

**FACULDADES INTEGRADAS DE CARATINGA**

**MARÍLIA GARIGLIO CÉZAR**

**A POSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO LEGISLATIVA QUE  
PERMITA A APLICAÇÃO DO CDC AOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE  
SAÚDE COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA  
DIGNIDADE HUMANA**

Bacharelado em Direito

FIC/MG

2014

**MARÍLIA GARIGLIO CÉZAR**

**A POSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO LEGISLATIVA QUE  
PERMITA A APLICAÇÃO DO CDC AOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE  
SAÚDE COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA  
DIGNIDADE HUMANA**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito, das Faculdades Integradas de Caratinga-FIC, como exigência parcial de obtenção do grau de Bacharel em Direito, na disciplina de Monografia.

Professor orientador: Ivan Barbosa

FIC/CARATINGA

2014

## RESUMO

O presente projeto de monografia, que tem como tema de pesquisa “A possibilidade de interpretação legislativa que permita a aplicação CDC aos serviços públicos de saúde como forma de efetivação do princípio da dignidade humana”, pretende demonstrar que existem permissivos legais para uma interpretação que permita a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) aos serviços públicos de saúde. Sendo assim defende-se que há viabilidade de interpretação dos artigos 3º, 22 e o inciso X do artigo 6º, todos do CDC, de modo a incidir a aplicação deste código nas prestações de serviços públicos de saúde como forma de atender aos princípios da eficiência e da dignidade da pessoa humana insculpidos na Constituição. Neste sentido será possível uma maior proteção de porção significativa da população frente às instituições públicas de saúde, com aplicação da responsabilidade objetiva do código consumerista, que não necessita de comprovação de culpa, sendo necessário, portanto, apenas a presença do dano e do nexo causal para configurar o dever de indenizar.

**Palavras-chave:** consumidor; serviço público; princípio da eficiência; princípio da dignidade da pessoa humana; direito à saúde; vulnerabilidade.

## Sumário

INTRODUÇÃO.....	5
1 – CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS .....	7
1.1 – O conceito de consumidor .....	7
1.2 – Serviço público .....	9
1.3 – Fornecedor .....	13
1.4 – Dos preceitos constitucionais da saúde.....	15
1.5 - O Direito à saúde como Direito Humano essencial.....	16
1.6 – O CDC como microssistema jurídico .....	19
2 – PRINCÍPIOS E NORMAS CONSTITUCIONAIS .....	22
2.1 – A importância dos princípios na interpretação das normas .....	22
2.2 – O princípio da dignidade humana e suas consequências no ordenamento jurídico. ....	25
2.3 – O princípio da eficiência na prestação dos serviços públicos.....	27
3 – DA MELHOR INTERPRETAÇÃO DO CDC COMO FORMA DE PROMOVER A DIGNIDADE HUMANA.....	30
3.1 – A coesão do ordenamento jurídico e a interpretação das normas .....	30
3.2 – A interpretação das normas jurídicas segundo o princípio da dignidade.....	32
3.3 – A coerência lógica de uma interpretação que permite a aplicação do CDC aos serviços públicos de saúde .....	33
3.4 – Dos permissivos legais ao entendimento de aplicação do CDC aos serviços públicos de saúde.....	36
CONCLUSÃO.....	40
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	41

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) ao serviço público como forma de efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana frente uma nova interpretação dos preceitos legais.

Tendo por base a busca da realização da dignidade humana, primordialmente no tocante aos serviços de saúde prestados por entidades públicas, buscamos nos preceitos jurídicos da hermenêutica jurídica, amparo para uma interpretação extensiva do Código de Defesa do Consumidor.

O presente trabalho tem como marco teórico a idéia de que os princípios devem orientar toda a interpretação jurídica e que o da dignidade humana é tido como um princípio superior aos demais, como nos ensina Rizzato Nunes, bem como as idéias defendidas por José Luiz Quadros de Magalhães para uma melhor interpretação dos textos legais. Desta forma iremos analisar o atual entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante que não acolhe a aplicação do CDC aos serviços públicos de saúde. Nesta seara trataremos de confrontar o entendimento majoritário, no intuito de buscar uma forma de interpretação que seja mais bem orientada pelo super princípio da dignidade humana.

Para tanto a metodologia usada na pesquisa foi teórico-dogmática, caracterizada por levantamento bibliográfico, consulta jurisprudencial, investigação legislativa.

A abordagem científica foi a transdisciplinariedade, que faz emergir, da confrontação dos vários ramos do direito, (constitucional, civil, consumidor) novos dados que os articulam entre si e nos dão uma nova visão do objeto em estudo.

O trabalho foi desenvolvido em três capítulos, sendo o primeiro intitulado “Considerações conceituais”, que trata da definição dos conceitos abordados no trabalho que servem de base para toda a argumentação aqui apresentada.

O segundo intitula-se “Princípios e normas constitucionais”, onde se apresentam os princípios fundamentais para o desenvolvimento do argumento sustentado no capítulo seguinte, dando ênfase para sua primazia no processo hermenêutico que se desenvolverá, bem como apresentam-se os conceitos constitucionais que mais dizem respeito ao tema.

No terceiro capítulo, “Da melhor interpretação do CDC como forma de promover a dignidade humana”, atingimos o cerne da questão com o desenvolvimento do tema propriamente dito, amparado nos conceitos e idéias apresentados nos capítulos anteriores.

## 1 – CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

### 1.1 – O CONCEITO DE CONSUMIDOR

A Constituição Federal do Brasil determina ao Estado promover a defesa ao consumidor, mas não define quem seria esse sujeito de direitos. Conceituação esta, que encontraremos a partir do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que traz, expressamente, em seu texto, o conceito de consumidor no artigo 2º: “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

O artigo define para nós o que é consumidor. Em seu conceito, vemos três elementos: A) subjetivo (pessoa física ou jurídica); B) objetivo (que adquire ou utiliza produto ou serviço); C) teleológico (a finalidade pretendida, ou seja, o destino final do produto ou serviço).

A doutrina ainda divide o conceito de consumidor em "consumidor stricto sensu", é aquela pessoa que adquire, usufrui do produto ou serviço, é o real consumidor propriamente dito; e "consumidor por equiparação", que são aqueles que não participam da relação de consumo diretamente, mas a lei os equiparou como tal, são aqueles dos artigos 2º, parágrafo único e nos artigos 17 e 29.

Existem atualmente três teorias que tentam interpretar o sentido da norma, a primeira teoria é a chamada finalista, minimalista ou subjetiva. Para os defensores desta teoria só será consumidor aquele que é destinatário final do produto ou serviço. Nesta teoria, o que mais importa é a finalidade final dada pelo consumidor ao bem que foi adquirido.

Já a segunda teoria é a chamada maximalista ou objetiva, e esta se opõe totalmente a primeira. Aqui não importa qual a finalidade ou utilização é dada ao bem adquirido, observa-se apenas o fato do produto ou serviço ter sido retirado do mercado de consumo, bastando apenas isso para se configurar uma relação de consumo.

E por fim temos a terceira teoria que é chamada de híbrida, finalista aprofundada ou finalista mitigada. Nesta teoria a palavra chave é vulnerabilidade. Para a caracterização da

relação de consumo devemos observar se aquele que adquiriu o produto ou serviço é a parte mais vulnerável da relação.

Segundo os defensores desta teoria a vulnerabilidade é um princípio do CDC e diante disso somente os vulneráveis merecem ser acolhidos com esta tutela. Uma das maiores defensoras desta teoria é a professora Cláudia Lima Marques.

Acerca da vulnerabilidade do consumidor, importa consignar que ela pode ser de três ordens: técnica, jurídica e fática.

Segundo alguns autores a vulnerabilidade técnica, exsurge quando o consumidor não possui conhecimentos específicos sobre o que está adquirindo ou utilizando, podendo ser enganado quanto às características ou utilidade do bem. Já a vulnerabilidade jurídica ou científica reside na ausência de conhecimentos científicos específicos exigidos para a adequada percepção das circunstâncias do caso concreto, sejam conhecimentos relativos à Economia, à Contabilidade ou ao Direito. Por fim, a vulnerabilidade fática ou socioeconômica atinge aqueles que contratam com parte detentora de grande poder econômico e acabam por se submeter à superioridade dessas.

Conclui-se que o consumidor é parte vulnerável na relação de consumo, mas existe uma distinção entre a vulnerabilidade e a hipossuficiência, pois, enquanto a primeira diz respeito a conceito material, intrínseco a todos os consumidores, a hipossuficiência está relacionada com o aspecto processual da defesa do consumidor, sendo portanto particularizada, quando levado em conta o aspecto sócio econômico, não tem condições de custear a realização da prova no processo, ou não tem condições materiais de provar o nexo de causalidade, pois é o fornecedor quem possui todas as informações e o conhecimento técnico acerca do produto ou serviço. Podemos dizer que todo consumidor é vulnerável, mas nem todo ele é hipossuficiente.

