prestação a concessionários, permissionários ou autorizados”, podendo “ser realizados com ou sem privilégio, mas sempre sob regulamentação do Poder Público competente”¹⁸. O critério seria a *essencialidade do interesse da coletividade, combinado com o sujeito que o exerce* (ou, como prefere José dos Santos Carvalho Filho¹⁹, por entender mais preciso, a *delegabilidade do serviço público*), entretanto, Di Pietro, buscando a diferenciação original, adverte que tanto o serviço público próprio como o serviço público impróprio atenderiam a “necessidades coletivas”, porém os primeiros “o Estado assume como seus e os executa diretamente (por meio de seus agentes) ou indiretamente (por meio de concessionários)”; ao passo que os outros, “não são assumidos nem executados pelo Estado, seja direta ou indiretamente, mas apenas por ele autorizados, regulamentados e fiscalizados”; nesse sentido, ao seu ver, *a classificação perderia relevância, posto que incorre em um vício*: “inclui, como espécie do gênero serviço público, uma atividade que é, em face da lei, considerada particular e que só tem em comum com aquele o fato de atender ao interesse geral”²⁰.

- *originários (ou congênitos) X derivados (ou adquiridos)*: centrada na *facultatividade do serviço*, a classificação é atribuída a Caio Tácito, para quem “a evolução moderna do Estado exaltou de tal forma a sua participação na ordem social, que a *essencialidade* passou a abranger tanto os encargos tradicionais de garantias de ordem jurídica como as prestações administrativas que são emanadas dos modernos direitos econômicos e sociais do homem, tão relevantes, na era da socialização do direito, como os direitos individuais o foram na instituição da ordem liberal” [...]. “há, todavia, uma sensível diferença entre os serviços públicos que, por sua natureza, são próprios e privativos do Estado e aqueles que, passíveis em tese de

18 MEIRELLES, op. cit., p. 308.

19 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 235.

20 DI PIETRO, op. cit., p. 103-104.

execução particular, são absorvidos pelo Estado, em regime de monopólio ou de concorrência com a iniciativa privada. Aos primeiros poderíamos chamar de serviços estatais *originários* ou *congênitos*; aos últimos, de serviços estatais *derivados* ou *adquiridos*” (grifo do autor)²¹. Na realidade, os serviços públicos derivados (ou adquiridos) equivalem aos serviços de utilidade pública de outros autores, que em relação aos serviços públicos originários (ou congênitos) apresentam terminologias perigosas, seja porque a nomenclatura é a mesma de outra classificação que será vista adiante (*e. g.*: serviços administrativos), seja porque não ajuda a fixar com exatidão o seu alcance (*e. g.*: serviços públicos “propriamente ditos”)²².

- *coletivos X singulares*: esta classificação corresponde à que os divide em serviços públicos *uti universi* e *uti singuli*, sendo que alguns utilizam ainda as expressões “gerais” e “individuais”, respectivamente.²³ Então, partindo do critério “*maneira como concorrem para satisfazer ao interesse geral*”²⁴, os serviços públicos dividem-se em coletivos, “aqueles prestados a grupamentos indeterminados de indivíduos, de acordo com as opções e prioridades da Administração, e em conformidade com os recursos de que disponha”; ou singulares, que “se preordenam a destinatários individualizados, sendo mensurável a utilização por cada um dos indivíduos”²⁵. Meirelles explica que os serviços públicos gerais “satisfazem indiscriminadamente toda a população, sem que se erijam em direito subjetivo de qualquer administrado à sua obtenção” e destaca que, “*normalmente*, os serviços *uti universi* devem ser mantidos por imposto (*tributo geral*), e não por taxa ou tarifa, que é remuneração mensurável e proporcional ao uso individual do serviço”; ao revés, os serviços públicos singulares, “desde que implantados, geram direito subjetivo à sua obtenção para todos os administrados que se encontrem na área de sua prestação ou fornecimento e satisfaçam as exigências regulamentares”. Esse autor frisa que os serviços *uti singuli* “são sempre serviços de utilização individual,

21 DI PIETRO, op. cit., p. 106.

22 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 236; MEIRELLES, op. cit., p. 307.

23 *ibid.*, loc. cit.; DI PIETRO, op. cit., p. 105-106; MEIRELLES, op. cit., p. 307 e 309, *passim*.

24 DI PIETRO, loc. cit.

25 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 236.

facultativa e mensurável, pelo quê devem ser *remunerados por taxa (tributo) ou tarifa (preço público)*, e não por imposto²⁶.

- *administrativos X comerciais (ou industriais) X sociais*: esta classificação toma como foco o *objeto dos serviços públicos*²⁷. “Serviços públicos administrativos são os que a Administração Pública executa para atender a suas necessidades internas ou preparar outros serviços que serão prestados ao público”²⁸. “Serviço público comercial ou industrial é aquele que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, para atender às necessidades coletivas de ordem econômica”²⁹. “Serviços públicos sociais são os que o Estado executa para atender aos reclamos sociais básicos, e representam ou uma atividade propiciadora de comodidade relevante, ou serviços assistenciais e protetivos”³⁰.

Deve-se frisar ainda que *os serviços públicos podem ser prestados das seguintes formas*: a) *centralizado*: “é o que o Poder Público presta por seus próprios órgãos em seu nome e sob sua exclusiva responsabilidade [...] o Estado é, ao mesmo tempo, titular e prestador do serviço”³¹; b) *descentralizado*: “em que o Poder Público transfere a sua titularidade ou, simplesmente, sua execução, por *outorga* ou *delegação*, a autarquias, fundações, empresas estatais, empresas privadas ou particulares individualmente” (grifo do autor)³²; c) *desconcentrado*: “é todo aquele que a Administração executa centralizadamente, mas o distribui entre vários órgãos da mesma entidade, para facilitar a sua realização e obtenção dos usuários”³³.

26 MEIRELLES, op. cit., p. 309.

27 DI PIETRO, op. cit., p. 104.

28 MEIRELLES, op. cit., p. 308, nota 125.

29 Maria Sylvia Di Pietro, divergindo de outros autores, assevera que “a este não se aplica o artigo 173, mas o artigo 175 da Constituição”. DI PIETRO, op. cit., p. 104-105, nota 126.

30 Nesse ponto, Hely Lopes Meirelles – ao falar em serviços públicos administrativos e industriais – e José dos Santos Carvalho Filho – em serviços públicos sociais e econômicos – pecam em suas classificações, por não abrangerem toda a gama de atividades consideradas serviço público. MEIRELLES, op. cit., p. 308; CARVALHO FILHO, op. cit., p. 237.

31 MEIRELLES, op. cit., p. 308 e 317, passim.

32 Para Hely Lopes Meirelles, existe outorga “quando o Estado cria uma entidade e a ela transfere, por lei, determinado serviço público ou de utilidade pública”; por outro lado, quando se fala em delegação, quer dizer que o ente público “transfere, por contrato (concessão) ou por ato unilateral (permissão ou autorização), unicamente a execução do serviço, para que o delegado o preste ao público em seu nome e por sua conta e risco, nas condições regulamentares e sob controle estatal” (grifos do autor). *ibid.*, p. 317.

33 MEIRELLES, op. cit., p. 318.

Em qualquer desses casos, a *execução dos serviços públicos* distingue-se, grosso modo, em: a) *direta*: “o encarregado de seu oferecimento ao público o realiza pessoalmente, ou por seus órgãos, ou por seus prepostos (não por terceiros contratantes)”³⁴; e b) *indireta*: “é a que o responsável pela sua prestação aos usuários comete a terceiros para realizá-lo nas condições regulamentares”³⁵.

