

A Aplicabilidade Do Código De Proteção E Defesa Do Consumidor Aos Serviços Públicos Ofertados Por Pessoas Jurídicas De Direito Público

Applicability Of The Consumer Protection Code And Defense To Public Services Offered By Legal People From The Public Law

Helaine Christina Rocha Pinto¹

Sinvaldo Conceição Neves²

Resumo: O presente trabalho almeja analisar a aplicabilidade da Lei nº 8.078/90 sobre os serviços públicos ofertados à coletividade por pessoas jurídicas de direito público. A Constituição Federal permite que os entes públicos criem autarquias e fundações públicas dando-lhe uma finalidade de prestar serviços e, em certos casos, cobrar por essa atividade. Para tal mister, se visitará os argumentos apresentados pelos estudiosos da matéria, bem como a jurisprudência dos tribunais. A existência de uma remuneração paga pelo consumidor em razão da prestação da atividade é exigência legal para a incidência na norma consumerista, assim, a natureza jurídica dessa contrapartida é fator determinante para se indicar os serviços tutelados pelo CDC.

Palavras-Chave: Serviços Públicos. Aplicabilidade. Lei Nº 8.078/90. Pessoas Jurídicas De Direito Público.

Abstract: This current study aims to analyze the application of Law n. 8,078 / 90 on benefit to the community by legal entities governed by public law. The Federal Constitution allows public entities to create public autarchies and foundations giving them a purpose to provide services and, in certain cases, to charge for this activity. To this end, the arguments presented by scholars will be analyzed, as well as the jurisprudence of the courts. The existence of a remuneration paid by the consumer due to the provision of the activity is a legal requirement for the incidence in the consumerist norm, thus, the legal nature of this counterpart is a determining factor to indicate the services protected by the CDC.

Keywords: Public Services. Application. Law No. 8.078 / 90. Legal People From The Public Law.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Tocantins – UFT. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Albert Einstein. Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera UNIDERP. Especialista em Direito e Processo Eleitoral pela Universidade Federal do Tocantins –UFT. Técnica Judiciária do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Tocantins – TER-TO. helainerocha@gmail.com.

² Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Tocantins – UFT. Especialista em Direito Tributário pela Universidade do Tocantins – UNITINS. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Tocantins – UNITINS. Especialista em Direito do Consumidor pela Universidade do Tocantins – UNITINS. Especialista em Direito e Processo Eleitoral pela Universidade Federal do Tocantins – UFT. Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Assessor Jurídico do Estado do Tocantins. Professor Assistente do Centro Universitário Luterano de Palmas – CEULP/ULBRA. sinvaldo@ceulp.edu.br.

Introdução

É imperioso reconhecer que a edição da Lei nº 8.078/90 representou um extraordinário avanço ao direito brasileiro, sobretudo por lançar luz sobre um conjunto de relações jurídicas diferenciadas envolvendo partes em condições jurídicas e econômicas diversas, mas que, até então, eram tratadas de forma igualitária.

As chamadas relações de consumo se diferenciam das outras relações obrigacionais por envolver elementos específicos, sobretudo o fator finalístico que consiste no fato do contratante ser o destinatário final do produto ou serviço.

O CDC consiste em um microssistema jurídico aplicável às relações de consumo cuja principal característica permite a interação com outras normas por ser formado por um conjunto de preceitos de cunho principiológico.

O microssistema rompe com a antiga sistemática da codificação, permitindo assim uma análise hermenêutica que busca adequar o preceito legal ao caso concreto. Essa sistemática permite que as relações consumeristas contemporâneas recém surgidas ou ainda por surgirem, possam ser tuteladas pelo CDC sem a necessidade de modificações legislativas. A flexibilidade hermenêutica do microssistema jurídico se adequa perfeitamente a pós-modernidade, cuja principal característica é a mutabilidade das relações sociais.

Em razão desta peculiaridade e apesar de mais de duas décadas de sua existência, ainda existem dúvidas quanto a sua aplicação nas relações envolvendo serviços públicos. Enquanto alguns defendem que sua abrangência alcança todos os serviços públicos, outros defendem sua aplicação restrita apenas aos serviços públicos de natureza privada.

O debate constante e a troca de informação entre os estudiosos do direito inegavelmente é a ferramenta mais eficiente para elucidar as dúvidas e permitir o avanço do direito.

