

Revisão de Cláusula de Contrato de Concessão de Serviços Públicos com Fundamento no CDC

Ana Cláudia Abboud Daou*

PODER JUDICIÁRIO JUSTIÇA FEDERAL DE 10 INSTÂNCIA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

DECISÃO N1 460/ 2003
PROCESSO N1 2003.34.00.031115-0
AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RÉS: ANATEL e OUTRAS

Trata-se de pedido de liminar em ação civil pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra a AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES-ANATEL, TELEMAR NORTE LESTE S/A, VESPER S/A, EMBRATEL S/A e INTELIG COMUNICAÇÕES LTDA, objetivando (a) que a ANATEL se abstenha de autorizar aumento de serviços de telefonia fixa com base na aplicação da variação do índice IGP-DI da Fundação Getúlio Vargas-FGV; (b) que sejam suspensos os efeitos de Resolução ou ato normativo de qualquer natureza que autorize aumento de serviços de telefonia fixa com base na variação do IGPM; (c) que seja determinada a aplicação da variação do INPC ou, sucessivamente, do IPC-A, como índice substitutivo de aumento de serviços de telefonia fixa; (d) que seja vedada a cobrança pelas concessionárias de serviços de telefonia de tarifas de telefone fixo com base em aumento autorizado pela ANATEL e de acordo com a variação do IGP-DI.

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL alega que em 30.06.2003 fora autorizado pela ANATEL a aplicação de reajuste de tarifas de telefonia fixa, por concessionárias de serviço de telefonia, com base na variação anual do IGP-DI e que resulta em aumento do serviço telefônico fixo comutado nos percentuais a seguir descritos: (a) assinatura residencial e pulsos - 25%; (b) assinatura e habilitação não residenciais e tronco - 41,75%; (c) crédito de cartão telefônico - 25%;

*Promotora de Justiça titular da 52. * Promotoria de Justiça Especializada na Defesa e Proteção do Consumidor.

(d) longa distância nacional - 24,85%; e (e) longa distância internacional - 10,54%.

E aduz que a aplicação dos referidos aumentos de tarifas provocarão significativo impacto inflacionário; que se mostra abusiva e imprópria a aplicação da variação do IGP-DI para aumento das tarifas de serviços de telefonia fixa e que o índice utilizado para revisão do valor das tarifas, e previsto nos contratos de concessão de serviço público de telefonia, deve ser substituído por outro que melhor reflita a variação inflacionária no período.

Fundamenta a pretensão invocando aplicação do preceito do artigo 61 da Lei 8.987/1995- relativamente à modicidade das tarifas e do princípio da proporcionalidade. E sustenta a nulidade da cláusula do contrato de concessão de serviço de telefonia que dispõe sobre a aplicação do IGP-DI para atualização do valor das tarifas dos serviços públicos de telefonia com fulcro nos artigo 39, inciso X, e no artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) por elevação sem justa causa do preço de serviço e estabelecimento de situação de onerosidade excessiva para os usuários consumidores. Por fim sustenta que constitui direito do consumidor modificar cláusula contratual que estabeleça prestação desproporcional ou rever cláusula em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas (Lei 8.078/90, artigo 61, inciso V).

É o relatório. DECIDO.

A presente ação civil pública fora ajuizada perante a Seção Judiciária do Ceará da Justiça Federal e remetida para a 20 Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal em virtude de decisão do Superior Tribunal de Justiça nos autos do Conflito de Competência 2003/128630-1 - com a finalidade de que houvesse reunião em um mesmo Juízo de todos os processos em tramitação no país que versem sobre a mesma matéria - de modo a evitar a proliferação de decisões contraditórias acerca do índice de reajuste das tarifas de serviço de telefonia a ser aplicado pelas concessionárias de serviço público. A demanda fora proposta com fundamento no artigo 11, inciso II, da Lei 7.347/1985 para proteção do consumidor por dano patrimonial decorrente de majoração das tarifas de serviços de telefonia fixa por concessionárias de serviço público. Tem-se como caracterizada a legitimidade ativa do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL para a defesa de interesses individuais

homogêneos em razão de sua origem comum (Lei 8.078/1990, artigo 81, inciso III)- nos termos do artigo 129, incisos II e IX, da Constituição Federal; artigo 51 da Lei 7.347/1985 e artigo 82, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990).