1.3 CARACTERÍSTICAS DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE E DE EDUCAÇÃO PÚBLICAS

Os serviços de saúde e de educação facilmente são enquadráveis no conceito de serviço público, sobretudo quando prestados diretamente pelo próprio Poder Público. Nessa linha, cumpre destacar suas características e situar tais atividades no ordenamento jurídico pátrio, não sem antes fazer um importante alerta: *os aspectos que serão traçadas não têm em mira o serviço público de saúde e de educação em sua acepção mais lata, senão desviar-se-ia da perspectiva do trabalho; as expressões saúde pública, como sinônimo de assistência médica e hospitalar; e educação (ensino infantil, fundamental, médio e universitário) pública correspondem sim a atividades específicas, cujo conteúdo procurar-se-á esmiuçar.*

Primeiramente, os serviços de saúde e de educação públicas “só podem ser prestados pelo Estado diretamente, ou seja, por seus próprios órgãos ou agentes”³⁶, o que não significa que a saúde e a educação sejam serviços “exclusivos do Estado”³⁷. Outro ponto é que tais atividades são “pró-cidadão”, porque, na prática, “embora reflexamente interessem a toda comunidade, atendem precipuamente às conveniências de seus membros individualmente considerados”³⁸. Em terceiro lugar, são serviços que “têm usuários determinados e utilização particular e mensurável para cada destinatário”³⁹. Diga-se ainda que a saúde e a educação públicas atendem “necessidades coletivas em que a atuação do Estado é essencial, mas que

34 *ibid.*, loc. cit..

35 *ibid.*, p. 318-319. Maria Sylvia Di Pietro dá a entender que segue essa mesma orientação ao se referir ao art. 10, § 1º, “c”, do Decreto-lei nº 200/1967, contudo José dos Santos Carvalho Filho emprega outro sentido, considerando que há execução direta se o serviço está a cargo das pessoas federadas, e, indireta, quando se liga a qualquer outra espécie de pessoa. DI PIETRO, op. cit., p. 356; CARVALHO FILHO, op. cit., p. 246-247. Sem embargo, fique esclarecido que o meio de execução (direta ou indireta) não se confunde com a idéia de Administração direta e indireta, que remonta às formas de prestação do serviço público. MEIRELLES, op. cit., p. 317-318.

36 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 235.

37 DI PIETRO, op. cit., p. 106-107.

38 MEIRELLES, op. cit., p. 308.

39 *ibid.*, p. 319.

convive com a iniciativa privada⁴⁰. Quanto à forma de prestação de tais atividades, pode-se afirmar, seguramente (*e. g.*: ponto de vista político), que existem, “pelo menos, duas pessoas entre as quais se repartem as competências”⁴¹. Por fim, saliente-se que a execução dos serviços de saúde e de educação públicas não é realizada, de regra, por terceiros (contratados)⁴².

Em poucas palavras, pode-se dizer que OS SERVIÇOS DE SAÚDE E DE EDUCAÇÃO PÚBLICAS (no limitado contexto *supra*) SÃO SERVIÇOS PÚBLICOS PRÓPRIOS, DERIVADOS (OU DE UTILIDADE PÚBLICA), SINGULARES (OU *UTI SINGULI*), SOCIAIS, DESCENTRALIZADOS E DE EXECUÇÃO DIRETA.

A respeito de sua positivação, a primeira observação a ser feita é caracterização da saúde e da educação como direitos sociais (CRFB/1988, art. 6º), porém se tem aí uma perspectiva individual, não a de serviço público. Quando se faz referência a serviços de saúde e de educação públicas, o pilar constitucional é Ordem Social. Na Seção II do Capítulo II e na Seção I do Capítulo III, ambos do Título VIII da CRFB/1988, disciplinaram-se com profundidade – inclusive abordando aspectos outros que não interessam a esse trabalho – a saúde e a educação (nessa seqüência), sendo que, partindo dos artigos componentes desses setores, pode-se extrair as características explanadas anteriormente (*e. g.*: arts. 197; 198, I; 209; 211; etc.).

2 A APLICABILIDADE DO CDC AOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE E DE EDUCAÇÃO PÚBLICAS COM BASE NA REMUNERAÇÃO

2.1 PRELIMINARES

*“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”. Cuida-se um assunto “enganoso, sinuoso e difícil”, sendo que “uma leitura apressada do Código de Defesa do Consumidor poderia nos deixar com a impressão de que se trata de um tema relativamente óbvio”.*⁴³

40 DI PIETRO, op. cit., p. 105-107, passim.

41 MEIRELLES, op. cit., p. 349.

42 *ibid.*, p. 356.

43 Realmente, O CDC prevê em diversos de seus artigos o serviço público (*e. g.*: arts. 4º, VII; 6º, X), mas, sem dúvida, a análise da questão deve começar pelo disposto no art. 22, que remete às definições do Capítulo I do Título I da Lei 8.078/1990. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A proteção dos usuários de serviços públicos : a perspectiva do direito do consumidor. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 37, p. 77-91, jan./mar. 2001. p. 77.

*Levantando a escassa bibliografia sobre essa norma, encontram-se três correntes. Na primeira linha, “não são enfrentadas as questões relativas a saber em que medida ou quais serviços públicos estariam regulados pelo Código de Defesa do Consumidor e quais normas deste diploma legal a eles se aplicariam”.⁴⁴ O segundo posicionamento conta com a autoridade do Ministro Antônio Herman Benjamin, para quem o CDC aplicar-se-ia “a todos os serviços públicos, tanto aos *uti universi* quanto aos *uti singuli*, indistintamente”.⁴⁵ De acordo com o grupo seguinte, “para que exista uma relação de consumo, é necessário que a prestação do serviço seja remunerada, conforme disposto no art. 3º, § 2º, do CDC [...]. assim, o serviço público gratuito não se enquadraria no âmbito de incidência do Código”, em outras palavras, “o Código de Defesa do Consumidor seria aplicado apenas aos serviços em que houvesse uma remuneração, o pagamento de uma taxa ou tarifa, ou seja, que houvesse uma remuneração específica e o serviço fosse divisível”.⁴⁶ A última doutrina, que merece ser prestigiada até pelo peso de seu defensor, José Geraldo Brito Filomeno, espelha o Enunciado 06 da Súmula de Estudos do Centro de Apoio às Promotorias de Defesa do Consumidor de São Paulo, na qual se conclui que a Lei 8.078/90 tutela “os serviços prestados *uti singuli* ou mediante retribuição por tarifa ou preço público, em qualquer regime de prestação”⁴⁷.*

Tomando os posicionamentos em conjunto, exceto o primeiro, por sua inutilidade, percebe-se que, concretamente, poderá haver enorme diferença no palco de atuação das normas benéficas à parte vulnerável da relação de consumo no tocante aos diversos tipos de serviços públicos, e isto gera riscos (o esvaziamento dos mecanismos protetivos do Código, por exemplo) e (des)vantagens (e. g.: fixar os vínculos jurídicos somente no âmbito privado).⁴⁸

Posto que a “remuneração” apresenta-se, nas teorias mencionadas, como critério para distinguir quais serviços públicos estão sob égide do CDC, não se pode prescindir de sua verificação pormenorizada em cada uma das mesmas, especialmente porque a distinção em epígrafe tem sido fundamento para incontáveis decisões judiciais⁴⁹. Antes de mergulhar

44 *ibid.*, loc. cit. É o caso do artigo de MENEZELLO, Maria d' Assunção C. Código de defesa do consumidor e a prestação dos serviços públicos. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 19, p. 232-235, jul./set. 1996.

45 MACEDO JÚNIOR, op. cit., p. 78, nota 148.

46 *ibid.*, p. 77-91, jan./mar. 2001. p. 79.

47 *ibid.*, p. 80.

48 *ibid.*, p. 81-82.

49 O STF, no RE nº 248191, proferiu que “tratando-se de tributos, não há, entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte) relação de consumo ...”.

propriamente em cada uma das correntes, é mister traçar, em linhas gerais, alguns institutos de direito tributário encontrados nas mesmas.

2.2 NOÇÕES DE DIREITO TRIBUTÁRIO

“Consumo” (um dos índices de capacidade contributiva) não é um tema totalmente estranho à “disciplina jurídica dos tributos”⁵⁰; além disso, a extrafiscalidade (CRFB/1988, art. 155, § 1º) vinculada ao consumo também aproxima o consumidor e a tributação, na medida em que consiste em instrumento “para obtenção de finalidades [...] estimulantes, indutoras ou coibidoras de comportamentos”.⁵¹ *Todavia, apesar da na CRFB/1988 estarem previstos os arts. 150, § 5º e 155, § 2º, VII e IX, além dos arts. 153, § 3º, I e II e 155, § 2º, I e III, que têm por um dos escopos o “consumidor”, não é ele a estrela naquele ramo do direito público*⁵², *diferentemente do que se passa no CDC. No Código Tributário Nacional as luzes estão voltadas para o “contribuinte”, definido no inc. I do § do art. 121, sendo uma espécie de sujeito passivo da relação jurídica tributária (Lei nº 5.172/1966, art. 121, caput).*

O contribuinte é devedor de uma “prestação pecuniária não sancionatória de ato ilícito, instituída em lei e devida ao Estado ou a entidades não estatais de fins de interesse público”⁵³, ou, simplesmente, de tributo (definido no CTN, art. 3º).