Pode-se fazer aqui um paralelo com o usuário de serviços de saúde, pois só os hipossuficientes se sujeitam a tal atendimento, já que correm risco de sequelas e até mesmo de morte.



## 1.2 – SERVIÇO PÚBLICO

O serviço público é uma espécie de atividade econômica em sentido amplo, pois destina-se à circulação de bens e/ou serviços do produtor ao consumidor final. Não se confunde, no entanto, com as atividades econômicas em sentido estrito, tendo em vista os objetivos dos serviços públicos: atendimento do interesse público.

Por esta razão, a doutrina, ao longo dos tempos, apresentou diversas acepções para o vocábulo, sendo possível apresentar, na linha proposta por Alexandre Santos de Aragão<sup>1</sup>, quatro sentidos de “serviços públicos”:

a) concepção amplíssima: defendida pela Escola do Serviço Público<sup>2</sup>, com algumas variações, considera serviço público toda e qualquer atividade exercida pelo Estado. Essa noção clássica é criticada por inserir no conceito de serviço público as atividades legislativa e jurisdicional, o que retiraria a utilidade do conceito;

b) concepção ampla: serviço público é toda atividade prestacional voltada ao cidadão, independentemente da titularidade exclusiva do Estado e da forma de remuneração;

c) concepção restrita: serviço público abrange as atividades prestacionais do Estado prestadas aos cidadãos, de forma individualizada e com fruição quantificada. Este conceito não considera como serviço público o denominado serviço *uti universi*, mas apenas o serviço *uti singuli*. Nesse sentido: Alexandre Santos de Aragão<sup>3</sup>;

d) concepção restritíssima: serviço público é a atividade prestacional de titularidade do Estado, prestada mediante concessão ou permissão, remunerada por taxa ou tarifa. Nesta noção, estão excluídos os serviços *uti universi* e os serviços sociais, que não são da titularidade exclusiva do Estado.

No Brasil, tem prevalecido a concepção ampla de serviço público, especialmente pelos seguintes fatores: a) distinção entre o serviço público e outras atividades estatais (poder

---

<sup>1</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 144-149

<sup>2</sup> Segundo a tese da Escola do Serviço Público, o governante é encarregado de organizar e fazer funcionarem os serviços públicos, para a satisfação do bem-estar material, moral e intelectual dos administrados, segundo essa Escola o Direito Administrativo se explica a partir do conceito de serviço público, estando todas as suas normas justificadas por esta idéia.

<sup>3</sup> Idem p. 157

de polícia, fomento e intervenção na ordem econômica), o que afasta a noção amplíssima; b) admissão dos serviços públicos *uti universi*, ao contrário do sustentado nas concepções restrita e restritíssima; e c) possibilidade de serviços públicos sociais, cuja titularidade não é exclusiva do Estado, mas compartilhada com os cidadãos, o que exclui a noção restritíssima.

A concepção tradicional de serviço público, no direito brasileiro, segundo a doutrina vigente, é composta por três elementos: subjetivo, material e formal<sup>4</sup>.

Em primeiro lugar, o elemento subjetivo ou orgânico relaciona-se com a pessoa que presta o serviço público. Atualmente, o Estado, titular do serviço público, pode prestá-lo direta ou indiretamente, neste último caso mediante concessão ou permissão.

Em segundo lugar, o elemento material ou objetivo define o serviço público como atividade que satisfaz os interesses da coletividade.

Por fim, o elemento formal caracteriza o serviço público como atividade submetida ao regime de direito público.

Nenhum dos critérios apontados é suficiente para, de forma isolada, conceituar o serviço público.

É oportuno salientar que a tarefa de definir determinada atividade como serviço público é exercida pelo Constituinte ou pelo legislador<sup>5</sup>. Isto porque a atividade econômica, caracterizada como serviço público, é retirada da livre iniciativa (*publicatio*) e a sua prestação por particulares somente será possível por meio de concessão e permissão. Ou seja: não pode o administrador classificar, autonomamente, uma atividade econômica como serviço público, já que a publicização da atividade afastaria a livre iniciativa dos particulares.

Por outro lado, o legislador não possui liberdade absoluta na publicização das atividades. Nem toda atividade econômica pode ser transformada em serviço público. A criação legislativa de novos serviços públicos é limitada, principalmente, pela essencialidade

---

<sup>4</sup> Nesse sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 20; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 18. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 287; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 20. ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 88; GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 43-47.

<sup>5</sup> Nesse sentido, por exemplo: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 20. ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 88; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 341-348. O citado autor ressalva os serviços públicos sociais, em que a *publicatio* está ausente.

das atividades e por sua vinculação estreita com a dignidade da pessoa humana ou com o bem-estar da coletividade<sup>6</sup>.

Quanto aos destinatários, os serviços públicos podem ser classificados em *uti universi* (gerais ou coletivos) e *uti singuli* (individuais ou singulares)<sup>7</sup>.

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<sup>8</sup>.

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).

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

---

<sup>6</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 47.; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 163.

<sup>7</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 300.

<sup>8</sup> O STF considerou inconstitucional a taxa de iluminação pública, justamente por considerar inviável a cobrança desse tributo em relação aos serviços indivisíveis. (Súmula 670: “o serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa”).

usuário, a remuneração será efetivada por taxa (ex: taxa de coleta domiciliar de lixo, taxa de coleta de esgoto sanitário, taxa judiciária)<sup>9</sup>.

É importante notar que, independentemente da existência de opções para o usuário, o serviço público, ainda que obrigatório, quando prestado por concessionárias, será necessariamente remunerado por tarifa, tendo em vista a impossibilidade de pessoas jurídicas de direito privado figurarem no pólo ativo das obrigações tributárias<sup>10</sup>

No entanto, quando o serviço público específico e divisível é prestado pelo Estado, permanece a dificuldade em se definir a forma remuneratória. A compulsoriedade do serviço, ao que parece, não constitui um critério suficiente para diferenciar as hipóteses, pois, como demonstrado, alguns serviços essenciais e obrigatórios são prestados por concessionárias e, nesse caso, remunerados por tarifa (ex: fornecimento domiciliar de água)<sup>11</sup>.

Talvez por essa razão, seja necessário apontar outro critério diferenciador para as taxas e as tarifas. Na lição de José dos Santos Carvalho Filho, os serviços públicos serão remunerados por taxas quando o Estado estiver investido do seu poder de império (autoridade), de modo que o serviço, nesse caso, não pode ser transferido ao particular e o valor cobrado servirá apenas para cobrir os custos dos serviços. Já a tarifa tem natureza contratual e pode ser prestada por particulares<sup>12</sup>.

É possível estabelecer algumas conclusões quanto à remuneração dos serviços individuais: a) quando os serviços forem executados por concessionárias, a tarifa será,

---

<sup>9</sup> Essa distinção foi consagrada na súmula 545 do STF que dispõe: “preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu.” O STF, por exemplo, considerou inconstitucional a “tarifa básica de limpeza urbana” (preço público), instituída pelo Decreto nº 196/75 no Município do Rio de Janeiro, pois a coleta do lixo, por ser um serviço essencial e obrigatoriamente prestado pelo Estado, deve ser remunerada por taxa e respeitar o princípio da legalidade tributária. REExt nº 89.876/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgamento: 04/09/80, DJ 10/10/80, p. 390.

<sup>10</sup> Essa é a opinião de Alexandre Santos de Aragão ao sustentar que o art. 175 da CRBF é uma exceção ao regime tributário previsto na Constituição para os serviços remunerados por taxa e, por essa razão, sempre que o serviço público (compulsório ou não) for prestado por concessionária, a sua remuneração deverá ocorrer por meio de tarifa. Aliás, conforme mencionado pelo autor, o art. 9º, § 1º da Lei nº 8.987/95 admite, ainda que implicitamente, a cobrança de tarifa mesmo sem a existência de serviço alternativo para o particular. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 610. No mesmo sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, 5. ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 391.

<sup>11</sup> Apesar das polêmicas em relação à natureza da contraprestação cobrada pelo serviço público de água, o STF entende tratar-se de tarifa (REExt nº 77.162/SP, Rel. Min. Leitão de Abreu, Segunda Turma, julgamento: 24/05/77, DJ 09/08/77, p. 763). Da mesma forma, o STJ considera a contraprestação do serviço de fornecimento de água, prestado por concessionárias, como tarifa ou preço público (Informativo de Jurisprudência do STJ nº 349).

<sup>12</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 297.

necessariamente, a forma remuneratória; b) quando o serviço for prestado diretamente pelo Estado, a tarifa será cobrada nos serviços individuais, que não envolvam o poder de autoridade estatal, e a taxa será instituída para os serviços individuais, cuja prestação dependa de atos de autoridade do Estado.

