

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

DANIEL DE LIMA PASSOS

**SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA PELA ÓTICA
DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2009

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

DANIEL DE LIMA PASSOS

**SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA PELA ÓTICA
DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais, sob a orientação da Professora Doutora Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi.

SÃO PAULO

2009

Dedico este trabalho a todos que souberam entender minha busca.

Meus pais: da trajetória, o começo.

À Karla, com muito amor, e à minha filha Marcela, uma “pequena” extensão de mim.

AGRADECIMENTOS

À honrosa Professora Doutora Suzana Maria Pimenta Catta Pretta Federighi um grande agradecimento pela contínua atenção durante os anos de estudos e sua dedicada orientação.

"O objetivo das questões ou da discussão não deve ser a vitória e sim o aperfeiçoamento."

(Joseph Joubert)

RESUMO

PASSOS, Daniel de Lima. *Suspensão de energia elétrica pela ótica do Código de Defesa do Consumidor*. 2009. 189f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

Este trabalho apresenta como temática de estudo a suspensão do fornecimento de energia pela ótica do Código de Defesa do Consumidor e discute a possibilidade de suspensão deste tipo de serviço público ante a inadimplência do consumidor singular. Embora já exista jurisprudência sobre essa questão, de certa forma pacificada, perante o Superior Tribunal de Justiça, o tema ainda é objeto de acalorados debates, sobretudo por se tratar de privação de um direito do consumidor em permanecer com a disponibilidade desse insumo (energia elétrica). Tal iniciativa derivou da preocupação com a aplicabilidade da norma protetiva, às vezes incondicional, em favor do consumidor sem que fosse avaliado o caso concreto e mesmo se olvidando de que a contraprestação do serviço é fundamental para sua continuidade, sob pena de inversão da ordem legal atual e claro prejuízo social – não mais individual. Assim, procurou-se contextualizar a possibilidade legal de suspensão face à disposição da legislação setorial e do Código de Defesa do Consumidor. Para tanto, o trabalho se propôs a esboçar um histórico da energia elétrica no Brasil, seu arcabouço legal, identificar quem são os *players* desse mercado. Por fim, sem olvidar a função social desse bem público de primeira necessidade e desde que respeitados os procedimentos previstos em lei, chegou-se à conclusão de que suspensão do fornecimento de energia, como forma de maior alcance social, é medida legal e necessária ao consumidor singular inadimplente.

Palavras-chave: Energia elétrica. Legalidade. Consumidor. Inadimplência.

ABSTRACT

PASSOS, Daniel de Lima. *The disconnection of the energy supply from the point of view of consumer protection law*. 2009. 189f. Dissertation (Master in Law). Pontifícia Universidade Católica São Paulo, São Paulo, 2009.

The subject of this paper is to study the disconnection of the energy supply from the point of view of Consumer Protection Law and to discuss the possibility of the disconnection of this type of public service when faced with an individual customer's failure to pay. Although judicial precedent for this matter has already been agreed, to a certain extent, before the Superior Justice Tribunal, the subject is still the source of heated debate, especially as it deals with the denial of the customer's right to maintain the availability of this resource (electric energy). Such an initiative stemmed from our concern about the applicability of the norm in favor of the consumer, which at times is unconditional and doesn't evaluate the real case. The fulfillment of the contract is necessary for its continuity. Failure to comply could result in the reversal of the current legal order and clear social harm – not just individual harm. Thus it was attempted to put into context the legal possibility of disconnection according to the sector's legislation and consumer law. As such, to start with, the proposal of this paper is to outline the history of electric energy in Brazil, its legal structure and the players in the market. Finally, without forgetting the social benefit of this necessary public resource, the conclusion is that as long as legal procedures are followed an individual customer's failure to pay should result in the disconnection of the energy supply as this is for the social good.

Keywords: Electric energy. Legality. Consumer. Failure to pay.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Estrutura básica do sistema elétrico.....	34
Quadro 2 – A defesa do consumidor na Constituição Federal de 1988	51
Quadro 3 – Relação de serviço público.....	106
Quadro 4 – Relação de consumo.....	107
Quadro 5 – Fornecimento de energia elétrica: percentual de inadimplência.....	147

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Tributos e encargos das empresas distribuidoras de energia elétrica	86
Gráfico 2 – Percentual de suspensão de energia por inadimplência.....	147
Gráfico 3 – Procedimento de cobrança	157

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 O “BEM” ENERGIA ELÉTRICA.....	20
2.1 DEFINIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA	20
2.2 BREVE HISTÓRIA DA ENERGIA ELÉTRICA NO BRASIL.....	27
2.3 A CADEIA DE ENERGIA ELÉTRICA	31
3 A VISÃO CONSTITUCIONAL DE SERVIÇOS PÚBLICOS.....	35
3.1 A ABORDAGEM CONSTITUCIONAL	35
3.2 OS MÍNIMOS SOCIAIS.....	40
3.2.1 A proteção do consumidor como um direito fundamental.....	48
3.2.2 A dignidade da pessoa humana.....	58
4 A EXPLORAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICO: ESTADO REGULADOR	64
4.1 A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL E O HISTÓRICO DAS PRIVATIZAÇÕES	64
4.2 A ABORDAGEM LEGISLATIVA E O MARCO LEGAL HISTÓRICO	70
4.3 A ATUAL DEFINIÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO	74
4.4 O CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO	80
4.4.1 A remuneração do concessionário, o risco e a estabilidade contratual ...	86
4.4.2 A proteção do consumidor como princípio da ordem econômica.....	90
4.5 LEI Nº 8.031/90 E LEI Nº 9.491/97: PROGRAMA NACIONAL DE DESESTATIZAÇÃO	93
4.6 LEI Nº 9.427/96: A AGÊNCIA REGULATÓRIA	96
5 A VISÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	105
5.1 CONCEITO DE USUÁRIO E DE CONSUMIDOR	105
5.2 A LITERALIDADE DO ARTIGO 22 E SEUS REQUISITOS	109
5.2.1 Eficiência.....	109
5.2.2 Adequação	111
5.2.3 Segurança.....	112

5.2.4 Continuidade	113
5.3 A CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS: ESSENCIALIDADE	117
6 INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA	128
6.1 OS SERVIÇOS PÚBLICOS <i>UTI UNIVERSI</i> E <i>UTI SINGULI</i> E O INTERESSE DA COLETIVIDADE	128
6.2 INEXISTÊNCIA DE JUSTIÇA PRIVADA	133
6.3 A POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA EM OUTRAS NAÇÕES	134
6.4 A POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA NO BRASIL.....	142
6.5 OS REQUISITOS: AVISO PRÉVIO E CONSTATAÇÃO DE INADIMPLÊNCIA	154
6.6 A EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO	158
7 CONCLUSÃO	162
REFERÊNCIAS.....	167

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a suspensão do fornecimento de energia elétrica por inadimplência na ótica do Código de Defesa do Consumidor.

Na tarefa de contextualizar a temática escolhida diz-se que apenas com a cooperação entre governo e empresas de eletricidade é que “poderá surgir um plano eficiente, financeiramente vantajoso e capaz de atender mais prontamente as necessidades imediatas e prever as futuras. Só assim poderá ser vencida a crise de energia elétrica que atualmente aflige a nação.”¹

Essa citação, datada de 1947, embora tenha sido proferida para retratar determinada situação da época, serve muito bem ao momento presente, em se tratando de sustentabilidade do sistema de geração, distribuição e fornecimento de energia elétrica, este um bem de primeira necessidade da vida social contemporânea e, por isso mesmo, uma atividade de incumbência do Estado na sua função social de prestador de serviços públicos essenciais.

Bem a propósito, como sabido, a energia elétrica é um bem escasso, um insumo cujo processo de produção – captação e transformação até ser colocado à disposição da coletividade – demanda complexa operacionalização, sem falar nos elevados custos envolvidos. Além disso, pela sua importância para a sociedade, não raro, confunde-se com a própria solidez da economia, refletindo, aos países que a possuem em abundância, forte distribuição de renda e desenvolvimento social.

Apenas por curiosidade, na década de 40, o Estado de São Paulo contava com aproximadamente 7.000.000 de habitantes, mas somente 600.000 tinham acesso a energia elétrica. Atualmente o número é superior a 40.000.000 de habitantes com praticamente a totalidade dos lares assistidos pela energia elétrica,

¹ Cincinato Salles Abreu. Apud KUHL, Júlio César Assis (coord.). *ABCE 70 anos de energia*. Pesquisa e texto: Ana Maria Dietrich, Isabel Regina Felix, Júlio César Assis Kuhl, Márcia Altenfelder. São Paulo: Fundação Energia e Saneamento, 2006.

sendo certo afirmar que o consumo brasileiro está distribuído entre indústrias e lojas comerciais (60%), residências (30%) e iluminação pública (10%).²

É cediço que a energia elétrica trouxe consigo a industrialização, o conforto, produtos, informações e, com isso, o surgimento de riquezas para a sociedade, fazendo-a evoluir.

Nessa trilha, também evoluiu o Direito e, conseqüentemente, a legislação positiva, fato este que tornou, principalmente nas duas últimas décadas, inafastável a existência de instrumentos hábeis capazes de manter a vida social em harmonia.

A energia, em todas as suas possibilidades de uso, proporciona à sociedade trabalho, produtividade e desenvolvimento. Para os indivíduos, precisamente, além de necessidade, é sinônimo de comodidade, praticidade e bem-estar. Tantas e tão importantes utilidades fazem a sociedade contemporânea cada vez mais dependente de seu fornecimento.

Historicamente, sabe-se que a sociedade brasileira, recém-saída do período conhecido como “República do Café com Leite”, vigente entre 1894 e 1930, após a Primeira Guerra Mundial e devido à grande dificuldade de importação de produtos, viu-se obrigada a se expandir industrialmente. A concentração do parque industrial, nesse período, aconteceu em São Paulo, grande pólo de imigrantes europeus que incentivaram o reconhecimento desta cidade como potência de economia do país.

Com a Revolução Constitucionalista de 1932, a mais grave guerra civil brasileira, houve a elaboração da Constituição de 1934, seguida pelo Código de Águas, fator determinante para o reconhecimento da importância da energia elétrica, pois alterou substancialmente a exploração do aproveitamento hidrelétrico, incorporando-as ao patrimônio da União e criando regras para a exploração por empresas estrangeiras. À época, também foi reconhecido que as tarifas deveriam ser fixadas segundo o critério de “serviço pelo custo”.

² FERRAZ FILHO, Raul Luiz. Energia elétrica: suspensão do fornecimento. São Paulo: LTr, 2002. p. 90.

A sociedade já não era eminentemente rural e seus traços históricos estavam em plena mudança. Economicamente, como bem asseverou Nelson Blecher³, a sociedade de consumo evoluiu a partir de 1967 e não há dúvida que a lei surge em conformidade com o desenvolvimento econômico e social.

Sobre a evolução dos costumes e produtos de consumo, fruto da Revolução Industrial, destaca-se o figurino da moda, que impulsionou sobremaneira a indústria têxtil. Dessa evolução parte-se para uma novidade arquitetônica e mercadológica que notadamente mudaria o rumo da sociedade de consumo: o primeiro shopping center do país, o Iguatemi. Caravanas de curiosos o visitavam, mas no princípio os lojistas pouco vendiam. Chegou-se a imaginar que o novo formato do varejo jamais vingaria com aqueles consumidores habituados a frequentar estabelecimentos tradicionais no centro da cidade: Pirani, Mappin, Isnard, Ducal. Nenhum deles resistiu à prova do tempo. À época, o shopping center ainda era destinado ao consumo da emergente classe média que crescia junto com o país. Hodiernamente, mais de duas centenas deles operam de norte a sul. As 37.000 lojas que abrigam faturaram 25,3 bilhões de reais no ano de 2001 – o equivalente a 15% das vendas do varejo nacional à época⁴. Atualmente o volume é imensamente superior, sendo que em 2006⁵ a atividade gerou cerca de 525 mil empregos diretos e registrou faturamento superior a R\$ 44 bilhões. O valor é aproximadamente 10% maior do que o registrado no ano de 2005, quando as vendas representaram 18% do volume de todo o varejo nacional, excluídos os setores automotivo e de derivados de petróleo.

Com tal avanço da indústria e do comércio muitos conceitos mercadológicos estrangeiros, principalmente americanos, foram sendo incorporados à sociedade brasileira de consumo. Os centros de compras se consolidaram como palco fundamental da cultura consumerista, mas com o passar do tempo, também as

³ BLECHER, Nelson. *Revista Exame*. Editora Abril, São Paulo, n. 766. 15.05.2002.

⁴ BLECHER, Nelson. *Revista Exame*. Editora Abril, São Paulo, n. 766. 15.05.2002.

⁵ KOCHEN, Arnaldo. Alimentando pessoas e o faturamento dos shoppings. *Portal Fator Brasil*. 23.06.2007. Disponível em: <http://www.revistafator.com.br/ver_noticia.php?not=12948>. Acesso em: 10 fev. 2009.

atividades de lazer, antes predominantes em bairros, fixaram-se nesses novos centros de compras (shoppings).

Impulsionado pela oferta de crédito, o mercado de bens de consumo deslanchou a partir do fim da década de 60, impulsionado pela oferta de energia. Era uma época em que o produto estava no epicentro dos negócios e o grau de competição era baixo. O importante era garantir o abastecimento para uma classe média ávida por novos produtos – de automóveis a eletrodomésticos, por exemplo.

Em 1945, com o fim da Segunda Guerra Mundial, o então presidente brasileiro é “derrubado” por seus generais e, em seguida, foi promulgada a Constituição Federal de 1946, que vigorou por aproximadamente duas décadas.

Passado esse hiato, o governo militar começou a investir em energia e telecomunicações e, em 1971, já com muitos lares brasileiros aparelhados com TV. Telenovelas e propagandas alimentavam os sonhos de consumo. Surgiram campanhas e personagens memoráveis, como o casal do Itaú, o Fernandinho da US Top e o garoto da Bombril – este último revelou-se o personagem mais longo da propaganda nacional.

Foi também na década de 90, com o advento da Constituição Cidadã e do Código de Defesa do Consumidor, que sua excelência, o consumidor, passou a ocupar o centro do palco, não apenas por ter conquistado um código de defesa, que obrigou as grandes empresas a investir seriamente em serviços de atendimento aos clientes e na melhora de produtos visando ofertar maior segurança e confiabilidade ao produto e, conseqüentemente, à marca mas, sobretudo, em virtude da pluralidade de opções existentes. E assim se afirma a abertura de mercado, que possibilitou o cotejo de qualidade e de preço com os produtos importados. É certo que em parte isso já vinha ocorrendo desde os anos 80, com as viagens ao exterior no roteiro de férias da classe média, mas se pode afirmar que tal comportamento se intensificou após o advento Constituição Federal de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor, aliado ao momento político do país.

Nesse passo, é de fácil percepção que a conjugação desses fatores – o advento da concorrência, preços mais estáveis e, portanto, comparáveis – somada à proteção legal, que passou a existir, tornou o consumidor mais rigoroso na avaliação dos produtos, das marcas e dos serviços. Daí resultou a importância da necessidade de os operadores do Direito, nessas condições, assumirem novas posturas e entendimentos.

De fato, não foi apenas o mapa de consumo que mudou mas o próprio consumo, isto é, mudaram os “objetos de desejo” dos consumidores. Mais, os desejos se sofisticaram. Como exemplo dessa formidável transformação qualitativa, basta observar uma pesquisa recente do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)⁶, em que foram comparados os 100 produtos mais vendidos em 1999. Resultado: produtos de grande praticidade e os de maior industrialização subiram de posição. Alguns, que não existiam ou não apareciam na lista em 1979 passaram a ocupar posição de destaque. É o caso dos celulares e dos microcomputadores, agora com vendas pouco inferiores às de fogão de cozinha. Há, por exemplo, gôndolas com itens de praticidade. São produtos feitos para donas-de-casa que trabalham fora ou os 2,5 milhões de brasileiros que moram sozinhos. Abrange de fraldas a comida para cachorros, pratos prontos (mais de 200 lançamentos no período), bebidas isotônicas, bolos e outros. E há muito espaço para esse crescimento.

É nesse ambiente – em que os cidadãos são cientes de seus deveres e obrigações, mas, principalmente, de seus direitos – que a atual sociedade se encontra.

Com efeito, o mercado, a abundância de produtos e, por este motivo, a lei da oferta e da procura mudou, se aperfeiçoou. Por sua vez, o legislador ciente de tal evolução a acompanhou e tratou de preservar as partes enquanto atores de uma relação consumerista, não só nesta relação bilateral mas também em consonância com o aparelhamento dos três poderes do Estado – Executivo, Legislativo e Judiciário.

⁶ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Pesquisa Anual de Produto. 1999. Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em: 10 jan. 2009.

Assim, visando à harmonização entre sociedade e Estado, emergiu a necessidade de tutelar o poder e a defesa de direitos coletivos em sentido amplo, e isso por ditame constitucional.

Aos alguns estudiosos do Direito, principalmente na vertente da defesa do consumidor, atuantes no âmbito administrativo e judicial, amigável e contencioso de muitos casos e demandas sobre energia, coube a inconformidade ante as reiteradas decisões judiciais que, mesmo com comprovada inadimplência do consumo de energia, não permitiam a suspensão do fornecimento alegando, por fundamentos diversos, a inconstitucionalidade e a ilegalidade da suspensão.

É sobre essa problemática que se debruça o presente estudo, acreditando em uma harmônica conceituação jurídica para tão intrincada questão. Vale dizer que o norte da abordagem será a suspensão do fornecimento de energia ante a correta e indiscutível verificação de adimplemento da energia utilizada pelo consumidor, não abarcando a possibilidade de suspensão por fraude, já que esta necessita de ampla defesa e contraditório e, por conseguinte, impossibilita o exercício da suspensão sem que a querela reste cabalmente explicitada.

Reza no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, precisamente no capítulo de direitos e garantias fundamentais, que os direitos do consumidor são assegurados. Essa previsão revela que a dignidade da pessoa humana é um dos princípios mais vivos na ordem constitucional, tornando a questão objeto deste estudo – possibilidade de suspensão de fornecimento de energia elétrica por inadimplemento – não tão simples de ser respondida.

Uma assertiva recorrente e que ecoa em toda a sociedade contemporânea – não importa se de modelo de organização capitalista ou não – é a de que não é mais possível viver sem a energia elétrica, posto que, depois da água, revela-se a mais importante das commodities essenciais à existência humana.

Para enfrentar a tarefa que resulta neste relatório de pesquisa desenhou-se um estudo de natureza exploratória e de raciocínio dedutivo, apoiado por pesquisa bibliográfica para garantir um referencial de base mínimo, sem o que

dificultado estaria o trabalho de vislumbrar uma resposta para o problema aqui delineado.

O trabalho está organizado em capítulos que perfazem o fio condutor apto a bem compreender as distintas matérias que abarcam a temática e, por fim, extrair daí algumas conclusões.

Para esse mister, após a introdução, importante para contextualizar o objeto de pesquisa, no capítulo segundo discorre-se sobre a energia elétrica, assim considerada um “bem”, sua breve história e sua cadeia produtiva. No terceiro capítulo aborda-se a visão constitucional dos serviços públicos e a principiologia pertinente, notadamente o primado da dignidade humana e a proteção e defesa do consumidor. O quarto capítulo trata da exploração dos serviços públicos, abarcando definições e as funções do Estado Regulador nesse contexto, e para quem ele delegar tão importante função social: de um lado as agências reguladoras, de outro as concessionárias de serviços públicos. No quinto capítulo a atenção é voltada para o Código de Defesa do Consumidor, especialmente os conceitos de usuário-consumidor e as disposições do artigo 22 deste diploma legal, por sua pertinência com o objeto de estudo. O sexto capítulo, intitulado “Interpretação Sistemática” dedica-se à compreensão dos serviços públicos como atividade *uti universi* e *uti singuli*, à persecução de explicações para a conduta de suspensão de fornecimento de energia elétrica por inadimplemento em legislações alienígenas, bem assim os requisitos que justificariam, com o respaldo da doutrina e da jurisprudência, a suspensão efetiva desta espécie de serviço essencial.

2 O “BEM” ENERGIA ELÉTRICA

2.1 DEFINIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

Desde a Pré-História, o homem tem usado a inteligência para criar mecanismos que reduzam seu esforço e aumentem o conforto. Com esse objetivo, aos poucos foi dominando a técnica do fogo, incrementou a alimentação, melhorou a iluminação e passou até a se preocupar com a sua segurança. Além disso, descobriu a força das águas, dos ventos, domesticou animais e passou a usar a força de cavalos e bois para o trabalho. Tempos depois, diga-se, após milhares de anos, um fato marcou a história da energia, a invenção da máquina a vapor, símbolo energético da Revolução Industrial.

O fogo, ao ser transformado em movimento e permitir a produção de energia, foi determinante na construção de grandes fábricas. Nesse período, os combustíveis fósseis (carvão mineral, petróleo e gás natural) também evoluíram bastante e, até hoje, representam a mais importante fonte de energia, inclusive, gerando tecnologias mais avançadas. Mas foi apenas há pouco mais de 100 anos que surgiu a energia elétrica, símbolo da Era da Informação.

A energia elétrica é uma forma nobre de energia que se pode transformar, com grande eficiência, em outras, tais como calor, iluminação e energia mecânica. Além disso, é a única capaz de fazer funcionar o rádio, a televisão, o telefone, o computador, e todos os equipamentos que transportam a informação e aproximam milhares de pessoas em todo o planeta.

Para melhor contextualizar esse estudo, faz-se necessário elucidar a definição de energia elétrica, assim como seu tratamento jurídico no direito brasileiro.

De início, colaciona-se a lição filosófica apresentada por Nicola Abbagnano⁷:

ENERGIA (in. *Energy*, fr. *Energie*, al. *Energie*, it. *Energia*). 1. Qualquer capacidade ou força capaz de produzir um efeito ou de realizar um trabalho. Nesse sentido E. é sinônimo de *atividade* (v.) e de *força* (v.); fala-se de 'E. espiritual', 'E. material', 'E. nervosa', 'E. física', etc.

2. como conceito físico, entende-se por E. a capacidade de realizar um trabalho; por trabalho entende-se deslocamento do ponto de aplicação de uma força. Esses conceitos só foram claramente formulados na primeira metade do séc. XIX. No entanto, a distinção entre E. potencial (ou de posição) e E. cinética (ou de movimento) deve-se a Leibniz, que em 1686 a exprimia numa dissertação intitulada *Demonstratio erroris memorabilis Cartesii*, como a distinção entre força viva e força morta. Leibniz considerava a força viva igual ao produto do 'corpo' (massa) pelo quadrado da velocidade: fórmula que depois foi corrigida, passando-se a considerar a força viva igual ao semiproduto da massa pelo quadrado da velocidade.

A segunda guinada conceitual importante na evolução da noção de E. ocorre em meados do séc. XIX, com a descoberta do princípio de *conservação* da E. (ou primeiro princípio da termodinâmica) por Mayer e Joule (1843), que estabelecem a equivalência entre E. mecânica e calor. Essa equivalência demonstrava que o calor é uma forma de E., por conseguinte, o conceito de E. extrapolava o domínio mecânico. A generalização foi feita por Helmholtz na sua famosa dissertação *Sobre a conservação da força* (1847). A ele se deve o uso do termo E., que antes se confundia com força; considerou também como E. qualquer entidade que possa ser convertida em outra forma e caracterizou a E. como indestrutível, pois comporta-se como qualquer outra substância: não pode ser criada nem destruída. Deste ponto de vista, os cientistas começaram a falar de numerosas formas de E.: magnética, elétrica, química, acústica etc., e a E. passou a ser a segunda substância da física, já que a primeira é a *matéria*. Todavia, tanto em ciência como em filosofia tentou-se reduzir também a matéria a E. constituindo-se o *energismo* (v.)

A terceira guinada conceitual importante dessa noção ocorreu com a teoria da relatividade e com a mecânica quântica. Com a redução da matéria (v.) à densidade de campo (v.), o dualismo entre as duas substâncias tradicionais da física clássica perdeu sentido. Por um lado, portanto, parece que a ciência acolheu o princípio do energismo, pois a matéria deixou de ser uma substância em si mesma, mas, por outro lado, pode-se dizer que o próprio energismo foi descartado, pois o conceito fundamental já não é de E. mas de *campo* (v.), e qualquer distinção qualitativa entre matéria e E. ou matéria e campo perdeu importância (cf. A. Einstein-L. Infeld, *The evolution of Physics*, III, trad. It., p. 251 ss.) [grifo no original].

⁷ABBAGNANO, Nicola, 1901. *Dicionário de filosofia*. tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bossi; revisão da tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 332.