O STJ tem diversos acórdãos (AgREsp nº 325528; EREsp nº 106993; REsp nº 252803; MC nº 3668) nos quais também não se permitiu a equiparação de consumidores e de contribuintes, quando o objeto da relação jurídica fosse uma taxa.

Igualmente restritivos são os arestos Ag nº 83493 e o ReO nº 7676 do TRF da 3ª Região e da 4ª, respectivamente.

A 6ª Câmara Cível do TJRS, na Apelação Cível nº 70003928157, pronunciou que “conquanto os serviços públicos sejam efetivamente disciplinados por aquele Código, só são abrangidos os que atenderem ao requisito do art. 3º, qual seja, os prestados mediante remuneração específica. São os denominados serviços prestados uti singuli, distintos dos prestados uti universi. Estes, por se caracterizarem como serviços essenciais e subsidiados pelo recolhimento de impostos, estão excluídos da incidência do CDC”.

Sem compartilhar dessa interpretação extensiva mitigada, o TJPR têm decisão (processo nº 137571300) de sua 8ª Câmara Cível que é contundente: “as normas deste (CDC) não se aplicam às obrigações de natureza tributária”.

No Estado do Rio de Janeiro, o egrégio Tribunal de Justiça, através de sua 8ª Câmara Cível prolatou decisum (Ap. Civ. nº 2002.002.06852), na qual a pretensão do apelante em aplicar à relação tributária as normas contidas no CDC não prosperou, porque “não se pode confundir a relação existente entre o contribuinte e o sujeito ativo da obrigação tributária com a relação existente entre o consumidor e o fornecedor”.

Já Turma Recursal deste mesmo Estado-membro, em trecho do acórdão referente ao processo nº 2001.700.012805-9, argumentou que a “indivisibilidade da iluminação pública impede a aferição da cota-parte atribuível a cada consumidor”, dando margem a uma interpretação (ao menos) extensiva mitigada.

50 AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 2.

51 *ibid.*, p. 100.

52 *ibid.*, p. 2 e 5, *passim*.

53 AMARO, *op. cit.*, p. 25.

Dentre as exações, torna-se obrigatório compreender os *impostos* e as *taxas*, figuras que interessam mais de perto a este tópico, devido às *feições do fato gerador*⁵⁴ de cada uma.

No primeiro, de acordo com o que se deduz do art. 16 do CTN, “não é preciso que o Estado preste algo determinado”⁵⁵. Aliomar Baleeiro leciona que o imposto “é alheio a qualquer idéia de retribuição”⁵⁶ e Hugo de Brito Machado, que “não é contraprestacional”⁵⁷. Nesse contexto, Adilson Rodrigues Pires alega ser “a mais típica das espécies de tributo, visto que, para a sua instituição, prescinde o legislador da referibilidade de sua atuação, em relação ao contribuinte, como fator de exigência tributária”.⁵⁸ Com efeito, Luciano Amaro elucida: “a atuação do Estado dirigida a promover o bem comum beneficia o contribuinte, mas este frui das utilidades que o Estado fornece porque é membro da comunidade e não por ser contribuinte”.⁵⁹ Ricardo Lobo Torres percebe argutamente que os impostos “destinam-se a remunerar as necessidades globais do serviço público indivisível”, ou seja, têm “a finalidade principal ou acessória de obtenção de receita para as necessidades públicas gerais”.⁶⁰

Já as outras (CRFB/1988, art. 145, II) diferenciam-se “pela circunstância de se atrelarem a determinadas manifestações da atuação estatal, que condicionam e legitimam tais exações”, ou seja, “o Estado exerce determinada atividade e, por isso, cobra a taxa da pessoa a quem aproveita”.⁶¹ Três são as correntes para a fundamentação filosófica desse tributo: “as diversas teorias sobre as taxas ora sublinham a existência de um *benefício* ou *vantagem* para o contribuinte, dando a elas um caráter *contraprestacional*, ora as vêem como reembolso do *custo da atuação estatal*, ora as caracterizam meramente como tributo ligado à *atuação específica do Estado*, abstraídas eventuais vantagens que possam ser fruídas pelo contribuinte.” (grifo do autor)⁶²

54 Cf. CTN, art. 114.

55 AMARO, op. cit., p. 25 e 30, passim.

56 BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 273.

57 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 21. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 260.

58 PIREZ, Adilson Rodrigues. *Manual de direito tributário*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 23.

59 AMARO, op. cit., p. 30.

60 TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 8. ed. atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 336.

61 AMARO, op. cit., p. 30 e 31, passim.

62 *ibid.*, p. 31.

Adilson Rodrigues Pires traz a seguinte manifestação sobre os pressupostos de cobrança de taxa de serviço: “o serviço público de que se trata pode ser prestado ou tão-somente colocado à disposição do contribuinte. Assim, mesmo que o beneficiário o dispense ou dele, por qualquer motivo, não faça uso, a taxa será devida, uma vez que basta seja posto à disposição para que se verifique a obrigatoriedade do tributo. [...] Por outro lado, considera-se específico o serviço que pode ser destacado em unidades autônomas para sua prestação, e divisível o que é suscetível de utilização, separadamente, por parte de cada usuário.”⁶³

Tratando da dificuldade de tais requisitos explicitados no art. 79 do Código Tributário Nacional, Luciano Amaro faz interessantes colocações: “... é ocioso dizer que os serviços, sobre serem divisíveis, precisam ser *específicos* para que se sujeitem a taxação. [...] no caso dos serviços que ensejam a cobrança de taxa, sua *necessária divisibilidade* pressupõe que o Estado os destaque ou *especialize*, segregando-os do conjunto de suas tarefas, para a eles vincular a cobrança de taxas. A partir do momento em que o Estado se aparelha para executar o serviço, está atendida a exigência de “especificação”. Se (específico embora) o serviço for *indivisível*, descabe taxá-lo; se divisível, a taxa pode ser instituída. Ou seja o que importa é a *divisibilidade*, e não a *especificidade* do serviço. ... se determinado serviço estatal é posto à disposição de um *grupo de indivíduos da comunidade* (atingindo, por exemplo, só os bairros centrais de uma cidade), é de justiça que o serviço seja financiado pelos indivíduos integrantes *desse grupo que dispõe do serviço* (ainda que este ou aquele indivíduo não queira fruir *efetivamente* do serviço). Não seria justo que *toda a comunidade* (através de imposto) suportasse o custo do serviço que só atinge *parte dela*. Mas também não seria justo deixar de cobrar a taxa dos indivíduos integrantes do grupo a cuja disposição está posto o serviço ainda que não o utilizem efetivamente), pois como anotou Aliomar Baleeiro, ter o serviço à disposição representa em si mesmo uma vantagem. Todo o *grupo que tem o serviço à disposição* deve, pois, custear a atividade estatal, ainda que este ou aquele indivíduo não queira fruir efetivamente o serviço. Ora, quanto aos serviços (divisíveis), que o Estado põe à disposição de *toda a comunidade* (por exemplo, a administração de justiça, o serviço funerário), se se quiser cobrar de *todos* os membros da comunidade, não é preciso criar *taxas*; eles podem ser financiados com os *impostos*. A razão de ser taxa (nos casos de serviços divisíveis que estejam

63 PIRES, op. cit., p. 24-26, passim.

à disposição de *toda* a comunidade) está exatamente em que ela pode ser cobrada *apenas* de quem *efetivamente* utilize o serviço.” (grifo do autor)⁶⁴

Uma grande controvérsia que envolve a taxa é a sua distinção em face da tarifa (ou preço público), “(contra)prestação pecuniária, fundamentada na proporcionalidade, de caráter não-tributário”⁶⁵. Em um primeiro instante, pode-se dizer que: “ taxa é um tributo, sendo, portanto, objeto de uma obrigação instituída *por lei*; já o preço é obrigação *contratual*. O preço é, pois, obrigação assumida *voluntariamente*, ao contrário da taxa de serviço, que é *imposta* pela lei a todas as pessoa que se encontrarem na situação de usuários (efetivos ou potenciais) de determinado serviço estatal.” (grifo do autor)⁶⁶

