

VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR E MODICIDADE TARIFÁRIA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

CONSUMER VULNERABILITY AND TARIFF REASONABLENESS IN THE PROVISION OF PUBLIC SERVICES

Fabriccio Quixadá Steindorfer Proença¹

Recebimento em outubro de 2013.
Aprovação em novembro de 2013.

Resumo: O presente trabalho tem por desiderato investigar a vulnerabilidade do consumidor na ótica da prestação dos serviços públicos, especialmente no que concerne à modicidade tarifária como princípio norteador da indústria. São abordados temas relevantes para a compreensão do problema que se apresenta, especialmente, a função da Administração no equilíbrio do risco jurídico inerente à segurança na prestação dos serviços e aos custos envolvidos na política de desenvolvimento social e econômico. Fez-se uso da análise legal e doutrinária no direito nacional, na busca da melhor compreensão dos desafios jurídicos e regulatórios inerentes ao assunto.

Palavras-chave: Direito do consumidor. Vulnerabilidade. Hipossuficiência. Administração pública. Serviço público. Equilíbrio. Modicidade tarifária. Risco jurídico.

Abstract: The present study aims to investigate the consumer vulnerability on prospects in the provision of public services, especially with regard to the provision of tariff reasonableness as a guiding principle of industry. Are addressed themes relevant to the understanding of the problem which presents itself, especially, the function of the Administration in the balance of legal risk inherent in safety in the provision of services and the costs involved in social and economic development policy. Made use of the legal and doctrinal analysis in national law, in the quest for better understanding of legal and regulatory challenges inherent to the subject.

Key words: Consumer protection. Vulnerability. Weaker Position. Public administration. Public service. Balance. Tariff reasonableness. Legal risk.

¹ Doutorado em Direito em curso na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre-RS, Brasil (início 2013), possui mestrado em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (2001), Fortaleza-CE, Brasil e graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1995). É Advogado da União, lotado na Consultoria Jurídica do Ministério de Minas e Energia. Tem ênfase em Direito Comercial e Administrativo, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Falimentar, Direito Marítimo, Direito Societário, Direito Internacional Privado, Direito de Energia Elétrica, Direito de Petróleo e Gás e Direito Minerário. Lecionou na Universidade Federal do Ceará - UFC, na Universidade de Fortaleza - Unifor, no Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, dentre outros. Atuou na construção dos marcos regulatórios do pré-sal e da mineração. Autor da obra *A Licitação na Sociedade Economia Mista*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003. *E-mail:* fabriccio@fabricciosteindorfer.com.br

1 Introdução

Ocupa-se o estudo aqui apresentado da aplicação das normas contidas no Código de Defesa do Consumidor na prestação de serviços públicos, considerando três fatores primordiais: a) a vulnerabilidade do consumidor; b) a modicidade tarifária; c) o princípio do equilíbrio na determinação das políticas de segurança na prestação do serviço e o risco jurídico aí envolvido.

O tema assume especial importância, haja vista que pretende trazer elementos capazes de determinar as hipóteses em que o Código de Defesa do Consumidor terá aplicação na prestação de serviços públicos, bem como os casos em que sua utilização será sobreposta pelas normas de Direito Público.

Realizou-se pesquisa legal e doutrinária, com foco nas obras de Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Econômico. A multidisciplinaridade inerente à matéria possibilitou o enfoque diversificado, abrindo caminho para um debate maior acerca da zona de interseção entre os temas.

2 Vulnerabilidade e hipossuficiência: distinção conceitual

A Constituição de 1988 alçou a defesa do consumidor à categoria de direito fundamental, conforme se infere da redação do artigo 5º, inciso XXXII, que assim dispõe: “O Estado promoverá a defesa do consumidor na forma da lei” (MARQUES e MIRAGEM, 2012, p. 149). Nessa linha, o consumidor, como agente transformador da sociedade moderna, é reconhecido pelo Constituinte como merecedor de especial atenção e destinatário de proteção principiológica regente da ordem econômica (artigo 170, V, CF).

Mas por qual motivo o consumidor necessita de especial proteção? Decerto que houve e há uma crescente preocupação, especialmente em países com instituições jurídicas protetivas mais frágeis; como é o caso do Brasil, na busca pela melhoria do ambiente jurídico no que se refere ao consumo, o que levou o legislador a construir um código

pormenorizado e de excelente qualidade técnica que talvez se fizesse desnecessário em países com uma cultura consumerista diferenciada.