Walter Tolentino Álvares⁸, citado por diversos doutrinadores em razão de sua obra “Curso de direito de energia”, faz acurada análise dos conceitos de energia e eletricidade. Inicialmente, refletindo o entendimento vigente, em breve síntese das palavras deste doutrinador, extrai-se que os estudiosos entendiam que energia não era coisa, não existia na forma tangível, não ocupava lugar no espaço, não pesava, não projetava sombra e não aparecia de forma pura por estar unida com partícula material ou contida nesta.

Maria João C. Pereira Rolim, em análise da obra citada, destaca que energia é um processo de transformação que envolve tanto tecnologia como desdobramento econômico, não sendo criada, mas originada na transformação de recursos renováveis ou não. E acrescenta que:

[...] sua natureza tendente à escassez e suas possibilidades de aproveitamento denotam seu interesse para a ciência econômica; seu aspecto físico interessa às ciências exatas, como a física e a engenharia, e sua repercussão social interessa ao direito. Especificamente ao campo do direito econômico interessa a regulamentação da utilização do recurso limitado, o que também envolve o conhecimento do aspecto tecnológico.⁹

Mais adiante arremata que “o processo de formação da energia envolve a aplicação de uma tecnologia sobre a energia primária (fonte), transformando-a em energia secundária (energia elétrica, por exemplo)”.¹⁰

Do conceito filosófico de energia apresentado extrai-se que energia pode ser entendida como a própria atividade do ser humano, que primeiro a aplicou na força de trabalho. O desenvolvimento do conhecimento, no entanto, foi o que possibilitou o uso de outras fontes de energia, como a eólica, a hidráulica e mesmo a térmica. Assim, a energia primária representa a fonte em estado natural e a secundária é a que passa por transformação tecnológica para fruição.

⁸ ALVARES, Walter Tolentino. *Curso de direito de energia*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

⁹ ROLIM, Maria João C. Pereira. *Direito econômico da energia elétrica*, p. 98.

¹⁰ ROLIM, Maria João C. Pereira. *Direito econômico da energia elétrica*, p. 98.

A utilização da energia – no caso em foco a energia elétrica – é o que gera maior repercussão econômica e social, principalmente na sociedade contemporânea, merecendo mais atenção do Direito.

Ratifica essa assertiva a síntese de Maria João C. Pereira Rolim¹¹: “[...] se a energia aparece como o ‘sangue’ da sociedade, a eletricidade como uma de suas importantes formas de manifestação, assume uma importância crucial no desenvolvimento de qualquer sociedade”.

Informa ainda que “energia e eletricidade não são conceitos equivalentes: a primeira é forma originária e a segunda é consequência da conversão da energia em corrente elétrica, com repercussão econômica”.¹²

Logo, a utilização da energia elétrica tem especial significado para o ordenamento, porquanto:

O conceito jurídico de eletricidade, conforme proposto por Tolentino, e que adotamos, resultante da conjugação do fenômeno físico original e da utilização e repercussão do produto desse processo, remete-nos necessariamente ao estudo da natureza dessa utilização e sua regulamentação.

Nesse âmbito, os aspectos que queremos destacar são o valor e a importância social da utilização da eletricidade, e, sob o ponto de vista de sua regulamentação, a finalidade assentada na tutela ao consumidor de forma amplamente considerada, ou seja, como uma prestação dirigida à sociedade, o que justifica o processo de evolução da forma de exploração da atividade elétrica do âmbito privado ao público, mais especificamente, ao de serviço público.¹³

Em termos jurídicos, em longa avaliação dos Códigos Civis já vigentes no Brasil, assim como no atual, vê-se que a energia sempre foi tratada como produto.

A propósito, o Anteprojeto do Código Civil de 1963, no seu artigo 336, deixou consignado que: “Energia – Consideram-se bens móveis, para todos os efeitos da lei, as energias naturais que tenham valor econômico; [...]”.

¹¹ ROLIM, Maria João C. Pereira. *Direito econômico da energia elétrica*, p. 98.

¹² ROLIM, Maria João C. Pereira. *Direito econômico da energia elétrica*, p. 99.

¹³ ROLIM, Maria João C. Pereira. *Direito econômico da energia elétrica*, p. 100.

Na Seção V do mesmo diploma, vê-se que a energia era prioridade social, tanto que possuía supremacia em relação aos interesses particulares:

SEÇÃO V

DA ENERGIA, FORÇA E GÁS

Art. 389 – Passagem de cabos elétricos e canos de gás – O proprietário é obrigado a permitir que passem por seu prédio cabos elétricos, aéreos ou subterrâneos, ou canos de gás, em caso de necessidade, ou se for evidentemente antieconômica a passagem por outro lugar.

O Anteprojeto do Código Civil de 1964 manteve idêntica redação ao artigo 336, precedentemente exposto, porém agora sob artigo 325 e também do artigo 389. Tal disposição se repete, também, no Projeto de Código Civil de 1965.

No Anteprojeto de Código Civil de 1972, houve tratamento de não propriedade para os potenciais de energia hidráulica – rios –, mas reiterava que se trata de bem da União: “Art. 1.424. A propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais”.

No Anteprojeto de Código Civil de 1973, houve o acréscimo do parágrafo único à redação do artigo, mudando sua numeração, a saber:

Art. 1.410. A propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais.

Parágrafo Único. Salvo disposição contrária de lei especial, tem o proprietário do solo o direito de explorar os recursos minerais de reduzido valor, tais como os que, independentemente de transformação industrial, se destinam a construção e ornamento.

Essa redação foi repetida no Projeto de Lei nº 634/75 e na redação final do Projeto de Lei da Câmara 118, de 1984.

Por fim, o Código Civil de 2002 previu o conceito de energia nos seguintes artigos:

Seção II

Dos Bens Móveis

Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:

- I - as energias que tenham valor econômico;
- II - os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes;
- III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.

Art. 1.230. A propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais.

Parágrafo único. O proprietário do solo tem o direito de explorar os recursos minerais de emprego imediato na construção civil, desde que não submetidos a transformação industrial, obedecido o disposto em lei especial.

O Código Penal brasileiro de 1940 (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), por sua vez, já considerava a possibilidade de furto de energia elétrica. A redação do diploma penal em vigor prevê:

Furto

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

§ 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

O atual Código Civil, em seus artigos 82 e 83, define energia nos seguintes termos:

Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:

- I - as energias que tenham valor econômico;
- II - os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes;
- III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.

Conforme leciona Agostinho Alvim¹⁴: “Os bens são as coisas materiais ou imateriais que têm valor econômico e que podem servir de objeto a uma relação jurídica”.

Orlando Gomes¹⁵ classifica a energia elétrica, precisamente, como bem incorpóreo, aquele que “não tendo existência material, pode ser objeto de direito”.

O direito comparado, como que se verifica, segue essa mesma tendência. É como afirma Geraldo Pereira Caldas¹⁶:

A energia elétrica pode ser considerada como bem fungível, visto que é suscetível de substituição por outra da mesma espécie, qualidade e quantidade determinável por medição. É bem naturalmente consumível, pois sua existência na forma elétrica termina com o primeiro uso, e bem divisível, visto que tem como característica essencial a quantidade. É ainda coisa singular homogênea.

A energia elétrica, como bem essencial e indispensável que é, possui uma natureza muito singular.

Ana Maria Ferreira¹⁷ considera que a energia elétrica é ao mesmo tempo um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, mas com matizes privadas, a partir da constatação de que a energia pode ser produzida e transformada para consumo particular, sem interferência do Poder Público, perfazendo um bem difuso.

A doutrina italiana avalia que a energia elétrica possui natureza jurídica de direito público, embora tenha envolvimento do direito civil. Giovanni G. Gentile, na

¹⁴ Apud CALDAS, Geraldo Pereira. *As concessões de serviços públicos de energia elétrica*. 2. ed. 2006. 2ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2008. p. 34.

¹⁵ Apud CALDAS, Geraldo Pereira. *As concessões de serviços públicos de energia elétrica*. p. 32.

¹⁶ CALDAS, Geraldo Pereira. *As concessões de serviços públicos de energia elétrica*. p. 35.

¹⁷ FERREIRA, Ana Maria. *Viabilização e essencialidade da energia elétrica no contexto do direito ambiental brasileiro*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 100.

obra “Lezioni di Diritto Dell’Energia”, não autoriza afirmar que se trata de direito privado¹⁸. Ramon Martin Mateo¹⁹ partilha deste mesmo entendimento.

Vê-se, portanto, que o tratamento jurídico dispensado à energia é, e sempre foi, como um bem móvel de valor econômico, portanto, um produto. Essa conceituação é extremamente importante para bem compreender o comportamento do legislador quando trata da possibilidade de suspensão de fornecimento de energia elétrica.

2.2 BREVE HISTÓRIA DA ENERGIA ELÉTRICA NO BRASIL

O Brasil, como notório, é um país privilegiado em termos de recursos naturais. Em se tratando de recursos hídricos, possui rios e quedas d’água em abundância quando comparado aos demais países do mundo.

Como já disposto, a expansão econômica do país está intimamente ligada a sua capacidade de geração e distribuição de energia. Por essa razão, não é incomum verificar o avanço do parque energético do Brasil diretamente ligado aos líderes políticos e financeiros de cada época. Assim, observam-se nomes de remotas épocas, como de D. Pedro II, Barão de Mauá e Getúlio Vargas, até alguns mais recentes como Fernando Collor e Fernando Henrique Cardoso.

Também é muito claro que do desenvolvimento econômico e social é que nascem as normas para reger os anseios de determinadas sociedades.

Pelas lições proferidas na obra “Energia Elétrica – Suspensão do Fornecimento”²⁰, o Barão de Mauá, Irineu Evangelista de Sousa, pioneiro em muitas áreas da economia brasileira, e de forma injusta não reconhecido como um dos

¹⁸ GENTILE, Giovanni G. *Lezioni di diritto dell’energia*. Milano: Giuffrè, 1987.

¹⁹ MATEO, Ramon Martin. *Nuevo Derecho Energetico*. Madrid: Instituto de Estudios de Administracion, 1982, p. 14-15.

²⁰ FERRAZ FILHO, Raul Luiz. *Energia elétrica: suspensão do fornecimento*, p. 27.

grandes empresários do país, utilizava carvão mineral como fonte energética nos transportes e na iluminação, já na época do Brasil Imperial.

Em 1876, Dom Pedro II, em visita aos Estados Unidos, teve contato com os experimentos de Thomas Edison e na oportunidade o autorizou a trazer ao Brasil tais inventos. Em 1879, foram inauguradas no Rio de Janeiro, capital do país, as primeiras lâmpadas instaladas em solo nacional, que passaram a iluminar a Estação D. Pedro II, da Estrada de Ferro Central do Brasil, na então capital do Império.²¹

Logo em seguida, em 1878, foi instalada uma fábrica de tecidos em Minas Gerais e lá já se utilizava energia elétrica de origem hidráulica. O empreendedor dessa obra foi Bernardo Mascarenhas, industrial que teve acesso a tal tecnologia em visita à Exposição Universal de Paris. Após essa data, outras iniciativas isoladas foram dando maior vigor ao parque energético nacional. Em 1887, foi criada no Rio de Janeiro a Companhia de Força e Luz, que durou pouco menos de dois anos, com vistas a fornecer iluminação pública – míseras 100 lâmpadas. As demais iniciativas nesse sentido também visavam à iluminação pública. As usinas que se construíram para esse fim foram instaladas em Porto Alegre, Minas Gerais e São Paulo, em meados de 1889.²²

Em 1890, a capacidade nacional de geração de energia elétrica era de 12 MW, hoje é superior a 45,2 TWh, conforme dado do Balanço Energético Nacional de 2007.²³

No período compreendido entre 1890 e 1930, o parque energético foi sendo implantado e aperfeiçoado por multinacionais americanas e canadenses, que praticamente respondiam pela totalidade dos investimentos neste setor, a saber: *Ligth and Power Company Limited* e *American and Foreing Power Company*.

²¹ KUHL, Júlio César Assis (coord.). *ABCE 70 anos de energia*. Pesquisa e texto: Ana Maria Dietrich, Isabel Regina Felix, Júlio César Assis Kuhl, Márcia Altenfelder. São Paulo: Fundação Energia e Saneamento, 2006.

²² KUHL, Júlio César Assis (coord.). *ABCE 70 anos de energia*. Pesquisa e texto: Ana Maria Dietrich, Isabel Regina Felix, Júlio César Assis Kuhl, Márcia Altenfelder. São Paulo: Fundação Energia e Saneamento, 2006.

²³ BRASIL. Ministério das Minas e Energia. Balanço Energético Nacional (BEN) 2007. Disponível em: <www.mme.gov.br>. Acesso em: 20 dez. 2008.

Em 1929, o “crash” da Bolsa de Valores de Nova Iorque também atingiu o Brasil. Logo em seguida, e também por esta razão, houve a ascensão de Getúlio Vargas ao poder, com sua política nacionalista denominada de “Estado Novo”.²⁴

Também sob a gestão de Getúlio Vargas o Brasil assistiu a criação de diversas instituições, autarquias e conselhos técnicos que burocratizavam o Estado. Entre os departamentos criados está o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), que tratava de assuntos relacionados à exploração de energia e legislação de águas.²⁵

Em 1937, por meio do Decreto nº 4.643, foi criado o Código de Águas, diploma jurídico que regulava a exploração dos recursos hídricos em território nacional. Portanto, a visão era de que o Estado deveria participar por meio de regulação e controle das atividades de energia elétrica, outorgando permissões, licenças e autorizações ao concessionário, com a cláusula de exclusividade para a exploração.²⁶

Ultrapassado certo período político e a volta de Getúlio Vargas ao seu segundo mandato por eleição (1951 a 1954), após a Primeira Guerra Mundial, o país experimenta forte investimento em infra-estrutura, sobretudo no setor de energia e transporte. Após isso, em 1956, inicia-se no Brasil a “Era JK”, liderada por Juscelino Kubitschek, momento em que reabre a economia do país ao capital estrangeiro, amplia as liberdades individuais e consolida a democracia e a liberdade de expressão. Especificamente, no que tange ao objeto deste estudo, em 22 de julho de 1960, por meio de Lei nº 3.782, foi criado o Ministério de Minas e Energia.²⁷

²⁴ KUHL, Júlio César Assis (coord.). *ABCE 70 anos de energia*. Pesquisa e texto: Ana Maria Dietrich, Isabel Regina Felix, Júlio César Assis Kuhl, Márcia Altenfelder. São Paulo: Fundação Energia e Saneamento, 2006.

²⁵ KUHL, Júlio César Assis (coord.). *ABCE 70 anos de energia*. Pesquisa e texto: Ana Maria Dietrich, Isabel Regina Felix, Júlio César Assis Kuhl, Márcia Altenfelder. São Paulo: Fundação Energia e Saneamento, 2006.

²⁶ KUHL, Júlio César Assis (coord.). *ABCE 70 anos de energia*. Pesquisa e texto: Ana Maria Dietrich, Isabel Regina Felix, Júlio César Assis Kuhl, Márcia Altenfelder. São Paulo: Fundação Energia e Saneamento, 2006.

²⁷ KUHL, Júlio César Assis (coord.). *ABCE 70 anos de energia*. Pesquisa e texto: Ana Maria Dietrich, Isabel Regina Felix, Júlio César Assis Kuhl, Márcia Altenfelder. São Paulo: Fundação Energia e Saneamento, 2006.

Na sequência do governo de Juscelino Kubitscheck, em 31 de janeiro de 1961, Jânio Quadros é eleito Presidente da República. Com o objetivo de fortalecer as diretrizes energéticas do país, o novo presidente criou a Lei nº 2.890-A, de 25 de abril de 1961, autorizando a União a constituir a Eletrobrás, empresa de economia mista a quem caberia a execução política da energia elétrica brasileira.²⁸

Com a renúncia de Jânio, episódio bastante conhecido na política brasileira, foi a vez do governo militar que, apesar de toda crítica em termos de desrespeito às liberdades individuais e às leis vigentes, com relação ao desenvolvimento do parque energético do país houve avanço. Por razões diversas, o crescimento da demanda foi maior que o da oferta, gerando um déficit na área energética, que ainda hoje causa problemas ao Brasil, dada a incapacidade de realizar investimentos suficientes para assegurar a expansão e melhoria dos serviços de fornecimento de eletricidade.²⁹

Em 1995, com a ascensão de Fernando Henrique Cardoso, o Estado brasileiro aderiu à corrente neoliberalista de outras nações, que pregava a transferência dos serviços públicos aos entes privados como forma de alavancar investimentos nas áreas deficitárias. Foi o chamado “Plano de Desestatização”, que permitiu a transferência de inúmeras companhias estatais à iniciativa privada por meio de concessões. Tal situação necessitou de alteração constitucional e legal, até que, em 13 de fevereiro de 1995, foi promulgada a Lei nº 8.987 – Lei das Concessões –, coroando esse entendimento moderno.

Referida lei e outras que foram criadas com a mesma intenção de desestatização alteraram substancialmente o arcabouço jurídico, trazendo institutos novos até então desconhecidos da sociedade brasileira, mas que não deixaram de ofertar uma visão mais moderna de Estado Regulador.

²⁸ KUHL, Júlio César Assis (coord.). *ABCE 70 anos de energia*. Pesquisa e texto: Ana Maria Dietrich, Isabel Regina Felix, Júlio César Assis Kuhl, Márcia Altenfelder. São Paulo: Fundação Energia e Saneamento, 2006.

²⁹ KUHL, Júlio César Assis (coord.). *ABCE 70 anos de energia*. Pesquisa e texto: Ana Maria Dietrich, Isabel Regina Felix, Júlio César Assis Kuhl, Márcia Altenfelder. São Paulo: Fundação Energia e Saneamento, 2006.

Por essa razão, em 26 de dezembro de 1996, foi criada a Lei nº 9.427, que autorizava a instituição da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério das Minas e Energia, com finalidade de regular e fiscalizar a produção, transmissão e comercialização de energia elétrica no país.

2.3 A CADEIA DA ENERGIA ELÉTRICA

Neste ponto, considerando os objetivos deste trabalho, faz-se necessário discorrer sobre a cadeia completa da energia elétrica, com vistas a uma melhor compreensão.

Pois bem. A energia elétrica é produzida em centrais elétricas por um gerador, que é acionado mecanicamente por uma turbina ou motor movido por algum tipo de recurso, sendo as mais comuns as hidrelétricas e as termoelétricas. As termoelétricas são acionadas por meio de vapor ou gás, com a queima de combustível fóssil (carvão mineral, derivados de petróleo, bagaço de cana, entre outros), além de energia nuclear.

Como dito, no Brasil quase toda a energia elétrica vem das usinas hidrelétricas, que utilizam as quedas d'água dos rios para gerar eletricidade. As hidrelétricas, conforme o significado do nome, são acionadas por água, portanto, construídas em rios com quedas d'água, correspondendo a um percentual elevado, ou seja, quase 80% da energia elétrica produzida no país vem das hidrelétricas.³⁰

Segundo o Balanço Energético Nacional (BEN), de 2007³¹, a eletricidade representou 14,9% da oferta interna de energia no Brasil, entre outras fontes: petróleo e derivados - 37,4% (óleo diesel, óleo combustível, gasolina, gás liquefeito

³⁰ CALDAS, Geraldo Pereira. *As concessões de serviços públicos de energia elétrica*. 2. ed. (2006), 2ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2008, p. 32.

³¹ BRASIL. Ministério das Minas e Energia. Balanço Energético Nacional (BEN). 2007. Disponível em: <www.mme.gov.br>. Acesso em: 20 dez. 2008.

de petróleo, nafta e querosene); biomassa – 30,9% (lenha e carvão vegetal, produtos da cana, e outros); gás natural - 9,3%; carvão mineral – 6%; urânio – 1,4%. Portanto, a eletricidade representa a terceira fonte de energia de maior oferta e consumo no país.

Nesse mesmo estudo ficou evidenciado que as fontes primárias que se transformam em eletricidade são predominantemente de origem hidráulica (77,3%) estando os locais produtores em regiões quase sempre distantes dos centros consumidores. Com isso são necessárias grandes extensões de linhas de transmissão e instalações para repartir e distribuir a energia nos centros de consumo.³²

É notório que a energia produzida, qualquer que seja a origem, não pode ser armazenada, necessitando logo ser “transmitida” para o público consumidor, o que se faz por meio de redes de transmissão. Por tal motivo é que pode haver excesso de oferta na região Sul do país e falta da mesma na região Sudeste, por exemplo.

Por essa razão, as condições de não-armazenamento impõem à eletricidade sua produção no momento exato em que é requerida ou consumida e fazem com que o dimensionamento do sistema elétrico seja determinado pelo nível máximo de energia demandada, resultando em ociosidade das instalações durante o período de menor demanda.

Para que a energia elétrica chegue aos consumidores, tal como na disposição ofertada por meio do Código de Águas, três fases são necessárias: (1) geração; (2) transmissão; e (3) distribuição.

Para alcançar a efetiva entrega do bem ao consumidor, a estrutura do sistema elétrico compreende os sistemas de geração, transmissão, distribuição e subestações de energia elétrica, em geral cobrindo uma grande área geográfica.

³² BRASIL. Ministério das Minas e Energia. Balanço Energético Nacional (BEN). 2007. Disponível em: <www.mme.gov.br>. Acesso em: 20 dez. 2008.

Na geração de energia elétrica, uma tensão alternada é produzida, a qual é expressa por uma onda senoidal, com frequência fixa e amplitude que varia conforme a modalidade do atendimento em baixa, média ou alta tensão. Essa onda senoidal propaga-se pelo sistema elétrico mantendo a frequência constante e modificando a amplitude à medida que trafega por transformadores. Os consumidores conectam-se ao sistema elétrico e recebem o produto e o serviço de energia elétrica.

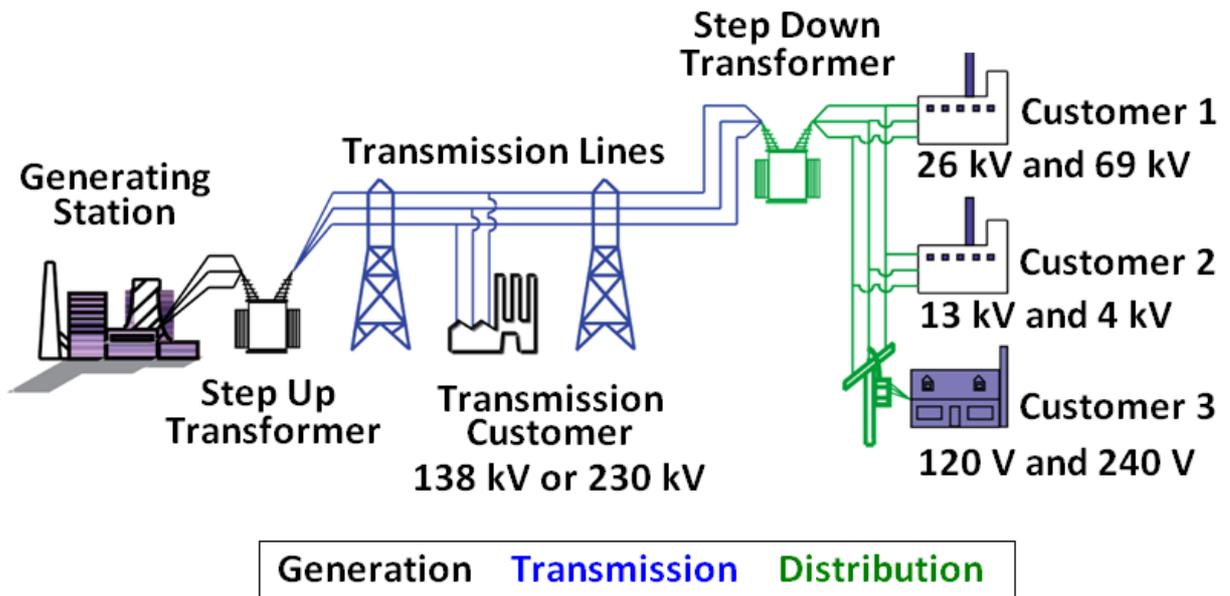
Assim, depois de produzida, a energia elétrica chega aos centros consumidores por meio das linhas e torres de transmissão de alta tensão. Quando a eletricidade chega às cidades, ela passa pelos transformadores de tensão nas subestações, que diminuem a respectiva voltagem. A partir daí, a energia elétrica segue pela rede de distribuição e os fios instalados nos postes levam-na até os consumidores.

Antes de entrar nas casas, a energia elétrica ainda passa pelos transformadores de distribuição (também instalados nos postes) que rebaixam a voltagem para 127 ou 220 volts. Em seguida, vai para a caixa do medidor de energia elétrica, que é o relógio de luz. É este instrumento que mede o consumo de energia de cada consumidor.

Durante todo o caminho, as linhas de transmissão e as redes de distribuição estão sujeitas aos raios, às tempestades e aos ventos fortes. Ainda, galhos de árvores também chegam a tocar os cabos elétricos em vários pontos da rede, sendo estes fatores os grandes responsáveis pelas interrupções indesejadas do fornecimento de energia.