A rigor, tormentosos “não são esses conceitos (taxa e preço público), mas sim os critérios que permitiriam segregar, de um lado, os serviços que devessem ser taxados e, de outro, os serviços que ensejariam a cobrança de preço público”⁶⁷. “O problema surge da ausência de dispositivos constitucionais de voz afirmativa, que obriguem a cobrança de taxa e de preço público conforme se complete a definição de cada um desses”. Não obstante, Ricardo Lobo Torres acredita que “a distinção, embora difícil, encontra sólidos fundamentos jurídicos, pois se baseia sobretudo no grau de proteção aos direitos fundamentais e no próprio papel do Estado Social de Direito”.⁶⁸

Nesse sentido, não é sem razão que Luciano Amaro considera que, “além dos serviços cuja a característica de emanção própria do Estado é generalizada”, há atividades “cuja execução (por motivos de higiene, saúde etc.) *interessa à coletividade*, não podendo, por isso, ficar a critério dos indivíduos implementá-las ou não. Nesse campo, o Estado deve agir, por meio do instrumento que modernamente pauta todas as suas ações: a lei. E pode agir de duas maneiras: a) *obrigando o indivíduo a executar a tarefa no interesse da coletividade* [...] e cominando sanções administrativas ou mesmo penais para quem infrinja a lei; ou b) *executando ele próprio, Estado, os serviços necessários* e, na medida em que estes sejam divisíveis, cobrando taxas dos indivíduos a quem tais serviços se destinem [...] *se o Estado tomar a seu cargo a execução dessas tarefas*, a prestação pecuniária a ser cobrada do particular (que não propriamente “solicita”, mas “provoca”

64 AMARO, op. cit., p. 39-40.

65 TORRES, op. cit., p. 168.

66 AMARO, op. cit., p. 39-41, passim.

67 *ibid.*, p. 41.

68 TORRES, op. cit., p. 169.

o serviço) há de ser *legal* (taxa) e não *contratual* (preço). Veja-se que a atuação do Estado, nessas situações, é análoga à que ele desenvolve no exercício do poder de polícia [...]. Assim, o Estado adstringe-se a adotar a figura da taxa, se o serviço (que *ele* executa), *deve ser realizado* por imperativo de ordem pública. Por outro lado, se o serviço puder ser remunerado por preço público, por não apresentar as características que o restrinjam à remuneração por taxas, o legislador *pode optar* pela adoção do regime de taxas.” (grifo do autor)⁶⁹

Construindo sobre o Enunciado n° 545 das Súmulas do STF, Hugo de Brito Machado mostra que “à liberdade que tem o Poder Público na fixação do preço público corresponde a liberdade do cidadão de utilizar, ou não, o serviço correspondente. Se o cidadão não tem essa liberdade, o Poder Público deve estar igualmente limitado pela ordem jurídica no pertinente aos critérios para fixação do valor a ser cobrado”.⁷⁰ A importância de tudo isso é: “se a lei denominou a receita como *taxa*, vinculou ao regime jurídico tributário. Tal receita ficará, portanto, sujeita aos princípios constitucionais da tributação, entre os quais o da legalidade e o da anterioridade da lei ao exercício financeiro da respectiva cobrança”.⁷¹ Outro detalhe é que “a adoção do regime jurídico das taxas permitirá, por razões assinaladas anteriormente, a opção do legislador pela incidência mesmo nos casos em que não haja *efetiva* utilização do serviço público. Os preços, evidentemente, só poderão ser cobrados *nos termos do contrato* firmado, não cabendo *impor* ao indivíduo o pagamento, se ele se recusa a contratar; nada impede, por outro lado, cobrar preço pela simples colocação do serviço à disposição, *se isso tiver sido contratado*”. (grifo do autor)⁷²

Expostas tais idéias, pode-se passar à essência de cada linha doutrinária que utiliza da remuneração como elemento-chave para a aplicação da Lei 8.078/90 aos serviços públicos.

2.3 ANÁLISE DAS CORRENTES BASEADAS NO ELEMENTO RELACIONAL

Os autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor salientam, liminarmente, que, no art. 3º, § 2º, “não se inserem os “tributos” em geral, ou “taxas” e “contribuições de melhoria”, especialmente, que se inserem no âmbito das relações de natureza tributária”. Complementam

69 AMARO, op. cit., p. 44.

70 MACHADO, op. cit., p. 383.

71 MACHADO, op. cit., p. 381.

72 AMARO, op. cit., p. 46.

tal assertiva dizendo ainda que “não há de se confundir, por outro lado, os referidos tributos com as “*tarifas*”, estas, sim, inseridas no contexto dos serviços ou, mais particularmente, “*preço público*”, pelos “*serviços*” prestados diretamente pelo Poder Público, ou então mediante sua concessão ou permissão pela iniciativa privada.” (grifo do autor). Segundo eles a explicação é simples: “o que se pretende dizer é que o “*contribuinte*” não se confunde com o “*consumidor*”, já que no primeiro caso o que subsiste é uma relação de Direito Tributário, inserida a prestação de serviços públicos, genérica e universalmente considerada, na atividade precípua do Estado, ou seja a persecução do bem comum.” (grifo do autor)⁷³

Na mesma obra, Zelmo Denari, comentando o art. 22 da Lei 8.078/1990, ressalta que “as pessoas jurídicas de Direito Público – centralizadas ou descentralizadas – podem figurar no pólo ativo da relação de consumo como fornecedoras de serviços”. Todavia, faz uma restrição ao advertir que, em relação à possibilidade de as concessionárias de serviços públicos cortarem o fornecimento de luz, água ou telefone, na hipótese de inadimplemento dos respectivos usuários, *a obrigação de pagar tais contas não é tributária, em razão de a remuneração efetuar-se através de tarifas, pois a prestação está sob regime de Direito Privado.*⁷⁴

Rizzato Nunes afirma que segue o entendimento anterior (corrente restritiva), entretanto demonstra-se muito cauteloso, parecendo não estar convicto quanto ao posicionamento, ao exclamar: “nossa ressalva fica para a necessidade que existe, quando se trata de questão envolvendo o administrado-contribuinte, de levar em consideração as outras leis do sistema constitucional brasileiro aplicáveis no que for compatível com o subsistema da Lei n. 8.078”.⁷⁵ Com certa dose de contradição, escreve que não haveria alternativa, pois, “se, na relação jurídica estabelecida, de um lado estiver o consumidor, que recebe o serviço (público ou privado), e de outro o fornecedor do serviço, que o presta, a relação é típica de consumo e está protegida pelas regras do CDC”. Justifica isto (linha extensiva) porque “o fato de não existir pagamento direto não exclui a norma da relação, pois o que vale é o conceito de custo para a oferta do serviço e este é repassado direta ou indiretamente para o consumidor final”.⁷⁶

73 GRINOVER, et al. op. cit., p. 44.

74 DENARI, op. cit., p. 194-195, passim.

75 NUNES, op. cit., passim.

76 *ibid.*, p. 318.

De toda sorte, para ele, no estágio atual da aplicação do Código de Defesa do Consumidor prosseguirá o embate entre correntes, uma defensora de que, “posto o serviço público à disposição, o administrado que o recebe se confunde com a figura do consumidor”, sendo aplicável a lei consumerista sempre que a relação tiver por objeto um serviço público; e outra, que “afasta a figura do consumidor quando o administrado participa da relação que envolve o serviço público como contribuinte”, já que o primeiro estaria à disposição deste por força da justiça distributiva, apanhando-o, em sentido fiscal, na condição da pessoa obrigada a pagar tributos.⁷⁷

Já Cláudia Lima Marques começa a apreciar a questão sustentando que “*“remuneração” (direta ou indireta) significa um ganho direto ou indireto para o fornecedor. “Gratuidade” significa que o consumidor não “paga”, logo não sofre um minus em seu patrimônio”*(grifo nosso)⁷⁸. Chega, então, à seguinte síntese: “na prática, só existem três possibilidades: a) ou o serviço é remunerado diretamente pelo consumidor; b) ou o serviço não é oneroso para o consumidor, mas remunerado indiretamente, não havendo enriquecimento ilícito do fornecedor, pois o seu enriquecimento tem causa no contrato de fornecimento de serviço, causa esta que é justamente a remuneração indireta do fornecedor; c) ou o serviço não é oneroso de maneira nenhuma (serviço gratuito totalmente) e nem o fornecedor remunerado de nenhuma maneira, pois se este fosse “remunerado” indiretamente haveria enriquecimento sem causa de uma das partes. Conclui-se, pois, que *no mercado de consumo, em quase todos os casos, há uma remuneração do fornecedor, direta ou indireta, como um exame do “enriquecimento” dos fornecedores pelos serviços ditos “gratuitos” pode comprovar*”.⁷⁹ E, pincelando sobre o assunto, a autora, apoiada na interpretação literal da definição do art. 3º, § 2º, discorre que “os serviços públicos *uti universi*, isto é, aqueles prestados a todos os cidadãos, com os recursos arrecadados em impostos, ficariam excluídos da obrigação de adequação e eficiência previstos pelo CDC”. E acrescenta em nota de rodapé de seu magnífico livro: “não visualizo base ou motivo legal para diferenciar entre diversos tipos de taxas e outros serviços prestados *uti singuli*, que considero todos incluídos no âmbito de aplicação do CDC”.⁸⁰

77 *ibid.*, p. 317.