### 1.3 – FORNECEDOR

O Código de Defesa do Consumidor dispõe que é fornecedor quem desenvolve atividade de prestação de serviço e, ao incluir no art. 3º, *caput* a figura da pessoa jurídica de direito público como fornecedora, abrange os entes estatais:

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

Entretanto o mesmo artigo 3º, em seu parágrafo 2º, conceitua serviço como qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração.

Mencionado dispositivo afirma que somente os serviços pagos, isto é, mediante remuneração, caracterizam uma relação de consumo, de sorte a atrair a aplicação do CDC. Neste sentido os serviços públicos *uti universi* gratuitos (como escolas e hospitais públicos) estariam excluídos do CDC, por não estar presente a característica da remuneração, por serem estes serviços remunerados por impostos, não havendo, portanto, uma contraprestação específica do usuário pelo serviço utilizado.

No entanto autores como Claudia Lima Marques e em especial o professor Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamim, adotam uma visão ampliada para aplicar o CDC a toda e qualquer espécie de serviços públicos, já que o CDC teria se referido aos serviços públicos indistintamente.<sup>13</sup> Essa também é a opinião de Marcos Juruena Villela Souto que

---

<sup>13</sup>BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos e. In: OLIVEIRA, Juarez de (Coord.) *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 110.111.

defende inexistir serviços públicos gratuitos, pois, mesmo os serviços gerais (*uti universi*) seriam remunerados por impostos.<sup>14</sup>

Adotando também este pensamento e acatando a incidência da Lei 8.078/90 a todos os serviços públicos, LUIZ Antônio Rizzato Nunes<sup>3</sup>, acredita que ficam compreendidos na regulamentação consumerista todos os serviços públicos, sem ressalvas. Isso porque as únicas exceções previstas na lei para excluir a abrangência de serviço pelo CDC foram os serviços prestados na ausência de qualquer remuneração ou custo, e os serviços de caráter trabalhista.

Na esteira desse posicionamento, Rodrigo Priolli de Olivera Filho<sup>15</sup> entende não ser possível extrair interpretação restritiva quando da aplicação do CDC aos serviços públicos.

Nesta mesma linha, a prestação dos serviços públicos, segundo a legislação vigente encontra-se submetida ao CDC por força do artigo 7º da Lei nº 8.987/95, que enumera os direitos e obrigações dos usuários públicos, consagra, expressamente, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor a esses serviços. Da mesma forma, o CDC faz referência aos serviços públicos nos dispositivos do inciso VII do art.4º, inciso X do art. 6º, e art. 22 do referido Código.

Impende ressaltar que a legislação consumerista tem por objetivo a proteção da classe vulnerável e hipossuficiente; destarte, o Estado não pode se refutar da aplicação do CDC, já que há a necessidade da aplicação lato senso de normas infraconstitucionais ponderadas pela Constituição Federal. Essa nova visão não tem a intenção da aplicação do CDC indistintamente a qualquer tipo de serviço público, mas, em especial, aos serviços públicos de saúde, uma vez que são notórias as falhas e ineficiência desses serviços e não ter lei específica para regulamentação de tais prestações.

Dessa forma a aplicação do CDC às relações de serviços públicos de saúde consolida uma relação de consumo, com a proteção ao usuário, que passa agora a consumidor hipossuficiente técnico, desprovido de conhecimentos e com grande dificuldade de comprovar o nexo causal e os danos delas decorrentes.

---

<sup>14</sup> NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: direito material (arts. 1º ao 54). São Paulo: Saraiva, 2000.p.101.

<sup>15</sup> OLIVEIRA FILHO, Rodrigo Priolli de. *Serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor*.2007.Monografia ( Dissertação de Mestrado - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, p. 160.168.

#### 1.4 – DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS DA SAÚDE

No campo de realização do que pregam os princípios, vale ressaltar que o direito à saúde vem como ponto basal. Sendo assim, o direito à saúde pública encontra-se positivado na Constituição Federal expressamente no artigo 6º, *in verbis*:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição<sup>16</sup>.

Já no art.196, também da Constituição, vemos que a saúde é um direito universal e dever do Estado:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação<sup>17</sup>.

No art.197, ainda da Constituição, temos que a competência para tratar do assunto é, por força constitucional, atribuída ao Poder Público:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado<sup>18</sup>.

Desta forma, sendo um direito social e fundamental e um dever do Estado, a saúde é inerente ao ser humano, bem como a sua vida com dignidade, sendo fundamento da República Federativa do Brasil, expresso na Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III.

Dentre os direitos sociais, o direito à saúde foi eleito pelo constituinte como de peculiar importância. A forma como foi tratada, em capítulo próprio, demonstra o cuidado que se teve com esse bem jurídico. Com efeito, o direito à saúde, por estar intimamente atrelado ao direito à vida, manifesta a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana.

A saúde, consagrada na Constituição Federal de 1988 como direito social fundamental, recebe, deste modo, proteção jurídica diferenciada na ordem jurídico-constitucional brasileira.

---

<sup>16</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

<sup>17</sup> Idem.

<sup>18</sup> Idem.

Ao reconhecer a saúde como direito social fundamental, o Estado obrigou-se a prestações positivas, e, por conseguinte, à formulação de políticas públicas sociais e econômicas destinadas à promoção, à proteção e à recuperação da saúde.

A proteção constitucional à saúde seguiu a trilha do Direito Internacional, abrangendo a perspectiva promocional, preventiva e curativa da saúde, impondo ao Estado o dever de tornar possível e acessível à população o tratamento que garanta senão a cura da doença, ao menos, uma melhor qualidade de vida.

### 1.5 - O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO HUMANO ESSENCIAL

Analisar a tutela dos direitos sociais à luz da teoria dos direitos fundamentais é de suma importância; Abordar o conceito do Direito à saúde, e o entrelaçamento de suas raízes e pressupostos com o ideal da razão, requer a priori uma breve revisão histórica e axiológica.

A saúde é, senão o primeiro, um dos principais componentes da vida, seja como pressuposto de existência, seja como respaldo para qualidade de vida. Assim, a saúde se conecta com o direito à vida. Nesse sentido, muitos doutrinadores apontam ser a saúde um direito de primeira geração, direito individual – fundamental nascido e garantido mesmo contra a vontade estatal. O Direito à vida se associa diretamente ao Direito à saúde, assim como a Justiça com o Direito.

Por certo que o art. 6º, da CF/88, reconhece o direito à saúde como um direito social. Logo, a saúde é, também, direito de segunda geração. Na inserção dos direitos transindividuais, também chamados de direitos coletivos e difusos, pode-se concluir que a saúde também é um direito de terceira geração. Com os avanços científicos e as discussões em torno do Biodireito e da Bioética nascem os direitos de quarta geração, com os quais o direito à saúde se correlaciona de forma evidente.

Os direitos de realidade virtual, denominados direitos de quinta geração são frutos da revolução cibernética que levou à quebra das fronteiras tradicionais. Vê-se, portanto que o direito à saúde também é um direito de quinta geração, visto pois, que a qualidade de vida e o



bem-estar da ação dos computadores e da Internet podem e devem atuar como um dos fatores de maior contribuição nesse sentido.

A saúde como elemento de cidadania, como refere o artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos é o respaldo que nos dá a uma definição de que o Direito à Saúde é um Direito Humano essencial, relativo à essência; que constitui a essência na natureza de um ser, absolutamente necessário, indispensável, o Direito mais importante, o núcleo da vida. Como podemos ver:

Artigo XXV

1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.
2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

Na proteção constitucional do Direito à saúde, claramente e brilhantemente versa o Professor Doutor Paulo Bonavides<sup>19</sup> que nos alerta: “a prioridade absoluta dos neoliberais é a de retirar os Direitos Sociais da Constituição, trata-se de uma atitude fadada a provocar uma catástrofe de efeitos irremediavelmente insanáveis”.

Não importa se a aplicabilidade do Direito à saúde seja programática, plena, reduzida; o que se revela como de essencial relevância é a concretização do Direito, é a humanização do sistema jurídico. Vê-se desta forma que há uma preocupação constante da seara jurídica em lutar, pela ampliação dos direitos sociais consagradas pela Constituição Cidadã, evitando-se, assim, um colapso social e maior desumanização, destruição, do homem pelo homem. Modernamente temos o ressurgimento das idéias do liberalismo, travestido de neoliberalismo, trazendo “nova” leitura a uma antiga e cruel realidade: a insuficiência estatal no cumprimento de suas tarefas básicas, como citado, o Direito à saúde. É assim que divergimos da visão de Juarez Freitas em que “o caminho para uma atuação estatal dentro da realidade atual, e frente às necessidades dos cidadãos; Trata-se do princípio da intervenção estatal promotora do núcleo essencial dos direitos fundamentais: o Estado essencial, nem mínimo, nem máximo”. Tendo em consonância que em aspectos relativos à saúde, o Estado deve ser garantidor de políticas públicas integrais e completas; deste modo, o Estado deve estar presente em sua máxima força, em sua total atuação.