O Quadro 1, a seguir, ilustra a estrutura básica de um sistema elétrico de forma muito didática.

Quadro 1 – Estrutura básica de sistema elétrico



Fonte: NASA³³

Diante do exposto, resta claro o percurso da energia elétrica até sua efetiva fruição pelo indivíduo e, por extensão, pela sociedade.

Importante anotar que o atual modelo adotado pelo Brasil prevê, no mínimo, a participação de quatro *players* nessa complexa estrutura de captação-transformação-fruição da energia elétrica, a saber: 1) Geradoras, 2) Transmissoras, 3) Distribuidoras, e 4) Consumidores, sendo estes últimos os que interessarão ao presente estudo.

³³ USA. National Aeronautics And Space Administration. System failure case studies. Volume 2. Issue 3. Powerless. March 2008. Disponível em: <http://pbma.nasa.gov/docs/public/pbma/images/msm/PowerShutdown_sfcs.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2008.

3 A VISÃO CONSTITUCIONAL DE SERVIÇOS PÚBLICOS

3.1 A ABORDAGEM CONSTITUCIONAL

Inicialmente, é importante reiterar que o regime de prestação de serviços públicos no Brasil está previsto no artigo 175 da Constituição Federal, *in verbis*: “Art. 175. 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”.

Como bem assevera Geraldo Pereira Caldas³⁴ “para interpretar esse dispositivo cumpre observar que, no Brasil, a Administração Pública divide-se em Administração Pública direta e Administração Pública indireta, em consequência do processo de descentralização administrativa”.

Ao afirmar que a Administração Pública Indireta é constituída por pessoas administrativas que possuem personalidade jurídica própria, não se confundindo com a pessoa estatal criadora, o autor arremata:

Tendo isto em vista, conforme art. 175 da CF, conclui-se que o serviço público sempre é executado em nome e sob a responsabilidade do Poder Público, que detém a titularidade sobre a prestação de tal serviço, podendo ser prestado pela própria Administração Pública (centralizada ou descentralizadamente) ou sob o regime de concessão ou permissão.³⁵

³⁴CALDAS, Geraldo Pereira. *As concessões de serviços públicos de energia elétrica*, p. 105.

³⁵CALDAS, Geraldo Pereira. *As concessões de serviços públicos de energia elétrica*, p. 105 citação 110: “Segundo ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Op. cit., p. 31, o art. 175 da CF deixa claro que ‘a) a titularidade do serviço público somente é atribuída à entidade de direito público com capacidade política, que encarna (grifo da autora) o Poder Público; b) a gestão – organização, regulamentação e fiscalização do serviço público – pode ser exercida pela pessoa centralizada ou descentralizada [...]; c) a prestação pode ser realizada diretamente pela entidade pública ou por entidades por ela instituídas com o objetivo de prestá-la, ou indiretamente com a colaboração do particular, segundo a opção administrativa ou legislativa feita’.”

Adiante leciona sobre as formas de prestação de serviços públicos:

Assim, os serviços públicos podem ser prestados sob uma das seguintes formas:

a) pela Administração Pública, seja através de seus órgãos como uma efetiva pessoa administrativa, seja por suas entidades descentralizadas, as autarquias, que têm personalidade jurídica própria;

b) pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, por outorga legal da entidade pública a que pertençam, o que é também uma forma de prestação direta dos serviços pelo Poder Público, mas executada de forma descentralizada;

c) pelos particulares, por delegação contratual, por meio dos institutos da concessão e da permissão, sempre mediante licitação.

Por intermédio das autarquias, a Administração Pública pode prestar diretamente o serviço público, ainda que de uma forma descentralizada, sempre em conformidade com a lei que as instituem.

Na prática, não tem sido uma maneira de o Estado brasileiro atuar na prestação de serviços públicos de eletricidade. Dentro do modelo institucional do setor elétrico, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), que é uma autarquia com regime especial, não presta o serviço público, mas atua na outorga das concessões, na regulamentação e na fiscalização da prestação dos serviços.³⁶

Esse sistema, vale dizer, em nada afeta a organização política da República Federativa do Brasil, que é formada pela união indissolúvel dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, consolidando o conhecido princípio federativo que rege a nossa sociedade.

Da obra do doutrinador Clever M. Campos³⁷, na citação do texto de Celso Ribeiro Bastos, extrai-se o seguinte ensinamento:

A federação é a forma de Estado pela qual se objetiva distribuir o poder, preservando a autonomia dos entes políticos que a compõe, e que tem, como uma de suas características principais, uma

³⁶ CALDAS, Geraldo Pereira. *As concessões de serviços públicos de energia elétrica*, p. 105, citação 111: “BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. arts. 170 a 192, p. 130-131, v.7. Celso Ribeiro Bastos esclarece o sentido do termo ‘diretamente’ no caput do art. 175 da CF. Segundo seu entendimento, a prestação do serviço por autarquia, empresa pública ou sociedade de economia mista, também é prestação direta. Quando se tratar de pessoa governamental, a investidura na competência dar-se-á pela própria lei, caso em que não terá cabimento o processo licitatório.”

³⁷ CAMPOS, Clever M. *Introdução ao direito de energia elétrica*. São Paulo: Ícone, 2001, p. 71.

Constituição rígida que não permita, por intermédio de legislação ordinária, a alteração da repartição de competências.

Assim, sendo a União Federal, por determinação constitucional, a detentora de todo o potencial de energia hidráulica dos Estados e dos Municípios como visto anteriormente, a ela cabe relevante papel na política energética, especialmente de energia elétrica, uma vez que este tipo de energia no Brasil é precipuamente de origem hidráulica.

A propósito, o artigo 20 da Constituição Federal assim dispõe:

Art. 20. São bens da União:

I - os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos;

II - as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei;

III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;

IV - as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as áreas referidas no art. 26, II;

V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;

VI - o mar territorial;

VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos;

VIII - os potenciais de energia hidráulica;

IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

X - as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos;

XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

§ 1º É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

§ 2º A faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei.

Nesse diapasão, é indiscutível o interesse e o papel da União na organização, coordenação e fiscalização da execução das políticas fixadas para esse segmento de energia, vital à sociedade.

Ainda, a própria Constituição Federal, em seu artigo 170, evidencia os princípios gerais da ordem econômica, determinando os dogmas que regem a busca de uma existência digna, assegurados pelo trabalho humano, livre iniciativa, a propriedade privada, a livre concorrência e a defesa do consumidor. Essas garantias, que cimentam o Estado Democrático de Direito, bem demonstram a complexidade de caminhar neste estudo, haja vista que são princípios equivalentes, portanto, têm o mesmo tratamento jurídico.

Em sequência, no artigo 175³⁸, fica clara a responsabilidade do Poder Público, de suprir a sociedade com a chamada prestação de serviços públicos que, no Estado contemporâneo, é realizado por concessionários ou permissionários. O Estado, nesse contexto, atua como um *player* fiscalizador de algumas das atividades consideradas como serviços públicos essenciais – a energia elétrica é um deles –, cabendo à lei ordinária as disposições gerais de aplicabilidade. Vale reiterar que a proteção do consumidor também deve ser observada e incorporada à lei ordinária em foco.

Em primorosa lição, Lafayette Josué Petter³⁹ afirma que:

³⁸ “Art. 175. 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.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

³⁹ PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica*: o significado e o alcance do artigo 170 da Constituição Federal. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 73-74 Em outra doutrina: “Da mesma forma que a produção não é possível de ser observada e modificada sob aspectos inteira e puramente econômicos - pois fatores culturais, históricos e naturais, ou seja, características específicas das relações que envolvem a sociedade, hão de ser observadas -, o direito econômico não deve ser visto como o direito da economia. A produção econômica não é isolada da produção da vida social”. DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo. Max Limonad, 1996. p. 62.

Partindo-se das observações traçadas sobre a Ciência Econômica e a Ciência Jurídica, parece ficar evidenciado que os excessos exclusivistas devem ser, tanto quanto possível, minorados.

Ao Direito caberá, então, dirigir o sentido de suas apreciações sem olvidar que os mesmos fatos encontram-se submetidos à influência das 'leis' econômicas, de modo que, em assim percebendo, melhor terá compreendido a vida e, portanto, mais apto se encontrará para cumprir o desiderato de justiça para o qual se propõe e que é causa de sua própria legitimidade. Como salienta a doutrina, mesmo admitido um caráter instrumental no Direito Econômico em relação aos processos econômicos, tal não o reduz à mera condição de servidor da Economia.

Pois o Direito Econômico não pode renunciar à realização da idéia de justiça e, conseqüentemente, a influir na conformação das relações sociais ordenando a própria Economia. De modo que, mesmo observado sob o ângulo da instrumentalidade da Economia, não lhe escapa também um sentido de direcionamento desta mesma Economia.

O mencionado doutrinador, agora fazendo referência à doutrina de Assmann, citado por Josaphat Marinho, analisa:

Como elemento tipicamente regulador, o direito não pode desconhecer o dado econômico, porém deve captar e delinear o seu conteúdo, para disciplinar-lhe a finalidade. Nele não se asila ou resume. De fato, norteia-lhe o destino.⁴⁰

O decisivo desafio para o Direito está na crescente interdependência do Estado e da Economia e no fortalecimento da atuação política por meio do Direito. Da mesma forma, uma ética econômica se faz tanto mais necessária quanto maior for a possibilidade técnica do homem de manipulação e submissão da natureza e, conseqüentemente, quanto maior for o seu poder para dispor dos meios que possam determinar uma dominação tecnológico-econômica sem precedentes na história das sociedades humanas.

Mas da Economia também vêm reclames por justiça, cuja aproximação de sentido pode traduzir-se pela expressão justiça econômica, justiça na Economia ou Economia justa.⁴¹

Em outras palavras, o Direito, em especial o ramo do direito econômico, reflete diretrizes traçadas pela ordem econômica aplicada a dita sociedade, *in casu*, o capitalismo. De nada adianta falar sobre iniciativa privada em uma sociedade socialista. Nesse sentido, as palavras do citado doutrinador traduzem que Estado e

⁴⁰ Apud PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica*: o significado e o alcance do artigo 170 da Constituição Federal, p 74.

⁴¹ PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica*: o significado e o alcance do artigo 170 da Constituição Federal, p. 75.

Direito estão intimamente relacionado, de forma a traduzir uma sociedade pacífica, social, justa.

Portanto, fica claro que a energia elétrica é um bem juridicamente tratado como produto, que, dominado pelo homem, gera riquezas sociais. Mais, que sua exploração foi amplamente discutida pela sociedade a ponto de alterar previsão constitucional para reservar à norma infraconstitucional suas disposições específicas, sendo certo que merece mesmo tratamento legal específico.

3.2 OS MÍNIMOS EXISTENCIAIS

Os mínimos sociais diferem de sociedade para sociedade, pois expressam valores e assumem características próprias que vão se adequando aos diferentes momentos históricos.

Assim, países mais desenvolvidos e ricos estabelecem patamares mais elevados, que possibilitam o acesso a uma qualidade de vida melhor. Outras sociedades não tão perenes se limitam a construir mínimos sociais que supram apenas as provisões básicas de sobrevivência, quando viável.

No Brasil, os mínimos sociais têm significado assegurar as necessidades básicas da população em processo de inclusão e proteção social, ou, ainda, os mínimos indispensáveis para a provisão da vida.

O cidadão busca, em essência, viver bem – conceito subjetivo, mas extremamente válido para qualquer pessoa -, evoluir e ter saúde, com as consequências benéficas deste estado físico. Com efeito, em algum momento já foi propagado que o objetivo do trabalho é o ócio. Nessa tônica, o objetivo do trabalho é viver bem. Esse ideal é descrito em diversas civilizações e, no Brasil, ganhou relevante interesse e proteção.

Da doutrina do constitucionalista José Afonso da Silva⁴² extrai-se que:

Direitos *fundamentais do homem* constitui a expressão mais adequada a esse estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do *direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; direitos fundamentais do homem no sentido de que todos, por igual, devem ser não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados [grifo no original].

Em obra específica sobre Política Social, visando obter subsídio interdisciplinar para este estudo, teve-se acesso aos ensinamentos de Potyara Amazoneida P. Pereira⁴³ que, com relação aos mínimos sociais, procura identificar nas necessidades básicas um conceito. Nas suas palavras:

Dos estudos disponíveis sobre necessidades humanas básicas, o que possui maior densidade analítica e coerência teórico-conceitual, além de apresentar afinidade com a concepção de necessidades humanas básicas deste livro – por oposição às necessidades mínimas – é o dos autores ingleses Len Royal, do London Hospital Medical College, e Ian Gough, da University of Manchester (hoje na University of Bath), publicado em 1991 e intitulado *A theory of human need*. Este livro, traduzido em 1994 para a língua espanhola e ganhado dos prêmios Gunnar Myrdal, de 1992, e Tamara Deutscher Memorial, de 1993, realizou, na opinião de Little (1998:90), a mais fecunda conceituação das necessidades humanas nos anos recentes, apresentando uma rigorosa defesa da teorização no campo das necessidades, um balanço comparativo da significação prática da satisfação de necessidades e uma análise das implicações políticas e estratégicas de suas proposições teóricas.

Insistindo na importância de se definir, de forma objetiva, o conceito de necessidades humanas básicas - com vista à formulação mais coerente e confiável de políticas públicas -, os autores ressaltam, de par com o caráter humano-social das necessidades, o que, no dizer de Cabrero (1994:15), constitui a natureza mais profunda destas: a universalidade. Tal universalidade, porém, prossegue Cabrero, 'não implica a generalização etnocentrista das necessidades do centro para as periferias, das sociedades industriais para as subdesenvolvidas, mas um debate que defina o conjunto das necessidades no âmbito de todos os mundos existentes', apontando

⁴² FERREIRA, Ana Maria. *Viabilização e essencialidade da energia elétrica no contexto do direito ambiental brasileiro*, p. 178.

⁴³ PEREIRA, Potyara A. P. *Necessidades humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais*. São Paulo: Cortez, 2000, p. 65-75.

para 'um profundo sentido de redistribuição dos recursos no plano mundial'.

Assim, rejeitando as convencionais e renitentes concepções naturalistas, relativistas e culturalistas das necessidades, Doyal e Gough sustentam que todos os seres humanos, em todos os tempos, em todos os lugares e em todas as culturas, têm necessidades básicas comuns. Isso se contrapõe à concepção naturalista (dentre os quais as utilitaristas e a 'Nova Direita'), porque, como ressalta Cabrero (1994:14), esta reduz as necessidades a preferências e desejos, regulados pelo mercado, sendo este último considerado superior em eficiência e moralidade a qualquer outro mecanismo social. Contrapõe-se também à visão relativista (assumida especialmente pelos historicistas, inclusive de esquerda), porque esta visão pontifica a impossibilidade de existir um conjunto de necessidades universais, para além das diferenças culturais (Cabrero, 1994:14), chocando-se com a seguinte convicção teórica de Doyal e Gough: 'Embora a satisfação das necessidades humanas possa variar, essas necessidades não são passíveis de variação'. Baseados nessa convicção, afirmam que há um consenso moral, perfeitamente detectável em diferentes visões do mundo, de que o desenvolvimento de uma vida humana digna só ocorrerá se certas necessidades fundamentais (comum a todos) forem atendidas. Finalmente, Doyal e Gough contrapõem-se aos culturalistas, em especial aos fenomenólogos, porque, ao conceberem estes as necessidades como uma 'construção social' (privilegiando nesta construção, grupos concretos em lugar das sociedades), atêm-se a uma espécie de 'microsociologia' das necessidades sociais.

A partir dessas rejeições Doyal e Gough procuram distinguir necessidades básicas de necessidades não básicas (ou intermediárias) e de aspirações, preferências ou desejos (*wants*).

A chave da distinção entre necessidades básicas e as demais categorias mencionadas repousa num dado fundamental que confere às necessidades básicas (e somente a elas) uma implicação particular: a ocorrência de sérios prejuízos à vida material dos homens e à atuação destes como sujeitos (informados e críticos), caso essas necessidades não sejam adequadamente satisfeitas.

Dada a sua importância teórica, a noção de 'sérios prejuízos' precisa ser aqui qualificada, pois, como pedra de toque da caracterização das necessidades humanas básicas, esta noção também não se presta a tratamentos de carácter relativista. Assim, 'sérios prejuízos' são impactos negativos cruciais que impedem ou põem em sério risco a possibilidade objetiva dos seres humanos de viver física e socialmente em condições de poder expressar a sua capacidade de participação ativa e crítica. São, portanto, danos cujos efeitos nocivos independem da vontade de quem os padece e do lugar ou da cultura em que se verificam. 'Pensada nesses termos, a objetividade do prejuízo fica garantida por meio da sua irredutibilidade a sentimentos subjetivos contingentes, como a ansiedade e a tristeza, porque pode-se experimentar ambos [...] e, não obstante, alcançar de maneira satisfatória propósitos que se têm como importantes'. (Thompson, apud Doyal e Gough, 1991:50). 'Assim, as necessidades humanas básicas estipulam o que as pessoas devem conseguir se querem evitar sérios e prolongados prejuízos' (1991:50), constituindo a satisfação dessas necessidades, uma condição necessária à satisfação de tais prejuízos.

Dessa forma, 'sérios prejuízos' diferem substancialmente dos efeitos variados e relativos produzidos pela falta de satisfação de preferências, aspirações, compulsões e desejos.

A não-satisfação de uma preferência, por exemplo, pode causar sofrimentos e criar eventualmente prejuízos materiais ou psicológicos, mas não impedirá o agente da preferência não atendida de viver e participar como sujeito na sociedade.

Ademais, tais sofrimentos afetam especificamente o portador da preferência, produzindo impactos diferenciados em cada indivíduo que a apresente, o que revela o seu caráter relativo e particularista.

Como ilustração, Doyal e Gough mencionam o sexo como exemplo mais freqüentemente apontado pelo senso comum como necessidade básica. Entretanto, discordando desse entendimento, salientam que padrões específicos de atividades sexuais não podem ser universalizados, à semelhança das necessidades humanas básicas. Em verdade, o que é considerado prática sexual normal, comentam os autores, pode variar entre culturas e entre relações no interior de uma mesma cultura, sem contar o fato de que várias pessoas parecem administrar bem a sua existência – física e cívico-participativa – com pouca ou nenhuma atividade sexual.

Disso se conclui que as necessidades básicas são objetivas, porque a sua especificação teórica e empírica independe das preferências individuais. E são universais porque a concepção de sérios prejuízos, decorrentes da sua não satisfação adequada é a mesma para todo indivíduo, em qualquer cultura.

Para os autores, portanto, só existem dois conjuntos de necessidades básicas objetivas e universais – que devem ser concomitantemente satisfeitos para que todos os seres humanos possam efetivamente se constituir como tais (diferentes dos animais) e realizar qualquer outro objetivo ou desejo socialmente valorado. São eles: saúde física e autonomia. Estas necessidades não são um fim em si mesmo, mas precondições para se alcançarem objetivos universais de participação social. São, também, conforme Cabrero, 'direitos morais que se transformam em direitos sociais e civis mediante políticas sociais' (1994:15).

Como se pode depreender da citação de Cabrero, os dois princípios-chave que orientam a teoria das necessidades humanas básicas em foco são, na afirmação de Little (1998:95), a participação e a libertação, mesmo quando Doyal e Gough põem acento na saúde física como necessidade básica. Na verdade, eles consideram a satisfação dessa necessidade como a condição mais obviamente básica para que seja possível haver participação com vista a libertação humana de quaisquer formas de opressão, incluindo a pobreza. Por isso, afirmam: 'a menos que os indivíduos sejam capazes de participar em alguma forma de vida sem limitações arbitrárias e graves ao que se propõem alcançar, seu potencial de êxito público e privado não se desenvolverá, sejam quais forem os pormenores de suas escolhas reais' (1991:50).

Vê-se, pois, que a definição de 'sérios prejuízos' denota, ao mesmo tempo, duplo dano: um, físico, ou privação fundamental, que impedirá as pessoas de usufruírem condições de vida favoráveis à sua participação social: e outro cognitivo ou racional, que, integrado ao dano anterior, impedirá as pessoas de possuírem autonomia básica para agir, de modo informado e discernido. Esta é uma equação que não pode ser desmembrada. Para que as necessidades

básicas sejam satisfeitas, tanto a saúde física quanto a autonomia têm que ser atendidas.

Saúde física, portanto, é necessidade básica, porque sem a provisão devida para satisfazê-la os homens estarão impedidos, inclusive, de viver. Esta é basicamente uma necessidade natural que afeta a todos os seres vivos e que, em princípio, não diferencia os homens dos animais, embora, como já foi salientado, o modo de satisfazê-las requeira, no que se refere aos homens, provisões de conteúdo humano-social.

Trata-se, portanto, de reconhecer que mesmo no plano das satisfações de necessidades físicas ou biológicas, a origem do homem, como salienta Marx, não está nem na natureza, concebida abstratamente, nem na totalidade da sociedade, concedida também de forma abstrata. Tal origem está visceralmente ligada à praxis humana, que só é humana na medida em que o trabalho (ou a atividade) realizado pelo homem difere da atividade de outras criaturas vivas. Ou 'na medida em que o pior dos arquitetos humanos é superior à melhor das abelhas, embora na construção de seu alvéolo a abelha envergonhe muitos arquitetos' (Marx, apud From, 1970:20).

Isso põe em relevo o imperativo de se considerar a intencionalidade da ação humana como parte integral e intrínseca da sua essência e, por conseguinte, como parte constitutiva do básico necessário à sua existência. Afinal, ponderam Doyal e Gough, os homens são algo mais do que os seus gens biologicamente condicionam; são algo além da dimensão biológica, o que justifica a indicação da autonomia como o outro componente constitutivo das suas necessidades básicas. Todavia, como autonomia é um conceito que tem se prestado a diferentes interpretações, é preciso também qualificá-lo no contexto desta discussão.

Por autonomia básica entendemos a capacidade do indivíduo de eleger objetivos e crenças, de valorá-los com discernimento e pô-los em prática sem opressões. Isso se opõe à noção de auto-suficiência do indivíduo perante as instituições coletivas ou, como querem os liberais, a mera ausência de constrangimentos sobre preferências individuais, incluindo no rol desses constrangimentos os direitos sociais que visam protegê-lo. Inspiradas em Doyal e Gough, que, por sua vez, têm referenciado reflexões recentes de outros autores, em particular Plant⁴⁴, falamos de uma autonomia que não descambe para o individualismo e o subjetivismo e, portanto, se apóie em condições sociais que deverão estar presentes em todas as culturas. No horizonte dessa noção de autonomia está, em última instância, a defesa da democracia como recurso capaz de livrar os indivíduos não só da opressão sobre suas liberdades (de escolha e de ação), mas também da miséria e do desamparo. 'Ser autônomo nesse sentido consiste em possuir capacidade de eleger opções informadas sobre o que se tem que fazer e de como levá-lo a cabo' (Doyal e Gough, 1991:53). Este é um atributo típico dos seres humanos que tem de ser valorizado. Portanto, ter autonomia não é

⁴⁴ PEREIRA, Potyara A. P. *Necessidades humanas*: subsídios à crítica dos mínimos sociais, p. 70, citação 18: "Plant é um dos autores mais representativos do pensamento socialista contemporâneo que defende a justiça social com base no conceito de cidadania. Em todo o seu trabalho teórico esta preocupação está presente, especialmente quando estabelece um diálogo crítico com as teses de Hayek sobre 'a miragem da justiça social' e a negação dos direitos sociais."

só ser livre para agir como se bem entender, mas, acima de tudo, é ser capaz de eleger objetivos e crenças, valorá-los e sentir-se responsável por suas decisões e por seus atos. Por essa perspectiva, a autonomia tem sentido, de acordo com Doyal e Gough, de agência, que, nas palavras dos autores, constitui a condição mais elementar ou 'prévia para que o indivíduo possa considerar-se a si mesmo – ou ser considerado por outro – como capaz de fazer algo e de ser responsável pela sua ação' (1991:53). Trata-se, por conseguinte, do 'repertório singular de atividades físicas e mentais – exitosas ou não – que compõem a história de que temos chegado a ser o que somos' (Doyal e Gough, 1991:53), o qual quedará prejudicado se houver um déficit em três atributos: saúde mental, habilidade cognitiva e oportunidade de participação (Gough, 1998:53).

O déficit de saúde mental é identificado com a inabilidade extrema e prolongada das pessoas de agirem de forma racional com os seus pares, tendo, por isso, a sua confiança e a sua competência para participar seriamente prejudicadas.

A habilidade cognitiva para participar socialmente inclui a compreensão das pessoas acerca das regras de sua cultura e a sua capacidade de raciocinar sobre essas regras e interpretá-las. Isso requer tanto habilidades culturalmente específicas, quanto universais.

Por fim, a oportunidade de participar implica que as pessoas tenham à sua disposição meios objetivos para exercerem papéis sociais significantes na sua vida social e na sua cultura.