1. As Modalidades De Execução Dos Serviços Públicos

A existência do CDC decorre da premissa constitucional que impõe ao Estado o dever de realizar políticas públicas voltadas para a proteção do consumidor e se aplica às relações entre consumidores e fornecedores na contração de produtos e serviços.

O Código Consumerista aplica-se ao fornecimento de bens de consumo, sobretudo a prestação de serviços, cujo conceito está insculpido na própria norma como “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.” Dentre o fornecimento das atividades tuteladas pelo CDC estão os serviços públicos.

A aludida conclusão decorre do disposto no Art. 4º da Lei de Consumo, que trata dos Princípios da Política Nacional das Relações de Consumo:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:[...]
VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

O Código também coloca a adequada prestação dos serviços públicos no patamar de um direito básico do consumidor “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...]X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.”

Por fim, o Art. 22 do CDC obriga que os serviços públicos sejam prestados de forma adequada, eficiente, segura e contínua, “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.”

Em uma análise perfunctória, é possível afirmar que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor se aplica a todos os serviços públicos fornecidos pelo Estado, diretamente ou por meio de seus delegatários, independente da natureza remuneratória da atividade?

Na definição de Marçal Justen Filho, serviço público é:

[...] uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetível de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público. (JUSTEN FILHO, 2016. p.549)

Assim, serviços públicos são atividades executadas sob a égide do direito público com a finalidade de concretizar os direitos fundamentais.

Por sua vez a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona que serviços públicos é “[...]toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.” (DI PIETRO, 2010, p.102)

Destarte, é possível concluir que os serviços públicos consistem na finalidade essencial do Estado, prestado diretamente ou não, com o propósito de satisfazer os anseios do grupo social. Pertence a esse grupo atividades como saúde, segurança pública, telefonia, transmissão de dados, transporte público, tratamento de água e esgoto, energia elétrica, dentre outras.

Para se adequar aos novos paradigmas da gestão pública, o Estado, apesar de ser o titular dos serviços públicos, não é um único responsável por sua execução, podendo ocorrer de forma direta ou indireta.

A execução direta ocorre quando o próprio Poder Público se valendo de sua estrutura física e funcional realiza uma atividade e a oferta aos usuários. Assim, a União, estados, municípios e Distrito Federal podem se utilizar do seu corpo jurídico para prestar serviços à coletividade.

Compreende-se aqui a execução dos serviços a cargo da administração pública, em cumprimento às suas funções administrativas que, por sua vez, visam a satisfazer o interesse de pessoa jurídica a qual representa, i.e., o interesse do Estado ou o interesse público.

É importante lembrar, porém, que a própria Administração Pública não apresenta apenas uma forma de expressão, tanto que se subdivide em Administração direta e indireta. A primeira constitui-se na estrutura mínima responsável pela realização das tarefas estatais, sendo imprescindível à própria existência do Estado enquanto pessoa jurídica de direito público.

O Decreto-lei nº 200/67 dispõe que a administração Federal compreende a administração direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

Já a Administração Pública indireta suscita maior atenção. É que sua existência se torna possível, não por uma desconcentração, mas por uma descentralização

administrativa. Pela descentralização, criam-se, por outorga, entidades com personalidade jurídica própria, i.e., criam-se novas pessoas jurídicas. (AZEVEDO, 2002, p.50/51)

Neste ponto surgem diferentes entidades administrativas, distintas dos entes federativos, que tem como propósito finalístico a prestação de serviços públicos ou, eventualmente, nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil, a exploração de atividades econômicas.

Dentre essas entidades se sobressai as autarquias e as fundações públicas ou fundações autárquicas, pois ambas são regidas pelo direito público.

O já citado Decreto-lei conceitua autarquia como:

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada. [...]

As autarquias são entidades que se assemelham com o próprio Estado, entretanto possuem personalidade jurídica e finalidade específica definida em lei.

[...] Ao criar uma autarquia, a Administração pública o faz para atuar em serviços típicos que devem ser prestados pelo Estado de forma especializada, ágil e eficiente. Não podem, entretanto, desenvolver atividades econômicas, comerciais ou industriais, atuação que fica a cargo – se for o caso – das empresas públicas e sociedades de economia mista. (GOMES, 2013, p.86)

Não obstante a proibição constitucional das autarquias de explorarem atividades econômicas, sua finalidade essencial é a prestação de serviços públicos, que não são necessariamente gratuitos.