O pressuposto da proteção do consumidor é a sua vulnerabilidade em relação ao outro contratante: o fornecedor; positivada no artigo 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor ante o reconhecimento da sua condição de vulnerável no mercado de consumo. E em que consiste a vulnerabilidade?

O vulnerável, juridicamente falando, é o sujeito que, por situação inerente à sua condição, está em posição de desvantagem em relação a outro sujeito de uma relação jurídica negocial ou não. O consumidor, na visão do Código, é presumivelmente vulnerável e essa presunção, desde que comprovada a sua qualidade de consumidor final não profissional, é absoluta.

Assim, não se faz necessária a prova da vulnerabilidade, mas apenas da condição de consumidor. Marques e Miragem apontam a existência de quatro espécies de vulnerabilidade: a) técnica; b) jurídica; c) fática; e d) informacional (2012, p. 154).

A vulnerabilidade técnica significa que o consumidor não é detentor dos conhecimentos necessários a uma percuciente análise das características do produto ou serviço, podendo ser ludibriado pelo contratante/fornecedor, no intuito de induzi-lo a realizar uma avença que não é seu interesse ou não atende completamente os seus anseios.

Em seguida, a vulnerabilidade jurídica informa que o consumidor não dispõe ou não é obrigado a dispor de conhecimentos legais, econômicos, contábeis, ou qualquer outro que demande um entendimento técnico específico necessário à real compreensão do alcance do contrato que está por firmar.

A vulnerabilidade fática dá-se em razão da posição de vantagem que o fornecedor coloca-se em determinadas situações em que o consumidor vê-se obrigado a aderir aos

termos da avença, mesmo não concordando com ela, em razão de monopólio ou de contratos em massa ou de adesão.

Por fim, a vulnerabilidade informacional poderia parecer redundante em razão da existência da vulnerabilidade técnica. Entrementes, o que se visa proteger não é apenas a falta da informação; condição quase impensável nos dias atuais, mas o excesso proposital de informação ou a manipulação da informação prestada.

Outras vulnerabilidades são estudadas como a psíquica, a política, a ambiental, dentre outras. Optou-se, no entanto, por tratar tão somente das mais importantes ante o risco de distanciamento do objeto do presente trabalho.

Vulnerabilidade não se confunde com hipossuficiência. Ambos os conceitos são tratados no CDC. A vulnerabilidade, como visto, no artigo 4º, I, e a hipossuficiência no artigo 6º, VIII, dispondo que:

“São direitos básicos do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

Como se vê, diferentemente do que ocorre com a vulnerabilidade, a hipossuficiência não é presumida. É uma condição pessoal do consumidor que deverá ser apurada em cada caso e será objeto de apreciação pelo juiz.

Conforme preleciona Benjamin:

“A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns - até mesmo a uma coletividade - mas nunca a todos os consumidores” (2001, p. 325).

Não há, dessa forma, qualquer dúvida que a hipossuficiência é uma proteção a mais ofertada pelo Código ao consumidor que, além da normal situação de vulnerabilidade, ostenta uma condição específica que será julgada pelo juiz caso a caso.

Por tratar-se de conceito jurídico indeterminado e depender de discricionariedade do juiz (MARQUES e MIRAGEM, 2012, p. 161) a hipossuficiência, como forma de garantia à defesa dos interesses do consumidor, carece de problemas de ordem processual que necessitam ser melhor enfrentados pela doutrina e pela jurisprudência no sentido conferir uma maior segurança na fixação de seus requisitos de aplicação.

3 A segurança na prestação dos serviços públicos e a modicidade tarifária (equilíbrio)

Linhas acima se tratou na distinção entre a vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor como meio de determinar um parâmetro de atuação do Estado na prestação do serviço público concedido em face da vulnerabilidade do destinatário final.

Neste número ocupa-se do choque de dois princípios norteadores da prestação do serviço público: a segurança e o equilíbrio. A contraposição conceitual de ambos, conforme se ressalta adiante, não se constitui em contradição em termos, mas em objetivo utópico necessário ao aperfeiçoamento dos serviços públicos.

3.1 Serviço público

A Constituição dispôs sobre o serviço público no artigo 175 determinando que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Resta claro, portanto, que o serviço poderá ser desempenhado diretamente pelo Estado ou através de terceiros. Mas em que consiste o serviço público?

Marcelo Caetano, referido por Carvalho Filho², define: “Chamamos serviço público ao modo de atuar da autoridade pública a fim de facultar, por modo regular e contínuo, a quantos deles careçam, os meios idôneos para satisfação de uma necessidade coletiva individualmente sentida”.