---

<sup>19</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

O Professor Ivan Lira de Carvalho destaca em seu artigo: A interpretação da norma jurídica, constitucional e infraconstitucional: “Na interpretação das normas constitucionais, deve o exegeta utilizar o processo que aflore a maior utilidade social da norma, sem descurar da natureza político-institucional do comando”. (CARVALHO, Lira, 2011. p. 97).

Deste modo, entende-se que é de maior importância a efetividade do Direito à saúde, visto pois, que as políticas públicas para a saúde são de uma utilidade fundamental à sociedade, tendo em vista que é garantidora do Direito à vida, além do esclarecimento quanto à utilidade social de uma efetivação concreta e completa da garantia constitucional, atravancada de uma interpretação humanizada do Direito em si. Um Estado eficiente e verdadeiramente humano é aquele que presta, executa e regula concretamente suas atividades.

Como nos afirma Ingo Sarlet:

A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange mais do que os direitos fundamentais abrange mais do que os direitos prestacionais, mesmo que seja este marco distintivo deles. Tal tarefa, de cunho negativo, exige também do Estado investimentos de monta razoável o que parece ser o motivo final de sua insuficiência (SARLET, 2004. p. 56).

A saúde deve ser vista como o Direito Humano Fundamental e não como direito prestacional ou como assistencialismo politiquero. O mal da saúde é a inflação médica, defendida e difundida com unhas e dentes pelo setor privado que trata a saúde como mercadoria, inflacionando as despesas com planos de saúde, hospitais, cirurgias e remédios. O Direito à saúde é a essência do Direito à vida e não pode ser tratado desta maneira; a saúde não é mercadoria é um Direito; como nos assevera José Afonso da Silva em seu recente livro *Direito Urbanístico Brasileiro*<sup>20</sup>:

O aspecto social é relevante em urbanismo. Este configura um dos meios de buscar a melhoria da qualidade de vida da população, através das transformações que se impõe aos espaços habitáveis. Entra no campo de seus objetivos oferecer à população serviços de educação, saúde e saneamento básico, habitação, bem-estar social, lazer, recreação, cultura e esporte. A ordenação do solo importa já criar as condições necessárias à instituição de equipamentos e prestação dos serviços sociais e estabelecer os meios para que a população possa auferi-los. (SILVA, 2008. p. 280).

---

<sup>20</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Urbanístico Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

## 1.6 – O CDC COMO MICROSSISTEMA JURÍDICO

Os microssistemas representam uma inovadora onda no Direito brasileiro. É o efeito de uma evolução na forma de se conceber o direito, é efeito de uma superação consistente da estrita legalidade, cominada na teoria pura do direito.

O Direito não mais permite que a teoria pura do direito prospere. Não mais permite que a mais suprema e incontestada fonte do direito seja a lei. O Direito não prende mais seus holofotes a uma moldura kelseniana, o direito aspira por axiologia, aspira por um dinamismo maior de uma ciência. Os estudiosos desta ciência têm arrepios por uma ciência engessada, amarrada e imutável.

Nesse momento o direito compreende a sua insuficiência e sua necessidade de constante aprimoramento.

O momento é de constatação de que os ramos do direito precisam de se comunicar, precisam encontrar a melhor ciência e o melhor caminho para dirimir problemas sociais, esses tão contributivos para um processo de desarmonia entre os cidadãos.

O que faz do CDC um microssistema normativo eficiente são os princípios em que se funda. Tais princípios se irradiam diretamente da Constituição Federal e dão ao consumidor um tratamento diferenciado em razão da natureza das relações jurídicas que envolvem os atores desse tipo de relação em uma economia de mercado. Essas peculiaridades do CDC são, em regra, inaplicáveis a relações jurídicas subordinadas às normas gerais (Código Civil, Comercial, Código de Processo Civil etc.)

A Constituição Federal de 1988 ao estabelecer a defesa do consumidor como um preceito de ordem econômica, impôs ao legislador ordinário o ônus de criar um conjunto de normas capazes de harmonizar as relações de consumo de forma a atender as necessidades dos consumidores.

A idéia de criar um sistema normativo capaz de resguardar os direitos e ainda proteger os consumidores foi expressamente colocada em nosso ordenamento jurídico através do Artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que dispõe que “O

Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborara o código de defesa do consumidor”

O primeiro elemento caracterizador do CDC como microsistema normativo está na própria Constituição Federal que considerou a defesa do consumidor direito fundamental a ser promovido pelo Estado (art. 5, XXXII). Tal disposição levou o legislador ordinário a atribuir ao CDC o caráter de normas de ordem pública e interesse social (art. 1º).

Outro importante caracterizador desse microsistema normativo é o princípio da isonomia estabelecido entre o consumidor e fornecedor, este entendido *latu sensu*. A principal virtude desse princípio está em reconhecer a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (art. 4º, I do CDC) como ferramenta para atingir a igualdade pretendida pelo legislador. Implica reconhecer o consumidor como parte mais fraca, hipossuficiente tanto econômica como tecnicamente.

A partir desse reconhecimento de vulnerabilidade, o Código disponibiliza vários outros instrumentos que possibilitam a busca da igualdade, dentre os quais destacamos a possibilidade de inversão do ônus da prova em benefício do consumidor quando verossímil a alegação ou diante de sua hipossuficiência percebida segundo as regras de experiências (art. 6º, VIII); a interpretação de cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor em todo e qualquer contrato de consumo (art. 47); a manutenção de assistência jurídica integral e gratuita ao consumidor carente e instituição de Promotorias, Varas e Delegacias especializadas em matéria de consumo (art.5º, I, II, III e IV).

A disciplina da responsabilidade civil no CDC também o torna um microsistema normativo peculiar e ao mesmo tempo eficiente, com normas inaplicáveis, via de regra, à responsabilidade civil estranha ao CDC. Esse diferencial está calcado na adoção, pelo CDC, da teoria do risco da atividade. Significa dizer que o simples exercício da atividade econômica no mercado, coloca o fornecedor, produtor ou importador como responsável pela reparação dos danos causados ao consumidor derivados dessa atividade. É a responsabilidade objetiva pelos fatos e ou pelos vícios do produto e do serviço, previstas nos artigos 12 e 18, respectivamente.

Importante ressaltar que a eficiência do CDC tem se destacado com a crescente conscientização de que ele não visa a ruína de nenhum dos atores da relação de consumo, mas primordialmente assegurar o desenvolvimento econômico fundado tanto na economia de

mercado e na livre concorrência, como na valorização do trabalho humano e na existência digna da pessoa humana, conforme os ditames da justiça social estabelecidos na Constituição Federal.

## 2 – PRINCÍPIOS E NORMAS CONSTITUCIONAIS

Diante dos conceitos apresentados, vamos neste ponto definir o que são princípios e sua importância para a interpretação das normas, bem como discorreremos, brevemente, sobre os princípios constitucionais mais importantes para nosso trabalho. A seguir abordaremos as normas constitucionais que amparam a idéia aqui defendida de que uma interpretação que leve em conta os princípios constitucionais e a ideologia constitucionalmente adotada levará fatalmente a uma aceitação da aplicação do CDC aos serviços públicos de saúde como forma de efetivação da dignidade humana.

Não resta dúvida sobre o papel primordial que a Constituição representa no nosso ordenamento, tanto é assim que por vezes chega a ser referida como a “Lei Máxima” ou “Lei Maior”, posto ser ela a matriz de todas as outras normas, estando hierarquicamente em patamar superior às demais e por isso não se admite que nenhuma lei inferior lhe contrarie, sob pena de invalidade. Mas antes de destacarmos os preceitos constitucionais mais importantes para o presente trabalho é fundamental apreciarmos os conceitos e as diferenças entre os princípios, as regras e as normas, salientando a importância dos princípios para a hermenêutica jurídica.

### 2.1 – A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS NA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS.

Para José Afonso da Silva<sup>21</sup> os princípios são verdadeiras ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, ou, são "*núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais*". Desta forma, os princípios, que inicialmente formam a base de normas jurídicas, podem se apresentar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípios e constituindo preceitos básicos da organização constitucional.

Já Bandeira de Melo<sup>22</sup>, no mesmo sentido, conceitua:

---

<sup>21</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 12. ed., São Paulo : Malheiros, 1996. p. 94.

<sup>22</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 1996. p. 545-546.

Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Segundo os ensinamentos de Dworkin, o princípio é um padrão que deve ser observado não porque garantirá ou protegerá uma situação econômica, política ou social desejável, “mas porque é uma exigência da justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”<sup>23</sup>

Já no que diz respeito às regras, elas nos indicam quais as conseqüências jurídicas serão aplicadas quando as condições nelas previstas ocorrerem. Elas funcionam sempre na forma do tudo ou nada, pois ou a regra é válida e seus efeitos serão aplicados, ou ela não é válida e os efeitos serão determinados por outra regra válida.

Neste ponto é importante citar a teoria de Lorenzetti, segundo a qual tanto os princípios como as regras se referem ao âmbito do dever-ser e, portanto, são normas. A questão é distinguir esses dois tipos de normas. A doutrina se utiliza de três critérios para fazer essa distinção, um deles leva em conta a generalidade, sendo que os princípios têm uma generalidade maior que as regras, em relação aos suportes fáticos, pois não se referem a um só caso. O segundo critério é de origem e nessa ótica as regras são criadas, enquanto os princípios desenvolvidos, pois não se baseiam na decisão de qualquer legislador ou tribunal, mas de uma questão de conveniência e oportunidade que se desenvolve ao longo da história. O terceiro critério é a referência à idéia de Direito e sob esse aspecto está presente e explícita nos princípios, pois ordena algo a ser feito na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas existentes ao passo que nas regras, a idéia de direito está presente e implícita, podendo ser cumpridas ou não, e, se válidas, devem ser observadas<sup>24</sup>

Depois de apresentada a distinção conceitual entre regras e princípios, abordaremos outro aspecto apto a diferenciá-los que é a questão da hierarquia. Neste ponto vale frisar que

<sup>23</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

<sup>24</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: RT, 1998, p. 286.

as regras jurídicas estão hierarquicamente postas no ordenamento jurídico sendo que a Constituição Federal é a norma fundamental do Estado e prevalece sobre as normas infraconstitucionais, e estas, por sua vez, se sobrepõem às normas infralegais.

Já os princípios, não apresentam essa hierarquia e têm a mesma relevância no ordenamento jurídico. Não há princípio que prevaleça sobre os demais, pois somente no caso concreto é que se pode dizer que um determinado princípio será aplicado com mais amplitude em relação a outro. Não se trata de excluir, mas de apontar a qual princípio será dada maior relevância no caso concreto.

Então, enquanto as regras pertencem ao mundo do juridicamente existente e do peremptoriamente válido, os princípios estão no indefinido mundo do possível ou do concomitantemente possível. Por isso no conflito de regras, uma elimina a outra, por questão de invalidade. Já na colisão entre princípios, um apenas afasta o outro no momento da resolução do embate, quando as possibilidades jurídicas e fáticas de um deles forem maiores do que as do outro.

Desta forma, os princípios representam o amálgama do ordenamento jurídico, funcionando como norteadores do entendimento e aplicação das leis, bem como na sua propositura e confecção. Existe, no entanto, uma categoria especial de princípios, que são os princípios constitucionais, que para alguns autores ocupam o lugar de vigas mestras de todo o sistema jurídico, como é o caso de Rizzato<sup>25</sup>:

Os princípios constitucionais dão estrutura e coesão ao edifício jurídico. Assim, devem ser estritamente obedecidos, sob pena de todo o ordenamento jurídico se corromper.

O princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos horizontes do sistema jurídico e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.

Diante disso, temos que os princípios jurídicos influem na interpretação até mesmo das normas constitucionais e se caso surja uma aparente antinomia entre estas, ela será dirimida pela aplicação do princípio que mais se fizer afeito ao caso específico. Qualquer interpretação legal, portanto, que não leve em consideração o respeito máximo aos princípios corre sérios riscos de ser injusta e mais ainda, pode por a perder todas as conquistas de valores

---

<sup>25</sup> NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2012. p. 49.



que fizemos durante longos anos como bem nos adverte o importante ensinamento de Konrad Hesse<sup>26</sup>:

[...] aquilo que é identificado como vontade da Constituição deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado democrático. Aquele que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado.

## 2.2 – O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO.

Em uma análise rápida por dicionários comuns, vemos que a dignidade é conceituada como modo de proceder que inspira respeito; consciência do próprio valor; honra, autoridade, nobreza; distinção; qualidade de digno; honestidade<sup>27</sup>. Já Kant<sup>28</sup> sustenta que:

[...] um ser humano considerado como uma pessoa, isto é, como o sujeito de uma razão moralmente prática, é guindado acima de qualquer preço, pois como pessoa (homo noumenon) não é para ser valorado meramente como um meio para o fim de outros ou mesmo para seus próprios fins, mas como um fim em si mesmo, isto é, ele possui uma dignidade (um valor interno absoluto) através do qual cobra respeito por si mesmo de todos os outros seres racionais do mundo.

O autor ainda esclarece que a humanidade na pessoa é o objeto do respeito a ser exigido de todo outro ser humano, mas que o indivíduo, por sua vez, também não pode perder. Nesta mesma linha, segundo o autor Alexandre de Moraes<sup>29</sup>:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

<sup>26</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, Editor, 1991.p. 22

<sup>27</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio: O Minidicionário da Língua Portuguesa*. 4. ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002, p. 236. J HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Minidicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. 2. ed., Rio de Janeiro: Objetiva, 2004, p. 248.

<sup>28</sup> KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Trad. de EdsobBini. 2. ed. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 276.

<sup>29</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 21-22.

Neste sentido, segundo Sarlet<sup>30</sup>, onde não existir respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde o poder se apresenta ilimitado, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade em direitos e dignidade e os direitos fundamentais não obtiveram reconhecimento e o mínimo de garantia, não haverá espaço para a dignidade humana e a pessoa, por sua vez, poderá facilmente ser alvo de injustiças.

Vale frisar que a dignidade humana será garantida na medida em que forem assegurados os direitos sociais definidos no artigo 6º da Constituição de 1988 e que ela é inata ao homem. No que pese o fato de que os princípios sejam hierarquicamente horizontais uns aos outros, autores como Rizzatto<sup>31</sup> defendem que o princípio da dignidade humana esteja em patamar superior aos demais, tendo em vista sua importância, como podemos ver no trecho:

É ela, a dignidade, o último arcabouço da guarda dos direitos individuais e o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional. A isonomia, como demonstraremos, servirá para gerar equilíbrio real, visando concretizar o direito à dignidade. Mas, antes, há que se fazer uma avaliação do sentido de dignidade.

Além disso, o referido autor chega a concluir que a dignidade humana “funciona como princípio maior para a interpretação de todos os direitos e garantias conferidos às pessoas no texto constitucional”<sup>32</sup> e apesar da dificuldade de se definir, na prática o que ela seja de fato, sua violação é nítida e ela representa “a primeira garantia das pessoas e última instância de guarda dos direitos fundamentais”<sup>33</sup>.

Sendo assim, o princípio da dignidade é o orientador maior de toda a interpretação jurídica, principalmente do texto constitucional, pois toda as regras sociais, sejam elas leis ou meras normas de conduta sociais, visam, em última instância a preservação da dignidade humana. De todos os princípios, que representam pilares do ordenamento, o da dignidade é aquele que jamais poderá ser afastado por nenhum outro em casos de colisões.

---

<sup>30</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 59.

<sup>31</sup> NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2012. p. 64.

<sup>32</sup> Idem. p. 65.

<sup>33</sup> Idem. p. 66.

### 2.3 – O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

O princípio da eficiência foi introduzido no ordenamento jurídico em 4 de junho de 1998, pela emenda constitucional nº 19, que alterou o art. 37 da Constituição Federal. O princípio da eficiência é finalista, remete sempre a um resultado satisfatório com o mínimo de erros possíveis, ou seja, é ser rápido e certo. Maria Zanella Di Pietro nos ensina que:

O princípio da eficiência impõe ao agente público um modo de atuar que produza resultados favoráveis à consecução dos fins que cabem ao Estado alcançar. Trata-se de idéia muito presente entre os objetivos da Reforma do Estado. No Plano Diretor da Reforma do Estado, elaborado em 1995, expressamente se afirma que “reformular o Estado significa melhorar não apenas a organização e o pessoal do Estado, mas também suas finanças e todo o seu sistema institucional-legal, de forma a permitir que o mesmo tenha uma relação harmoniosa e positiva com a sociedade civil. A reforma do Estado permitirá que seu núcleo estratégico tome decisões mais corretas e efetivas, e que seus serviços – tanto os exclusivos, quanto os competitivos, que estarão apenas indiretamente subordinados na medida em que se transformem em organizações públicas não estatais – operem muito eficientemente.”<sup>34</sup>

Desta forma, se o princípio da eficiência for de fato alcançado nos serviços públicos, todos os direitos fundamentais serão atendidos de forma satisfatória. Isso implica em dizer que ele é o princípio que impulsiona a melhor realização dos demais, e como já visto, o princípio da dignidade humana, que é base e limite para os demais, fica a espera da prestação eficiente dos serviços públicos para ser realizado, ou seja, o atendimento ao princípio da eficiência põe em prática o direito à dignidade humana.