Em outras palavras, para Doyal e Gough, três são as categorias-chave que afetam a autonomia individual na sua forma mais elementar (a de agência): 'o grau de compreensão que uma pessoa tem de si mesma, de sua cultura e do que se espera dela como indivíduo dentro dessa cultura; a capacidade psicológica que a pessoa possui de formular opções para si mesma; e as oportunidades objetivas que lhe permitam atuar, como consequência' (1998:60). Na ausência de qualquer uma dessas categorias, ocorrerão sérias restrições à autonomia pessoal, as quais podem ser causadas por diferentes fatores, que vão desde regras culturais (exclusão de minorias de certos papéis), circunstâncias econômicas (desemprego ou pobreza), até sobrecargas de demandas conflitivas (dupla jornada de trabalho da mulher).

Sendo assim, a autonomia se contrapõe, claramente, à tendência liberal de, em nome da liberdade, transformar o indivíduo em uma mônada isolada e calculista na auto-satisfação de suas preferências e desejos. Contrapõe-se, também, à concepção subjetiva de interesses e à soberania privada, que elevam o indivíduo à posição de único juiz do que melhor lhe convém e apóiam-se em uma noção de cidadania resgatada da tradição clássica (Pierson, 1991) que só admite como direitos os de liberdade negativa (ou imunidades contra a proteção social pública). Assim, contraditoriamente, a defesa liberal do *empowerment* individual e o apelo ao discurso atraente do 'respeito' ao indivíduo como um agente dotado de capacidade para se autodeterminar e se autosustentar investem, implicitamente, contra a verdadeira autonomia, pois a submetem ao domínio implacável do egoísmo individual e da lógica do mercado.

Resulta claro, pois, que essa noção liberal de autonomia ou de liberdade é insustentável na prática, pois o indivíduo, por si só,

jamais desenvolverá as suas potencialidades. A ação individual, dizem Doyal e Gough, é social, na medida em que sempre aprendida com outros e é por estes reforçada. ‘As pessoas não se ensinam a si mesmas a atuar. [...] É impossível que exista uma pessoa puramente privada.’ Mesmo Robinson Crusoe ‘já sabia ser tão laborioso (e racista!) porque lhe haviam ensinado’ (1991:60). É, portanto, na interação com outras pessoas que o indivíduo aprende a viver em sociedade, a obedecer regras como expressões da vontade coletiva e a manter e reforçar objetivos e crenças. Trais regras constituem o parâmetro tanto de seu senso de pertencimento, como pessoa e como cidadão, como do reconhecimento, de sua parte, dos direitos e deveres dos outros. Assim, a possibilidade de o indivíduo expressar a sua autonomia requer muito mais do que a liberdade negativa de ser deixado sozinho para cuidar de si próprio, e vai exigir experiências e responsabilidades compartilhadas, que se identificam com as liberdades positivas⁴⁵. Isto está relacionado com o grau de compreensão do eu e da cultura que corresponde ao primeiro atributo da autonomia de agência antes indicado. Ademais, as capacidades cognitiva e emocional relacionadas ao segundo atributo (capacidade psicológica, que requer racionalidade e responsabilidade), são imprescindíveis à ação autônoma, porque, sem elas, os atores ficam impossibilitados de:

- a) possuir capacidade intelectual de formular objetivos e crenças comuns;
- b) possuir suficiente confiança para desejar atuar e participar;
- c) formular desejos e crenças consistentes.

Se acrescentarmos a isso a gama de oportunidades de ações novas e significativas (relacionada ao terceiro atributo), que a melhoria da autonomia pode oferecer aos atores, estaremos atendendo satisfatoriamente às necessidades humanas básicas, embora a autonomia possa alcançar crescentes níveis superiores (Doyal e Gough, 1991:60-69) e deva ser otimizada.

Um exemplo apresentado por Doyal e Gough para ilustrar o tipo de autonomia de agência a que se referem é o do jogo de xadrez, com o seu conjunto de regras consentidas.

Para jogar xadrez, as pessoas têm que seguir regras legitimadas, sem perder, por isso, a sua autonomia, que é assegurada pelo fato de haver diferentes caminhos, estratégias e cálculos que cada jogador pode escolher. Mas é bom não esquecer que a percepção que cada jogador tem de sua própria qualidade e habilidade para jogar vai depender das qualidades e habilidades do parceiro com o qual interage.

Isso supõe uma concepção de autonomia básica ou de agência que renega o ‘individualismo possessivo’, tão bem criticado por MacPherson (1979), e vai requerer formas de participação social – guiadas por uma direção de cunho coletivo – da qual depende o desenvolvimento da capacidade cognitiva, ativa e emocional do ser humano. Vai requerer também acesso a níveis superiores de saúde física e de autonomia, o que implicará, de um lado, maior esperança e qualidade de vida e, de outro, autonomia crítica.

⁴⁵ PEREIRA, Potyara A. P. *Necessidades humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais*, p. 73, citação 19: “Ao contrário das chamadas liberdades negativas, que se identificam com a ausência de coações ou tutela externas sobre os indivíduos, as liberdades ditas positivas requerem a remoção, inclusive por agentes externos, de obstáculos (materiais e sociais) ao exercício da própria liberdade.”

A autonomia crítica é um estado mais avançado de autonomia, que deve estar ao alcance de todos. Revela-se como a capacidade das pessoas de não apenas saber eleger e avaliar informações com vista à ação, mas de criticar e, se necessário, mudar as regras e práticas da cultura a que pertencem

Isso requer mais amplas habilidades cognitivas e oportunidades sociais do que a autonomia da agência.

É por essa razão que saúde física e autonomia devem sempre ser realizadas em um contexto coletivo, envolvendo os poderes públicos, de par com a participação da sociedade.

E devem ser o alvo primordial das políticas públicas, tendo em vista a concretização e a garantia do direito fundamental de todos, indistintamente, de terem as suas necessidades básicas atendidas e otimizadas.

Contudo, a probabilidade empírica de que essa otimização ocorra dependerá, decisivamente, do enfrentamento efetivo das necessidades básicas (saúde física e autonomia), o que, por sua vez exigirá certas condições sociais vinculadas às seguintes dimensões da vida humana:

- a. produção: toda sociedade deve produzir suficientes recursos para assegurar a todos os seus membros níveis básicos de saúde física e autonomia;
- b. reprodução: toda sociedade deve assegurar um adequado nível de reprodução biológica e de socialização das crianças;
- c. transmissão cultural: toda sociedade deve assegurar à população a transmissão de conhecimentos e valores necessários à produção e à reprodução social;
- d. sistema de autoridade: algum tipo de sistema de autoridade deve ser instituído e legitimado pela sociedade para garantir adesão e respeito às regras que institucionalizam direitos e deveres [sem grifo no original].

O artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, também se refere a um mínimo existencial ao prever que: “Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família, especialmente para a alimentação, o vestuário, a moradia, a assistência médica e para os serviços sociais necessários”.

Diante dessa garantia, certo está que do ponto de vista político o “mínimo” é um parâmetro social e deve respeitar condições básicas para o desenvolvimento humano.

Na discussão sobre a composição desse “mínimo existencial”, encontrar-se-ão vozes bradando que sem energia elétrica restará impossível atingir tal condição mínima de vida. Outras, porém, dirão que a suspensão desse bem essencial é consequência de uma transgressão por parte do consumidor. Seja como

for, também por esse prisma se revela dificultoso o entendimento da possibilidade ou não da suspensão de energia elétrica em razão da inadimplência do consumidor haja vista que tal situação pode ocasionar desrespeito à garantia de um mínimo social.

Para o Direito esse conceito alcança grandes discussões, em especial para as normas infraconstitucionais.

3.2.1 A proteção do consumidor como um direito fundamental

A Constituição Federal de 1988, a chamada “Constituição Cidadã”, é um marco relevante na condução do Brasil ao patamar de nação empenhada no respeito aos direitos civis dos cidadãos.

Nesse sentido, como forma de alcançar tal condição “cidadã”, a exemplo da Constituição Espanhola de 1978 e da revisão da Constituição Portuguesa realizada em 1989, que reconheceram direitos dos consumidores, a atual Carta Magna também se preocupou com a defesa do consumidor.

Assim, seja por respeito a sua dignidade, seja por relevante fundamento da economia (capitalismo), ou mesmo por vias reflexas – o que não parece o caso –, o fato é que o artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal destaca de forma muito contundente a defesa do consumidor como um direito e uma garantia fundamental.

Sobre esse contexto histórico, Gilmar Mendes Ferreira⁴⁶ asseverou que:

A emergência desse novo direito insere-se, como é sabido, na transição do Estado Liberal para o Estado Social, exatamente porque as relações de consumo – tal como as relações jurídicas em geral –

⁴⁶ Apud RIOS, Josué de Oliveira. *O direito do consumidor como instrumento de garantia e concretização da dignidade da pessoa humana*. 2008. Tese (Doutorado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 59.

tendo se tornado ilegítimas, pela quebra do equilíbrio entre outros sujeitos de direito – estavam a reclamar uma nova atitude do legislador para absorver e/ou racionalizar, na medida do possível, a revolta dos fatos contra os códigos, na feliz expressão com que Gaston Morin denunciou a perda de sintonia entre os modelos jurídicos herdados do liberalismo em suas múltiplas facetas e a realidade socioeconômica gerada pela Revolução Industrial e pela conseqüente formação do operariado como classe social.

Em continuidade, Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁷ muito oportunamente afirma que: “[...] sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade”.

Certo que, como princípio e direito fundamental do Estado Democrático de Direito, é possível afirmar que a defesa do consumidor é também um desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana.

Para o doutrinador Celso Ribeiro Bastos⁴⁸ “trata-se de um dispositivo de importância vital, por estabelecer um dever para o Estado, além de autorizar o legislador a elaborar regras de prevalência do direito do consumidor”. Para este autor, a inclusão da defesa do consumidor no rol de direitos fundamentais apresentados no artigo 5º da Constituição Federal o eleva a direito fundamental, relativo a direito da personalidade.

Fábio Konder Comparato⁴⁹ entende que a defesa do consumidor é um princípio geral de ordem econômica, objeto de política pública, impondo limites positivos e negativos ao Estado – um, referindo-se ao dever de edição de normas infraconstitucionais que garantam ao cidadão a plenitude do exercício desses direitos, outro, que o Estado impeça o prevailecimento de normas infraconstitucionais que de alguma forma limitem tais direitos. Sem prejuízo do que foi precedentemente exposto, destaca também que a defesa do consumidor, como princípio da ordem econômica, não se subordina aos outros princípios econômicos.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

⁴⁸ Apud FELLOUS, Beila Esther. *Proteção do consumidor no Mercosul e na União Européia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 24, p. 161.

⁴⁹ Apud FELLOUS, Beila Esther. *Proteção do consumidor no Mercosul e na União Européia*, p. 163.

O doutrinador Eduardo Bittar⁵⁰ esclarece que os direitos da personalidade são inatos, absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, necessários, oponíveis *erga omnes* e constitucionalmente salvaguardados. Por essa razão cabe ao Estado sua proteção incondicional e tal premissa – que dá suporte a todo o sistema jurídico brasileiro – também ocorre por meio de claras políticas de defesa do consumidor.

Nessa linha de raciocínio, a defesa e a proteção dos direitos do consumidor não só assumem forma de primado de proteção à vida, à dignidade, mas também estão intimamente ligados à proteção de interesses econômicos e sociais, consoante as garantias do Estado Democrático de Direito. Referida proteção, ainda que, em hipótese, individualmente aplicada, acaba por redundar em uma sociedade democrática, sendo este o norte da Constituição Federal e, por consequência, da legislação infraconstitucional.

Importante mencionar que o mesmo artigo 5º da Constituição Federal, ao tratar da necessidade de proteção ao consumidor, também evidencia outros direitos constitucionalmente relevantes, como igualdade, legalidade, liberdade de expressão, intimidade e propriedade, que trazem consigo o dogma da livre iniciativa, natural e essencial para a manutenção do regime de produção capitalista hodiernamente adotado pelas nações.

Insta frisar, nesse aspecto, que a proteção da dignidade da pessoa humana surge do claro entendimento de que este bem necessitava de maior proteção, fazendo-se necessário acentuar tal dever. Porém, é certo que alguns aspectos são intrínsecos ao modelo de produção capitalista, palco de evidentes disparidades sociais, ocasionando, por vezes, atos ou fatos atentatórios da dignidade – embora este ideal de dignidade da pessoa humana nunca deva ser deixado à parte.

⁵⁰ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Direitos do consumidor e direitos da personalidade: limites, intersecções, relações. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 33, 2000, p. 182-190.

Em rigor, o que se pretende alcançar com essas palavras é que o Direito, até como forma de repúdio à concepção capitalista exacerbada – o lucro em primeiro lugar –, é direcionado também pela ciência social, sendo um caminho sobremaneira tortuoso negar-lhe tal vertente.

Nessa linha, bom destacar o entendimento de Josué de Oliveira Rios⁵¹, evidenciando que a doutrina que aborda a defesa do consumidor normalmente se repete em listar os seguintes artigos da Constituição Federal de 1988: artigo 48 (ADCT), artigo 5º, inciso XXXII, artigo 170, inciso V, artigo 24, inciso V, e artigo 174, parágrafo 4º, quando na verdade a Carta Magna prevê mais de sessenta normas que, de forma direta ou indireta, alcançam a defesa do consumidor. É o que se demonstra no Quadro 2 a seguir.

Quadro 2 – A defesa do consumidor na Constituição Federal de 1988

Normas que direta ou indiretamente amparam a proteção do consumidor no texto constitucional	Conteúdo: Direto ou Indireto
Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:	Direto
Art. 5º, [...]: IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;	Direto
Art. 5º, [...]: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;	Direto
Art. 5º, [...]: XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;	Direto

⁵¹ RIOS, Josué de Oliveira. *O direito do consumidor como instrumento de garantia e concretização da dignidade da pessoa humana*. 2008. Tese (Doutorado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 139-145.

Art. 5º, [...]: XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;	Direto
Art. 5º, [...]: XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;	Direto
Art. 5º, [...]: XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;	Direto
Art. 5º, [...]: XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;	Direto
Art. 5º, [...]: XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;	Direto
Art. 5º, [...]: XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;	Direto
Art. 5º, [...]: XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;	Direto
Art. 5º, [...]: LXX, alínea "b" - organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;	Direto
Art. 5º, [...]: LXXII, alínea "a": para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;	Direto
Art. 5º, [...]: LXXII, alínea "b": para a retificação de dados, quando não se prefera fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;	Direto
Art. 9º, caput: É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. § 1º - A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.	Indireto
Art. 21º, caput: 21. Compete à União: [...] VIII - administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada;	Indireto
Art. 21º, [...], XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão	Indireto

ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;	
Art. 21º, [...],XXI - estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação;	Indireto
Art. 21º, [...], XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:	Direto
Art. 22, caput: Compete privativamente à União legislar sobre: [...],IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;	Indireto
Art. 22, [...], V – serviço postal;	Indireto
Art. 22, [...], IX - diretrizes da política nacional de transportes;	Indireto
Art. 22, [...], XIX - sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular;	Direto
Art. 22, [...],XX - sistemas de consórcios e sorteios;	Direto
Art. 22, [...],XXIV - diretrizes e bases da educação nacional;	Indireto
Art. 22, [...], XXIX - propaganda comercial.	Direto
Art. 23, caput: É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...]: II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;	Indireto
Art. 23, [...]:V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;	Indireto
Art. 24, caput: Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...]: V - produção e consumo;	Direto
Art. 24, [...], VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;	Direto
Art. 24, [...], IX - educação, cultura, ensino e desporto;	Indireto
Art. 24, [...], X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;	Indireto
Art. 24, [...], XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;	Indireto

Art. 24, [...], XIII - assistência jurídica e Defensoria pública;	Indireto
Art. 24, [...], XIII - XV - proteção à infância e à juventude;	Indireto
Art. 25, caput: Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. [...]:§ 2º - Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.	Indireto
Art. 30, caput: Compete aos Municípios: [...]: alínea V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;	Indireto
Art. 37, caput: Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]: § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:	Direto
Art. 37, [...]; § 3º, alínea I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; [...].	Direto
Art. 37, [...]; § 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.	Direto
Art. 62, caput: Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: [...] II - que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; [...].	Indireto
Art. 129, caput: São funções institucionais do Ministério Público: [...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;	Direto

<p>Art. 129, [...]:§ 1º - A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.</p>	Direto
<p>Art. 134, caput: A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.)</p>	Indireto
<p>Art. 149-A, caput: Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III.</p>	Direto
<p>Art. 149-A, Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica.</p>	Direto
<p>Art. 150, caput: Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] § 5º - A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.</p>	Direto
<p>Art. 170, caput: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V - defesa do consumidor;</p>	Direto
<p>Art. 173, caput: Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. [...] § 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.</p>	Direto
<p>Art. 173, § 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.</p>	Direto
<p>Art. 200, caput: Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: Inciso I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de</p>	Direto

interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;	
Art. 200, [...], VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;	Direto
Art. 200, [...], VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;	Direto
Art. 206, caput: O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: [...] VII - garantia de padrão de qualidade.	Direto
Art. 219, caput: O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.	Indireto
Art. 220. caput: A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. [...] § 3º - Compete à lei federal: [...] II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.	Direto
Art. 225. caput: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...] V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; [...].	Indireto
Art. 225. caput: [...]	Indireto

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...] VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;	
Art. 230. caput: A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.	Indireto
Art. 236. caput: Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. [...] § 2º - Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.	Direto
Art. 244. caput: A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2º.	Indireto
ADCT – Artigo 48, caput: Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.	Direto

Fonte: Adaptado da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

A propósito, tem razão Josué de Oliveira Rios quanto aos demais artigos constitucionais que preveem a defesa do consumidor. Todavia, a observação de que a doutrina restringe sua análise a determinados artigos do texto constitucional (5º, 170, 24, 174 e 48 do ADCT) não procede, pois é certo que ela avalia as normas matizes da legislação consumerista e não todas as que estão, principalmente indiretamente, alcançando ou resvalando na esfera do consumidor. O próprio autor traz outros esclarecimentos sobre o critério utilizado para alcançar tal raciocínio, porém, em nada acrescentariam ao presente estudo. A preocupação em evidenciar os dispositivos alcança mais um caráter informativo do que pedagógico.

3.2.2 A dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana, em uma visão mais contemporânea, constitui um valor máximo e tem prioridade em qualquer ordem, seja social ou jurídica. Na construção do Estado Democrático de Direito, a dignidade humana não é apenas princípio que serve à construção de suas bases. Mais que isso, ela deve demonstrar efetividade.

A propósito, já é passado o tempo em que muito se refletiu sobre a natureza do homem, até mesmo para discutir a questão da igualdade ou desigualdade de servos, mulheres, negros, não raro, para explicar o estrato social de sociedades pretéritas.

Na sociedade contemporânea o homem, independentemente de cor, raça, sexo, é um ser que merece ser respeitado em sua essência. O homem, antes de qualquer coisa, é pessoa. A pessoa, por sua vez, é um ser em relação. Como diria Santo Tomás: "*Persona est relatio*".

Como razão e experiência humana, o caráter relacional da pessoa é uma realidade incontornável da própria existência. O "eu" abre-se e é reafirmado na coletividade. Na intimidade do relacionamento interno individual - com nós mesmos, embora muitas vezes pré-conscientemente, a experiência de uma profunda e inexorável dinâmica que somos tratados como um "alguém" e não como "algo" é o que nos trás conforto.

Immanuel Kant⁵² tinha razão quando afirmava que se deve tratar os outros não apenas como meio, mas como fins em si mesmos. Caso contrário, auto-estima ou sentimento da nossa própria dignidade seria algo desconsiderado. No entanto, esta dinâmica do próprio "eu" como sujeito aponta para a existência ou um valor da dignidade do "ser" enquanto pessoa. Uma dignidade que de forma correta não está sujeita a fatores externos ou não-essenciais, tais como o social ou a situação

⁵² KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2002.

econômica, a raça, a saúde etc. A pessoa humana tem um valor simplesmente por ser uma pessoa e não por esta ou aquela sua accidental “qualidade”.

José Afonso da Silva⁵³ é um dos autores que se destacam no trato da matéria “dignidade” e interpreta o pensamento kantiano da seguinte maneira:

De fato, a palavra ‘dignidade’ é empregada no sentido de forma de comportar-se e no sentido de atributo intrínseco da pessoa humana, como um valor de todo o ser racional, independentemente da forma como se comporte. É com esta segunda significação que a Constituição tutela a dignidade da pessoa humana, de modo que nem mesmo um comportamento indigno priva as pessoas dos direitos fundamentais que lhe são inerentes, ressalvada a incidência de penalidades constitucionalmente autorizadas. Por isso, consoante lembra Jesus Gonzáles Pérez, ‘é inconcebível afirmar – como fazia Santo tomas de Aquino para justificar a pena de morte – que o homem, ao delinqüir, se aparta da ordem da razão’, e portanto decai da dignidade humana e se rebaixa a certo modo à condição de besta porque a dignidade acompanha o homem até sua morte, por ser da essência da natureza humana, é que ela não admite discriminação alguma e não estará assegurada se o indivíduo for humilhado, discriminado, perseguido ou depreciado, pois como declarou o Tribunal constitucional da República Federal da Alemanha ‘à norma da dignidade da pessoa humana subjaz a concepção da pessoa como um ser ético-espiritual a determinar-se e a desenvolver-se a si mesmo em liberdade’. Aliás, Kant já afirmava que a autonomia (liberdade) é o princípio da dignidade da natureza humana e de toda natureza racional, considerada por ele um valor incondicionado, incomparável, que traduz a palavra ‘respeito’, única que fornece a expressão conveniente da estima que um ser racional deve fazer da dignidade.

Por essa razão é que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos maiores do Estado Democrático de Direito, tanta é a sua importância que vem expressa no artigo 1º, inciso II, da Constituição Federal.

Nas palavras de Luiz Antônio Rizzatto Nunes⁵⁴, dignidade é “um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais”, não podendo, na concepção do autor, ser objeto de interpretação.

⁵³ Apud RIOS, Josué de Oliveira. *O direito do consumidor como instrumento de garantia e concretização da dignidade da pessoa humana*, p. 59, citação 106.

⁵⁴ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 50-51.

De fato, a dignidade é um princípio fundamental constitucionalmente previsto, não um direito fundamental. Tal aparte é extremamente relevante para o Direito.

Como antes evidenciado, ao longo dos séculos o Cristianismo constituiu uma concepção de homem como imagem e semelhança de Deus, o que, nas palavras de Cristiana Menezes Santos⁵⁵, dava azo à interpretação de que sua dignidade não era derivada da condição humana, mas da projeção de Deus sobre ele. Na Idade Média era comum encontrar a dignidade atrelada à condição social ou política do indivíduo.

Após o Cristianismo, com o Renascentismo há uma transição desse entendimento; abandona-se a interpretação por meio de uma condição para a avaliação do “ser” propriamente dito, a avaliação passa a ser feita pelo seu valor intrínseco.

Giovanni Pico della Mirandola, na obra “Discurso sobre a Dignidade do Homem” afirma que Deus, tendo criado todas as criaturas, foi tomado pelo desejo de gerar uma outra, um ser consciente que pudesse apreciar sua criação, mas não havia nenhum lugar disponível na cadeia dos seres então existentes, desde os vermes até os anjos. Então Deus criou o homem, que era capaz de aprender sobre si mesmo e sobre a natureza, além de poder emular qualquer outra criatura. Desta forma, afirmou que quando o homem filosofa, ele ascende a uma condição angélica e comunga com a Divindade, entretanto, quando falha em utilizar o seu intelecto, pode descer à categoria dos vegetais mais primitivos. Para o autor, deste raciocínio resulta que os filósofos estão entre as criaturas mais dignificadas da criação.

A ideia que o homem pode ascender na cadeia dos seres pelo exercício de suas capacidades intelectuais foi uma profunda garantia de dignidade da existência humana na vida terrestre. A raiz da dignidade reside na sua afirmação que somente os seres humanos podem mudar a si mesmos pelo seu livre-arbítrio.

⁵⁵ SANTOS, Cristiana Menezes. *Responsabilidade extracontratual por lesão à pessoa humana face ao princípio da dignidade*. 2008. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p.39.

Sobre essa questão, em sua obra “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”, Immanuel Kant⁵⁶ afirma que:

No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade.
Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas, quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.

Apesar de diversas críticas realizadas nesse sentido, o conceito é verdadeiro, ainda que do posto de vista filosófico. Em outras palavras, se algo tem valor, então não haveria que se falar em dignidade. Mas se para determinada pessoa um determinado bem atinge patamar que a nenhum valor pode ser comparado; aí se consubstanciará a verdadeira dignidade.

A constitucionalização do princípio da dignidade consubstancia uma das consequências da Segunda Guerra Mundial, momento da história em que um sem-número de pessoas sofreram os mais violentos ataques à sua dignidade. Depois desse lamentável episódio, o preceito da dignidade da pessoa foi positivado em diversas nações.

No artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) está consignado que: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

Na Lei Fundamental da Alemanha (1949), consoante o disposto no seu artigo 1º, tem-se que:

1 - A dignidade da pessoa humana é inviolável. Toda autoridade pública terá o dever de respeitá-la e protegê-la.
2 - Com isso, o Povo Alemão declara invioláveis e inalienáveis os direitos da pessoa humana, como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo [tradução nossa].⁵⁷

⁵⁶ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2002, p. 77.

⁵⁷ EMBAIXADA DA ALEMANHA. Os direitos fundamentais. Artigo 1. Disponível em: <http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/03/Constituicao/art__01.html>. Acesso em: 11 nov. 2008.

No artigo 3º da Constituição da República Italiana (1947): “1ª Parte: todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei sem distinção de sexo, raça, língua, religião, opinião política e condições pessoais e sociais” [tradução nossa].⁵⁸

Do artigo 2º da Constituição da Grécia (1949) extrai-se o seguinte: “Dignidade Humana: O respeito e a proteção da dignidade humana constituem a primeira obrigação do Estado” [tradução nossa].⁵⁹

Na Constituição da República Portuguesa (1976) ficou assim consignado:

Artigo 1º: Portugal é uma República soberana, baseada, entre outros valores, na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.
Artigo 13. 1ª alínea: Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.⁶⁰

O artigo 10 da Constituição da Espanha (1978) assim preconiza: “A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade e o respeito à lei e aos demais direitos dos outros são fundamentos de ordem política e da paz social” [tradução nossa].⁶¹

A Constituição da República Federativa do Brasil (1988) expõe que:

Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:
[...]
III - a dignidade da pessoa humana; [...].

⁵⁸ “Art. 3 Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.”

⁵⁹ “Article 2 Human Dignity Respect for and protection of human dignity constitute the primary obligation of the State.”

⁶⁰ PORTAL JURÍDICO INVESTIDURA. Constituição Portuguesa. Art. 1º - 146. Disponível em: <http://investidura.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1664:constituicao-portuguesa--arts-1o-146&catid=134:constituicoes&Itemid=994>. Acesso em: 11 nov. 2008.

⁶¹ “Artículo 10.1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”

A Constituição do Peru (1993), no seu artigo 1º, afirmou que: “A defesa da pessoa humana e o respeito de sua dignidade são o fim supremo da sociedade e do Estado” [tradução nossa].⁶²

É sabido, ainda, que a doutrina majoritária não destoa de que o referido princípio prevalece em face de outros, ainda que alguma doutrina defenda o seu relativismo, como Robert Alexy, que entende ser possível a confrontação de princípios.

Neste ponto, quadra lembrar que o objeto deste estudo não é discutir a preponderância da dignidade sobre outros princípios, mas sim ratificar que esta opção foi buscada, autorizada e positivada pelo legislador e, em alguns casos, a dignidade da pessoa humana passa por uma interpretação social e não mais individual.

Vê-se, portanto, a clara preocupação de nações e governantes com o respeito aos direitos humanos como um dos pilares da sociedade contemporânea, afastados, pois, os atuais desrespeitos concretos aos direitos civis em algumas regiões do mundo, que nada contribuiriam para esta tarefa.

⁶² “Artículo 1º La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.”

4 A EXPLORAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS: ESTADO REGULADOR

4.1 A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL E O HISTÓRICO DAS PRIVATIZAÇÕES

Para iniciar o estudo faz-se necessário bem compreender como se dá a prestação dos serviços públicos no Estado brasileiro, assim como sua transferência para a iniciativa privada, quando não há vedação legal.

Por meio das Leis nº 8.031/90 e nº 8.987/95, que dispõem sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no artigo 175 da Constituição Federal, pode-se contextualizar o Programa de Desestatização perpetrado inicialmente pelo Governo Federal visando à Reforma do Estado.

Com o respaldo constitucional e legal, a União, os Estados e os Municípios privatizaram empresas das áreas de siderurgia, petroquímica, telecomunicações, energia, transportes, financeiras, entre outras. Desta abordagem deve ficar afastada qualquer avaliação subjetiva sobre a melhora dos serviços, conveniência da administração ou mesmo elevação dos custos.

Pois bem. Referida reforma representou a mudança do modelo burocrático para o gerencial de Administração Pública, reservando-lhe, nesta nova realidade, o papel normatizador e regulador da atividade econômica.

Assim, a execução de parcela dos serviços públicos passou a ser incumbência da iniciativa privada, sob a chancela e outorga do Estado. Na conjuntura histórica, agravada pela incapacidade do Estado em responder às crescentes demandas sociais, a opção da Administração foi pelo enxugamento do Estado, viabilizando sua desmobilização e potencializando receitas por meio das licitações e da geração de tributos, tudo com o intuito de obter maior eficiência social.

Vale conferir, então, os motivos que levaram o Poder Público brasileiro a privatizar alguns serviços públicos para desonerar o Estado de atividades que, empreendidas por empresas privadas, geram-lhe receitas com o pagamento de tributos, ao contrário do dispêndio até então experimentado. Além disso, entende-se que os serviços que vieram a ser desempenhados por empresas privadas, em substituição ao Estado, passaram por respeitável aprimoramento, perceptível por todos aqueles que deles se utilizam.

A esse respeito o jurista espanhol Francisco Villar Rojas⁶³, em análise do processo de privatização em países europeus, destaca que a regulação não se trata de mera técnica da privatização, mas, nas suas palavras:

[...] de conseqüência necessária e iniludível da alienação de empresas de serviço, já que a venda não leva à desaparecimento da responsabilidade pública de garantir o serviço e o acesso de todos os cidadãos ao mesmo, resultando necessária a regulação ou regulamentação para dar resposta a essas exigências.

Importa acrescentar, ainda, que “a privatização desvelou a vontade política de substituir a titularidade pública das empresas de serviços por monopólios privados regulados, dado que se considerava que a regulação permitiria uma prestação muito mais eficiente e econômica do serviços”⁶⁴. Em outras palavras, essa substituição justificava um novo marco normativo para controle desses serviços por meio da regulação, viés natural dessa nova figura de prestador de serviços públicos.

Como evidenciado por estudo histórico desenvolvido pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES)⁶⁵, as privatizações representaram

⁶³ Apud AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Agências reguladoras de serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 14, maio/junho/julho 2008, p. 3. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 10 set. 2008.

⁶⁴ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Agências reguladoras de serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 14, maio/junho/julho 2008, p. 3. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 10 set. 2008.

⁶⁵ BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. Privatização. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/privatizacao/resultados/already.asp>>. Acesso em: 15 nov. 2008.

benefício econômico da ordem de U\$ 105,56 bilhões de dólares ao Estado brasileiro, no período de 1980 a 2000.

Nesse contexto, muitas empresas privatizadas tornaram-se gigantes companhias de capital privado, algumas vezes sob controle de empresas multinacionais estrangeiras, que passaram a atuar no mercado brasileiro fornecendo produtos ou prestando serviços diretamente a usuários/consumidores que necessitam dos serviços considerados essenciais, em especial quanto às empresas de telecomunicação, distribuidoras de energia e de água. Tem-se, portanto, a iniciativa estatal de mudança de foco administrativo.

Diversas agências reguladoras, via de regra, autarquia em regime especial, com missão de proporcionar condições favoráveis para que o mercado onde atuam se desenvolva com equilíbrio entre os agentes e em benefício da sociedade, foram criadas para fiscalizar as empresas que, por meio de licitação, adquiriram a outorga de exploração daqueles serviços.

A pioneira a aparecer nesse cenário foi a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), seguidas de tantas outras como Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional do Petróleo (ANP), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVS), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), a Agência Nacional de Águas (ANA) (Lei 9.984, de 17.07.2000), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), entre outras que, atualmente, passam por franca discussão sobre sua finalidade e autonomia, sendo incerto inferir qualquer prognóstico atual.

Destarte, ante a afirmação de que o Direito brasileiro é direcionado para a proteção social e, também, econômica das pessoas, importante destacar o histórico das privatizações no País⁶⁶.

⁶⁶ BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. Privatização. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/privatizacao/resultados/historico/history.asp>>. Acesso em: 15 nov. 2008.

Como sabido, a privatização fez parte da agenda nacional, tendo passado por fases distintas. Desde a criação do Programa Nacional de Desestatização (PND), em 1991, foram privatizadas 68 empresas e participações acionárias estatais federais, a maioria nos segmentos de siderurgia, química e petroquímica, fertilizantes e energia elétrica, alcançando a cifra de US\$ 50 bilhões de dólares até 2002. No âmbito estadual o valor aproximou-se de US\$ 35 bilhões de dólares no mesmo período.⁶⁷

Em síntese, o Governo Geisel estatizou diversas companhias como forma de fortalecer a economia brasileira, porém, na década de 80 houve uma fase caracterizada pela "reprivatização" de empresas que haviam sido absorvidas pelo Estado, na maioria dos casos, em função de dificuldades financeiras. À época, não havia, ainda, por parte do governo, intenção de implementar um programa em larga escala.

Na década posterior, com a criação do Programa Nacional de Desestatização, pela Lei nº 8.031/90, foram incluídas 68 empresas no referido programa, ocasionando a desestatização de 18 empresas nos setores de siderurgia, fertilizantes e petroquímica.

A magnitude e o escopo da privatização foram significativamente ampliados. A venda de companhias, como a Usiminas, por exemplo, em outubro de 1991, permitiu a arrecadação de mais do que o dobro do obtido na década de 80. O PND concentrou esforços na venda de estatais produtivas, com a inclusão de empresas siderúrgicas, petroquímicas e de fertilizantes no seu rol de "privatizáveis".

Nesse período, a prioridade para o ajuste fiscal traduziu-se na maciça utilização das chamadas "moedas de privatização" – títulos representativos da dívida pública federal – na compra das estatais.

⁶⁷ BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. Privatização. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/privatizacao/resultados/historico/history.asp>>. Acesso em: 15 nov. 2008.

Em 1994, concluída a desestatização do setor siderúrgico, intensificou-se o processo de transferência de empresas produtivas ao setor privado.

De fato, no intuito de ampliar e democratizar o PND foram introduzidas mudanças na legislação para permitir a ampliação do uso de créditos contra o Tesouro Nacional como meios de pagamento, a venda de participações minoritárias, detidas direta ou indiretamente pelo Estado, e a eliminação da discriminação contra investidores estrangeiros, permitindo sua participação em até 100% do capital votante das empresas a serem alienadas.

A partir de 1995, com o início do novo governo, maior prioridade é conferida à privatização. O PND é apontado como um dos principais instrumentos de reforma do Estado, sendo parte integrante do programa de governo. Foi criado o Conselho Nacional de Desestatização (CND), em substituição à Comissão Diretora, e praticamente concluída a privatização das estatais que atuavam no segmento industrial.

Inicia-se, então, uma nova fase do PND, em que os serviços públicos são transferidos ao setor privado. A agenda inclui os setores de eletricidade e concessões na área de transporte e telecomunicações, o que acrescentou aos objetivos do PND a melhoria da qualidade dos serviços públicos prestados à sociedade brasileira, mediante o aumento dos investimentos a serem realizados pelos novos controladores.

Essa nova fase também foi caracterizada pelo início do processo de desestatização de empresas estaduais, a cargo dos respectivos estados-membros, com o suporte do governo federal.

Antes restrita quase que exclusivamente à venda de empresas e participações incluídas no PND, a partir de 1997 a privatização no Brasil ganha, novamente, outra dimensão. Intensificam-se as privatizações de âmbito estadual, que também contaram com o apoio do BNDES.

Muito importante também, foi o início, em 1997, do processo de privatização do setor de telecomunicações, com a licitação de concessões de telefonia móvel celular para três áreas do território nacional. A venda das empresas de telecomunicações de propriedade do governo tornou-se possível com a aprovação, em 16.07.1997, da Lei Geral de Telecomunicações.

Em julho de 1998, o governo federal vendeu as doze *holdings*, criadas a partir da cisão do Sistema Telebrás, representando a transferência à iniciativa privada, das empresas de telefonia fixa e de longa distância, bem como das empresas de Telefonia Celular-Banda A. A arrecadação com a venda dessas doze empresas obteve um ágio médio de 53,74% sobre o preço mínimo.⁶⁸

Em 2000, como destaque tem-se a venda das ações que excediam o controle acionário detido pela União na Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobrás) e a desestatização do Banco do Estado de São Paulo S.A (Banespa). Foram ainda realizadas vendas de participações minoritárias da União incluídas no PND no âmbito do Decreto nº 1.068, bem como licitadas, pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), concessões para exploração de novos aproveitamentos hidrelétricos e de novas linhas de transmissão.

O PND findou em 2002 com a oferta pública global de 78 milhões de ações ordinárias da Cia. Vale do Rio Doce (CVRD), tendo sido considerada a maior operação de venda de ações realizada no Brasil, em número de compradores.⁶⁹

⁶⁸ BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. Privatização. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/privatizacao/resultados/historico/history.asp>>. Acesso em: 15 nov. 2008.

⁶⁹ BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. Privatização. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/privatizacao/resultados/historico/history.asp>>. Acesso em: 15 nov. 2008.

4.2 A ABORDAGEM LEGISLATIVA E O MARCO LEGAL HISTÓRICO

Sobre esse tema, é importante frisar que o arcabouço infraconstitucional, assim considerada a legislação básica referente ao setor elétrico brasileiro, no que tange ao presente estudo, segundo Geraldo Pereira Caldas⁷⁰, é a seguinte:

- a) Decreto nº 24.643, de 10.07.1934: institui o Código de Águas;
- b) Decreto nº 41.019, de 26.02.1957: regulamenta os serviços de energia elétrica;
- c) Lei nº 8.987, de 13.02.1995: dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal;
- d) Lei nº 9.074, de 07.07.1995: estabelece normas para a outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos, sendo em sua maior parte dirigida aos serviços de energia elétrica;
- e) Lei nº 9.427, de 26.12.1996, e Decreto nº 2.335, de 06.10.1997: criação do órgão fiscalizador, a Agência Nacional de Energia Elétrica;
- f) Lei nº 9.648, de 27.05.1998, e Decreto nº 2.655 de 02.06.1998 (parcialmente revogado): trazem disposições visando à implantação do novo modelo setorial. Esta lei criou o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) e o Mercado Atacadista de Energia (MAE), além de dispor sobre a reestruturação da Eletrobrás e suas subsidiárias. Muitas de suas disposições foram alteradas pela Lei nº 10.848/04, notadamente a revogação dos artigos que tratavam da cisão das empresas do Grupo Eletrobrás, e sua retirada do PND. O Decreto nº 5.081, de 14.05.2004, regulamenta os artigos 13 e 14 da Lei nº 9.648/98, que tratam do ONS;

⁷⁰ CALDAS, Geraldo Pereira. *As concessões de serviços públicos de energia elétrica*, p. 59-60.

g) Lei nº 10.438, de 26.04.2002: dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, recomposição tarifária extraordinária, cria o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa), a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), dispõe sobre a universalização do serviço público de energia elétrica, dá nova redação às Leis nº 9.427/96, nº 9.648/98, nº 3.890-A/61, entre outras;

h) Lei nº 10.848, de 15.03.2004: reformula o marco regulatório, notadamente no aspecto da comercialização da energia elétrica, e altera, entre outras, as Leis nºs 9.074/95, 9.427/96, 9.648/98 e 10.438/02, adaptando-as à nova modelagem setorial. O Decreto nº 5.163, de 30.07.2004, regulamenta a Lei nº 10.848/04 no que se refere à comercialização de energia elétrica e ao processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica. O Decreto nº 5.175, de 09.08.2004 constitui o Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico (CMSE), tratado no artigo 14 da Lei nº 10.848/04, enquanto o Decreto nº 5.177, de 12.08.2004, regulamenta os artigos 4º e 5º da mesma lei, dispondo sobre a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), sucessora do MAE;

i) Lei nº 10.847/04: autoriza a criação da Empresa de Pesquisa Energética (EPE), enquanto o Decreto nº 5.184, de 16.08.2004, cria a EPE e aprova seu estatuto social.

Importante marco, sobretudo no que concerne ao tema do presente estudo, o PND foi relevante para a mudança do Estado “Provedor” na condição de “Fiscalizador”, o que gerou necessidade de alteração também no campo infraconstitucional. Nesse sentido, a Lei nº 8.987, de 13.02.1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal, em muito inovou.

Em verdade, a origem da lei remonta ao ano de 1990, quando o então Senador Fernando Henrique Cardoso apresentou Projeto de Lei com o objetivo de regulamentar o artigo 175 da Constituição Federal. Referido projeto tinha o condão de definir regras para todos os setores a serem privatizados e esses teriam a

incumbência de definir legislação específica contendo as particularidades de cada setor. Aprovado no Senado Federal, foi enviado para a análise da Câmara dos Deputados, onde foi designado relator junto a Comissão de Minas e Energia.

Já sob a administração do Governo Collor e seu enfoque direcionado ao desenvolvimento do Estado, com as privatizações, o Poder Executivo agregou diversas emendas ao Projeto, consolidando-o no Projeto de Lei nº 202-F que foi aprovado. Retornando ao Senado, permaneceu tramitando por mais dois anos, até ser apresentado um projeto substitutivo e, ao final, sancionado pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso por meio da Lei nº 8.987/95.

Referida legislação, em seu artigo 2º, inciso II, dispõe que serviço público é, por definição:

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; [...].

A Lei de Concessões, Lei nº 8.987/95, dispõe, ainda, sobre diversos outros aspectos que devem ser considerados na regulação dos serviços e que, vale adiantar, alguns serão mais bem explorados neste estudo:

- serviço adequado: é caracterizado como aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação e modicidade das tarifas, sendo estes considerados exigências mínimas de um serviço público;
- as tarifas do serviço concedido devem ser fixadas pelo preço da proposta vencedora da licitação, que será preservado via reajustes para manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato;
- o julgamento das ofertas na licitação pode ser realizado por tarifa mais baixa aos usuários, ou pela taxa mais alta de concessão ou pela combinação das duas formas;

- o Poder Concedente pode prever em favor da concessionária receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados desde que previstas no edital de licitação;
- são permitidas a subconcessão e a transferência de concessão;
- os direitos e obrigações dos consumidores devem envolver a liberdade de escolha do prestador do serviço e o acesso a informações e possibilidades de atuação na fiscalização por meio de estímulo à criação de associações para a defesa dos seus interesses;
- a fiscalização dos serviços deve ser realizada por órgão técnico do poder concedente;
- o poder concedente poderá aplicar penalidades às concessionárias que não cumprirem suas obrigações contratuais e regulamentares, podendo ser desde multa até a extinção da concessão;
- o Poder Concedente, por meio de sua agência reguladora, deve estimular o aumento da qualidade e da produtividade, a conservação, a preservação do meio-ambiente e estimular a competitividade.

O ponto mais relevante da Lei de Concessões é que ela transfere aos contratos de concessão as definições das regras de funcionamentos dos serviços públicos a serem delegados, bem como as garantias dos consumidores. Porém, referida lei possui direitos e deveres aplicáveis a todos os *players* da relação – Poder Concedente – Concessionário – Cliente, como adiante será abordado.

Nesse cenário, a privatização das empresas do setor elétrico somente foi viabilizada com o amparo do contrato de concessão firmado entre o Concessionário e o Poder Concedente. Referido instrumento busca a maximização do respeito ao consumidor, condicionado a um retorno atrativo ao investidor. Por essa razão é uma preocupação muito grande – e por algumas vezes levadas ao Judiciário com o

acolhimento por parte deste – o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de forma a minimizar os riscos de retorno muito elevado ou muito abaixo dos valores investidos, assim como para que seja possível viabilizar eficientemente os serviços e a manutenção adequada dos ativos utilizados.

4.3 A ATUAL DEFINIÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

O conceito de serviço público não é estático, pois se altera com as necessidades ditadas pelo tempo e pelo interesse público. Diversidades culturais, tecnológicas, temporais, entre outras, têm influenciado na definição do instituto.

A respeito, Maria João Pereira Rolim⁷¹ comenta que:

O conceito de serviço público é controvertido, não obstante constitua o eixo central do Direito Administrativo. Ademais, a controvérsia não se restringe somente à variedade de acepções do conceito. Atualmente, em face de um movimento global de privatizações que, por vezes, envolvem a conversão de serviços públicos em atividades privadas de serviços públicos, ocorre também uma discussão institucional no sentido de se definirem parâmetros e modelos de gestão dessas atividades.

A autora esclarece, porém discorda que, de acordo com esse novo cenário e com a visão de alguns doutrinadores, o conceito de “serviços públicos” está passando por uma crise.

Seja como for, diversas classificações surgiram ao longo dos anos, caracterizando cada qual, à sua maneira, o instituto, sendo que nenhuma classificação é semelhante à outra, pois cada uma parte de um ponto específico para qualificar ou desqualificar um determinado serviço público.

No entanto, importante frisar que serviço público difere de função pública. Esta última é a atividade endereçada aos fins essenciais do Estado, enquanto o

⁷¹ ROLIM, Maria João C. Pereira. *Direito econômico da energia elétrica*, p. 111-112.

serviço público representa a atividade do Estado para atendimento dos objetivos de bem-estar social e de satisfação das necessidades individuais dos cidadãos.⁷²

A noção brasileira atual do que seja serviço público foi trazida do conceito francês e teve seu marco inicial a partir da Revolução Francesa, país onde se firmou como escola do serviço público, a partir do século XIX.

Para melhor contextualização desse conceito deve-se regredir à época Imperial, quando não havia determinação do que era "o bem para a coletividade", valendo apenas a vontade suprema do rei, já que o Estado era a vontade do monarca, uma figura absolutista sintetizada na história pela célebre frase do Rei Luís XIV: "L'État c'est moi"⁷³. O monarca impunha as regras, as leis e tinha o poder sobre tudo e todos.

Após esse período, com as novas concepções fruto da Revolução Francesa, é possível verificar a existência de uma maior definição das atividades do Estado.

Próximo ao século XXI, o serviço público começa a ter outra contextualização, pois a Constituição cria uma série de direitos e garantias ao indivíduo, que devem ser cumpridos pelo Estado.

A Constituição, nessa esteira, claramente evidencia quais são os serviços públicos que devem ser prestados à sociedade, não importando se a competência é do ente federal, estadual ou municipal. Com isso, o Estado passa a ser "social", com uma postura intervencionista e de providência.

Com dita postura, para atender aos anseios sociais, fez-se necessária a criação de um conjunto de leis a serem aplicadas às atividades então realizadas pelo Estado, em decorrência de um regime de gestão burocrática. O Estado, nesse

⁷² TÁCITO, Caio. *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v.1. p. 641.

⁷³ "O Estado sou eu" [tradução nossa].

momento, tem o "monopólio da execução" das atividades em geral, ou seja, todas as necessidades dos indivíduos são atendidas pelos serviços prestados pelo Estado.

Após esse período, próximo da década de 1980, ante a crise econômica gerada pela escassez de energia (petróleo), iniciou-se um novo conceito de serviço público, em que o setor privado passaria a suprir referida demanda da sociedade.

Como sabido, o objetivo principal dessa mudança foi o enxugamento da "máquina estatal" e trazer maior eficiência para a atividade precipuamente governamental.

Atualmente o Estado age como fiscalizador das atividades exercidas pelo poder privado, interferindo por meio de criação de regras para que essas atividades sejam exercidas dentro de limites e condições por ele ditadas, seja por meio das disposições constitucionais e/ou por leis infraconstitucionais. É a chamada "Regulação", em que o Estado exerce seu "poder de polícia", aplica multas e sanções para o bom relacionamento entre indivíduos/consumidores e prestadores de serviços.

Nessa trilha, é importante colacionar alguns conceitos de serviço público, conforme a doutrina.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello⁷⁴:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo [sem grifo no original].

⁷⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 612.

A lição de Hely Lopes Meirelles⁷⁵ é a seguinte:

Serviço Público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado. Fora dessa generalidade não se pode indicar as atividades que constituem serviço público, porque variam de acordo com a exigência de cada povo e de cada época. Nem se pode dizer que são as atividades coletivas vitais que caracterizam os serviços públicos, porque ao lado destas existem outras, sabidamente dispensáveis pela comunidade, que são realizadas pelo Estado como serviço público.

Maria Sylvia Di Pietro⁷⁶ ensina que: "Serviço público é toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente as atividades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público".

Da tradicional classificação doutrinária extrai-se que os serviços públicos são divididos em próprios e impróprios.

De acordo com Hely Lopes Meirelles⁷⁷, serviços públicos: a) próprios: são aqueles que devem ser prestados diretamente pelo Estado sem possibilidade de delegação ou concorrência; e b) impróprios: são aqueles que podem ser prestados pelos particulares e também indiretamente pelo Estado, mediante sua autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista.