Entidades autárquicas são responsáveis por uma série de serviços públicos prestados à sociedade, como é o caso de alguns cursos ofertados por universidades públicas, agências prestadoras de serviços de saneamento, dentre outros.

Ainda dentro do universo das entidades pertencentes à administração pública regida pelo direito público, pode-se citar as fundações públicas autárquicas, cuja definição em lei se encontra da seguinte maneira:

Art. 5º [...] IV - Fundação Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito

público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.

No que pese o conceito legal fazer menção apenas a fundações públicas de direito privado, é sabido que hodiernamente se admite a aplicação do direito público a essas entidades:

Entidade da administração indireta instituída pelo poder público mediante a personificação de um patrimônio que, dependendo da forma de criação, adquire personalidade de direito público ou personalidade de direito privado, à qual a lei atribui competências administrativas específicas, consubstanciadas, regra geral, em atividades de interesse social (a serem definidas em lei complementar). (ALEXANDRINO e PAULO, 2011, p.56)

O Supremo Tribunal Federal tem o entendimento de que a lei responsável pela autorização da criação da fundação pública pode dar personalidade jurídica tanto de direito público como de direito privado.

[...] em toda fundação instituída pelo Poder Público é fundação de direito privado. As fundações, instituídas pelo Poder Público que assumem a gestão de serviços estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos Estados-membros, por leis estaduais, são fundações de direito público, e, portanto, pessoas jurídicas de direito público. Tais fundações são espécies do gênero autarquia, aplicando-se a elas a vedação a que alude o § 2º do Art. 99 da Constituição Federal (RE Nº 101.126-RJ, Relator. Min. Moreira Alves – RTJ 1131114)

Por outro lado, a execução indireta ocorre por meio de um ente privado que, por meio de uma relação contratual com o Poder Público, passa a ser o responsável pela execução do serviço, apesar de estar limitado pela normas impostas pelo Estado.

Diz-se que o Estado tanto pode praticar descentralização por serviços ou por colaboração. Na descentralização por serviços, há o fenômeno da outorga, ou seja, o cria ou autoriza a criação de uma pessoa jurídica à qual se transfere por lei a titularidade do serviço público. Tal forma de descentralização é melhor estudada no capítulo da administração pública direta.

Já a descentralização por colaboração designa a transferência da execução de determinado serviço por meio de contrato ou por ato unilateral, à pessoa privada previamente existente e que vença a licitação, caso em que o Estado conserva a titularidade do serviço. Delegação a particulares é a transferência pela via contratual de serviços públicos.

O Art. 175 da Constituição faz menção a duas hipóteses de delegação de serviços públicos: a concessão ou a permissão de serviços públicos. A Lei nº 8.987/95 disciplinou o regime jurídico de concessão e

permissão da prestação de serviços públicos, regulamentando o mencionado artigo constitucional. Existe na doutrina controvérsia acerca da possibilidade de haver também autorização de serviços públicos, conforme será visto. (NOHARA, 2014, p.476)

Assim, o Estado também poderá se valer de entes privados que, por meio de contrato ou ato unilateral, fica responsável pela execução de determinada atividade pública à coletividade.

Acrescenta-se que hodiernamente a maioria dos serviços públicos ofertados aos usuários ocorre por meio de entes privados concessionários, permissionários ou autorizados.

2. A Espécie Remuneratória Como Fator Determinante Para A Incidência Do Código De Proteção E Defesa Do Consumidor Sobre Aos Serviços Públicos

Na busca de se alcançar uma resposta ao problema suscitado no presente trabalho se faz necessário se reportar a clássica classificação dos serviços públicos entabulada pelo Professor Hely Lopes Meirelles (1997, p.300) cujo critério utilizado é o destinatário da atividade. Assim, os serviços podem ser *uti universi* (gerais ou coletivos) ou *uti singuli* (individuais ou singulares).

Os serviços gerais ou *uti universi* são aqueles prestados ao público em geral que, por suas características, não é possível, de forma objetiva, mensurar a quantidade da atividade consumida por determinado indivíduo.