O cidadão tem o direito a serviço público de bons resultados, motivo pelo qual o princípio da dignidade da pessoa humana tem destaque na Constituição, prevalecendo até sobre outros princípios nela consagrados.

Pelo que se percebe, pretendeu-se, com a inclusão do dever de eficiência dentre os princípios constitucionais aplicáveis às atividades da Administração Pública, tornar indubitosa que a atuação do administrador, além de ater-se a parâmetros de presteza, perfeição e rendimento, deverá se fazer, nos exatos limites da lei, sempre voltada para o alcance de uma finalidade pública e respeitados parâmetros morais válidos e socialmente aceitáveis.

---

<sup>34</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11. ed., São Paulo, SP: Atlas, 1999, p.73.

Como já vimos, a Carta Magna estabelece que seja de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e que esta é direito de todos e dever do Estado, cabendo ao poder público dispor, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle.

Ausente o Estado na sua função de servir, o cidadão deve cobrar do Ministério Público posicionamento efetivo voltado para efetivar o direito na Constituição consagrado, se não optar por ação judicial individual para obter tutela judicial a seu favor.

Eficiência tem como corolário a boa qualidade. Era este o ingrediente que faltava para que a sociedade pudesse cobrar a efetividade de direitos relativos à saúde, com bom nível. Isto faz com que o Estado tenha que responder às expectativas quanto às suas funções básicas, principalmente as sociais.

O povo não pretende riqueza, mas requer vida digna com saúde, educação, renda regular e lazer, requisitos defendidos por qualquer sociedade. O Estado pode e deve garantir meios para atender a estas necessidades com enfrentamento permanente de questões sócio-econômicas, assegurando desenvolvimento sustentável setorizado.

Uma vez existindo o dever de eficiência, o cidadão passa a ter o direito de questionar a qualidade das obras e atividades públicas, exercidas diretamente pelo Estado ou por ente terceirizado. Nesta idéia, boa parte dos princípios e regras utilizados para exigir-se eficiência dos particulares em prestações de serviços podem ser aplicados ao Estado e o Judiciário tem o dever de zelar pelo direito de todos que a ele forem para cobrar boa qualidade.

Que a eficiência já é um dever do Estado está claro, resta agora saber como nós, cidadãos, podemos cobrar dos representantes estatais a aplicação de tal princípio, de modo a efetivar um real atendimento ao direito à dignidade humana, especialmente nos serviços de saúde. Para responder a essa pergunta, nosso trabalho sugere um mecanismo que tem dado resultados em outras áreas, que é a aplicação do CDC aos serviços prestados pelo Estado na área de saúde.

A aplicação do CDC, não vai mudar o atendimento em um passe de mágica, sabemos disso, mas certamente vai facilitar em muito a cobrança da tão sonhada excelência de prestação de serviços a que os princípios da dignidade e da eficiência asseveram termos direito. Isso porque essa aplicação poderá facilitar em muito o procedimento de cobrança

judicial quando da má prestação de serviços públicos de saúde, como se faz quando esses serviços são prestados na rede particular e o que aqui se defende é que tal aplicação, longe de ser uma interpretação extensiva, é cabível, necessária e a mais correta do ponto de vista lógico e teleológico do CDC, se levado em conta todo o contexto atual do nosso ordenamento.

### **3 – DA MELHOR INTERPRETAÇÃO DO CDC COMO FORMA DE PROMOVER A DIGNIDADE HUMANA**

Seguindo o raciocínio, vamos analisar agora, mais profundamente a questão da interpretação jurídica, pois será ela que nos permitirá afirmar que a interpretação da legislação consumerista deverá ser feita no sentido mais abrangente, abraçando inclusive os serviços de saúde pública. Para isso o conceito de princípio e os comandos constitucionais comentados anteriormente terão grande importância.

#### **3.1 – A COESÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO E A INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS**

O ordenamento jurídico não é um amontoado de textos isolados que podem ser lidos e interpretados de forma independente. Ao contrário, ele compõe um todo, dotado de significado e coerente entre si. Quando essa coerência não acontece é certo que alguma norma está destoando do todo e neste momento devemos fazer uso dos ensinamentos da hermenêutica jurídica a fim de determinarmos qual norma não está fazendo sentido ao todo organizado do ordenamento.

Neste ponto do presente trabalho cabe uma distinção entre interpretação e hermenêutica, posto que Interpretar é atribuir significado a um determinado texto e Hermenêutica é o ramo da filosofia que estuda como se dá a interpretação. Então, temos que a interpretação é a atividade; a hermenêutica, o estudo de como essa atividade deve ser levada a cabo.

Sendo assim, a hermenêutica nos fornece as melhores ferramentas para a interpretação, mas é esta que deve ser feita em todo texto normativo. Nenhuma Lei é completa por si só, tendo o processo de interpretação fundamental papel na efetivação daquilo que diz o comando das normas, fazendo que sejam postos em prática. Desta forma, é através da interpretação que realizamos de fato, no caso concreto, a finalidade do ordenamento, qual seja a resolução de conflitos e a aplicação da justiça.

Sem nos delongarmos por essas veredas, pois ensejariam trabalhos independentes, firmamos nosso entendimento aos de José Luiz Quadros de Magalhães<sup>35</sup> que nos ensina que:

O objetivo primeiro da interpretação deverá ser a criação de condições para que a norma interpretada tenha eficácia sempre no sentido da realização dos princípios e valores constitucionais, e principalmente, sempre, da ideologia constitucionalmente adotada.

Este direcionamento pode fazer diminuir a enorme distancia que muitas vezes ocorre entre a interpretação realizada pela jurisprudência e pela doutrina. De nada adianta a leitura de uma norma que venha a ser absolutamente inaplicável a uma realidade histórica que não mais comporta aquela interpretação, o que ocorre, por vezes, com o doutrinador, que em análises dissociadas de situações concretas, cria normas impossíveis. Entretanto o oposto não pode ocorrer, que seria o interprete responsável pela aplicação da norma ao caso concreto, deixar de dar o seu correto direcionamento valorativo, oferecido pela Constituição e especialmente pela ideologia adotada, fundamentando sua interpretação em valores outros que não os consagrados pela Constituição (entenda-se Constituição como a sua interpretação construída democraticamente em um momento histórico).

Ainda amparados nos ensinamentos do professor Luiz Quadros, temos que toda interpretação deve levar em conta não somente o momento histórico em que a norma está inserida como os fatores políticos e sociais que levaram à sua inserção no ordenamento. É importante frisar, porém, que acima de toda e qualquer interpretação está a integridade do sistema jurídico, que não pode ser interpretado de forma estanque, independente de diálogo harmonioso com todos os outros códigos e com respeito absoluto à Constituição, ou correremos o risco de fazer ruir todo o fundamento que ampara o Estado Democrático de Direito.

Neste ponto os princípios ganham importância ainda maior, pois são ferramentas hábeis para manter essa coesão e harmonia do sistema jurídico na prática das interpretações. Eles nos dão uma visão mais aberta para que, de acordo com as situações reais do cotidiano e sem perdermos o foco dos valores sociais que levaram o legislador a criar determinada norma, os conflitos interpretativos sejam resolvidos. Ou seja, diante de uma dificuldade de interpretação, nos socorremos aos princípios.

---

<sup>35</sup> MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Princípios constitucionais e interpretação constitucional. Jus Navigandi, Teresina, ano 2, n. 13, 18 maio 1997. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/87>>. Acesso em: 14 maio 2014.

### 3.2 – A INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS SEGUNDO O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE.

Chegado ao cerne da nossa questão, veremos agora a influência que o princípio da dignidade deve exercer ao interpretarmos os conceitos e normas constitucionais para melhor interpretar o CDC como sendo aplicável aos serviços de saúde pública prestada pelo Estado. Importante salientar que o princípio da dignidade não se confunde com o direito à dignidade da pessoa humana, garantido no texto constitucional como condição primeira e fundamental para a realização de todos os outros comandos legais, pois sem dignidade nenhum direito poderá ser completamente exercido por qualquer pessoa.

Sendo assim, vale dizer que o princípio da dignidade é a melhor ferramenta jurídica existente para que se realize na prática a efetivação dos direitos que virão a garantir que as pessoas sejam tratadas com a devida dignidade. Como já dito anteriormente, somente com a realização dos direitos fundamentais, especialmente os sociais poderemos dizer que a dignidade foi realizada.

O que o CDC realmente faz é tornar os comandos constitucionais explícitos para a relação de consumo. Sendo assim ele repete os princípios e garantias fundamentais que norteia todo o ordenamento da República. Nesse contexto o que alguns autores chegam a chamar de “superprincípio da dignidade da pessoa humana”<sup>36</sup> deve ser considerado a todo momento como limite intransponível a qualquer norma e mesmo a outros princípios.