Outra classificação diz respeito ao fornecedor do serviço, denominado critério orgânico ou subjetivo, no qual se define ou caracteriza o serviço público em atenção ao ente ou à pessoa que o satisfaz ou realiza.

⁷⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 154.

⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 230.

⁷⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 328.

Na concepção de Gaston Jèze⁷⁸, estudioso francês, é a noção subjetiva ou formal, portanto, ligada ao positivismo jurídico, ou seja, segundo a vontade dos governantes que por meio da legislação conferem um regime jurídico especial à determinada atividade.

O critério material ou funcional define o serviço público como a atividade que tem por objeto a satisfação de necessidades ou interesses coletivos, ou seja, leva-se em conta não o sujeito que presta o serviço, mas o fator primordial para esta definição, que vem a ser o que a população pretende, o que esta elege como dever do poder público fornecer. Essa necessidade varia de acordo com cada autor quanto ao requisito, designação ou nomenclatura, podendo ser chamada de caráter “geral”, “coletivo”, “público”, ou de “utilidade”. Alguns autores ainda fazem menção simultânea aos três adjetivos da necessidade: interesse “coletivo”, “geral” e “público”⁷⁹.

Na interpretação de Maria João Pereira Rolim⁸⁰, a noção clássica de serviço público, ligada ao direito administrativo, com sua vertente de direito público, com a alteração de cenário, passa a figurar dissociada de alguns de seus elementos.

Agora, quadra colacionar, não adstrito às conceituações decorrentes da vontade da lei, assertiva acerca da concepção de serviço público:

⁷⁸ Apud BOURGES, Fernanda Schuhli. Aspectos da noção de serviço público no contexto brasileiro. In: COSTADELLO, Angela Cassia (org.). *Serviço público: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 53-54.

⁷⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 45.

⁸⁰ ROLIM, Maria João C. Pereira. Direito econômico da energia elétrica, p. 113, citação “36” Apud GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação, p. 42: “Os doutrinadores praticamente são concordes em afirmar que a definição clássica de serviço público reunia três elementos, embora se desse maior ou menor ênfase ora a um, ora a outro, dentre eles, quais sejam: 1) o subjetivo, que considera a pessoa jurídica prestadora da atividade – o serviço público seria aquele prestado pelo Estado; 2) o material, que considera a atividade exercida – o serviço público seria a atividade que tem por objeto a satisfação de necessidades coletivas; 3) o formal – que considera o regime jurídico – o serviço público seria aquele exercido sob regime de Direito Público derogatório e exorbitante do direito comum.”

Conforme lição de Patrícia Baptista⁸¹:

A pluralidade dos interesses existentes na sociedade deve convergir para a formação de um novo interesse público, que não se confunde com aquele fixado pelo legislador, mas, ao contrário, é tido como uma grandeza autônoma pluralista. Torna-se útil e necessário, assim, transpor para o direito administrativo e, sobretudo, para as práticas administrativas, a técnica da ponderação de interesses desenvolvida pela jurisprudência constitucional. A supremacia do interesse público dá lugar à máxima realização dos interesses envolvidos como fundamento e como fim da atividade administrativa.

Diogo de F. Moreira⁸², embora afirmando a existência de uma indefinição semântica provocada pelo uso de variadas e equivocadas denominações, evidencia uma classificação com base no direito comparado:

- 1-serviço público não equivale a setor público;
- 2- serviço público supõe uma atividade de interesse geral que contém certas obrigações que possam ser impostas pelo poder público de escala nacional ou regional;
- 3- serviços de interesse geral se referem às atividades, públicas ou privadas, que cumprem missões de interesse geral e estão submetidas, por isso, a obrigações de serviço público em atenção a razões diversas que plasmam valores coletivos comumente assumidos: a coesão social, o meio ambiente, a proteção dos consumidores, a igualdade social, a garantia de um bem estar comum. Podem abarcar os serviços 'de mercado e os não de mercado' que as autoridades públicas considerem de interesse geral;
- 4- finalmente, os serviços de interesse econômico geral (art. 86 do Tratado) são os serviços de mercado aos quais se impõem obrigações de serviço público em atenção a interesses gerais e que costumam ser os serviços de rede.

O atual conceito de serviço público está em consonância com o que prescreve a doutrina de Ana Cláudia Finger⁸³:

O serviço público é uma das garantias constitucionais de realização dos direitos fundamentais. Sendo uma função estatal atribuída à

⁸¹ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 204.

⁸² MOREIRA, Diogo de Figueiredo Neto, Mutações nos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 01, fevereiro 2005, p. 13. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 out. 2008.

⁸³ FINGER, Ana Cláudia. Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, v. 12, 2003. p. 165.

Administração Pública correspondente ao oferecimento de uma prestação positiva concreta tendente à satisfação das necessidades fundamentais do cidadão, o serviço público constitui um importante instrumento de concretização dos direitos fundamentais e, como tal, é tarefa inafastável do Estado, mormente diante da idéia de um Estado Democrático e Social de Direito que a Constituição Federal de 1988 faz espargir.

Por fim, adere-se à corrente doutrinária que explica que o critério de serviço público se fundamenta nas três classificações tradicionais (material, subjetiva e objetiva) antes expostas, não excluindo uma ou outra.

4.4 O CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Colabora para uma melhor contextualização do presente estudo abordar, ainda que não pormenorizadamente, o instrumento de delegação da função primitiva do Estado ao particular que, por meio do contrato de concessão, possui o direito de explorar determinado serviço público, ofertando-o à sociedade.

Assim, o contrato de concessão de serviço público tem como finalidade a transferência da exploração de um serviço do Poder Público ao empreendedor, permanecendo com o Estado o dever de guardar pela adequada execução do contrato e o atendimento do interesse público. O interesse do concessionário é pela adequada e equilibrada remuneração ao longo dos anos. Esta remuneração – doutrinariamente mais conhecida como tarifa – deverá financiar a operação, promover o aprimoramento tecnológico e proporcionar lucro ao concessionário.

De forma simples, o contrato de concessão define: 1) o poder concedente; 2) o objeto da concessão; 3) a delimitação da área de exploração; 4) a forma e o período de exploração e; 5) os direitos e deveres das partes envolvidas.

À Administração Pública é facultado o direito de alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares com vistas a um melhor atendimento ao interesse público. Porém, em havendo alterações que acarretem o desequilíbrio econômico e

financeiro do contrato, conforme previsão legal, deverão ser feitos reajustes nas cláusulas remuneratórias da concessão, visando adequar as tarifas aos novos encargos advindos das modificações.

As partes envolvidas são guiadas pelas determinações da Lei nº 8.987/95, que, em seu artigo 6º, prevê deveres ao concessionário. Na dicção do citado artigo:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Assim, deverá o serviço ser prestado: indiscriminadamente para todos os usuários (generalidade), constantemente (permanência/continuidade - *uti universi*), satisfatoriamente qualitativa e quantitativamente (eficiência), com preços razoáveis (modicidade) e com bom tratamento ao público (cortesia). Satisfeitos esses requisitos, o serviço será considerado adequado, no entanto, desatendido qualquer um, deverá o Estado Regulador atribuir ao concessionário penalidades que podem chegar, até mesmo, à perda da concessão.

Por previsão contratual, que por sua vez reflete determinação legal⁸⁴, a extinção da concessão pode ocorrer por diversos motivos e formas: advento do

⁸⁴ “Art. 35. Extingue-se a concessão por:

I - advento do termo contratual;

II - encampação;

III - caducidade;

IV - rescisão;

V - anulação; e

VI - falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

§ 1º Extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato.

§ 2º Extinta a concessão, haverá a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários.

§ 3º A assunção do serviço autoriza a ocupação das instalações e a utilização, pelo poder concedente, de todos os bens reversíveis.

termo contratual (reversão)⁸⁵ - término do prazo da concessão, ocasionando assim o retorno do serviço ao Poder Concedente;

1) encampação ou resgate⁸⁶ – retomada da concessão pelo Poder Concedente durante o período de concessão, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior. O concessionário não possui prerrogativas, salvo a indenização, pois assim aceitou por ocasião da contratação;

2) caducidade⁸⁷ – em síntese, rescisão do contrato de concessão por infração contratual por parte do concessionário. A caducidade deverá ser declarada

§ 4º Nos casos previstos nos incisos I e II deste artigo, o poder concedente, antecipando-se à extinção da concessão, procederá aos levantamentos e avaliações necessários à determinação dos montantes da indenização que será devida à concessionária, na forma dos arts. 36 e 37 desta lei.”

⁸⁵ “Art. 36. A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.”

⁸⁶ “Art. 37. Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior.”

⁸⁷ “Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.

§ 1º A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando:

I - o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

II - a concessionária descumprir cláusulas contratuais, ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão;

III - a concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior;

IV - a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido;

V - a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos;

VI - a concessionária não atender a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço; e

VII - a concessionária for condenada em sentença transitada em julgado por sonegação de tributos, inclusive contribuições sociais.

§ 2º A declaração de caducidade da concessão deverá ser precedida da verificação da inadimplência da concessionária em processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa.

§ 3º Não será instaurado processo administrativo de inadimplência, antes de comunicados à concessionária, detalhadamente, os descumprimentos contratuais referidos no § 1º deste artigo, dando-lhe um prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas e para o enquadramento, nos termos contratuais.

por decreto do Poder Concedente, com a constatação da inadimplência do concessionário mediante processo administrativo e respeitado o princípio do contraditório;

3) rescisão⁸⁸ – desfazimento do contrato promovida pelo concessionário junto ao Poder Judiciário, durante o prazo de execução, em face do descumprimento do contrato por parte do Poder Concedente, sendo que os serviços prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos até a decisão judicial transitar em julgado, conforme art. 39 da Lei nº 8.987/95;

4) anulação – invalidação do contrato de concessão por ilegalidade na concessão ou na sua formalização, o que somente seria legalmente viável por meio de decisão judicial transitada em julgado;

5) falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

Não é demais asseverar que no contrato de concessão os direitos do usuário – consumidor – estão claramente garantidos, conforme estabelecido pela Constituição Federal em vigor.

Entretanto, como será abordado adiante, uma cláusula fundamental do contrato de concessão é a previsão expressa de “equilíbrio econômico-financeiro”. Tal conceito foi implementado por ocasião da elaboração legislativa, como forma de ofertar maior segurança ao empreendedor de que a aplicação de seu capital não

§ 4º Instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada por decreto do poder concedente, independentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo.

§ 5º A indenização de que trata o parágrafo anterior será devida na forma do art. 36 desta lei e do contrato, descontado o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária.

§ 6º Declarada a caducidade, não resultará para o poder concedente qualquer espécie de responsabilidade em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da concessionária.”

⁸⁸ “Art. 39. O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim.”

seria prejudicada em razão de posições políticas ou econômicas posteriores, já que se trata de um vínculo de longa duração.

Por essa razão, ante o entendimento de que a concessionária de serviços públicos não pode suspender o fornecimento de energia elétrica ao consumidor singular inadimplente (desde que devidamente notificado com a antecedência legalmente instituída), de fato haveria um grave desequilíbrio econômico financeiro do contrato, pois a concessionária deveria arcar com o custo de aquisição do insumo, mas não receberia do consumidor destinatário do mesmo. É evidente o descompasso econômico que tal situação, dependendo da quantidade e extensão, poderia ocasionar, inclusive, a falência da concessionária ou, no melhor cenário, graves prejuízos quanto à atualidade e eficácia das técnicas aplicadas, do bom funcionamento do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço, já que não haveria capital para tanto. Porém, tal situação não ocorreria, já que, nessa hipótese, caberá ao concessionário a busca de equilíbrio econômico financeiro do contrato, em que o Poder Concedente deverá autorizar aumento da tarifa, onerando demasiadamente a sociedade que frui do serviço – o bom pagador.

Não há dúvida de que o instrumento de reajuste tarifário não é assim tão simples, mas o resultado que seria alcançado é exatamente esse - onerosidade da sociedade que passa a pagar mais pelo mesmo serviço. Conforme estudo levantado, as perdas por simples inadimplência chegam a R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais)⁸⁹ que deixam de ser investidos no setor e, por via reflexa, acabam trazendo prejuízo para a sociedade.

Sobre essa questão, a concessão e seu respectivo contrato seguem a lógica e princípios próprios do direito administrativo. Assim, tem-se que a Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da economicidade expressamente por meio do artigo 70 e indiretamente no artigo 37.

⁸⁹ REVISTA O SETOR ELÉTRICO. Edição n. 34, novembro 2008, p. 23.

Sobre o princípio em comento, esclarece Juarez Freitas⁹⁰:

No tocante ao princípio da economicidade ou da otimização da ação estatal, urge rememorar que o administrador está obrigado a obrar tendo como parâmetro o ótimo. Em outro dizer, tem o compromisso indeclinável de encontrar a solução mais adequada economicamente na gestão da coisa pública. A violação manifesta do princípio dar-se-á quando constatado vício de escolha assaz imperfeita dos meios ou dos parâmetros voltados para a obtenção de determinados fins administrativos. Não aparecerá, no controle à luz da economicidade, nenhum traço de invasão da discricionariedade, porém se é certo que esta precisa ser preservada, não é menos certo que qualquer discricionariedade legítima somente o será se guardar vinculação com os imperativos de adequação e sensatez.

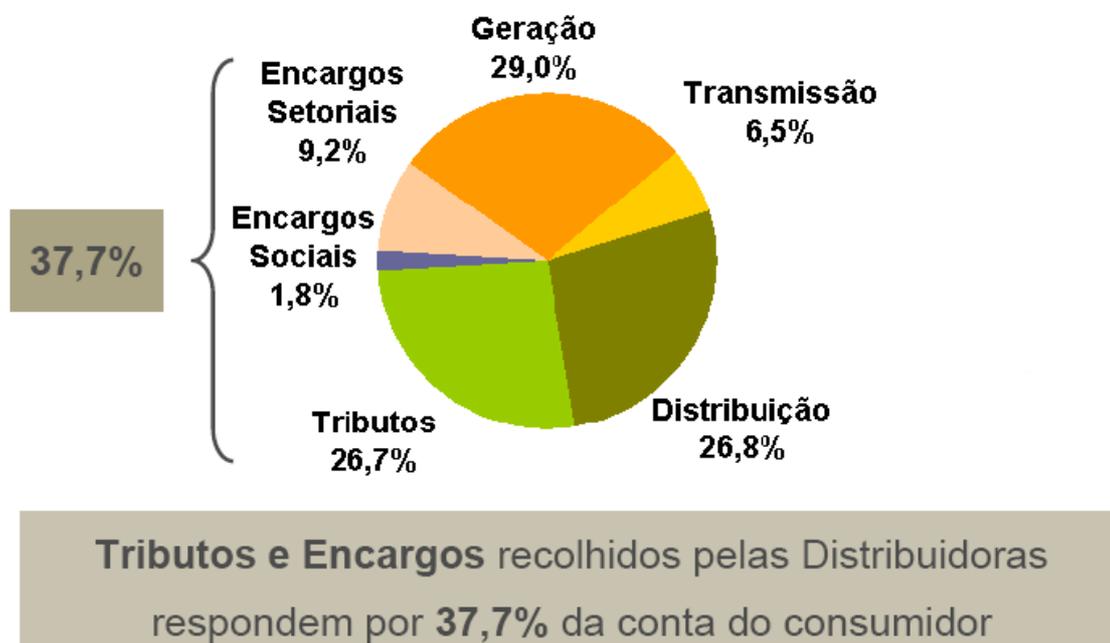
Nessa ótica, tal princípio torna-se essencial para análise de eficiência dos concessionários e, via reflexa, para análise de cumprimento contratual, o que milita em favor da estabilidade contratual. Ademais, por ocasião da contratação com o Poder Público o empreendedor particular levou em consideração, na formação do preço pago pela concessão, a possibilidade de suspensão do fornecimento de energia e ver-se tolhido de tal sistemática somente agravaria seu prejuízo. Do contrário, o empreendedor ficaria obrigado a fornecer o insumo sem a contraprestação, o que desequilibraria a estabilidade contratual, sendo forçoso ao Estado recompor o equilíbrio o que, neste caso, seria somente por meio de aumento tarifário, já que o fator risco – não suspensão – não foi aventado no momento da aquisição por ser determinação legal expressa.

A esse respeito, conforme estudo realizado pela Associação Brasileira dos Distribuidores de Energia Elétrica (ABRADEE), no ano de 2004⁹¹, é importante destacar que da totalidade da conta de energia elétrica paga mensalmente pelo consumidor singular, o percentual equivalente a 37,7% alude a impostos destinados ao Estado, conforme demonstrado no Gráfico 1, apresentado a seguir.

⁹⁰ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 85-86.

⁹¹ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DISTRIBUIDORES DE ENERGIA ELÉTRICA. Junho de 2005. Disponível em: <http://200.196.21.210/download/relatorios/Tributos_e_Encargos_Setoriais_2005-jun.pdf>. Acesso em: 10 set. 2008.

Gráfico 1 – Tributos e encargos das empresas distribuidoras de energia elétrica



Fonte: ABRADÉE⁹²

Portanto, fica patente que a não-aceitação da suspensão do fornecimento de energia elétrica ao consumidor singular pode ocasionar graves consequências sociais e, repita-se, não parece ser este o entendimento que se deve dar ao artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor.

4.4.1 A remuneração do concessionário, o risco e a estabilidade contratual

Em sua formatação histórica, a concessão pública se caracteriza pelo fato de o concessionário cobrar tarifas dos usuários em razão dos serviços que lhes presta.

⁹²ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DISTRIBUIDORES DE ENERGIA ELÉTRICA. Junho de 2005. Disponível em: <http://200.196.21.210/download/relatorios/Tributos_e_Encargos_Setoriais_2005-jun.pdf>. Acesso em: 10 set. 2008.

Com o passar dos anos o conceito de serviços públicos evoluiu, assim como a sua forma de remuneração. A legislação e a doutrina atual assumem que a concessão deva ser remunerada não somente pelas tarifas, mas por qualquer outra fonte de receita ligada à exploração do serviço, mas que não necessariamente as tarifas. Há inúmeros exemplos e não cabe neste momento expô-los. Mas, o fato é que dita remuneração deve ocorrer como forma de manutenção da própria concessão que, como é sabido, deve prezar pelos princípios da legalidade, da continuidade, da universalidade, da impessoalidade, da adaptabilidade e da modicidade das tarifas destinadas a remunerá-lo.

Logo, quando se trata de princípio da modicidade das tarifas alude-se diretamente à equação econômico-financeira da concessão de serviço público e o momento de sua formação. Um primeiro olhar registra uma aparente contradição quando se trata da “modicidade da tarifa X equilíbrio contratual”, já que ao empreendedor interessa maximizar o lucro. Porém, é justamente por essa ótica, mas de outro prisma, que deve ser avaliada a questão. Ou seja, o reequilíbrio busca uma equação próxima do “justo” para ambos – concessionária e consumidor – e deve ser avaliada com muita acuidade para que não seja beneficiada eventual ineficiência na gestão da concessionária.

Assim, por determinação legal, cabe ao Estado implantar a política tarifária e fiscalizar o concessionário que explora a concessão para que seja mantido um serviço moderno e adequado de forma a garantir o direito de fruição dos consumidores⁹³.

O concessionário, por sua vez, busca obter justa remuneração pelo serviço público que explora, o retorno do investimento, a recuperação dos recursos despendidos, a possibilidade de lucro e a estabilidade das regras contratadas. A política tarifária, prevista no texto constitucional, é fator decisivo na atração dos empreendedores para a prestação de serviços públicos, já que esse valor deve abarcar, também, a necessidade de investimentos no sistema, entre outras atividades.

⁹³ Art. 175, II, III e IV, da CF.

No Brasil, houve a opção de análise do valor da tarifa com “Base Zero”, ou seja, a partir do custo para a realização dos serviços, das parcelas destinadas a investimentos e da remuneração do capital investido chega-se a determinado valor de tarifa. Evidente que envolve outras questões, mas a premissa é assegurar modicidade tarifária e adequada remuneração do concessionário.

Portanto, a adequada precificação da tarifa é de relevante interesse coletivo, pois, se para mais premia o concessionário de forma indevida, para menos não garante à sociedade a possibilidade de contar com serviços de qualidade.

O jurista Celso Antonio Bandeira de Mello⁹⁴ ensina que a concessão de serviço público:

[...] é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.

Para a doutrinadora Odete Medauar⁹⁵, o chamado equilíbrio econômico-financeiro, também conhecido como equação financeira do contrato, significa:

[...] a proporção entre os encargos do contratado e a sua remuneração, proporção esta fixada no momento da celebração do contrato; diz respeito às chamadas cláusulas contratuais, terminologia redundante, classicamente usada para designar as cláusulas referentes sobretudo à remuneração do contratado.

Não se trata de reajuste contratual mas de equilíbrio, figuras jurídicas de sentidos distintos.

⁹⁴ Apud ROCHA, Fábio Amorim da. *A legalidade da suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores inadimplentes*. São Paulo: Lumen Júris, 2004, p. 45.

⁹⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 8. ed. 2004, p. 254.

Assim, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato consiste na relação direta entre o que se gasta com a concessão e o que se espera de lucro, devendo ser perene durante toda a longevidade do contrato.

Afirma ainda Fábio Amorim da Rocha⁹⁶ que: “[...] embora seja facultado ao Poder Público o agravo de encargos, há que se observar sempre a proporcionalidade, de maneira a compensar correlatamente o outro extremo da relação”.

Conforme afirma Georges Vedel: “a Administração pode, dentro de certos limites, modificar o peso das obrigações que, em um prato da balança, estão ao encargo de seu contratante, mas deve logo colocar no outro prato as compensações pecuniárias correspondentes”.⁹⁷

O conceituado jurista Hely Lopes Meirelles⁹⁸ sobre essa questão, esclarece que:

Equilíbrio financeiro: o equilíbrio financeiro, ou equilíbrio econômico, ou equação econômica, ou, ainda, equação financeira, do contrato administrativo é a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste. Essa relação encargo-remuneração deve ser mantida durante toda a execução do contrato, a fim de que o contratado não venha a sofrer indevida redução nos lucros normais do empreendimento.

A remuneração, segundo o já citado doutrinador Fábio Amorim da Rocha⁹⁹, seria justa quando o empreendedor recebesse pela prestação do serviço não só a quantia despendida para realizá-lo, mas também uma remuneração pelo trabalho e o retorno do seu capital investido, caso contrário seria mais benéfico investir o seu patrimônio em instituição financeira.

⁹⁶ ROCHA, Fábio Amorim da. *A legalidade da suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores inadimplentes*, p. 45.

⁹⁷ ROCHA, Fábio Amorim da. *A legalidade da suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores inadimplentes*, p. 45.

⁹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 197.

⁹⁹ ROCHA, Fábio Amorim da. *A legalidade da suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores inadimplentes*, p. 46.

Portanto, afirmar-se que a concessionária não poderá mais suspender o fornecimento em hipótese de inadimplência, importa em claro rompimento do “equilíbrio econômico-financeiro do contrato”, com o conseqüente afastamento de investimentos e de investidores, intranquilidade no mercado, entre outras.

4.4.2 A proteção do consumidor como princípio da ordem econômica

Uma ideia recorrente sobre a proteção do consumidor afirma que, independente do fundamento legal que a suporta, o que o Estado busca, na verdade, é a proteção do mercado, da ordem econômica. É com base nessa premissa que também se justifica a possibilidade da suspensão do fornecimento de serviços públicos ao consumidor inadimplente.

Nesse mesmo sentido, mas em análise de outra disciplina, Carlos Eduardo Vieira de Carvalho¹⁰⁰ esclarece que a repressão ao abuso do poder econômico tem o objetivo de coibir as finalidades típicas desta espécie de abuso, que são a dominação de mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. Logo, a atuação estatal nesse controle serve de proteção ao próprio mercado e, conseqüentemente, de seus consumidores, formando um ciclo virtuoso.

Nesse diapasão, constitui tarefa árdua para o Direito alcançar o adequado equilíbrio entre os *players* de mercado.

O jurista Lafayete Josué Petter¹⁰¹, a propósito, esclarece que:

Se o mercado tende a ajustar e a aproximar-se do equilíbrio entre oferta e demanda, não há como concebê-lo sem a figura do

¹⁰⁰ CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. A apuração de práticas restritivas da concorrência. *Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo*. IBRAC, n. 1 (4), 1994, p. 18.

¹⁰¹ PETTER, Lafayete Josue. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do artigo 170 da Constituição Federal*, p. 260.

fornecedor e do consumidor. Se a livre concorrência constitui claro princípio da atividade econômica, propiciando competição entre os agentes econômicos atuantes em um determinado mercado, certo é que esta competição pode gerar inegáveis benefícios aos consumidores.

O autor segue afirmando que nos Estados Unidos e na União Europeia a legislação da livre concorrência tem como preocupação central o consumidor e seus respectivos direitos.