Serviços públicos *uti universi* (gerais ou coletivos): são os serviços prestados à coletividade em geral, sem a identificação individual dos usuários e, portanto, sem a possibilidade de determinar a parcela do serviço usufruída por cada pessoa. Considerados serviços indivisíveis, o seu custeio deve ser feito, em regra, por imposto, não sendo possível a cobrança de taxa ou tarifa. Exemplos: iluminação pública, calçamento etc. (OLIVEIRA, 2009)

Neste grupo se incluem a maioria dos serviços prestados pela própria administração pública que não possuem uma cobrança específica para a sua prestação à comunidade.

Por outro lado os serviços individuais ou *uti singuli* são ofertados à coletividade, mas, em razão de suas peculiaridades, são passíveis de ser mensurados.

Serviços públicos *uti singuli* (individuais ou singulares): são os serviços prestados a usuários determinados, sendo possível mensurar a sua utilização por cada um deles. Exemplos: fornecimento domiciliar de água e de energia elétrica, transporte público, telefonia etc. A remuneração dos serviços individuais pode ser feita, normalmente, por taxa (regime tributário) ou por tarifa (regime contratual). (OLIVEIRA, 2009)

Dentre os serviços individuais se revelam a maioria daquelas atividades públicas que foram transferidas para a iniciativa privada para exploração por meio de concessão, permissão ou autorização.

É inquestionável a aplicação das normas consumeristas às relações jurídicas advindas entre os usuários e entidades privadas que prestam serviços públicos em razão de uma delegação.

Essa classificação que leva em consideração o destinatário do serviço se revela deveras importante por permitir ao estudioso do direito individualizar a forma pela qual se dará a remuneração.

Como a maioria das atividades humanas, os serviços públicos representam um custo econômico para o responsável pela sua execução e que, conseqüentemente, será repassado ao seu usuário por meio da cobrança de uma contraprestação.

Assim, os serviços públicos podem ser remunerados por diferentes fontes de recursos, podendo ser proveniente de tributos ou de prestação de natureza contratual.

Nos termos do Art. 3º do Código Tributário Nacional “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”

Ainda nos anos de 1992, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE nº 146.733/SP, fixou entendimento no sentido que o gênero tributo comporta cinco espécies: impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições especiais, como se pode perceber na manifestação do Ministro Relator Moreira Alves:

[...] Perante a Constituição de 1998, não tenho dúvida em manifestar-me afirmativamente. De feito, a par das três modalidades de tributos (os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria) a que se refere o artigo 145 para declarar que são competentes para instituí-los a União, os Estado, o Distrito Federal e os Municípios, os artigos 148 e 149 aludem a duas outras modalidades tributárias, para cuja instituição só a união é competente: empréstimo compulsório e as contribuições

sociais, inclusive as de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas.[...]

Assim, ressalvado o caso das taxas, as demais espécies tributárias podem ser utilizadas para arrecadar recursos para financiar os serviços gerais, pois, em regra, são tributos não vinculados, ou seja, os recursos públicos arrecadados não possuem uma destinação específica, podendo ser utilizados, conforme a conveniência da administração pública, em várias finalidades nos termos das leis orçamentárias.

Por sua vez, por expressa previsão constitucional, as taxas podem ter como fato gerador a prestação efetiva ou potencial de um serviço público individual.

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

[...]

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

Como se pode perceber, apesar da natureza de tributo, as taxas podem ser cobradas em caso da prestação efetiva ou potencial de um serviço individual, específico e divisível.

Além das taxas, os serviços individuais ou *uti singuli* podem ser remunerados com recursos financeiros provenientes da cobrança de tarifas ou preço público.

No que pese poderem ser utilizadas com basicamente a mesma finalidade, as taxas se diferem completamente das tarifas, pois essas possuem natureza voluntária e decorre de um vínculo contratual, além de serem cobradas na maioria das vezes por delegados do poder público.

Há uma profunda discussão doutrinária em relação ao critério adequado para se distinguir as taxas e as tarifas. A solução para a celeuma é importante do ponto de vista prático-jurídico, pois as taxas, espécies de tributos, submetem-se às limitações constitucionais tributárias (princípio da legalidade, princípio da anterioridade etc), o que não ocorre em relação às tarifas (ou preços públicos).

O critério que tem prevalecido para definir uma ou outra forma de remuneração é aquele que leva em conta a obrigatoriedade ou a facultatividade (liberdade) que o particular possui para utilizar o serviço.