Como visto o CDC foi criado para socorrer o mais vulnerável e mais ainda o hipossuficiente. No entanto grande parte da doutrina, seguida pela maioria dos julgadores, entende que seus preceitos não se aplicam aos serviços públicos quando estes são remunerados pela via dos impostos. Argumentam que tal situação fugiria do conceito de consumo definido pelo código e na maioria das vezes se atêm à expressão “mediante remuneração” inscrita no § 2º do art. 3º do CDC.

---

<sup>36</sup> NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2012. p. 144.



Diante da referida expressão discorrem longamente sobre o fato de que o serviço de saúde não é remunerado diretamente e que por isso não existe forma de individualizar o serviço prestado como no caso de tarifas ou taxas, o que afastaria definitivamente a aplicação do CDC a tais serviços.

Apresentada a principal crítica ao argumento aqui defendido, de que o CDC deve ser aplicado ao serviço público de saúde, passaremos agora a analisar os comandos legais pela ótica do princípio da dignidade, pois como já dito, este deve ser o limite de toda interpretação jurídica.

### 3.3 – A COERÊNCIA LÓGICA DE UMA INTERPRETAÇÃO QUE PERMITE A APLICAÇÃO DO CDC AOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE

O CDC deixa claro que uma característica intrínseca do consumidor é sua vulnerabilidade, pondo de toque nos permite determinar uma relação como sendo de consumo. O comando do § 2º do art. 3º do CDC que exige remuneração dos serviços prestados é uma garantia de que aquele que recebe ajuda sem nada dar em troca não poderá se amparar no Código consumerista para pleitear direitos. Isso, contudo, não lhe retira garantias, pois o Código Civil o abrigará nestas situações, partindo-se do pressuposto que os envolvidos nesta situação, são iguais em direitos e deveres, agindo numa relação horizontal de responsabilidades.

Doutrina e jurisprudência admitem a aplicação das normas consumeristas aos serviços públicos em geral, e aos serviços de saúde prestados por particulares. De outro lado, é pacífico o entendimento de que o cafezinho “dado” no restaurante e o estacionamento “gratuito” no shopping, na verdade são retribuídos de outra forma que não uma remuneração direta.

Então, o ponto chave da questão é a falta da “remuneração direta” dos serviços prestados a título *uti universalis* quando prestados na rede pública de saúde. Mas esta interpretação não pode ser acolhida, pois afronta toda lógica do ordenamento, em especial os motivos orientadores do CDC de defesa do vulnerável e hipossuficiente, pois não é preciso

muita argumentação para que percebamos que um paciente do SUS apresenta claramente essas duas condições que merecem cuidado e amparo especial.

Para sustentar o ponto aqui defendido, vamos pensar numa situação hipotética. José, empresário bem sucedido, tem patrimônio pessoal estimado em mais de um milhão de reais, um dia entrando num dos melhores restaurantes da cidade, encontra com Mário, seu colega de infância, que é motorista, mas atualmente está desempregado. Depois de fraterno abraço, José convida Mário para almoçar, logicamente se oferecendo para pagar a refeição.

Após o almoço, então na calçada, prontos para se despedirem, os amigos são atropelados por um carro desgovernado que os atinge e em seguida foge do local. Caídos na calçada os amigos são socorridos por pedestres que logo chamam uma ambulância.

José é então levado para um hospital particular, em virtude de seu espetacular plano de saúde, enquanto Mário foi conduzido a um hospital público. Vamos supor que ambos tinham ferimentos similares em suas pernas, e que ao serem atendidos, os dois tiveram complicações hospitalares que resultou em amputação do membro, devido à falta de cuidados das instituições que os atenderam.

Nesta hipótese, em uma eventual ação contra os respectivos hospitais, José estará amparado pelo CDC e não precisará demonstrar a culpa da instituição de saúde, tendo todas as vantagens do microsistema consumerista, que desde o primeiro momento já o considera vulnerável e o estabelece como pólo a ser defendido da relação, sendo que todas as interpretações serão feitas a seu favor. Além disso, existem órgãos especializados para lhe ajudar nessa demanda, bem como o tramite de sua ação será privilegiado.

Já no caso de Mário acontece o oposto, sua relação com o hospital público não é abrangida pelo CDC e ele vai ser obrigado a se valer das normas do Código Civil para defender seus direitos. A responsabilidade que ele vai ter de provar não é a do CDC, ele não será considerado vulnerável e terá, até mesmo, que provar sua hipossuficiência. Sua ação na justiça se alongará por tempo muito maior do que a de José e nenhum órgão de proteção especial existe para lhe amparar.

Contra tal entendimento doutrinário e jurisprudencial é que o presente trabalho se insurge. José é rico, tem condições de pagar os melhores hospitais e planos de saúde, mas mesmo assim é amparado por um diploma protetor e benevolente. Já Mário, pobre,

desempregado, privado de um membro que lhe serve de meio de trabalho e sustento, justamente por sua hipossuficiência financeira, foi submetido aos atendimentos do SUS e agora, para tentar se socorrer na via judiciária e ser reparado dos danos sofridos será tratado pelo Código Civil que pressupõe uma relação horizontal, entre iguais, e não lhe apresentará qualquer vantagem sobre o Estado.

Note-se que a relação de Mário contra o hospital público será na verdade uma relação que de um lado apresenta um motorista desempregado, que veio a perder uma perna e de outro lado, uma instituição mantida pelo Estado, maior organização do país, responsável pelo erro cometido que lhe custou uma perna. Justamente quem deveria cuidar e zelar pela saúde de Mário erra, causando danos gravíssimos a ele e sua eventual família, e na hora de se valer da justiça para ser compensado aquele que deveria cuidar de sua saúde nega-lhe as benesses de um Código que foi criado justamente para socorrer o mais vulnerável de uma relação de consumo.

De outra monta temos uma situação quase idêntica, não fosse o maior poder econômico de José e a este o Estado concede os benefícios.

O que mais nos chama a atenção nestes casos é que a mesma doutrina que acolhe a aplicação do CDC ao atendimento particular de saúde, lhe nega quando o atendimento é feito na rede pública. A vulnerabilidade, no entanto, é muito maior naquele que se vale de um atendimento público do que naqueles que podem pagar serviços particulares, ou planos caros de saúde, ou seja, os usuários de serviços públicos de saúde, além de vulneráveis, são hipossuficientes e mesmo assim doutrina e julgadores insistem em lhes negar amparo no CDC.

Detectamos em tal entendimento, uma afronta aos princípios, tanto aos que nortearam a criação do CDC, quanto ao da eficiência, mas, sobretudo ao da dignidade humana, pois aquele que mais necessita de um tratamento especial, tendo em vista sua posição fragilizada, fica desguarnecido, enquanto outros, nem tão frágeis assim, são abrangidos. É de se notar que estamos defendendo a posição de que o amparo existe nas normas e nos princípios, mas por força de interpretações doutrinárias e jurisprudenciais foi afastado dos que mais necessitam dele.

Se o CDC foi criado com a clara intenção de proteger os mais indefesos não podemos concordar com doutrina e jurisprudência que adotam postura excludente daqueles

que mais necessitam, mesmo que sejam majoritários. Para aqueles que se apegam a esse fato, o de ser majoritário, fica o alerta de que nenhuma mudança socialmente positiva ocorreria para melhorar a condição de vida dos mais necessitados se fosse olhado somente o ponto de vista da maioria, pois em um momento ou outro, certamente a maioria foi a favor de um procedimento injusto e questionável, vale como exemplo a escravidão.

Para realizarmos os preceitos legais do estado social e dos princípios fundamentais, em especial o princípio da dignidade humana, precisamos romper com esse entendimento excludente que só faz sentido do ponto de vista daquele que deveria estar protegendo e que nos momentos mais sensíveis se cala, sob o argumento de que suas normas não valem para ele mesmo, que é o Estado. Agrava o fato, ainda, de que em relação muito semelhante, quando do outro lado quem vai arcar com a despesa figura um particular, a aplicação do CDC esteja pacificada entre os doutrinadores e na jurisprudência nacional.

Não vislumbramos um argumento lógico a defender essa discrepância de entendimentos, senão o fator econômico que irá, certamente, atingir o Estado. Saindo do exemplo hipotético apresentado, pensemos agora friamente, será que existe alguém mais vulnerável e hipossuficiente do que uma pessoa carente na fila do SUS esperando por um atendimento, que na maioria das vezes será deficitário?