78 MARQUES, op. cit., p. 328.

79 MARQUES, op. cit., p. 329-330.

80 *ibid.*, p. 486.

Coerentemente, Adalberto Pasqualloto adere a essa idéia (grupo extensivo mitigado), afirmando que “a disciplina correta dos serviços públicos protegidos pelo CDC deve considerar a interrelação existente com a disciplina desses mesmos serviços no Direito Constitucional e no Direito Administrativo. Segundo esses parâmetros, não são abrangidos no CDC os serviços públicos próprios, prestados *uti universi* diretamente pelo Estado, mantido pelos tributos gerais, porque falta-lhes, sob a ótica do Código do Consumidor, o requisito da remuneração específica. Segundo esse mesmo critério, os serviços públicos impróprios, prestado direta ou indiretamente pelo Estado ou, ainda, por meio de concessão, autorização ou permissão, estão sob a tutela do CDC, porque remunerados pelo pagamento específico de taxas ou tarifas”.⁸¹

Este posicionamento temperado é semelhante ao de Regina Helena Costa, para quem “é a exigência de uma remuneração específica pela prestação de determinado serviço público que vai determinar sua sujeição à disciplina legal da relação de consumo”.⁸² Para apreender a sutileza dessa sua opinião, deve-se ter em mente que “a prestação de 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” (grifo do autor)⁸³. Consequentemente, na esteira dessa lição, “o usuário-consumidor de serviço público, cuja prestação é remunerada mediante taxa, goza da proteção contemplada no Código de Defesa do Consumidor” (grifo do autor).⁸⁴

Já Álvaro Lazzarini pode ser enquadrado no grupo daqueles que interpretam extensivamente o art. 22 do CDC ao esclarecer que “como destinatário final dos serviços prestados pelo Estado, por si ou por suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de fornecimento desses serviços, sujeito que está ao pagamento de tributos, o consumidor, pessoa física ou jurídica, está ao abrigo do Código de Defesa do Consumidor”.⁸⁵

81 PASQUALLOTO, Adalberto. Os serviços públicos no código de defesa do consumidor. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 1, p. 130-148, jan./mar. 1997. p. 145.

82 COSTA, Regina Helena. A tributação e o consumidor. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 21, p. 97-103, jan./mar. 1997. p. 102.

83 *ibid.*, p. 102.

84 *ibid.*, p. 103.

85 LAZZARINI, Álvaro. Serviços públicos nas relações de consumo. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 29, p. 21-28, jan./mar. 1999. p. 25.

Ana Cláudia Pagano também defende, em sua monografia, a aplicação irrestrita do CDC, não distinguindo, na prática, figura do consumidor e do contribuinte.⁸⁶

Essa linha também é a de Fábio Jun Capucho, mas sob uma perspectiva diversa: “tem-se, assim, que por *serviço público*, para efeitos da incidência do aparato legal de consumo, deve ser entendida toda e qualquer atividade prestada pelo Poder Público, por si ou por terceiros (concessionários, permissionários) sob sua direção e controle, *independentemente da forma de sua remuneração*. Entende-se que, por essa via estar-se-á atendendo ao princípio da universalidade da tutela, tão caro ao direito social, em geral, e ao do consumidor, em particular, sem prejuízo ao sistema em apreço.” (grifo do autor)⁸⁷

Deve-se citar, por fim, realçando a complexidade da controvérsia, a confusa tentativa de deslinde do problema de Gláucia Aparecida Ferraroli Cazzaniga, que, em um primeiro momento, filia-se à corrente da interpretação restritiva (“... incumbe ao Estado, de acordo com as conveniências políticas de cada momento e do sistema jurídico do país a opção de custeio do serviço público, se através de tributo ou através de preço público ou tarifa [...] desta opção estará a adequação ou não do serviço público na categoria de consumo. Dessa forma somente a prestação de serviços públicos impróprios, em decorrência de sua remuneração, será enquadrável na categoria de serviços, para fins de aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Outro tipo de interpretação geraria uma tal abrangência, vez que incluiria no CDC serviços, que por sua própria natureza, consubstanciam-se em funções inerentes, peculiares ao Poder Público”⁸⁸) para, poucas páginas adiante, concluir como se fosse defensora da interpretação extensiva (“dessa forma, mais uma vez demonstrado que o serviço de saúde pública não foi prestado de forma adequada, eficiente, segura e contínua, por se tratar de serviço essencial, caberá ao consumidor o direito de acionar o Estado com base no art. 22 do Código”).⁸⁹

86 Cf. PAGANO, Ana Cláudia de Carvalho. *A saúde pública em face do código de defesa do consumidor*. Rio de Janeiro: Mauad, 1998.

87 CAPUCHO, Fábio Jun. O poder público e as relações de consumo. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 41, p. 96-116, jan./mar. 2002. p. 109-110.

88 CAZZANIGA, Gláucia Aparecida Ferraroli. Responsabilidade dos órgãos públicos no código de defesa do consumidor. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11, p. 144-160, jul./set. 1994. p. 153.

89 *ibid.*, p. 158.

3 A INAPLICABILIDADE DO CDC AOS SERVIÇOS DE SAÚDE E DE EDUCAÇÃO PÚBLICAS EM RAZÃO DO ELEMENTO OBJETIVO

3.1 PROBLEMAS DO CRITÉRIO FUNDADO NA REMUNERAÇÃO⁹⁰

*Aquelas correntes são, usualmente, desatentas nas classificações de serviço público, cometendo deslizos, principalmente, na consideração dos serviços *uti singuli* e *uti universi*, e lhes falta rigor ao vincular o serviço público ao tipo de custeio⁹¹.*

Outro aspecto (mesmo para os que se posicionam entre os restritivistas) é que “quer o consumidor pague quer não pelo serviço público, não é esse fato que vai afastar a incidência da norma”⁹². Nesse sentido, Cláudia Lima Marques, apesar de se incluir no grupo dos que interpretam de maneira extensiva mitigada o art. 3º, § 2º do Código de Defesa do Consumidor, vale-se de ponderações relevantes: “o CDC não se utiliza da distinção clássica de contratos onerosos de prestação de serviço e de contratos “gratuitos”. O que não pode inexistir no sistema do CDC é a “obrigação de pagamento”⁹³. Por conseguinte, admite 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 final que paga, mas a coletividade (facilidade diluída no preço de todos) ou quando ele paga indiretamente o “benefício gratuito” que está respondendo. A expressão remuneração permite incluir todos aqueles contratos em que for possível identificar um sinalagma escondido (contraprestação escondida) uma remuneração indireta do serviço de consumo”. (grifo nosso)⁹⁴

Antes de prosseguir, tendo em vista que os serviços de saúde e de educação públicas, enquanto assistência médico-hospitalar e ensino

90 “REMUNERAÇÃO. Do latim remuneratio, de remunerare (remunerar, compensar, retribuir), em sentido amplo exprime a recompensa, o pagamento ou a retribuição feitos por serviços prestados ou em sinal de agradecimento. Nesta razão, tudo que se recebe ou tudo que se paga, em retribuição ou pagamento é, sem dúvida, uma remuneração. Assim, são remunerações os salários, as diárias, os vencimentos, as comissões, os honorários, os soldos, as corretagens etc. Originariamente, portanto, remuneração contém sentido amplo e genérico, referindo-se a qualquer espécie de retribuição ou compensação, sem indagação da procedência nem do motivo por que se realizou (grifo do autor)”. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 17. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 699.