Passo ao exame do pedido liminar.

Em cumprimento à disposição contida nas cláusulas 11.1 e 11.2 dos Contratos de Concessão de Serviço Telefônico Fixo Comutado, a ANATEL editou os Atos 37.166 e 37.167, de 26.06.2003, 37.211 e 37.212, de 27.06.2003, em que homologa os valores máximos de tarifas de uso de rede local; de uso de rede longa distância nacional; de Plano Básico do Serviço Telefônico Fixo Comutado nas modalidades de serviço de longa distância internacional e de serviço de longa distância nacional. As tarifas foram reajustadas mediante aplicação de índice de variação do IGP-DI dos últimos doze meses - acarretando reajuste médio de 30,05% nos preços dos serviços públicos de telefonia.

À vista dos fatos e fundamentos expostos pelo MPF na petição inicial, e em exame de cognição sumária, considero relevante a tese de que se mostra abusiva a aplicação do IGP-DI para atualização do valor das tarifas dos serviços telefônicos fixos comutados.

Em primeiro lugar, porque não constitui índice que melhor reflete a variação inflacionária no período. Em comparação com outros indicadores econômicos (INPC, IPCA, IGP-M e IPC), verifica-se que o índice IGP-DI da Fundação Getúlio Vargas fora o índice que apresentara maior variação percentual nos anos de 2001 e 2002. O indexador tem composição a partir da média ponderada do Índice de Preços por Atacado -IPA (60%), do Índice de Preços ao Consumidor IPC (30%) e do Índice Nacional da Construção Civil-INCC (10%) e necessariamente não demonstra a variação real de preços de custos de serviços prestados pelas empresas concessionárias de telefonia, principalmente porque sujeito a variações de preços de segmentos econômicos ou de insumos ou produtos que não têm qualquer influência na variação de preço do serviço telefônico.

O reajustamento na forma autorizada pela ANATEL não assegura aplicação do preceito do artigo 61, caput e' 11 da Lei 8.987/1995- que dispõe que a concessão ou permissão pressupõe a prestação do serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários - entendido como aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade,

eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação e modicidade das tarifas. A aplicação de índice que apresenta variação superior a 100% (cem por cento) em relação a outros índices no mesmo período de apuração não concretiza a norma que assegura a modicidade das tarifas.

A fixação das tarifas de serviços de telefonia mediante aplicação da variação de índice que eleva sem justa causa o preço do serviço acarreta desequilíbrio do contrato e implica em estabelecimento de obrigação excessivamente onerosa para o consumidor e usuário. A pretexto de garantia da segurança jurídica não se pode invocar imutabilidade de cláusula contratual. À vista dos princípios e preceitos do Código de Defesa do Consumidor pode haver modificação do contrato quando a aplicação de regra prevista no instrumento acarrete situação em que se coloca o consumidor em desvantagem exagerada - tal como ocorre no caso em que o valor da tarifa cobrada não corresponde ao preço justo a ser pago pelo serviço prestado. Da mesma forma que se assegura ao concessionário de serviço público a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (artigo 91, '21), pode ser modificada regra contratual quando o valor da tarifa se mostre desproporcional à vista do serviço a ser prestado - porque igualmente ocorre situação de desequilíbrio.

Entendo que o Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) deve ser aplicado, como substitutivo do indexador previsto nos Contratos de Concessão de Serviço Telefônico Fixo Comutado para atualização do valor das tarifas de telefonia fixa, porque melhor reflete a variação inflacionária no período e permite a recomposição da contraprestação devida às empresas concessionárias, de modo a assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e concretizar aplicação do princípio da proporcionalidade e dos preceitos normativos do artigo 175 da Constituição Federal e do artigo 61 da Lei 8.987/1995. O mesmo critério deve ser aplicado para reajustamento do valor dos serviços de interconexão.

Em face do exposto, defiro a liminar para suspender os efeitos dos Atos 37.166 e 37.167, de 26.06.2003, 37.211 e 37.212, de 27.06.2003, da ANATEL e para assegurar a aplicação da variação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPC-A) para reajuste máximo das tarifas dos serviços públicos de telefonia de assinatura residencial e pulsos; assinatura e habilitação não residenciais e tronco; crédito de cartão telefônico; serviço de longa distância nacional; serviço de longa distância

internacional e tarifas de interconexão.