Desta forma, caso o usuário tenha liberdade para escolher entre usar ou não o serviço, a remuneração deve ser feita por meio de tarifa (ex.: particular pode utilizar a energia fornecida por concessionária ou energia solar). Por outro lado, se não houver liberdade para o usuário, a remuneração será efetivada por taxa (ex.: taxa de coleta domiciliar

de lixo, taxa de coleta de esgoto sanitário, taxa judiciária).(OLIVEIRA, 2009)

Assim, enquanto os serviços gerais ou *uti universi* somente podem ser remunerados com recursos provenientes da cobrança de espécies tributárias em razão de sua indivisibilidade, os serviços individuais ou *uti singuli* podem ser remunerados por meio da cobrança de taxas ou tarifas.

A definição do tipo remuneratório a ser utilizado é fundamental para se buscar entender a incidência do CDC sobre determinada relação jurídica de prestação de serviços públicos.

Não se pode olvidar que uma importante parcela da doutrina pátria defende a abrangência das normas consumeristas sobre todos os serviços públicos, independente da forma remuneratória utilizada para arcar com os seus custos. Rizzatto Nunes leciona que, ressalvado os casos de serviços sem efetiva remuneração, aplica-se o CDC a todos os serviços públicos:

É necessário fazer desde já um pequeno comentário acerca deste art. 22. A razão de ser de sua existência será comentada no ponto adequando. Mas é preciso referi-lo aqui para espancar qualquer dúvida no que se refere aos serviços públicos como controlados pelo CDC. Acrescentem-se, então, ao elemento da atividade privada de serviços todas as atividades oferecidas pelos órgãos públicos diretamente ou por suas empresas públicas ou de economia mista, as concessionárias e permissionárias ou qualquer outra forma de empreendimento. Assim, estão compreendidos na ampla regulação da lei consumerista os serviços públicos, sem ressalvas. Se se levar em consideração que as duas exceções para não-abrangência do CDC no que respeita aos serviços (sem efetiva remuneração e custo; os de caráter trabalhista), ter-se-á de concluir que praticamente todos os serviços públicos estão protegidos pela Lei nº 8.078/90. (NUNES, 2005, p. 112)

A expressão “remuneração” prevista na lei permite incluir todas aquelas relações em que exista um pagamento direto ou indireto entregue pela prestação do serviço de consumo. Não é o fato de inexistir um consumidor individual que paga diretamente pelo serviço que exclui a incidência do CDC, basta o preço ser diluído para todos já é suficiente para configurar a expressão “remuneração” utilizada no art. 3º da citada norma. (MARQUES, 2002)

Esse entendimento não afasta a incidência do CDC sobre todos os serviços públicos, pois considera que, ainda que forma indireta, existe uma remuneração, como se pode perceber no entendimento da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SERVIÇO PÚBLICO. REMUNERAÇÃO INDIRETA. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. Nenhum serviço público pode ser considerado efetivamente gratuito, já que todos são criados, mantidos e oferecidos a partir da receita advinda da arrecadação dos tributos. Há os serviços públicos que são cobrados, mas, ainda que não o sejam, são serviços típicos da relação de consumo que se instaura com o cidadão consumidor. Logo, quer se imponha ao consumidor o pagamento direto pelo serviço público que lhe é prestado, quer de forma indireta, não é esse fato que vai afastar a incidência do CDC, pois onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazer qualquer distinção. PROVIMENTO PARCIAL DOS EMBARGOS. (TJ-RJ - AI: 00049841320098190000 RIO DE JANEIRO CAPITAL 5 VARA FAZ PUBLICA, Relator: JOSE CARLOS MALDONADO DE CARVALHO, Data de Julgamento: 25/08/2009, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 14/09/2009)

Percebe-se que a conclusão apontada pelo egrégio tribunal parte da premissa de que, ainda que de forma indireta, como é o caso das atividades públicas remuneradas por tributos, há incidência da norma consumerista pois há uma contraprestação.