² CARVALHO FILHO, 2013, p. 325.

Nessa construção percebe-se o caractere amplo a que se propõe, merecendo destaque três componentes: a) ação da autoridade pública; b) oferta de serviço regular e contínuo; e c) satisfação de uma necessidade coletiva. Dessa forma tem-se o sujeito ativo (prestador do serviço), o Estado; o objeto (serviço regular e contínuo) e o destinatário (a coletividade que pode ser identificada como um único sujeito no momento da prestação do serviço).

Existem inúmeras classificações para os serviços públicos. Aqui interessa aquela que os divide em: a) coletivos (*uti universi*); e b) singulares (*uti singuli*). Pasqualotto³, parafraseando Meirelles, assevera acerca dos serviços coletivos ou próprios:

“Os primeiros são prestados diretamente pelo Estado, usando do poder de império sobre os administrados. São serviços essenciais à comunidade, que só a Administração deve prestar, sem delegação a terceiros. Como exemplos são citados os serviços de defesa nacional, de segurança pública, de preservação da saúde pública, calçamento, de iluminação, etc. Geralmente são gratuitos ou de baixa remuneração, para que fiquem ao alcance de todos. São mantidos pelos tributos gerais. Também são chamados de *uti universi*”.

Os serviços coletivos, portanto, são prestados de acordo com as possibilidades da Administração e não geram direito subjetivo próprio para os indivíduos. Os serviços *uti singuli*, por seu turno, criam um direito subjetivo, havendo como determinar a utilização por cada indivíduo de *per si*. São exemplos desses serviços a telefonia, água e esgoto, energia elétrica domiciliar, dentre outros. Nesse sentido Carvalho Filho⁴.

Aqui importam os serviços de natureza singular, pois que prestados, em regra, por terceiros através de concessão ou permissão e remunerados por meio de tarifas fixadas pelo poder concedente. Cabe destacar, conforme lembra Pasqualotto⁵, que o serviço difere do fornecimento, haja vista que, no segundo caso trata-se da extensão de um serviço já existente a usuários que dele não dispunham, como ocorre no caso de extensão de

³ Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor, p. 184.

⁴ Op. Cit., p. 329.

⁵ Op. Cit., p. 187.

eletrificação rural. Na prestação há a manutenção do serviço já disponibilizado em adequado funcionamento.

3.2 Modicidade tarifária (equilíbrio)

A conhecida modicidade tarifária norteia a prestação dos serviços públicos de forma a garantir o amplo acesso da coletividade às comodidades por eles proporcionadas, tendo como base o princípio do equilíbrio. Vale a lição de Justen Filho⁶:

“A fixação das tarifas deve seguir o princípio do equilíbrio. Deve ser suficiente para remunerar o concessionário por seus custos e investimentos e pra assegurar-lhe uma margem de lucro, sem onerar excessivamente aos usuários”.

Cabe à Administração fixar as tarifas, bem como decidir sobre reajustes e revisões sempre atenta às regras estabelecidas no edital de licitação. O reajuste, que visa a recomposição das perdas normais decorrentes do exercício de qualquer atividade econômica (v.g. inflação) deve seguir procedimento simplificado na periodicidade estipulada no edital e sequer necessita de provocação da prestadora do serviço. A revisão, por seu turno, pressupõe a ocorrência de fatos extraordinários que alterem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, necessitando de provocação por parte do interessado e prova dos fatos alegados.

3.3 Os serviços públicos e o Código de Defesa do Consumidor

Conforme refere Pasqualotto⁷ o Código de Defesa do Consumidor disciplinou os serviços públicos em quatro dispositivos. O artigo 3º, *caput*, que inclui as pessoas jurídicas de direito público no rol dos fornecedores.

O Artigo 4º, VII, que estabelece como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo a racionalização e melhoria dos serviços públicos. O artigo 6º, X, que estatui

⁶ Justen Filho, 2003, p. 319.

⁷ Op. Cit., p. 182.

como direito básico do consumidor a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral. E, finalmente, o artigo 22, *caput* e parágrafo único, determinando que 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. O parágrafo único ainda completa determinado que nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas no *caput*, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados.