No exame dessa questão, o mencionado autor ainda comenta que:

[...] a consagração da defesa do consumidor como princípio constitucional da atividade econômica não pode gerar suspeita, sendo inafastável sua devida apreciação quando em jogo o direcionamento ou a solução de problemas na atividade econômica.¹⁰²

É notório que o movimento consumerista alcançou abrangência mundial em razão da necessidade de tutelar referidos interesses, até então à margem do Estado. Para tanto, também se fazia necessário aperfeiçoar os ordenamentos jurídicos com vistas a regular os agentes de mercado, especificamente, fornecedores e consumidores, em razão da produção massificada de produtos e serviços. As relações de consumo que, não faz muito tempo, eram personalizadas, deram abertura à formalização de contratos de adesão e sem qualquer personalidade.

Acrescente-se que no modelo de economia regido pelo mercado, o Estado apenas atua para afastar eventuais abusos ou excessos aos mencionados princípios. Para tanto a ordem econômica é disciplinada por um conjunto de princípios estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 170, e fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com o objetivo de garantir a todos os indivíduos uma existência digna, conforme os preceitos da justiça social. Assim, os princípios constitucionais sugerem uma direção para a ordem econômica sem perder de vista o princípio básico da função social.

¹⁰² PETER, Lafayette Josue. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do artigo 170 da Constituição Federal*, p. 260.

No artigo 170 do texto constitucional está inscrito que:

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente;

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas, sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País [sem grifo no original].

Essa é, pois, a base constitucional que oferece proteção ao consumidor no Brasil, como princípio da ordem econômica, em conjunto com o previsto no inciso XXXII do artigo 5º, já explicitado anteriormente.

A principal finalidade do Código de Defesa do Consumidor não é privilegiar alguns sujeitos participantes de relações de consumo, mas garantir relações equilibradas entre os atores econômicos. Referida legislação informa que o consumidor pode se valer de um rol de institutos e instrumentos para garantir efetiva e integralmente a reparação e a prevenção de possíveis danos causados por fornecedores de produtos ou serviços.

Pode-se afirmar, assim, que a instituição do princípio constitucional de defesa do consumidor tem seu fundamento na igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre os indivíduos.

Com efeito, a legislação consumerista e as normas protetivas da concorrência são a baliza e o instrumento de orientação do mercado. Bem por isso é que há a imposição legal de o Estado desenvolver uma política nacional para garantir relações de consumo equilibradas. A proteção do consumidor, desse modo, é também a proteção do mercado.

4.5 LEI Nº 8.031/90 E LEI Nº 9.491/97: PROGRAMA NACIONAL DE DESESTATIZAÇÃO (PND)

A reestruturação do setor público, como visto, teve início com o governo de Fernando Collor de Mello, que editou a Medida Provisória nº 155/90, convolada na Lei nº 8.031/90, que criou o PND. Referido programa, em síntese, autorizava a transferência da titularidade de exploração dos serviços públicos aos entes privados interessados, cabendo ao ente público atuar tão-somente como regulador.

Logo depois, em 09 de setembro de 1997, sob o governo de Fernando Henrique Cardoso, essa lei foi revogada e substituída pela Lei nº 9.491/97, que trazia as mesmas diretrizes da legislação anterior e como principais disposições:

- reordenar a posição estratégica do Estado na economia, com um novo modelo de transferência de atividades antes exploradas pelo Estado ao particular;
- contribuir para a reestruturação econômica do setor público;
- permitir a retomada dos investimentos nas empresas transferidas à iniciativa privada;
- contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, trazendo benefícios ao parque industrial e de serviços do país e conseqüentemente à economia;
- permitir que a Administração centrasse esforços nas atividades nacionalmente estratégicas;
- contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais no país, proporcionando maior acesso à oferta de valores mobiliários e democratização do capital de empresas.

Vale ressaltar que “desestatização” não se confunde com “privatização”, sendo esta uma das espécies do gênero desestatização, do qual são espécies, a concessão e a permissão. Anote-se que a privatização que interessa ao presente estudo é a de empresa pública de exploração de atividade econômica.

A desestatização brasileira, em verdade, seguiu a tendência mundial de Estado fiscalizador. Nessa empreitada o Brasil foi precedido pela Espanha, Malásia, Filipinas, Hungria, Japão, França e Inglaterra, cada qual com suas particularidades, mas com cerne na ideia de Estado mais eficiente e concentrado em suas atividades fins. De fato, o que se buscava era tornar o Estado, por meio da privatização, menos burocrático e mais eficaz. Para tanto foram necessárias mudanças de ordem política, econômica e jurídica.

Em síntese, já que densamente explorado anteriormente, pode-se contemporizar o processo de privatização brasileiro em cinco grandes momentos:

1º) período de 1988 a 1989: promulgação da Constituição de 1988. A Constituição Federal trouxe como um pilar social a ordem econômico-financeira fundada na livre iniciativa;

2º) período de 1990 a 1992: com o Programa Nacional de Desestatização;

3º) período de 1992 a 1994: o presidente Itamar Franco era contra o processo de privatização. Por esta razão o programa foi conduzido de forma lenta nesse período;

4º) período de 1995 a 2002: é neste período que as privatizações ganharam grande impulso e apresentaram resultados macroeconômicos significativos. O PND foi aprimorado pela Lei nº 9.491/97, com suas consequentes regulamentações. A Constituição Federal sofreu alteração por meio de emenda constitucional, justo para autorizar, entre outras ações, a extinção de restrições ao capital estrangeiro e flexibilização de monopólios estatais;

5º) período de 2003 em diante: o Governo Lula demonstra ter restrição quanto a privatizações, mas no campo pragmático autoriza, por concessão e permissão, a execução de obras e prestação de serviços públicos.

A título de acréscimo ao que está sendo explorado neste trabalho, o Jornal O Estado de São Paulo, em editorial, fez menção a um estudo científico,

publicado em 2005 pela Fundação Getúlio Vargas, que comparou os resultados de treze empresas brasileiras, antes e depois de serem privatizadas¹⁰³, dando conta que:

Mais uma pesquisa, desta vez no Brasil, confirma que a privatização torna as empresas mais eficientes, melhorando seu desempenho operacional e financeiro e elevando sua lucratividade. Isso resulta em mais impostos, com dupla vantagem para o governo, que se livra de ajudar essas companhias com dinheiro público e ainda aumenta o recolhimento de tributos. Economia e mais ganhos para o governo, nesse caso, representam evidentes benefícios para o contribuinte e para o cidadão - sem contar que este ainda é favorecido como consumidor.

A nova pesquisa foi realizada por dois professores da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, William Eid e Ricardo Rattner Rochman, e um do Tinbergen Institute, de Amsterdã, Marcos Poplauski Ribeiro, e compara a experiência de 13 empresas brasileiras antes e depois da privatização.

A amostra se compõe de cinco siderúrgicas, quatro químicas, duas elétricas, uma mineradora e uma fabricante de aviões. Foram tomados, para cada empresa, três balanços anteriores e três posteriores à privatização. Além de comparar duas fases de cada empresa, os pesquisadores confrontaram os dados de cada uma, antes e depois da privatização, com a média de cada setor.

Pelo menos um resultado surpreendeu: de modo geral, o emprego acompanhou a evolução de cada setor, sem grande mudança na passagem do controle estatal para o privado. O que mudou consideravelmente foi a eficiência. Houve em todos os casos considerável aumento da receita operacional líquida por empregado e do lucro líquido por empregado. A evolução dos indicadores de rentabilidade foi clara. Aumentou o retorno tanto sobre os ativos quanto sobre o patrimônio líquido. Em alguns casos, a mudança foi dramática. Antes da privatização, o retorno da Companhia Siderúrgica Nacional era ligeiramente menor (0,96%) que o da média do setor. Depois da venda, esse indicador ficou 7,48% acima da média setorial. No retorno sobre o patrimônio líquido, a Acesita passou de um desempenho 0,42% abaixo da média para mais que o dobro da média.

Os efeitos da mudança aparecem todos os dias na imprensa. As siderúrgicas privatizadas cresceram, ganharam eficiência e vêm disputando fatias importantes do comércio internacional. Deixaram de ser problemas para o governo, passaram a operar com meios próprios e seu desafio mais importante, agora, é enfrentar a mudança estrutural do setor, com grandes aquisições lideradas pelas maiores multinacionais.

¹⁰³ JORNAL O ESTADO DE SÃO PAULO. Editorial. São Paulo. Publicação de 28 de outubro de 2006.

A Embraer, atolada em graves dificuldades financeiras na última fase como estatal, tornou-se uma das maiores e mais bem-sucedidas fabricantes de aviões do mundo, em seu segmento, e já entrou no caminho da internacionalização, com operações industriais fora do Brasil.

A Companhia Vale do Rio Doce acaba de se tornar a segunda maior mineradora do mundo, com a compra da canadense Inco. Fora do controle do Estado, essas empresas puderam operar muito mais livremente, sem o peso das interferências políticas, orientando-se pelos padrões típicos do mercado. Algumas que estavam enfraquecidas melhoraram. Outras, que já eram fortes e competitivas, ficaram ainda mais eficientes e ganharam maior projeção internacional.

A Usiminas, como lembrou há poucos dias um articulista, era deficitária quando foi privatizada em 1991. No dia da privatização, houve tumulto e agressões diante da Bolsa do Rio de Janeiro. No ano passado, a empresa pagou R\$ 3 bilhões de impostos, em vez de depender de favores oficiais.

No caso do setor de serviços, houve problemas na definição dos contratos e isso vem sendo corrigido. Houve episódios semelhantes noutros países. Mas o telefone fixo deixou de ser um luxo e os celulares tornaram-se objetos de uso popular. Rodovias privatizadas são muito melhores que aquelas ainda sob controle estatal. Restam, no entanto, problemas no setor elétrico e não se sabe se a oferta será suficiente nos próximos anos. Mas o problema, nesse caso, não decorre da privatização, e sim de erros do governo, que falhou no planejamento e não conseguiu atrair os capitais necessários à ampliação da oferta. A incompetência é dos que falam mal das privatizações e que usariam as estatais, se mais estatais houvesse, para dar emprego aos companheiros.

Portanto, em que pesem opiniões contrárias, certo está que o resultado social foi muito satisfatório.

4.6 LEI Nº 9.427/96: A AGÊNCIA REGULATÓRIA

O surgimento das agências reguladoras foi consequência clara do processo de retirada do Estado da economia, dando abertura ao surgimento do Estado Regulador. Referidas Agências foram criadas com determinação legal de normatizar os setores dos serviços públicos delegados, buscando harmonia e

equilíbrio entre Estado, consumidores e concessionários. Esse modo de interferência do Estado na economia se trata de capitalismo regulado.

Vale esclarecer, a propósito desse tema, que o termo “regulação” é mais abrangente que “regulamentação”, sendo este último a espécie e aquele o gênero.

O Estado brasileiro, com a Lei nº 9.491/97, adota a acepção estrita do termo regulação, que se consubstancia na transferência de ativos ou ações para o setor privado, ocasionando o aumento da regulação. Assim, por meio de “agências” – autarquias em regime especial com finalidades específicas –, originou-se o termo “agências reguladoras”, referindo-se aos novos entes incumbidos de atividade regulatória.

Em países que antecederam o Brasil em termos de privatizações e que adotaram o sistema regulador, as agências são extremamente ativas em suas respectivas áreas a atuação. A criação das agências remonta os anos de 1834, na Inglaterra e 1887 nos Estados Unidos, este o maior exemplo de Estado Regulador e onde existem aproximadamente setenta unidades (agências).

A função das agências reguladoras é bem delimitada e passa por diversas áreas, sendo as mais importantes as de fiscalização, regulamentação, regulação e por vezes, a arbitragem e mediação, porém, sempre dentro dos limites que a lei impõe. Para atuarem com estes poderes, quando concebidas, as agências são dotadas de personalidade jurídica de direito público.

Vale lembrar que a constituição das agências reguladoras no Brasil seguiu um mesmo modelo, o de autarquias de regime especial.

A esse respeito Maria Sylvania Zanella Di Pietro¹⁰⁴ destaca que: "Embora não haja disciplina legal única, a instituição dessas agências vem obedecendo mais ou menos o mesmo padrão, o que não impede que outros modelos sejam idealizados posteriormente".

¹⁰⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*, p. 395.

Como bem destacado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁰⁵, embora com outras denominações, a regulação não era totalmente desconhecida do ordenamento jurídico brasileiro, sendo alguns exemplos de agências o Comissariado de Alimentação Pública (1918), o Instituto de Defesa Permanente do Café (IBC) (1923), o Instituto do Álcool e do Açúcar (IAA) (1933), o Instituto Nacional do Mate (1938), o Instituto Nacional do Sal (1940) e o Instituto Nacional do Pinho (1941).

No Brasil, já com a configuração atual, cada agência conta com uma lei de criação. Inicialmente foram constituídas três agências: a Agência Nacional do Petróleo (ANP) – Lei de criação nº 9.478, de 6 de agosto de 1997; a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) – Lei de criação nº 9.472, de 16 de julho de 1997; e a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) – Lei de criação nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, sendo esta última a que interessa ao presente estudo.

Pois bem. Em 21 de março de 1996, o Executivo Federal apresentou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 1.669/96 objetivando o cumprimento das determinações da Lei nº 8.987/95 e em consonância com a nova visão do Estado criou a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), como responsável pelas atividades de regulação e fiscalização do setor elétrico. Assim, após avaliação do Senado e da Câmara, o Presidente da República sancionou a Lei nº 9.427/96 e instituiu a referida agência elegendo-a como órgão disciplinador do regime de concessões de serviços públicos de energia elétrica.

A ANEEL foi criada sob a forma de autarquia em regime especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com a finalidade de regular e fiscalizar o setor de energia elétrica, sucedendo o Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (DNAEE), extinto quando da publicação do regimento interno da agência.

Ainda, o modelo então adotado foi baseado no modelo norte-americano e permanece preservada sua independência em relação ao Poder Executivo, como forma de isenção de pressões políticas – embora seja este último (Poder Executivo)

¹⁰⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Reforma do Estado. O papel das agências reguladoras e fiscalizadoras*. São Paulo. Atlas, 2002. p. 253.

quem nomeia seus dirigentes, depois de submetidos a uma sabatina perante o Senado Federal.

Como exposto, com estrutura organizacional própria formada por um diretor geral e quatro outros diretores nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal, a ANEEL tratou de reordenar as áreas de negócios do setor de produção de energia (geração); o transporte nas tensões mais altas (transmissão) e transporte com o objetivo específico de atendimento a consumidores finais (distribuição); e a comercialização/vendas no varejo, com a função de medir e faturar os consumidores finais (comercialização). Essa configuração alterou sobremaneira a forma como até então essa avaliação era feita, posto que só existiam as atividades de suprimento (venda no atacado entre concessionárias) e de fornecimento (venda no varejo entre concessionário e consumidor).

Por expressa determinação legal, os diretores gerais da ANEEL possuem mandato fixo, revelando-se este o mais importante instrumento assecuratório da autonomia das agências reguladoras, pois somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar.

As agências possuem, além do poder de polícia administrativa, outras atribuições relacionadas ao desempenho de suas atividades como fiscalização, composição de conflitos e aplicação eventual de sanções, a saber:

- a) controle de tarifas, de modo a assegurar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato;
- b) universalização do serviço, estendendo-os a parcelas da população que deles não se beneficiavam por força da escassez de recursos;
- c) fomento da competitividade, nas áreas nas quais não haja monopólio natural;
- d) fiscalização do cumprimento do contrato de concessão;
- e) arbitramento dos conflitos.

Quanto à função normativa da ANEEL, cumpre observar que esta sempre foi exercida, com menor ou maior relevância, pelos diversos órgãos da estrutura da Administração Pública.

O jurista espanhol Francisco Villar Rojas¹⁰⁶ afirma que a regulação apresenta algumas deficiências importantes, a saber: “a) a de que ela não é adequada para gerar competição; e b) a dificuldade das agências reguladoras para obter informação confiável sobre a marcha das empresas e o funcionamento dos mercados”.

Sobre essa questão, entende-se que se tratam verdadeiramente de deficiências, porém não se vislumbra outro método adequado capaz de suprir tal situação, salvo uma regulação mais efetiva/rigorosa – o que de fato se espera da agência.

Outro aspecto que também é importante destacar alude ao poder normativo dessas agências. Da análise da legislação sobre a matéria, em especial da lei em comento, é simples depreender que a agência, no modelo atualmente aplicado, goza de poderes para: 1) regulamentar as leis aplicáveis ao seu campo de atuação e 2) edição de normas com vistas a preencher lacunas deixadas pela lei e regulamentar o setor. A discussão que se coloca é se tal aplicabilidade de normas não é uma função privativa do legislativo.

É notório que o princípio da legalidade é basilar no direito brasileiro, sendo expressamente previsto na Constituição Federal nos artigos a seguir transcritos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

¹⁰⁶ Apud AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Agências reguladoras de serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, p. 4. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 10 set. 2008.

[...]

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

[...]

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; [...].

Cabe ainda a Ministros de Estado a expedição de instruções para orientar a execução das leis, decretos e regulamentos (artigo 87, inciso II, Constituição Federal).

Dinorá Adelaide Musetti Grotti¹⁰⁷, de forma genérica, comenta sobre esses regulamentos:

A doutrina aponta a existência de três espécies de regulamentos: os regulamentos autônomos ou independentes que são atos normativos editados pelo Poder Executivo com base em competências normativas próprias, estabelecidas na Constituição, para as quais não se prevê a interferência do Poder Legislativo. Criam direito novo, independentemente da existência de lei a respeito. Os regulamentos autorizados ou por delegação são aqueles editados pelo Poder Executivo no exercício de competência normativa que lhe tenha sido atribuída pelo Legislativo, o qual, diante da existência de situações de fato extremamente mutantes, excessivamente técnicas ou politicamente complexas, limita-se a fixar os princípios gerais a serem seguidos pela autoridade administrativa na disciplina da matéria que constitui seu objeto. Os regulamentos executivos são aqueles destinados a tão-somente estabelecer regras de organização e procedimentos necessários à aplicação da lei.

A autor acrescenta que regulamentos autônomos ou independentes são incompatíveis com o Direito positivado e, portanto, não se pode entender que as agências exerçam função legislativa propriamente dita.¹⁰⁸

¹⁰⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 06, maio/jun./jul. 2006, p. 14-15. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 05 out. 2008.

¹⁰⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 06, maio/jun./jul. 2006, p. 14-15. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 05 out. 2008.

Esse é o entendimento de Maria Sylvia Zanela Di Pietro¹⁰⁹:

No direito brasileiro, a Constituição de 1988 limitou consideravelmente o poder regulamentar, não deixando espaço para os regulamentos autônomos. Na Constituição de 1967, o artigo 81, V, outorgava competência ao Presidente da República para 'dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionalismo dos órgãos da administração federal', única hipótese de decreto dessa natureza agasalhada expressamente na legislação; tratava-se de decreto autônomo sobre matéria de organização da Administração Pública. A atual Constituição, no artigo 84, VI, prevê competência para 'dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei'. Com a Emenda Constitucional nº 32, de 11-09-2001, volta uma hipótese de decreto autônomo, com alteração do art. 84, VI, da Constituição, que confere competência privativa do Presidente da República para dispor, mediante decreto, sobre 'organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos'. Pode-se dizer que é a única hipótese de decreto autônomo com fundamento constitucional.

Carlos Ari Sundfeld¹¹⁰, nessa linha, registra que:

Nos novos tempos, o Poder Legislativo faz o que sempre fez: edita leis, frequentemente com alto grau de abstração e generalidade. Só que, segundo os novos padrões da sociedade, agora essas normas não bastam, sendo preciso normas mais diretas para tratar das especificidades, realizar o planejamento dos setores, viabilizar a intervenção do Estado em garantia do cumprimento ou realização daqueles valores: proteção do meio ambiente e do consumidor, busca do desenvolvimento nacional, expansão das telecomunicações nacionais, controle sobre o poder econômico – enfim, todos esses que hoje consideramos fundamentais e cuja persecução exigimos do Estado.

¹⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. *Parcerias da administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 52.

¹¹⁰GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 06, maio/jun./jul. 2006, p. 14-15. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 05 out. 2008, p. 14-15, citação 27: "Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 27-28. Celso Antonio Bandeira de Mello considera 'grotesca a invocação de 'reserva legal' em nosso direito, no qual o art. 48 dispõe caber ao Congresso Nacional dispor sobre 'todas as matérias de competência da União'. A noção de 'reserva de lei' (da alçada do Parlamento), em contraposição aos 'poderes domésticos' da Administração (de competência do Monarca), termos em que foi defendida por Otto Mayer, esteve vinculada às concepções políticas e ao conseqüente panorama jurídico institucional vigorante na Alemanha no século XIX (Curso de Direito Administrativo, p. 712. nota 12)".

A atribuição de poder normativo às agências revela o aprofundamento do Estado e não constitui produção de regulamentos autônomos, pois todas as competências devem ter bases legais conferindo (ou não) poderes normativos.¹¹¹

Assim, a constitucionalidade da lei atributiva depende de previsão de competência suficiente, já que, em hipótese contrária, haveria delegação de função legislativa, o que não ocorre de fato.

Sobre a existência de derrogação de competência legislativa, a doutrinadora Dinorá Adelaide Musetti Grotti¹¹² destaca que esta é uma questão tormentosa, inclusive no direito comparado, mas que no Brasil a Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma reserva legal que há de ser observada.

Celso Antonio Bandeira de Mello¹¹³ entende que tais normas devem estar afeitas tão-somente a questões de ordem técnica ou que se encontrem no campo da chamada supremacia especial ou relação especial de sujeição. Ou seja, nos casos em que suas sujeições sejam direcionadas aos concessionários de serviços públicos, podem as normas ser plenamente aplicáveis desde que não firam outras disposições legais. Esse raciocínio é seguido pela doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

Essa discussão já foi levada ao Judiciário, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1668-DF, tendo por objeto o teor da Lei Geral de Telecomunicações (LGT).

O Supremo Tribunal Federal decidiu, ainda que em medida liminar, que sua legitimidade legislativa somente prevaleceria se fosse realizada com o objetivo de fixar a exegese segundo a qual a competência da agência, no caso a ANATEL, para expedir normas se subordinasse aos preceitos legais e regulamentares que

¹¹¹ SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*, p. 27-28.

¹¹² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 06, maio/jun./jul. 2006, p. 14-15. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 05 out. 2008, p. 14-15.

¹¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*.

regem a outorga, com a prestação e a fruição dos serviços no regime público e no regime privado.

Logo, o poder regulamentar inerente às agências reguladoras deve ser exercido nos moldes das leis instituidoras, de forma a delimitar-lhes os princípios, estabelecer o alcance e especificar o sentido a ser aplicado em cada caso. A pretensão de transpor os misteres regulamentares, ao invés de fortalecer o instituto, terminaria por enfraquecê-lo, diante da interpretação restritiva da Corte Constitucional brasileira.

Assim, embora existam discussões doutrinárias com posicionamentos díspares acerca dessa questão normativa, o fato é que em havendo uma lei posta, somente outra lei ou o Judiciário poderiam afastar a sua aplicabilidade, o que de fato até o presente momento não ocorreu, tornando, portanto, indiscutível essa faculdade das agências reguladoras.

5 A VISÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

5.1 CONCEITO DE USUÁRIO E DE CONSUMIDOR

Atenta à questão da normatividade das agências reguladoras, a doutrina, nessa linha, também abordou a diferença constitucional entre usuários de serviços públicos e consumidor. A discussão parece estéril, mas, de direito, há distinção constitucional abarcando esses conceitos.

De fato, para o tipo de serviço público em comento, o fundamento do conceito de consumidor é amplo o bastante para abarcar o de usuário. Entendimento contrário negaria a vigência do próprio Código de Defesa do Consumidor, assim como a intenção do legislador na elaboração deste diploma legal.

Entre os que defendem essa tese, merece destaque o primeiro doutrinador que abordou a problemática, como o Professor Antonio Carlos Cintra do Amaral¹¹⁴, demonstrando o entendimento de que há equívoco quando se afirma que usuário de serviço público é consumidor. Essa visão, na sua avaliação, talvez tenha logicidade pelo prisma econômico. Porém, pela ótica jurídica o usuário de serviço público e o consumidor estão em situações distintas, de acordo com a abordagem constitucional.