Entretanto, pensando de forma antagônica, outro grupo de estudiosos do direito entende que a remuneração direta paga pela prestação do serviço público é fator imprescindível para determinar a aplicabilidade do CDC, conforme se pode vislumbrar da hermenêutica do seguinte julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. DISTRITO FEDERAL. SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE. CDC. NÃO APLICABILIDADE. OMISSÃO DE SOCORRO. NÃO EVIDENCIADO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. CULPA NÃO COMPROVADA. RECURSO NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. 1. A responsabilidade civil dos hospitais públicos não é regida pela legislação consumerista. Para a incidência do CDC, é necessária remuneração mediante o pagamento de tarifas ou preços públicos, o que não se coaduna com a prestação de serviços públicos na área de saúde, visto que estes são remunerados por meio de tributos. 2. Segundo a melhor doutrina e entendimento jurisprudencial dominante, a responsabilidade civil do Estado em caso de omissão é subjetiva. 3. Não há conduta inadequada do hospital, vez que foram realizados todos os procedimentos que estavam ao alcance da equipe médica para a reversão do quadro de saúde da mãe dos apelantes, não havendo, portanto, omissão de socorro. 4. Recurso improvido. 5. Sentença mantida. (TJ-DF 20140110149690 0002438-85.2014.8.07.0018, Relator: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 24/08/2016, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 05/09/2016 . Pág.: 474/484)

Acrescenta-se que, o fato do CDC não incidir sobre essa fatia dos serviços públicos em razão da falta de remuneração direta, isso não implica que ela estará descoberta pelo ordenamento jurídico.

A Constituição Federal em seu Art. 37 trata da responsabilização do Poder Público em razão da prestação de serviços públicos à coletividade.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

No que pese o entendimento contrário citado anteriormente, hodiernamente é sufragado dos tribunais superiores que a cobrança de tarifa ou preço público é fator determinante para se estipular o âmbito de incidência da Norma Consumerista.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.316.607 - RJ (2010/0104638-6)

RELATOR : MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO

AGRAVANTE : COMPANHIA ESTADUAL DE ÁGUAS E ESGOTOS CEDAE

ADVOGADO : LUIZ CARLOS ZVEITER E OUTRO (S)

AGRAVADO : CREUZA MARQUES MOREIRA

ADVOGADO : MARIA FRANCISCA MOURA DO NASCIMENTO (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)

DECISÃO

Agravo de instrumento contra inadmissão de recurso especial interposto pela Companhia Estadual de Águas e Esgotos - CEDAE, com fundamento no artigo 1055, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, impugnando acórdão da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado: "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CEDAE. SERVIÇO DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO. NATUREZA JURÍDICA DE PREÇO PÚBLICO, E NÃO (TARIFA) O DE TRIBUTO .

1.(TAXA) O entendimento sufragado pelas Cortes Superiores é o de que a remuneração dos serviços de água e esgoto, prestados por concessionária de serviço público, tem natureza jurídica de preço público , e não de tributo (tarifa) , necessitando par (taxa) a cobrança do serviço prestado, de seu efetivo fornecimento;

2. Levando-se em conta que, para a existência de cobrança de tarifa de esgoto pela empresa ré há a necessidade da devida prestação do serviço, bem como que houve a inversão do ônus da prova e a ré não demonstrou, de forma efetiva, a prestação do serviço, conclui-se que

a localidade da autora não é servida por qualquer tipo de serviço de tratamento ou esgotamento sanitário, e a referida cobrança é ilegal.

3. O serviço mínimo prestado pela ré, consistente no tratamento dos lodos produzidos pela ETE, não justifica a cobrança.

4. Possibilidade de parcelamento do débito, tendo em vista a vinculação da cobrança dos serviços de fornecimento de água e de esgotamento sanitário em uma mesma fatura.

5. Desprovimento do recurso."(fl. 244). Os embargos declaratórios restaram rejeitados .O rec (fl. 261) urso foi inadmitido à incidência do enunciado nº 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Infirma o agravante o fundamento da decisão, e reitera as razões apresentadas em sede de recurso especial.

Recurso tempestivo , respondido e inadmitido na origem .(fl. 269)

Tudo visto e (fls. 295/307) examinado, decido.

Conheço do (fls. 309/311) agravo, contudo é de se manter o juízo de inadmissibilidade do recurso especial. A insurgência especial está fundada na violação dos artigos 165, 458, incisos II e III, e 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil. E teriam sido violados, porque:"[...]

Percebe-se que o Poder Judiciário exige, não apenas uma contraprestação genérica e desvinculada para aplicar as normas consumeristas, pede-se que haja uma contrapartida direta e específica.

Superada a primeira celeuma quanto ao uso do CDC na regulação de serviço público, qual seja a espécie remuneratória dada em contrapartida, surge uma segunda incógnita: Pode pessoas jurídicas de direito público prestar serviços e cobrar uma prestação de natureza contratual consistente em uma tarifa ou preço público e estando esta relação sujeita às normas consumeristas?