91 Retornando ao ponto 2.1 deste trabalho, poder-se-á verificar que a doutrina administrativista, no máximo, visualiza uma coincidência dessas situações, chegando mesmo a utilizar expressões como “normalmente” MEIRELLES, op. cit., p. 309.

92 NUNES, op. cit., p. 318.

93 MARQUES, op. cit., p. 328.

94 *ibid.*, p. 328.

pré-escolar, fundamental, médio e universitário, respectivamente, não são prestações de natureza contratual, *convém repisar que não há necessidade da existência de um contrato para que aperfeiçoe uma relação de consumo*. De acordo com Ronaldo Porto Macedo Jr., “diversas legislações de defesa do consumidor, como a mexicana que serviu de ponto de partida para o Código de Defesa do Consumidor nacional, definem a existência de uma relação de consumo quando houver uma relação contratual. No entanto, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro estabelece, em seu art. 2º, que o consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou *utiliza* produto ou serviço como destinatário final. Sendo assim, *o Código de Defesa do Consumidor não fez esta restrição, pois compreende a relação de utilização do serviço e não a relação contratação do serviço como sendo a relação de consumo protegida pelo Código de Defesa do Consumidor*.”

Apesar de essa norma ser expressa e clara, encontramos ainda no âmbito da doutrina e da jurisprudência, alguma resistência a entender que há relação de consumo mesmo quando não há relação de contrato de consumo *stricto sensu*. A partir disso, cabe retornar à questão da remuneração do serviço através de taxas e observar que o fato de vir a existir uma relação contratual na remuneração, através de uma taxa, não se constitui como óbice para o reconhecimento de que há uma relação de consumo, na medida em que há uma remuneração específica, ainda que não seja ela de natureza contratual” (grifos do autor e nosso).⁹⁵

Trazendo à baila, ainda, a atual redação do art. 167, IV de nossa Lei Fundamental (princípio da não afetação da receita de impostos), autorizada fica a asserção de que, em matéria de saúde e de educação públicas, existe exceção à não vinculação.

Assim, EM UM PRIMEIRO MOMENTO, PODE SER FEITA UMA RESERVA AOS AUTORES QUE CONSIDERAM ABRANGIDOS PELA LEI Nº 8.078/1990 OS SERVIÇOS REMUNERADOS INDIRETAMENTE (APARÊNCIA DE GRATUIDADE), E, CONTUDO, EXCLUEM TODOS OS PAGAMENTOS DE TRIBUTOS DESSA ESFERA; E, EM SEGUIDA, PODE-SE REPUTAR, TAMBÉM, SEMPRE ALGUMA DOSE DE ARBITRARIEDADE AOS QUE AGREGAM À PALAVRA “REMUNERAÇÃO” O ADJETIVO “ESPECÍFICA”, PARA EFEITO DE NÃO INCIDÊNCIA DO CDC ÀS HIPÓTESES DE SERVIÇOS PÚBLICOS, CUJAS DESPESAS SEJAM COBERTAS POR IMPOSTOS, VISTO

95 MACEDO JÚNIOR, op. cit., p. 77-91, jan./mar. 2001. p. 82-83.

EXISTIREM CERTAS RESSALVAS CONSTITUCIONAIS QUANTO À MATÉRIA ABORDADA.

Curiosamente, das três teorias suscitadas, vingaria a que tem menor respaldo numérico entre as autoridades em direitos do consumidor. Porém, não merece prosperar a interpretação extensiva por razões que antecedem a compreensão da relação de consumo, como se verá no próximo tópico.

3.2 ASPECTOS DO ENFOQUE OBJETIVO

Os autores que “idolotram a remuneração”, haja vista “que pertence à hermenêutica jurídica o princípio que: não se presumem na lei palavras inúteis”⁹⁶, não dão muita importância à expressão “mercado”⁹⁷ (de consumo) do mesmo dispositivo (Lei 8.078/1990, art. 3º, § 2º), expressão, aliás, que aparece outras dezesseis vezes no texto do Código de Defesa do Consumidor.

Somando-se a isso os fatos de a) o CDC conceituar as pessoas e os objetos característicos da relação de consumo, “embora seja historicamente aconselhado que as leis evitem as definições”⁹⁸, e b), teoricamente, a questão tributária (perigosa quando se fala em remuneração) ter como pano de fundo, como se viu, alguns problemas enfrentados pela doutrina administrativista, no tocante aos serviços públicos, pode-se assumir que todos esses aspectos estão a sugerir maior atenção para o elemento objetivo, pois não se pode aceitar a lei consumerista como sido criada para regular indistintamente todos os tipos de situações⁹⁹.

96 MENEZELLO, Maria d' Assunção C. Código de defesa do consumidor e a prestação dos serviços públicos. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 19, p. 232-235, jul./set. 1996. p. 235.

97 “MERCADO. Do latim mercatus (mercado, praça do mercado), de mercari (fazer comércio, traficar), indica, geralmente, o lugar em que se vendem gêneros alimentícios e outros mercados tendo assim, sentido equivalente a feira, e, por extensão, à praça em que ela se realiza, pois que a feira sempre se efetiva em uma praça pública. [...] Mercado. Na técnica mercantil, [...], designa a localidade, considerada pelo conjunto de comerciantes e de estabelecimentos comerciais, em que se localizam as várias operações de comércio sem atenção à sua espécie ou natureza. Nesse sentido, também se emprega a expressão praça. É costume, ainda, fazendo-se alusão à espécie ou natureza da mercadoria, adotar-se o vocábulo para referência à totalidade de operações e ao movimento de negócios acerca da mesma mercadoria. Assim se diz, por exemplo, mercado do café para se aludir à situação ou à posição dos negócios acerca deste produto (grifo do autor)”. SILVA, op. cit., p. 530.

98 ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Comentários ao código de defesa do consumidor: direito processual*: (arts. 6º, VIII, 38 e 81 a 119). São Paulo: Saraiva, 2000. p. 57.

99 Apesar de Cláudia Lima Marques defender que “para identificarmos quais são os contratos submetidos às novas normas de Código é necessário ter uma visão clara do campo de aplicação desta lei, tanto ratiōne personae, definindo quem será considerado consumidor e quem são os fornecedores de bens e serviços, quanto ratiōne materiae, incluindo ou excluindo contratos especiais”, Gustavo Tepedino extrapola, acreditando que “será possível tranquilamente a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, mesmo em situações em que não haja propriamente uma relação de consumo, desde que identifiquemos os pressupostos essenciais de hipossuficiência que justificam e dão legitimidade normativa à tutela do

Considerando que “as relações de consumo, que estão na base de nosso Código de Defesa do Consumidor, são explicitamente relações do mercado de consumo”¹⁰⁰, deve-se procurar no texto da Constituição alguma ajuda sobre a matéria.

Antes, porém, auxilia esta tarefa consignar que as *relações de consumo* não constituíram um direito próprio, no sentido de sua autonomia plena frente a outros ramos jurídicos; *sua imbricação adequada é o Direito Econômico*, como assevera Fábio Konder Comparato. O Direito Econômico, por sua vez, insere-se no chamado Direito Social e “expressa a vontade do Estado de organizar sua intervenção dentro da economia, com o fim de fortificá-la, de velar pelos interesses dos membros mais fracos da sociedade, do ponto de vista econômico, como são os consumidores, e de propender para uma melhor distribuição de riqueza”.¹⁰¹ Deve-se frisar também que “os direitos sociais são direitos a um mínimo de bem-estar e têm nos serviços públicos sociais (a educação [...] em primeiro lugar) sua institucionalidade. Os direitos sociais são mecanismos de distribuição dos benefícios sociais da vida comum. O Estado provedor quer distribuir os benefícios da vida social: garantindo a acumulação capitalista e isentando as unidades produtivas, “minimiza” – pela dispersão dos custos sociais da reprodução da mão-de-obra – alguns “impactos negativos” do mercado [...]. Os direitos sociais não dizem respeito só ao proibido, mas sobretudo ao que é devido e esperado – contra a lógica da punição (penalização), a lógica da prevenção. Direitos sociais implicam não mais a liberdade, mas a vida como valor fundamental.”¹⁰²

Em termos *formais*, a CRFB/1988 inovou ao separar a Ordem Social da Ordem Econômica. Ciente disso, Eros Roberto Grau assevera que “nossas Constituições anteriores, salvo a de 1937, [...], dispuseram sobre a “ordem econômica e social”, cuidando a de 1988, de duas ordens,

consumidor. Este antes de ser consumidor é pessoa humana, para cuja proteção volta-se inteiramente o constituinte. Cuida-se de localizar, portanto, os pressupostos essenciais que segundo o Código de Proteção do Consumidor, são necessários e suficientes para atrair uma série de princípios em defesa do sujeito de direito em situação de inferioridade.” MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 252; TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 211-212, passim.