Incumbirá à AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL informar às empresas concessionárias de serviços de telefonia sobre a suspensão dos efeitos das decisões administrativas que autorizam reajustamento de tarifas de serviços comutados de telefonia fixa com base na aplicação da variação do IGP-DI e sobre a autorização judicial para aplicação da variação do IPC-A para majoração máxima de tarifas dos serviços.

Admito o ingresso na lide do Instituto de Defesa da Cidadania como litisconsorte ativo e das empresas BRASIL TELECOM S.A. e COMPANHIA DE TELECOMUNICAÇÕES DO BRASIL CENTRAL S.A. como litisconsortes passivos. À vista da manifestação do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (fls. 1037/1042) reconheço a ilegitimidade passiva ad causam da VÉSPER S.A. e da INTELIG S.A. para determinar sejam excluídas do pólo passivo da ação. Corrija-se o cadastro processual.

Tendo em vista que a ré TELEMAR NORTE LESTE S/A fora citada (certidão de fl. 129); que ré EMBRATEL S.A. protocolara petição nos autos e juntara instrumento procuratório com poderes para receber citação - caracterizando comparecimento espontâneo que supre a falta de citação (CPC, artigo 214, ' 11); e que somente não fora cumprida a carta precatória expedida para citação da ANATEL - que tem sede neste capital federal -, determino a expedição de mandado de citação e intimação da AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. O prazo para apresentação de contestação deve observar a regra do artigo 241, inciso III, do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 11 de setembro de 2003.

RODRIGO NAVARRO DE OLIVEIRA
Juiz Federal Substituto no exercício da
titularidade da 20 Vara Federal/DF

COMENTÁRIOS

A decisão do MM. Juiz Federal Substituto da 2ª. Vara Federal do Distrito Federal, determinando a alteração de índice de reajuste tarifário fixado em contrato de concessão de serviço público, representa um grande passo em benefício da defesa coletiva dos consumidores. Isto porque, como as concessões são espécies de contratos administrativos, estão também sujeitas aos princípios que regem esse ramo do Direito, os quais, nem sempre, se harmonizam com as normas previstas no Código de Defesa do Consumidor.

A jurisprudência tem desempenhado papel relevante na tarefa de conciliar as normas de Direito Constitucional, Administrativo e do Consumidor incidentes sobre os contratos de concessão de serviços públicos e seus efeitos em relação aos usuários, destacando-se várias decisões admitindo a aplicação de normas do CDC na solução de conflitos individuais e coletivos.

Apenas para exemplificar, cita-se as que entendem ilegal o corte de fornecimento de energia elétrica, em face do não pagamento de fatura vencida, com fundamento no art. 42 do CDC, como se vê de vários julgados do STJ, a exemplo do REsp 353.796-MA – 1ª. T. – STJ – j. 11.12.2001 – rel. Min. José Delgado – DJU 04.03.2002; e as que consideram abusivas a estipulação de regras contratuais, unilateralmente, nos contratos de telefonia, invocando o art. 47 do CDC, que estabelece devam os contratos de consumo ser interpretados de forma mais benéfica ao consumidor (*ApCiv* 70000085555 – 19ª. Câmara. Civ. – TJRS – j. 05.10.1999 – rel. Dês. Guinther Spode).

A decisão do Juízo da 2ª. Vara Federal do Distrito Federal, todavia, apresenta-se mais ousada se confrontada com dogmas do Direito Administrativo e com a norma do art. 23 da Lei nº 8.987, de 13.02.1995, que prevê como cláusula essencial do contrato de concessão a relativa ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e revisão das tarifas, o que induz certa imutabilidade.

Na decisão em comento, essas regras rígidas foram, em princípio, afastadas, com o objetivo de ajustar a execução do contrato à realidade econômica e social do país. Nesse contexto, foi considerada abusiva a utilização do IGP-DI para atualização do valor das tarifas dos serviços telefônicos fixos comutados, uma vez que, além de mostrar-se inadequado para medir a variação de custos dos serviços prestados pelas

concessionárias, apresentava variação superior a 100% em relação a outros índices no mesmo período de apuração, aplicando-se, em substituição, o IPC (Índice de Preços ao Consumidor Amplo).