Apesar de não ser algo corriqueiro, tem ocorrido no universo jurídico situações em que entidades administrativas de direito público prestam serviços recebendo uma contraprestação por isso, como é o caso de uma universidade pública que cobra mensalidade escolar em razão de um curso de pós-graduação *latu sensu*.

Universidades públicas podem cobrar por curso de especialização

O Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu, em sessão extraordinária na manhã desta quarta-feira (26), a possibilidade de as universidades públicas cobrarem por cursos de especialização. Por maioria de votos, os ministros deram provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 597854, com repercussão geral reconhecida.

No recurso, a Universidade Federal de Goiás questionava acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1) que considerou inconstitucional a cobrança de mensalidade pela frequência de um curso de pós-graduação *latu sensu* em Direito Constitucional, tendo em vista a garantia constitucional de gratuidade de ensino público, prevista no artigo 206, inciso IV, da Constituição Federal (CF).

A tese aprovada pelo Plenário aponta que “a garantia constitucional da gratuidade de ensino não obsta a cobrança, por universidades públicas, de mensalidades em cursos de especialização”. O relator do recurso, ministro Edson Fachin, apontou que, na CF, há diferenciação entre ensino, pesquisa e extensão e a previsão de um percentual da receita das unidades da federação para a manutenção e desenvolvimento do ensino público.

No entanto, afirmou que o artigo 213 da CF autoriza as universidades a captarem recursos privados para pesquisa e extensão. “É impossível afirmar a partir de leitura estrita da Constituição Federal que as atividades de pós-graduação são abrangidas pelo conceito de manutenção e desenvolvimento do ensino, parâmetro para destinação com exclusividade dos recursos públicos”, sustentou.

Remuneração

O ministro Edson Fachin ressaltou que, caso o curso de pós-graduação na universidade pública esteja relacionado à manutenção e desenvolvimento do ensino, o princípio da gratuidade deverá obrigatoriamente ser observado. Segundo ele, ao legislador é possível descrever as atividades que, por não se relacionarem com o desenvolvimento da educação, não dependem exclusivamente de recursos públicos, sendo lícito, portanto, que as universidades recebam remuneração pelo serviço.

De acordo com o relator, a Lei 9.394/1996 estabeleceu as diretrizes e bases da educação nacional. “É possível depreender pela lei que os cursos de pós-graduação se destinam à preparação do exercício do magistério superior, por isso são indispensáveis para manutenção e desenvolvimento das instituições de ensino. No entanto, apenas esses cursos é que são financiados pelo poder público”, frisou.

Para o ministro Edson Fachin, é possível às universidades, no âmbito da sua autonomia didático-científica, regulamentar, em harmonia com a legislação, as atividades destinadas, preponderantemente, à extensão universitária, sendo possível, nessas condições, a instituição de tarifa. “Nem todas as atividades potencialmente desempenhas pelas universidades se referem exclusivamente ao ensino. A função desempenhada por elas é muito mais ampla do que as formas pelas quais obtêm financiamento. Assim, o princípio da gratuidade não as obriga a perceber exclusivamente recursos públicos para atender sua missão institucional. O princípio, porém, exige que, para todas as tarefas necessárias para a plena inclusão social e o direito fundamental à educação, haja recursos públicos disponíveis para os estabelecimentos oficiais”, assinalou.

Divergência

Único a divergir do voto do relator, o ministro Marco Aurélio afirmou que o STF não pode legislar ao estabelecer distinção entre as esferas e os graus de ensino que a Constituição Federal não prevê. Destacou ainda que o inciso IV do artigo 206 da CF garante a gratuidade do ensino público nos estabelecimentos oficiais e que, em sua avaliação, isso é um princípio inafastável.

A seu ver, as universidades oficiais são públicas e não híbridas e a Constituição estabelece a igualdade de condições de acesso e permanência na escola. “Onde o texto não distingue, não cabe ao intérprete distinguir”, disse. Nesse sentido, o ministro votou pelo desprovimento do RE. (STF, on line)

Outro exemplo são as entidades municipais ou estaduais de direito público responsáveis pelo fornecimento de serviços de tratamento de água, como acontece em algumas cidades do Estado do Tocantins, onde a prestação de serviços de saneamento fica a cargo de uma autarquia estadual criada pela Lei nº 2.301/10 e modificada pela Lei nº 2.425/2011:

Art. 1º É criada a Autarquia de Saneamento do Estado do Tocantins - AGUATINS, entidade de direito público, constituída sob a forma de autarquia, vinculada à Secretaria de Habitação e Desenvolvimento Urbano, com autonomia administrativa, patrimonial e financeira, com sede e foro em Palmas, Capital do Tocantins, e atuação em todo o território do Estado e prazo de duração indeterminado.