Parece, portanto, inquestionável a imbricação entre os serviços públicos e o direito do consumidor. Entretanto, essa conclusão gera conflitos de competência e de regime jurídico, os quais demandam especial atenção em sua solução. Para explanar a questão Justen Filho⁸ traz o exemplo da manutenção da oferta nas condições originalmente contratadas, obrigatoriedade posta no Direito do Consumidor. Por outro lado, a mutabilidade é inerente ao serviço público, podendo haver alteração nas condições contratadas em razão de alteração nas regras impostas pela agência reguladora do serviço, por exemplo.

Dessa forma, as normas específicas inerentes ao serviço público deverão sobrepor-se ao regime do Direito do Consumidor, mitigando, em situações específicas, a aplicação indiscriminada do regime de direito privado⁹. Há uma gama de características que separam os dois modelos e que devem ser consideradas caso a caso. São elas: a) serviço público como desempenho de função pública¹⁰; b) situação do usuário no serviço público¹¹; c) disciplina regulamentar administrativa¹²; d) questão do interesse a ser tutelado¹³; e) o custo econômico da tutela¹⁴.

⁸ Op. Cit., p. 557.

⁹ Nesse sentido JUSTEN FILHO, Op. Cit., p. 558.

¹⁰ Cfr. Marçal JUSTEN FILHO, cit., p 558, “A primeira distinção reside na situação do prestador do serviço. O prestador do serviço privado estrutura sua operação econômica com finalidade diversa da satisfação do interesse público. Ele busca obter o maior lucro possível, tendo em vista os princípios da atividade econômica em sentido estrito (CF/88, art. 170). Já o prestador de serviço público desempenha atividade disciplinada pelos princípios de direito público e apenas pode intentar a satisfação egoística de seu interesse de lucro na medida em que se realiza o interesse público. Quem presta o serviço público é o Estado, que exercita poderes de que é titular o povo. Logo quem presta o serviço público é a própria comunidade, em última análise”.

¹¹ Cfr. Marçal JUSTEN FILHO, cit., p 559, “O serviço público apresenta uma referibilidade a número indeterminado de pessoas, as quais são titulares de necessidade similar a ser satisfeita”.

Resta saber em que medida a tutela da segurança dos usuários e da prestação do serviço estará, de fato, abarcada nos parâmetros estatuídos pelo Direito do Consumidor; pois há uma tênue linha de equilíbrio entre a modicidade da tarifa cobrada ao usuário e a segurança que deve ser proporcionada na prestação do serviço. Ao que parece e não obstante todas as diferenças elencadas, o Código do Consumidor terá ampla aplicação nas hipóteses de danos causados por falta de investimento em segurança. De outra forma, estar-se-ia abrindo flanco para alegação de que a manutenção das tarifas em patamares menores poderia resultar da diminuição ou exclusão da responsabilidade do prestador por eventos danosos causados pela falta de investimento em segurança.

¹² Cfr. Marçal JUSTEN FILHO, cit., p 559, “A terceira diferença aguda reside em que as condições estabelecidas para a prestação de serviço público são fixadas por ato administrativo estatal. O relacionamento entre usuário e concessionário reflete condições estabelecidas pelo Estado, de modo que as regras praticadas pelo concessionário não são livremente por ele escolhidas. Diversamente se passa no âmbito da iniciativa privada, em que o empresário escolhe as regras e fixa as condições das negociações que praticará”.

¹³ Cfr. Marçal JUSTEN FILHO, cit., p 559, “Enfim, há uma quarta diferença, que se relaciona a temas essenciais. A disciplina do serviço público orienta-se à tutela do interesse público, antes do que à defesa de um usuário específico. Já o regime do Direito do Consumidor tutela o interesse privado (ainda que se possa cogitar CE interesses coletivos ou difusos”.

¹⁴ Cfr. Marçal JUSTEN FILHO, cit., p 559, “Todas as imposições do Direito do Consumidor produzem custos econômicos cujo custeio é atribuído ao particular prestador do serviço – ao qual será lícito, quando muito, transferir esses encargos para os preços que pratica, segundo os mecanismos de mercado. Mas a imposição atinente ao serviço público reflete-se diretamente sobre o Estado, o que significa elevação da carga tributária ou das tarifas públicas”.

4 Risco jurídico

A resposta ao problema suscitado no último item do capítulo anterior parece residir justamente na questão do risco jurídico. A tarifa cobrada como contraprestação ao serviço público deve ser tão módica quanto possível e a medida dessa possibilidade reside no balanceamento entre o preço e os investimentos necessários a proporcionar padrões aceitáveis de segurança ao usuário.