100 LOPES, José Reinaldo de Lima. Responsabilidade do estado por empresas fiscalizadas. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 18, p. 77-93, abr./jun. 1996. p. 77.

101 PASQUALOTTO, Adalberto. Conceitos fundamentais do código de defesa do consumidor. *Revista dos tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 666, p. 48-53, abr., 1991, p. 48-49.

102 LOPES, op. cit., p. 77 e 79, passim.

uma “econômica”, outra “social”¹⁰³. *A previsão constitucional da “Ordem Econômica” e, porque não dizer, sua cisão (inclusive, em boa monta, em termos principiológicos) em relação à “ordem social” parecem estar impregnadas da idéia de um Estado voltado para as necessidades (bem-estar) sociais*, como pondera o eminente professor: “a introdução, no nível constitucional, de disposições específicas, atinentes à conformação da ordem econômica (mundo do ser), não consubstancia, em rigor, uma ruptura dela. Antes, pelo contrário, expressa [...] o desígnio de se a aprimorar, tendo em vista a sua defesa. A ordem econômica (mundo do dever ser) capitalista, ainda que se qualifique como *intervencionista*, está comprometida com a finalidade de preservação do capitalismo. Daí a feição *social*, que lhe é atribuída, a qual, longe de desnudar-se como mera concessão a um modismo, assume, nitidamente, conteúdo ideológico.”¹⁰⁴

Encarando a “Ordem Econômica” por um prisma *material*, aquele autor conceitua esta “parcela da ordem jurídica (mundo do dever ser)” como o “conjunto de normas que institucionaliza determinada ordem econômica (mundo do ser)”¹⁰⁵.

Essa série de dispositivos guarda em seus princípios uma lógica: “no desempenho do seu *novo papel*, o Estado, ao atuar como agente de implementação de políticas públicas, enriquece suas funções de integração, de modernização e de legitimação capitalista. Essa sua atuação, contudo, não conduz à substituição do sistema capitalista por outro. Pois é justamente a fim de impedir tal substituição [...] que o Estado é chamado a atuar sobre e no domínio econômico. O *sistema*

103 Sem embargo, o Ministro do STF bombardeia pesadamente tal distinção: “a alusão, [...], a uma ordem econômica e social é creditada a um modismo no uso do adjetivo social, o mesmo que se manifesta na expressão questão social e vai repercutir nas escolhas das expressões Direito Social e Legislação Social. A Constituição de 1988, separando uma da outra – a ordem econômica da ordem social –, permanece a fazer concessão ao modismo. Tanto antes, como agora, no entanto, a alusão a uma e a outra, além de injustificada, conduz a ambigüidades. De uma parte, a menção a uma ordem social (seja econômica e social ou tão-somente social) como subconjunto de normas constitucionais poderia nos levar a indagar do caráter das demais normas constitucionais – não teriam elas, acaso, caráter social? O fato é que toda ordem jurídica é social, na medida em que voltada à ordenação social. Ademais, poder-se-ia mesmo tudo inverter, desde a observação de que a ordem social – ordem normativa da sociedade – abrange, além da ordem jurídica positiva, uma ordem ética, inúmeras ordens religiosas e diversas ordens jurídicas não “positivadas”. De outra parte, a alusão a uma ordem econômica e social ou a uma ordem econômica e a uma ordem social reproduz o equívoco semântico que supõe econômica a produção e social a repartição.” (grifo do autor). GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 59-60. Essa censura procede, porém é exagerada. Evidentemente, lembrando, ainda, que as “ordens” constitucionais interrelacionam-se permanentemente, o destaque que se deu à Ordem Social, na atual Lei Fundamental, tem poderosa conotação política, já que revela uma vontade séria de incorporar concretamente os direitos sociais em nosso país, em outras palavras, há um comprometimento maior em realizar o princípio da dignidade da pessoa humana.

104 *ibid.*, p. 64.

105 *ibid.*, p. 61.

capitalista é assim preservado, renovado sob *diverso regime*. O modo de produção, os esquemas de repartição do produto e os mercados capitalistas, no âmbito interno e no quadro internacional são mantidos em sua integridade. Daí porque interessa ao capitalismo uma Constituição “progressista”. [...] Paralelamente a isso, ademais, o capitalismo modernizado – “progressista” – promove a fragmentação social, o que também é induzido pela Constituição formal: os cidadãos se refletem nela como parte não da sociedade de classes, mas da sociedade de massa. O crescimento populacional implica a ocupação dos espaços do mundo. Mas essa ocupação é fragmentada, na medida em que a intercomunicação entre os indivíduos é comprometida. Embora os homens estejam mais próximos uns dos outros, não se comunicam entre si: a competição em que estão envolvidos os aparta... E assim – o que é mais importante para a integridade do capitalismo – essa fragmentação, além de comprometer a autenticidade da representação política, impede a superação da “ordem capitalista”, que apenas se autotransforma – isto é, se aperfeiçoa.” (grifo do autor)¹⁰⁶

Em suma: o MERCADO *capitalista (neoliberal)*, *caracterizado pelo intuito lucrativo e pela “concorrência”, É O ESPAÇO (“inconfundível com os da ordem exclusivamente social”)* ONDE O CONSUMIDOR PROMOVE SUAS RELAÇÕES COM OS FORNECEDORES, TANTO QUE SE PRETENDEU PROTEGÊ-LO (CRFB/1988, ART. 170, V).

Baseando-se nessa última afirmação e sabendo, por outro lado, que a prestação estatal dos serviços de educação e de saúde não visa locupletar os cofres públicos, nem à competição, justifica-se o tratamento diferenciado outorgado pela Constituição de 1988 a tais atividades, ou seja, substancialmente não são semelhantes os serviços econômicos e os serviços sociais, embora se entenda que “os bens imateriais também se incluem na categoria de bens de consumo”, entre os quais “a saúde, a educação, a cultura de modo geral, as atividades de lazer, os espetáculos públicos de qualquer natureza...”¹⁰⁷.

Nesse quadro, somente as iluminadas diferenciações de Celso Antônio Bandeira de Melo podem situar tudo sobre o que se discorreu: “dentre o *total* de atividades ou serviços suscetíveis de serem desenvolvidos por uma sociedade, alguns são públicos e outros privados. Para separar uns dos outros, identificando aqueles que o Estado pode colocar debaixo do regime de Direito público (serviços públicos), temos que nos valer de

106 *ibid.*, p. 28-30.

107 PASQUALOTTO, *op. cit.*, p. 52.

duas ordens de indicações contidas no Texto Constitucional. A primeira delas é a de que certas atividades a própria Carta Constitucional definiu como serviços públicos: *alguns deles em todo e qualquer caso e outros deles apenas quando prestados pelo Estado*; pois ou (a) entregou-os expressamente à responsabilidade privativa do Estado, ora devendo ser prestados exclusivamente por ele ou por empresa sob o controle acionário estatal, caso dos arrolados no art. 21, X e XI, ora cabendo sua prestação quer ao Estado, quer a terceiros, mediante autorização, concessão ou permissão, caso dos previstos no inciso XII do mesmo art. 21; ou então, (b) previu-os como serviços incluíveis na categoria de serviços públicos *quando prestados pelo Estado*. É o caso dos serviços: (I) de *saúde*, conforme previsão do art. 196 (“dever do Estado”), os quais, entretanto, também estão entregues à livre iniciativa, como estabelece o art. 199 (“A assistência à saúde é livre à iniciativa privada), sendo de todo modo qualificados como “serviços de relevância pública” (art. 197, primeira parte); e (II) de educação, *ex vi* do art. 205 (dever do Estado), inobstante também eles estejam entregues à livre iniciativa, a teor do art. 209 (“O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I - cumprimento das normas gerais da educação nacional; II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público”). Estes últimos, de conseguinte, *não serão serviços públicos quando desempenhados pelos particulares*, uma vez que a Carta Magna não limitou a prestação deles ao Estado ou a quem lhe faça as vezes. Segue-se que o Estado jamais poderia pretender outorgá-lo em concessão a alguém, sob pena de ferir os direitos de prestá-los que assistem às demais pessoas que preenchem os requisitos legais necessários à comprovação de suas habilitações. A segunda ordem de indicações residente no Texto Constitucional é a que consta do art. 173, o qual, como já se viu, deixa clara a excepcionalidade da intervenção do Estado na esfera econômica. *Logo é correto concluir que os serviços correspondentes à exploração de atividade econômica são serviços privados, atividades privadas, e não serviços públicos* (excetuado o caso dos serviços de educação e saúde, que, como se acaba de ver, embora também assistam no campo da atividade econômica, serão serviços públicos quando prestados pelo Estado).¹⁰⁸ (grifo nosso)