Com essa idéia, o MM. Juiz singular afirmou ter havido ofensa aos arts. 6º, *caput* e 11 da Lei 8.987/1995 (Lei das Concessões), notadamente violação do princípio da modicidade da tarifa. Foi mais longe o órgão julgador ao reconhecer que a elevação do preço, sem justa causa, implica em onerosidade excessiva para o consumidor, autorizando a modificação do contrato segundo princípios consagrados no CDC, entre eles, o da proporcionalidade.

Um dos argumentos aduzidos para fundamentar o ato decisório, sustentou a necessidade de haver correspondência entre os direitos do prestador do serviço e o usuário: ora, se o concessionário do serviço público pode pleitear a modificação de cláusula contratual a pretexto de manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, por que o consumidor não pode fazer o mesmo quando o valor da tarifa vem a ficar desproporcional? Esse entendimento tem guarida nos artigos 4º, inciso III, e 51, inciso IV, do CDC, que estabelecem o equilíbrio nas relações de consumo.

O fundamento para a revisão do contrato face à onerosidade excessiva encontra-se no art. 6º, inc. V, do CDC. O recurso a tal dispositivo legal tem sido muito freqüente em julgados recentes, versando sobre situações em que os consumidores foram surpreendidos com elevações de preço dos contratos de financiamento, como ocorreu no ano de 1999 em função da alta inesperada da moeda americana, inviabilizando o pagamento das prestações em contratos de *leasing*.

A norma do art. 6º, inciso V, do CDC, veio em socorro do consumidor-contratante devedor de prestações desproporcionais ou excessivamente onerosas, ao permitir a *modificação* das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou a *revisão* dessas mesmas cláusulas em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

Eis a redação do art. 6º, inciso V, do CDC:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

(...)

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão

em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

É importante ressaltar que o art. 6º, V, do CDC vai além da tradicional *teoria da imprevisão*, pois ele não exige que o acontecimento superveniente seja imprevisível e excepcional.

O dispositivo assegura como direito básico do consumidor a modificação de cláusulas contratuais que impliquem em prestações desproporcionais (art. 6º, V, primeira parte), ou a revisão dessas mesmas cláusulas, se excessivamente onerosas, pela ocorrência de um evento posterior à avença contratual (art. 6º, V, segunda parte).

A norma, portanto, não alberga os mesmos requisitos que a doutrina e a jurisprudência adotaram para a *teoria da imprevisão*. Basta que as prestações se apresentem desproporcionais ao consumidor ou excessivamente onerosas, neste último caso, por fatos supervenientes, para ensejar o direito de modificação ou revisão da cláusula contratual.

Esse dever legal de revisão ou modificação das cláusulas, é consequência, também, dos **princípios da transparência e da boa-fé objetiva**, consagrados no Código de Defesa do Consumidor, uma vez que a revisão contratual destinar-se-á a restabelecer a utilidade do pacto à luz da boa-fé e demais princípios norteadores da proteção do consumidor.

Finalmente, ressalta-se que a prestação dos serviços públicos está voltada à satisfação do bem comum, garantindo-se, por meio deles, direitos sociais como a moradia, o transporte, além de outros que assegurem condições dignas de sobrevivência.

Todavia, a empresa privada, que está inserida no mercado de consumo e necessita de lucros para se manter como atividade empresarial, estabelece os preços em função da elevação dos insumos e matérias-primas. No entanto, essa movimentação de preços não é acompanhada pela variação dos salários da maioria da população, o que acaba por acarretar inevitáveis problemas, como o enfrentado na decisão judicial em relevo.

Nesse cenário, o que se observa é que os contratos de concessões não apresentam fórmulas adequadas que garantam o equilíbrio entre o interesse da atividade econômica e as necessidades sociais. O Estado, responsável pela elaboração dessas avenças, não avalia corretamente as consequências dos índices de reajuste adotados, permitindo que os valores dos serviços alcancem valores extremamente altos para o padrão

salarial da maioria da população.

Isso faz surgir conflitos de interesses envolvendo empresa privada/ ente estatal e coletividade de consumidores, restando para o Juiz a difícil tarefa de proferir decisão que reflita os ditames da Justiça social, sem afastar-se dos princípios materiais e formais orientadores do sistema jurídico.