O dever de prestar uma segurança adequada (tanto na continuidade do fornecimento quanto na prevenção a danos, considerando a conceituação mais ampla de dano) coloca o fornecedor do serviço público na moldura do artigo 14 do Código, o que lhe imputa responsabilidade independente de culpa (objetiva).

Nos moldes do parágrafo terceiro do mesmo artigo 14 o fornecedor só não será responsabilizado quando provar que o defeito inexistente ou a culpa é exclusiva do próprio consumidor ou de terceiro. Portanto, o Estado ou o prestador não se eximirão de qualquer responsabilidade por eventos danos, a não ser nas circunstâncias elencadas acima.

A inaplicabilidade do Código aos serviços públicos deve jungir-se à álea específica do Direito Administrativo, como bem anota Justen Filho:

“...não se pode invocar regra do Código de Defesa do Consumidor para inibir o exercício de faculdades derivadas das ditas *cláusulas exorbitantes*. A Administração Pública, nos limites de sua competência, pode alterar unilateralmente as condições de prestação do serviço. A impugnabilidade desses atos far-se-á segundo os princípios do Direito Público. Não haverá possibilidade de invocar a regra de que a expectativa gerada no usuário produziria cristalização das condições originais”.¹⁵

Assim, a vulnerabilidade do consumidor deve ser considerada, na álea do serviço público, em aspectos de cunho negocial que não estejam inseridos no curso da atividade da Administração, como no citado exemplo das *cláusulas exorbitantes*. Se há um prejuízo decorrente de dano causado na execução do serviço; como no caso de aparelhos elétricos

¹⁵ Op. Cit., p 560.

que ficam imprestáveis ante a oscilação não permitida na rede de fornecimento¹⁶, o prestador responderá na forma do artigo 14 acima citado. Por outro lado, se determinada cláusula não pode ser cumprida em razão da alteração nas regras impostas pela agência reguladora, não pode o usuário pretender eventual reparação, como ocorreria em uma relação estritamente privada.

¹⁶ Nesse caso o dano aos eletrodomésticos pode ser causado ante a falta de investimento na segurança da rede elétrica, possibilitando a manutenção de uma tarifa de baixo custo. Entretanto, o equilíbrio almejado entre a modicidade do preço e a segurança no fornecimento não foi alcança, gerando para o prestador responsabilidade pela reparação do dano com respaldo, entre outros fatores, na vulnerabilidade do consumidor.

5 Conclusão

Considerando os fatores analisados linhas acima se constata que a vulnerabilidade do consumidor, em cada uma de suas formas apuradas no caso concreto, funciona como suporte à aplicação da regra contida no artigo 14 do CDC, inclusive no que se refere aos serviços públicos, pois o princípio do equilíbrio exige uma ponderação entre a modicidade tarifária e os necessários investimentos em segurança na prevenção de danos aos usuários.

Por outro lado, quando se trata do exercício de faculdades inerentes à atividade da Administração Pública, como a fixação de normas na comercialização de combustíveis ou o fornecimento de energia elétrica, setores regulados por legislação específica, o consumidor não poderá pretender reparação ao prestador do serviço em razão da impossibilidade de manutenção dos termos originais do contrato, por que não é dado a ele (concessionário o permissionário) decidir acerca da alteração dessas regras, sendo ato exclusivo do poder público.

Eventual discussão acerca da constitucionalidade ou legalidade dos atos praticados pelo administrador público deverá cingir-se aos ditames das normas específicas de cada setor regulado e não ao Código de Defesa do Consumidor.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 509 p.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 7 ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001. 1.160 p.

BERCOVICI, Gilberto. **Direito econômico do petróleo e dos recursos naturais**. São Paulo: Quartier latin, 2011. 395 p.

BRITO, Alírio Maciel Lima de; DUARTE, Haroldo Augusto da Silva Teixeira. **O princípio da vulnerabilidade e a defesa do consumidor no direito brasileiro: origem e conseqüências nas regras regulamentadoras dos contratos e da publicidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1109, 15jul. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8648>>. Acesso em: 12 out. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013. 1.266 p.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Tributação e mudança social**. Rio de Janeiro: Forense, 1991. 367 p.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Cocessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003. 654 p.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 239 p.

PASQUALOTTO, Adalberto. **Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor**. AJURIS. Porto Alegre, v. 53, p. 182-200, nov. 91.

_____. **O Código de Defesa do Consumidor em face do novo Código Civil**. O Direito do Consumidor no 3º Milênio. São Paulo, v. 6, p. 39-55, jan. 2004.

SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. 4 reimp. São Paulo: Companhia das letras, 2004. 143 p.