#### 3.4 – DOS PERMISSIVOS LEGAIS AO ENTENDIMENTO DE APLICAÇÃO DO CDC AOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE

Analisaremos agora as normas que amparam o entendimento aqui defendido, a começar pelo art. 3º do CDC:

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

No caput do art. 3º, como a lei trata de adjetivar a pessoa jurídica como “pública ou privada, nacional ou estrangeira”, poder-se-ia indagar se no art. 2º<sup>37</sup> não se estaria falando

---

<sup>37</sup> Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

menos ou até o contrário, ou, em outros termos: se no caput do art. 3º a norma não estaria, de alguma maneira, cuidando apenas daquelas pessoas jurídicas indicadas.

Na realidade, a resposta é bastante simples. Tanto no caso do conceito de consumidor quanto no de fornecedor, a referência é a “toda pessoa jurídica”, independentemente de sua condição ou personalidade jurídica. Isto é, toda e qualquer pessoa jurídica. O legislador poderia muito bem ter escrito no caput do art. 3º apenas a expressão “pessoa jurídica” que o resultado teria sido o mesmo. Não resta dúvida de que toda pessoa jurídica pode ser fornecedora.

O fato de estar estampando explicitamente a referência “pública ou privada” demonstra o cuidado especial que o legislador teve em abarcar as instituições públicas. De tal forma que todo entendimento contrário a este é um entendimento restritivo, e em se tratando de CDC isso não pode prevalecer.

Examinemos agora o art. 22, que, também expressamente, deixa patente que os serviços públicos estão regulados pelo sistema do CDC:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.  
Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

Os serviços estão definidos no § 2º do art. 3º, e somente os decorrentes das relações de caráter trabalhista e os prestados sem remuneração ou custo estão excluídos.

A definição de “consumidor” foi dada no *caput* do art. 2º do CDC, e é complementada pelas disposições do parágrafo único do mesmo artigo:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.  
Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

No mesmo sentido o art. 17 do mesmo código:

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Completando o raciocínio o art. 29, ainda do referido código;

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

Logo, não há alternativa: se, na relação jurídica estabelecida, de um lado estiver o consumidor, que recebe um 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.

Pode-se, é verdade, objetar que, se o consumidor não paga diretamente pelo serviço, a lei está excluída da relação, porque o § 2º do art. 3º fala que o serviço é prestado mediante remuneração. Mas 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.

Assim, quer o consumidor pague quer não pelo serviço público, não é esse fato que vai afastar a incidência da norma.

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. 8.078/90.

O parágrafo único do art. 22 do CDC traz regra que afirma que os prestadores dos serviços públicos são responsáveis pelos vícios dos serviços, bem como pelos danos ocasionados por defeitos.

Tal responsabilidade, que é objetiva, nasce em primeiro lugar do texto constitucional. É que o § 6º do art. 37 da Constituição Federal dispõe, verbis:

[...]

§ 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.<sup>38</sup>

Logo, a norma do parágrafo único referido apenas repete a garantia, naquilo que diz respeito ao consumidor lesado.

O legislador inseriu a norma no contexto do art. 22 apenas, mais uma vez, para deixar patente a responsabilidade do prestador do serviço público. O intuito foi evitar que surgisse algum tipo de argumento pretendendo elidir a responsabilidade do prestador. Nesse aspecto, pode-se dizer, então, que fez bem o legislador, uma vez que, como vimos, mesmo

---

<sup>38</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

com o texto expresso do caput do art. 22, existem fornecedores de serviços públicos que pretendem sustentar o insustentável: que não estão submetidos às regras da Lei n. 8.078/90.

Assim consigne-se que o prestador do serviço público está submetido exatamente a todas as normas que recaem sobre o prestador do serviço privado, e portanto, haverá vício de qualidade do serviço, entendido este conforme definido no art. 20 da já citada lei, *in verbis*:

Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

§ 1º A reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor.

§ 2º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.

Desta forma, se aplicado o CDC às relações de serviço de saúde pública, o rol de proteção aos consumidores destes serviços se ampliará demasiadamente, e o intuito do legislador será atingido, qual seja o de proteção à parte vulnerável das relações de consumo.

## CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi aqui exposto, chegamos à conclusão de que existe possibilidade legal de interpretação extensiva do CDC para abranger as relações daqueles que se valem dos serviços públicos de saúde como sendo típica relação de consumo.

Este entendimento além de possível é aconselhável, posto que a interpretação atual, apoiada em doutrina e jurisprudência dominante não consegue atingir o fundamento maior do legislador que é a proteção da parte mais vulnerável de uma relação. Neste sentido, entender que um paciente que não dispõe de um plano de saúde e se vê obrigado a usar o Sistema Único de Saúde, patrocinado pelo Estado é vulnerável e hipossuficiente é condição primária para se fazer justiça ao espírito de proteção tão festejado do CDC. Deixar uma das partes mais frágeis da nossa sociedade à sorte dos preceitos do Código Civil é decretar-lhes dificuldades excessivas e muitas vezes mais gastos.

Sendo assim, considerar as relações oriundas dos atendimentos em instituições públicas de saúde como abrigadas pelo CDC é de fundamental importância, tanto para se fazer justiça ao legislador que, certamente, o quis proteger, quanto para que ao consumidor destes serviços sejam dadas as garantias fundamentais que acabam por se consolidar na realização da dignidade humana.

Se todos somos iguais perante à lei, e temos direito à dignidade, torna-se fundamental uma mudança de paradigma na atual interpretação do Código consumerista para realizar o entendimento mais plausível e humano, que visa a proteção dos conceitos máximos do Estado Democrático de Direito que traz em sua Carta Magna a proteção social como base.

Longe de esgotar o tema, e sem a pretensão de ensinar a mestres que explicitamente discordam dos argumentos aqui apresentados, trouxemos à tona um ponto de apoio importante em uma discussão da mais nobre alçada, proteger os mais carentes nos momentos mais difíceis de suas vidas ao tentar dar às leis o sentido que mais lhes protege e favorece.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas. Disponível em: [http://www.abnt.org.br/m3.asp?cod\\_pagina=1006](http://www.abnt.org.br/m3.asp?cod_pagina=1006). Acessado no dia: 07/05/2014.

AGENDA 21. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global>. Acessado em: 12/04/2014.

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, 1995.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Interpretação do contrato. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 17, jan./mar. 1996.

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1993.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luis Afonso Heck. – 2. ed., ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, Thereza et al. *Código do Consumidor comentado*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

ALVIM, Thereza; ALVIM, José Manuel Arruda. *Código do Consumidor Comentado*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

AMARAL, Ana Lúcia. O conceito jurídico do consumidor. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 2.

AMARAL, Luiz. O Código, a política e o sistema nacional de defesa do consumidor. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 6.

JR AMARAL, Alberto. A abusividade da cláusula mandato nos contratos financeiros, bancários e de cartões de crédito. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 19, 1997.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. In: *Os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed., 4. tir. São Paulo: Malheiros Ed., 1997.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 4. ed., São Paulo: Malheiros ed., 1993.

MOREIRA, José Carlos Barbosa; OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. *A tutela dos interesses difusos*. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1984.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 1989.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

CANOTILHO, Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed., Coimbra: Livr. Almedina, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso dos consumidores à justiça. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 62, 1991.

CARVALHO, Ivan Lira de. A interpretação da norma jurídica (constitucional e infraconstitucional). Disponível em: <  
<http://www.jfrn.jus.br/jfrn/biblioteca/docs/doutrina198.doc> >. Acesso em: 30 abr. 2014. p. 14.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 1997.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor. Conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

DONNINI, Rogério José Ferraz. Jurisprudência comentada — compromisso de compra e venda — rescisão — cumulação com devolução das quantias pagas. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11, jul./set. 1994.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1980.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

GRAU, Eros Roberto. Interpretando o Código de Defesa do Consumidor: algumas notas. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 5, 1993.

\_\_\_\_\_. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed., São Paulo: Malheiros Ed., 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

HEERDT, Paulo. Os contratos de adesão no Código de Defesa do Consumidor. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 6.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, Editor, 1991.

LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Trad. Carlos Fernandez Rodríguez. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto*. São Paulo: Saraiva, 1987.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil; fontes das obrigações: contratos*. 4. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. v. 3.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 3.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado; parte geral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 3.

NERY JUNIOR, Nelson. Intervenção do Ministério Público nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária. *RP*, v. 12, n. 46, 1987.

\_\_\_\_\_. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella . *Do direito privado na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 1989.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato . *Empresa & Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Artpress, 1991.

\_\_\_\_\_. *Curso prático de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

\_\_\_\_\_. *O Código do Consumidor e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. *O princípio constitucional da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SCAFFI, Fernando. *O poder constituinte e o constituído*. Resenha Tributária/ Instituto de Direito Tributário, 1990.

\_\_\_\_\_. *Cidadania e imunidade tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade do estudo intervencionista*. São Paulo: Saraiva, 1990.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. Ver. Atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Ambiental Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Urbanístico Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 10. ed., São Paulo: Malheiros Ed., 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. 2.

\_\_\_\_\_. *Processo de execução*. 18. ed., atual. LEUD, 1997.