Em ambos casos citados é possível a entidades dotadas de personalidade jurídica de direito público celebrar contratos de prestação de serviços e cobrar uma contrapartida específica caracterizada como preço público ou tarifa ou ainda uma prestação de cunho contratual.

Nesses casos havendo um dano suportado pelo usuário em razão da prestação do serviço público, esse poderá se valer das normas protetivas do CDC para buscar uma reparação, ainda que se trate de uma pessoa jurídica de direito público.

Destarte, é possível concluir que Código de Defesa do Consumidor é aplicável apenas aos serviços públicos que possuem uma remuneração específica e direta paga pelo usuário, mesmo que esse serviço seja executado por uma pessoa jurídica de direito público.

Conclusão

Os avanços proporcionados pela inserção de novas normas no ordenamento jurídico impõe aos estudiosos das ciências jurídicas a realização de estudos de modo a alcançar uma interpretação que acomode de forma sistêmica a lei neófito com todo o conjunto jurídico já existente.

Tal episódio ocorreu e ainda ocorre em razão da edição da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, denominado de Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que em razão das suas inovações jurídicas ainda hoje demanda reflexões sobre seu âmbito de incidência.

É sabido que a existência desta norma tem como missão a concretização da vontade do legislador constituinte originário que impôs ao Estado o ônus de proteger o consumidor do tratamento desigualitário típico das relações de consumo.

O texto do CDC evidencia sua aplicação aos serviços públicos, entretanto, em razão da complexidade do universo público, as atividades prestadas pelo Estado não possuem as mesmas características.

A aplicação do CDC a um conjunto de relações jurídicas composto por um usuário/consumidor e uma pessoa jurídica de direito público prestadora de uma atividade cuja remuneração consiste em uma tarifa ou preço público ou ainda outro valor de natureza contratual é possível, pois as normas de direito público não afastam sua incidência.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. São Paulo: Método, 2011.

AZEVEDO, Fernando Costa de. **Defesa do consumidor e regulação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 mai. 2018.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 19 abr. 2018.

_____. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 19 abr. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 5.172, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 19 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 146.733-9/SP**. <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RE_146733_SP-_29.06.1992.pdf?Signature=boNeTJBCUxV9C%2FDS8T2cnIAvcJw%3D&Expires=15>

26757635&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=7fee597f4cbc0980b9c31c973e49ebc8>. Acesso em: 12 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Universidades públicas podem cobrar por curso de especialização**. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=341686>> Acesso em 21 de jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 101.126-RJ**. Relator: Moreira Alves. RTJ 1131114

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AI nº 146.733-9/SP**. Relator: Hamilton Carvalhido, data do julgamento: 19/02/2008
<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15642210/ag-1316607>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: TJ-RJ - AI: 00049841320098190000 RIO DE JANEIRO CAPITAL 5 VARA FAZ PUBLICA, Relator: JOSE CARLOS MALDONADO DE CARVALHO, Data de Julgamento: 25/08/2009, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 14/09/2009. Disponível em: < <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/393406208/agravo-de-instrumento-ai-49841320098190000-rio-de-janeiro-capital-5-vara-faz-publica/inteiro-teor-393406217>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal: TJ-DF 20140110149690 0002438-85.2014.8.07.0018, Relator: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 24/08/2016, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 05/09/2016. Disponível em: < <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/380834845/20140110149690-0002438-8520148070018?ref=serp>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23.3d. São Paulo: Atlas, 2010.

GOMES, Sebastião Edilson. **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Os serviços públicos e o Código de Defesa do Consumidor (CDC): limites e possibilidades. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, out./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=64614>>. Acesso em: 19 maio 2018.

TOCANTINS. **Lei nº 2.301, de 10 de março de 2010**. Cria a Autarquia de Saneamento do Estado do Tocantins – AGUATINS. Disponível em: <<https://ats.to.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 19 abr. 2018.