Assim, merece aplauso José Reinaldo de Lima Lopes ao opinar que “é preciso distinguir, quando se fala dos serviços públicos, aqueles serviços sujeitos a relações de mercado e aqueles que respondem a direitos de cidadania. Esta é a distinção fundamental que se insere no art. 22 do CDC: submetem-se ao Código os serviços prestados segundo relações

108 MELLO, op. cit., p. 596-597.

de consumo, não segundo relações de cidadania. O Estado aparece, pois, de duas formas no CDC: a) equiparado a fornecedor quando se trata de serviços e produtos sujeitos à lógica do mercado, e b) como autoridade reguladora, fiscalizadora, adjudicadora, em uma palavra, como autoridade pública do mercado de consumo quanto ao mais. (grifo nosso)¹⁰⁹

Levando-se em conta, ainda, que a observação de Pasqualotto sobre a diferença entre bens de capital e de consumo (vide ponto 2.1) – não sendo relações de consumo aquelas que envolverem produtos ou serviços compatíveis com a primeira espécie –, fica permitido forçar uma comparação ilustrativa: poder-se-ia encarar os serviços sociais de saúde e de educação públicas como “serviços de capital” (“insumo”), em razão de sua funcionalidade, pois seriam pressupostos da plena atuação da pessoa, ou melhor, para o exercício da liberdade do ser humano (inclusive no mercado consumidor); ao contrário da saúde e educação privadas (que deveriam, idealmente, vestir caráter suplementar), as quais podem configurar bem imaterial de consumo.

Por derradeiro, *questionável a própria vulnerabilidade¹¹⁰ do usuário dos serviços públicos de saúde e de educação, porque a situação da pessoa frente ao Poder Público não é de conflito de interesses (a merecer tutela corretiva de desigualdade pela lei consumerista), porque, em tese, a Administração Pública quer o mesmo o que o cidadão deseja: a adequada satisfação d(aquel)as necessidades. Não tendo sentido a idéia de harmonização, deduz-se não ser avesso à justiça o afastamento da incidência do CDC nesses casos, posto que não haveria uma inferioridade do consumidor justificadora da presença do Código.¹¹¹*

4 CONCLUSÃO

Enquanto cidadão, parece-me, no mínimo, estranho dizer que não “remunero” os serviços de saúde e de educação públicas, uma vez que custeio tais atividades através de impostos (o que importa às pessoas, em geral, é que elas, de alguma maneira, pagam pelo serviço, tendo direito ao mesmo).

109 LOPES, op. cit., p. 80.

110 “A vulnerabilidade é traço universal a todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns - até mesmo a uma coletividade - mas nunca a todos os consumidores”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. op. cit., p. 325. O professor Rizzato, debatendo sobre o inc. I do art. 4º, percebe que “tal reconhecimento é uma primeira medida de realização da isonomia garantida na Constituição Federal”. In: NUNES, op. cit., p. 106.

111 GRINOVER, et al. op. cit., p. 325.

Colocando, entretanto, no cerne da questão o elemento objetivo (o serviço de consumo), consigo aceitar com maior tranquilidade que determinados serviços que financio não podem ser encarados num mesmo patamar, justificando-se o tratamento diferenciado da saúde e da educação prestadas diretamente pelo Poder Público frente a uma viagem de ônibus, de um conserto de eletrodoméstico, entre outros.

Enquanto operador do direito, a preocupação é outra: a correta interpretação e aplicação da lei, de modo a submeter os casos aos quais esta se dirige a uma série de efeitos próprios.

Compreendendo-se que uma relação jurídica compõe-se de certos elementos – sujeito, objeto e vínculo – e sabendo-se que, quando se fala em CDC, temos um regime fechado, vez que estão definidos o consumidor, o fornecedor, os produtos e os serviços, a lógica aponta – ao tratarmos de saúde (assistência médica e hospitalar) e de educação (ensino infantil, fundamental, médio e universitário) públicas – para uma perquirição mais detida, não sobre a nebulosa (por falta de tratamento legal adequado) remuneração, mas sobre o serviço de consumo, no intuito de se chegar a alguma ilação a respeito da aplicabilidade do referido diploma legal.

Realizada tal análise, tenho que NÃO SE APLICA A LEI Nº 8.078/1990 AOS SERVIÇOS DE SAÚDE E DE EDUCAÇÃO PÚBLICAS, PORQUE ESTES ESTÃO FORA DO MERCADO (cujos pilares são o lucro e a concorrência) DE CONSUMO, sem falar que não seriam exatamente serviços de consumo nem demandariam propriamente legislação voltada a restaurar o equilíbrio das partes envolvidas.

Desavisado quem pensa não trazer a conclusão deste trabalho, na prática, nenhum valor, já que, tanto no CDC, como no art. 37, § 6º da CRFB/1988 (seguramente, ao menos, no tocante às condutas comissivas), a responsabilidade civil é objetiva. As conseqüências da distinção não são mera perda de tempo, revelando-se algumas realmente fundamentais, tais como: a) a responsabilidade civil no CDC (arts. 12-25) é bem minuciosa, sendo muito mais “atraente”, na medida em que facilita a tarefa do intérprete; e b) não haverá de se falar em responsabilidade solidária em serviços públicos de saúde e de educação, pois a entrada do ente público na cadeia de fornecimento, nessas hipóteses, cria uma verdadeira ruptura, ao transformar o serviço de consumo em serviço social. Outro corolário, agora do ponto de vista processual, sobre a repercussão prática da inaplicabilidade da lei consumerista aos serviços de saúde e de educação públicas, é que a

inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII) não poderá ser utilizada pelos usuários desses serviços, posto que só há incidência dos “direitos básicos do consumidor” quando estivermos diante de uma relação de consumo.

REFERÊNCIA

- AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Comentários ao código de defesa do consumidor: direito processual*: (arts. 6º, VIII, 38 e 81 a 119). São Paulo: Saraiva, 2000.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira. O direito pós-moderno e a codificação. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 33, jan./mar. 2000.
- BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- CAPUCHO, Fábio Jun. O poder público e as relações de consumo. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 41, jan./mar. 2002.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- CAZZANIGA, Gláucia Aparecida Ferraroli. Responsabilidade dos órgãos públicos no código de defesa do consumidor. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11, jul./set. 1994.
- COSTA, Regina Helena. A tributação e o consumidor. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 21, jan./mar. 1997.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- LAZZARINI, Álvaro. Serviços públicos nas relações de consumo. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 29, jan./mar. 1999.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Responsabilidade do estado por empresas fiscalizadas. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 18, abr./jun. 1996.

- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A proteção dos usuários de serviços públicos: a perspectiva do direito do consumidor. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 37, jan./mar. 2001.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 21. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. revista atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MENEZELLO, Maria d' Assunção C. Código de defesa do consumidor e a prestação dos serviços públicos. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 19, jul./set. 1996.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor: direito material: (arts. 1º a 54)*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- PAGANO, Ana Cláudia de Carvalho. *A saúde pública em face do código de defesa do consumidor*. Rio de Janeiro: Mauad, 1998.
- PASQUALOTTO, Adalberto. Conceitos fundamentais do código de defesa do consumidor. *Revista dos tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 666, abr. 1991.
- _____. Os serviços públicos no código de defesa do consumidor. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 1, 1992.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- PIRES, Adilson Rodrigues. *Manual de direito tributário*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 17. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 8. ed. atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.