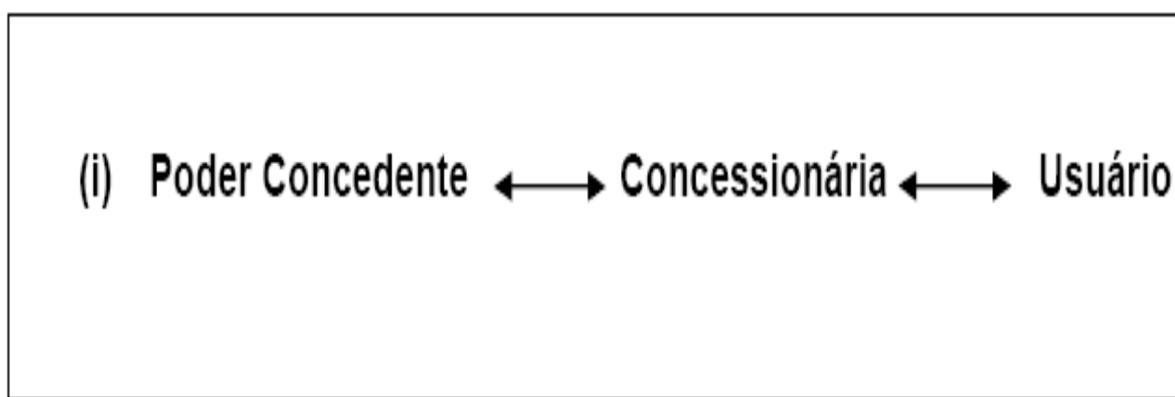
O legislador, por opção própria, denominou consumidor e usuário em momentos e contextos distintos. Os artigos 150, § 3º, e 175, inciso II, trataram especificamente o termo usuário, havendo, inclusive, nos termos do artigo 27 da Emenda Constitucional nº 19/98, expressa previsão para a elaboração de lei de defesa do usuário de serviços públicos. Esse mesmo raciocínio adotou para abordar

¹¹⁴ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, Centro de Atualização Jurídica (CAJ), n. 13, abril-maio 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 06 set. 2008.

a defesa do consumidor. Os artigos 5º, XXXII, 24, VIII, 150, § 5º, 155, VII, 170, V e, por fim, artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), revelam ainda mais essa distinção.

Antônio Carlos Cintra do Amaral¹¹⁵ já discorreu sobre a diferença conceitual entre as duas figuras ora discutidas e, de forma muito didática, nos Quadros 3 e 4 abaixo, esclarece:

Quadro 3 - Relação de serviço público



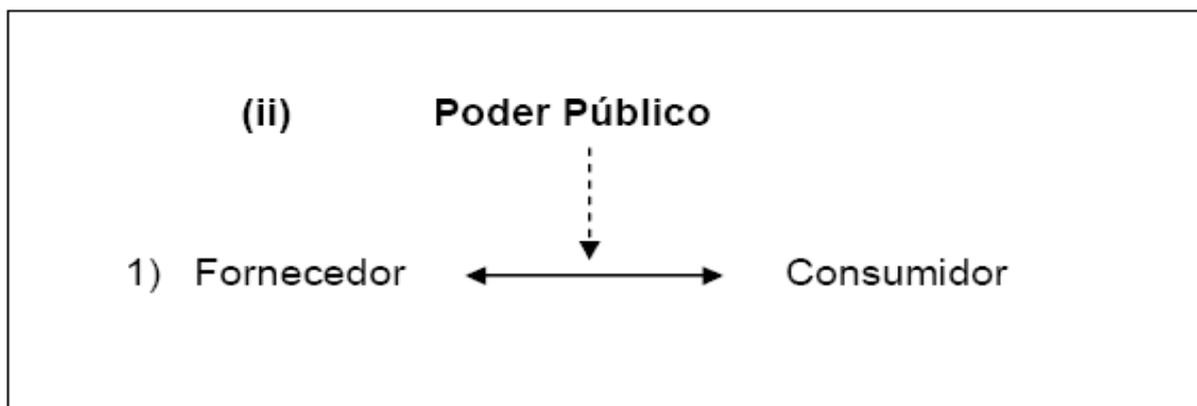
Fonte: AMARAL, Antônio Carlos Cintra¹¹⁶

Vê-se, portanto, que as partes interessadas nessa relação estão horizontalmente equilibradas, ou seja, a concessionária é obrigada a prestar o serviço que lhe é transferido para sua exploração, mas, de fato, a responsabilidade de fornecimento, em última análise, permanece com o Estado. Assim, na relação existente entre o consumidor/usuário e a concessionária também está presente o Estado na figura de Poder Concedente.

¹¹⁵ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, Centro de Atualização Jurídica (CAJ), n. 13, abril-maio 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 06 set. 2008.

¹¹⁶ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, Centro de Atualização Jurídica (CAJ), n. 13, abril-maio 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 06 set. 2008.

Quadro 4 - Relação de consumo



Fonte: AMARAL, Antônio Carlos Cintra¹¹⁷

Do Quadro 4 infere-se que a intenção do doutrinador é demonstrar que o Poder Público apenas fiscaliza a relação consumidor/usuário e concessionária, não sendo responsável por qualquer patologia.

Com base nessa ideia e tendo em vista que os concessionários e os consumidores não possuem autonomia de contratação, a relação seria diferenciada quanto às demais áreas da livre atividade empresarial, pois, para exemplificar, enquanto na compra de um carro a livre escolha é respeitada, na atividade de exploração dos serviços públicos, em especial a energia elétrica, esta liberdade fica mitigada em razão de inexistência de concorrência no mercado ou a existência de poucos *players*, como ocorre com a telefonia celular.

Entendimento semelhante é estabelecido pelo doutrinador Cesar A. Guimarães Pereira¹¹⁸ quando afirma que:

A diferença está já na origem dos conceitos. A noção de consumidor insere-se no quadro de controle das atividades privadas, conjugando-se com o direito antitruste para conter o poder econômico. O conceito de consumidor pressupõe hipossuficiência, fragilidade econômica e jurídica nas relações massificadas. Relaciona-se com uma situação de mercado, de transações privadas – inexistente, em princípio, nas relações de prestação de serviço público.

¹¹⁷ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, Centro de Atualização Jurídica (CAJ), n. 13, abril-maio 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 06 set. 2008.

¹¹⁸ PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 55.

Entretanto, depois de fazer clara distinção do conceito nos termos legal e constitucionalmente previstos, o citado autor destaca que “isso não exclui, porém, certos pontos de comunhão entre os conceitos de usuário e consumidor, especialmente no que se refere à fruição do serviço já tornado disponível.”¹¹⁹

Importante registrar que não se pretende, neste estudo, negar a diferença de concepção existente sobre ambos os conceitos. Porém, a discussão é pragmaticamente inócua, pois meramente terminológica, passível de interpretações técnicas. Contudo, devido à amplitude estabelecida pela Lei nº 8.070/90, o conceito de consumidor abrange o de usuário.

De fato, alguns serviços colocados pelo Estado à disposição do administrado nem sempre serão regidos pela legislação consumerista, mas, tratando-se de serviços públicos prestados por particulares, a parcela da sociedade denominada consumidores, certamente será regida pela relação de consumo. Ademais, negar que a relação travada por uma concessionária de serviços públicos de energia, por exemplo, com o consumidor protegido pela Lei nº 8.078/90, seria produtiva apenas no tocante à possibilidade de suspensão ao consumidor inadimplente, porém, embora não esteja a questão pacificada, a suspensão, preenchidos certos requisitos exigidos em lei, é plenamente legal.

Importante ressaltar, por fim, que nem todo consumidor de serviços públicos será protegido pelo Código de Defesa do Consumidor, assim como nem todo aquele que adquire bens ou serviços no mercado de consumo é consumidor. O próprio microssistema evidencia essas hipóteses, consoante disciplina do artigo 2º do CDC. Melhor esclarecendo, existem usuários de serviços públicos de distribuição de energia elétrica que utilizam referido bem como insumo em sua cadeia produtiva e, portanto, nos termos do citado artigo, não são consumidores, não merecendo a proteção da legislação consumerista.

¹¹⁹ PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*, p. 57.

5.2 A LITERALIDADE DO ARTIGO 22 E SEUS REQUISITOS

Com relação à prestação de serviços públicos pelo Estado, há que se verificar a literalidade do artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor. Pela dicção deste artigo o legislador consumerista determina que os serviços devem ser adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Para ampliar o raciocínio faz-se necessário evidenciar, pormenorizadamente, o entendimento do legislador com relação aos citados requisitos legais, partindo-se primeiro da interpretação das palavras, consoante se retira do léxico vigente.

5.2.1 Eficiência

Do dicionário¹²⁰ extrai-se: “e.fi.ci.ên.cia. (lat *efficientia*) sf Ação, capacidade de produzir um efeito; eficácia. Antôn: ineficiência”.

Serviço eficiente é aquele que satisfaz a legítima expectativa do consumidor ou seja, que alcança a sua finalidade.

Na doutrina de Luiz Antônio Rizzato Nunes, a condição de serviço público:

[...] será alcançada com a prestação de serviços adequados, seguros e contínuos. Não basta o serviço ser colocado à disposição dos usuários nem simplesmente estar de acordo com as regras pertinentes; é preciso que, além, de adequado, seguro e contínuo, o serviço funcione de fato, cumprindo a finalidade para a qual foi criado.¹²¹

¹²⁰ MICHAELIS. Dicionário escolar. São Paulo: Melhoramentos, agosto 2002. Versão 2.0 (CD ROM)

¹²¹ Apud NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. *Serviços públicos & relação de consumo*: aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Curitiba: Juruá, 2006, p. 237.

Lúcia Valle Figueiredo¹²² entende que a positivação do referido conceito não é bem-vinda na legislação brasileira e assim se posiciona:

É de se perquirir o que muda com a inclusão do princípio da eficiência, pois, ao que se infere, com segurança, à Administração Pública sempre coube agir com eficiência em seus cometimentos. Na verdade, no novo conceito instaurado de Administração Gerencial, de 'cliente', em lugar de administrado, o novo 'clichê' produzido pelos reformadores, fazia-se importante, até para justificar perante o país as mudanças constitucionais pretendidas, trazer ao texto o princípio da eficiência.

Tais mudanças, na verdade, redundaram em muito pouco de substancialmente novo, e em muito trabalho aos juristas para tentar compreender figuras emprestadas sobretudo do Direito Americano, absolutamente diferente do Direito brasileiro.

Já o doutrinador Celso Antonio Bandeira de Mello¹²³ entende que:

Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto.

José Afonso da Silva¹²⁴ assevera que:

Eficiência não é um conceito jurídico, mas econômico; não qualifica normas; qualifica atividades. Numa idéia muito geral, eficiência significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado. Assim, o princípio da eficiência, introduzido agora no art. 37 da Constituição pela EC-19/98, orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível. Portanto, o princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação meios e resultados.

¹²² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 63.

¹²³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio de. *Curso de direito administrativo*, 2001. p. 92.

¹²⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 655.

Adilson Abreu Dallari¹²⁵ entendeu que “a atuação da Administração Pública deve ser dimensionada em função dos objetivos a atingir. A configuração da estrutura administrativa deve ser determinada pelas possibilidades de uma atuação concreta, permanente, generalizada e eficiente”.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹²⁶, o princípio da eficiência impõe ao agente público uma forma de atuar com vistas à produção de resultados favoráveis à consecução dos fins que cabem ao Estado. A doutrinadora adverte, porém, que “a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito”.

5.2.2 Adequação

Do dicionário¹²⁷ extrai-se: “a.de.qua.do. (part. de adequar) adj. acomodado, apropriado, conforme”.

A Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, no §1º do artigo 6º esclarece que, *verbis*: “§1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.

Assim, referido dispositivo, nas palavras da doutrinadora Elaine Cardoso de Matos Novais¹²⁸ são chamados “princípios jurídicos do serviço público”.

¹²⁵ DALLARI, Adilson Abreu. Administração pública no Estado de Direito. *Revista de Direito Público*. São Paulo, Malheiros, n. 5, 1994, p. 39.

¹²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 73-74.

¹²⁷ MICHAELIS. Dicionário escolar. São Paulo: Melhoramentos, agosto 2002. Versão 2.0 (CD ROM).

¹²⁸ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. *Serviços públicos & relação de consumo: aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor*, p. 237. Sobre os princípios do serviço público, ver: AZEVEDO: Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei. *Concessão de serviços públicos*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 31-32; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*, p. 48-61.

Essa adequação, inclusive, deve levar em consideração aspectos próprios da prestação de serviços perante seu destinatário, valendo dizer, por exemplo, que a energia deve chegar ao seu destino, independentemente se em 110 ou 220 volts, ou, ainda, que a água disponibilizada deve chegar a todas as ruas da cidade, embora nem todos logradouros sejam planas.

5.2.3 Segurança

Do dicionário¹²⁹ extrai-se:

se.gu.ro

(lat securu) adj 1 Livre de cuidados ou inquietações. 2 Sossegado, tranqüilo. 3 Confiado, ousado. 4 Que oferece segurança contra ataques, acidentes, desastres ou danos de qualquer outra natureza. 5 Infalível; firme, estável, fixo. 6 Em que se pode crer e ter confiança. 7 pop Avarento. Antôn (acepções 5 e 6): incerto, duvidoso. sm 1 Com Contrato de seguro. 2 Indenização paga em cumprimento desse contrato.

A ideia desse conceito está intimamente ligada à proteção da incolumidade física e psíquica do consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor trata a segurança em diversos dispositivos, pois evidentemente se trata de um bem social muito caro. Os artigos 4º, 6º, 8º, 9º, 10, 12, 14, 31, 37, 55, 58, 66, 68 e 106 tratam do conceito de segurança, sobrelevando de forma contumaz a preocupação do legislador.

Em se tratando de segurança, desnecessário afirmar, porque evidente, que a segurança é essencial, porém em nome dela não se pode inviabilizar a disponibilidade do produto/serviço quando sua essência eventualmente represente um risco para o consumidor. Se tal ressalva não fosse expressa, serviços como radiografia seriam inadmissíveis, o mesmo ocorrendo com a energia elétrica, já que, por sua natureza, o usuário estaria sob o risco de descargas elétricas e choques.

¹²⁹ MICHAELIS. Dicionário escolar. São Paulo: Melhoramentos, agosto 2002. Versão 2.0 (CD ROM)

5.2.4 Continuidade

Do dicionário¹³⁰ também extrai-se: “con.tí.nuo. (lat continuu) adj 1 Que não tem as suas partes separadas umas das outras. 2 Ininterrupto na sua duração; em que não há interrupção. 3 Sucessivo, seguido. Antôn: intermitente. sm Funcionário subalterno para pequenos serviços”.

Em rigor, a grande discussão sobre a prestação de serviços diretamente ofertada aos consumidores se encerra com a seguinte indagação que permeia este estudo: a continuidade prevista na legislação é oponível também em hipótese de inadimplência?

Reproduzindo o ensinamento de Geraldo Pereira Caldas¹³¹, que “a continuidade será tanto melhor quanto menor for o número de interrupções de suprimento a que o consumidor é submetido, assim como a duração destas interrupções”.

Em se tratando de continuidade de serviço público essencial, o conceito proposto pelo administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello¹³² é no sentido de que, com suporte no princípio da continuidade, significa: “[...] a impossibilidade de sua interrupção e o pleno direito dos administrados a que não seja suspenso ou interrompido”.

Assim, o artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor, em sua exegese, não veda a suspensão do fornecimento de serviços públicos em caso de inadimplemento do consumidor. Entretanto, é correto afirmar que o artigo em tela determina que os serviços públicos essenciais devem ser contínuos. No entanto, sua continuidade é condicionada ao pagamento da contraprestação pelo consumidor, utente do serviço.

¹³⁰ MICHAELIS. Dicionário escolar. São Paulo: Melhoramentos, agosto 2002. Versão 2.0 (CD ROM).

¹³¹ CALDAS, Geraldo Pereira. *As concessões de serviços públicos de energia elétrica*, p. 34.

¹³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio de. *Curso de direito administrativo*, p. 617.

Outra leitura não é possível fazer e, de outra banda, o legislador não evidenciou no citado artigo 22 ou em qualquer outro dispositivo desse diploma legal, a obrigação de fornecimento dos serviços públicos mesmo diante do inadimplemento do consumidor.

Por serviços públicos contínuos, conforme já demonstrado anteriormente, entende-se a obrigação do prestador de serviços públicos ofertá-los continuamente mediante a necessária contraprestação. Ao prestador privado que assumiu perante o Estado o fornecimento de serviços públicos é vedado deixar de fornecer tais serviços por quaisquer motivos que sejam. Ao fornecedor de serviços públicos cabe sempre ofertar ao mercado de consumo os serviços que assumiu perante o Estado.

Assim estabelece o doutrinador José Calasans Jr.¹³³:

A característica de continuidade, que não é exclusiva da atividade de fornecimento de energia elétrica, deve ser entendida como a impossibilidade de o órgão público responsável - ou seu concessionário - fazer cessar, por ato unilateral e arbitrário, a prestação do serviço. Em outras palavras: uma vez estabelecido o serviço, não pode haver solução de continuidade na sua execução, em detrimento dos usuários. Assim, por exemplo, não é dado ao concessionário deixar de fornecer energia elétrica a um logradouro, ou a um conjunto de consumidores, ou mesmo a um consumidor singular, apenas porque tal fornecimento não lhe é mais comercialmente interessante.

Os autores do anteprojeto do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, ao comentar o artigo 22 no que tange à prestação contínua de serviços essenciais, esclarecem que:

Tratando-se, por exemplo, de serviços prestados sob o regime de remuneração tarifária ou tributária, o inadimplemento pode determinar o corte do fornecimento do produto ou serviço. A gratuidade não se presume e o Poder Público não pode ser compelido a prestar serviços públicos ininterruptos se o usuário, em contrapartida, deixa de satisfazer suas obrigações relativas ao pagamento.

¹³³ CALASANS, José Junior. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Renovar, n. 209, jul./set. 1997, p. 98.

Vale dizer que raciocínio diverso do apresentado destoaria até mesmo da boa-fé necessária às relações interpessoais, porquanto não cabe às empresas privadas concessionárias subsidiar a prestação do serviço às pessoas físicas ou jurídicas sem a necessária contraprestação.

Nessa linha, qualquer interpretação do artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor no sentido de que este dispositivo de lei determina a continuidade gratuita dos serviços públicos representa verdadeira interpretação distorcida da lei, em flagrante violação aos princípios que a regem, notadamente o princípio do equilíbrio entre fornecedores e consumidores, previsto no artigo 4º, inciso III, do diploma legal consumerista.

Por fim, os doutrinadores que notadamente demonstram a supremacia do interesse do consumidor, ao comentarem o artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor igualmente são categóricos ao afirmar que a continuidade dos serviços públicos prevista no citado artigo não representa e nunca representou a obrigação do fornecedor em ofertar os serviços públicos mesmo diante do inadimplemento do consumidor.

Nesse sentido disserta Zelmo Denari¹³⁴:

Tratando-se, por exemplo, de serviços prestados sob o regime de remuneração tarifária ou tributária, o inadimplemento pode determinar o corte do fornecimento do produto ou serviço. A gratuidade não se presume e o Poder Público não pode ser compelido a prestar serviços públicos se o usuário, em contrapartida, deixa de satisfazer suas obrigações relativas ao pagamento [sem grifo no original].

De acordo com Newton de Lucca¹³⁵:

¹³⁴DENARI, Zelmo. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al* (coords.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 178.

¹³⁵LUCCA, Newton de. *Direito do consumidor: aspectos práticos. Perguntas e respostas*. v. 10. São Paulo: RT, 1995, p. 165-166.

As empresas concessionárias podem e devem, em princípio, efetuar o corte de energia nas hipóteses de inadimplemento.

Podem fazê-lo, em primeiro lugar, pela simples e boa razão de que a continuidade do serviço essencial, prevista no Código de Defesa do Consumidor – e, mesmo antes deste último, em sede doutrinária – não significa continuidade em todas as hipóteses. Se assim se entendesse, com efeito, teríamos o absurdo de um problema técnico. Ora, é evidente que nas hipóteses de força maior – a reparação da rede elétrica é um bom exemplo – e, igualmente, nas de inadimplemento obrigacional, não há falar-se em impossibilidade de corte.

Devemos entender, em tal sentido, que a medida não apenas pode como também deve ser tomada em salvaguarda da própria continuidade do serviço a que alude o Código. Como poderia o serviço ter garantia de continuidade se, por exemplo, metade dos usuários simplesmente resolvesse não pagar pelo seu consumo? [sem grifo no original].

Ainda, não há que se falar que a suspensão do fornecimento de serviços públicos em caso de inadimplência do consumidor afronta o artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor, *verbis*: “Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto ao ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça”.

A premissa da aplicabilidade desse dispositivo de lei é a cobrança de dívida. Sem que haja a cobrança, não há que se falar em sua aplicação. Raciocínio contrário é veementemente rechaçado pela legislação. Ou seja, suspender o fornecimento como forma de compelir o pagamento é ato ilegal. À primeira vista parece a mesma situação jurídica, mas de fato não é. Quando a concessionária de serviços públicos suspende o fornecimento dos serviços, sua intenção é deixar de ofertar aquele produto ao inadimplente, não cobrá-lo. A cobrança se dará de forma legal e oportuna. Caso seja esta a intenção, suspender para cobrar, entende-se ser aplicável a disciplina do artigo 42 da legislação consumerista.

Já a suspensão do fornecimento de serviços públicos ao consumidor inadimplente não significa, automaticamente, a cobrança do débito desse consumidor. O não pagamento por parte do consumidor autoriza a prestadora de serviços a praticar dois atos absolutamente legais e autônomos: (i) a suspensão do fornecimento e (ii) a cobrança judicial do débito. A prestadora pode suspender o serviço e cobrar judicialmente o consumidor; pode também, em outro caso, optar

pela maneira que melhor lhe convir ou apenas suspender sem cobrar seu crédito judicialmente, entre outras variantes deste raciocínio. Logo, a eventual suspensão em razão do inadimplemento do consumidor não gera, por si só, e de forma automática, a cobrança do consumidor inadimplente. Por essa razão, diversamente do que alguns doutrinadores podem alegar, o artigo 42 não veda a suspensão do fornecimento e somente será aplicado na hipótese de a prestadora de serviços, ao cobrar seu crédito perante o consumidor inadimplente, expô-lo a situação vexatória.

5.3 A CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS: ESSENCIALIDADE

A propósito da continuidade, há entendimento apontando que o fornecimento de determinados serviços públicos seria essencial, uma vez que atenderia às mais básicas necessidades dos consumidores e não se concebe vida digna sem, por exemplo, água, luz ou acesso ao serviço telefônico.

Os que defendem referida ideia, o fazem com base na Lei de Greve, que traz, nos artigos 10 e 11 da Lei nº 7.783/89, a qualificação do que seriam serviços essenciais.

Importante já esclarecer que a lei retrocitada dispõe sobre o exercício do direito de greve e, bem em razão dela (a greve), define as atividades essenciais, regulando o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade e outras providências. Trata, portanto, exclusivamente do direito de greve dos trabalhadores e dos serviços que, ainda que sobrevenha a greve, não podem ser, em hipótese alguma, suspensos. Utilizar esse raciocínio como fundamento de sua essencialidade, ainda que por analogia, suscita maior reflexão por parte da doutrina.

Dispõe o artigo 11 da referida lei, *in verbis*:

Art. 11. Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum

acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Tal entendimento é realçado pela relação de serviços tidos como essenciais, insculpidos no artigo 10:

São considerados serviços ou atividades essenciais:

- I – tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;
- II – assistência médica e hospitalar;
- III – distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;
- IV – funerários;
- V – transporte coletivo;
- VI – captação e tratamento de esgoto e lixo;
- VII – telecomunicações;
- VIII – guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;
- IX – processamento de dados ligados a serviços essenciais;
- X – controle de tráfego aéreo; e
- XI – compensação bancária.

Assim, ao elencar tais serviços como essenciais, a intenção do legislador foi prever que na eventualidade de uma greve geral, eles ficassem disponíveis aos usuários/consumidores. Esse parece não ter sido o entendimento de que referidos serviços devam ser prestados sem descontinuidade em razão da negativa de contrapartida por eles (pagamento, contraprestação). Caso contrário, a gratuidade de serviços tão díspares quanto telecomunicações ou distribuição de energia elétrica e guarda de materiais radioativos, seria presumida, o que se revela inaceitável.

A lei em comento não trata, assim, de manutenção do serviço ao consumidor específico, ao contrário, prevê apenas que em caso de greve certas atividades não podem ser totalmente suspensas.

Os serviços públicos essenciais limitam-se àqueles inerentes à vida em sociedade, e que, por sua importância, não podem ser delegados a terceiros. Não pode o particular, igualmente, optar por não recebê-los, pois visam ao bem comum, valor este que sobreleva o bem-estar individual.

Acerca da conceituação dos serviços públicos, relevante é a lição de Hely Lopes Meirelles¹³⁶:

Serviços Públicos: propriamente ditos, são aqueles que a Administração presta diretamente à comunidade, por reconhecer sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado. Por isso mesmo, tais serviços são considerados privativos do Poder Público, no sentido de que a Administração deve prestá-los, sem delegação a terceiros mesmo porque geralmente exigem atos de império e medidas compulsórias em relação aos administrados.

Exemplos desses serviços são os de defesa nacional, os de polícia, os de preservação da saúde pública.

Serviços de utilidade pública: são os que a administração, reconhecendo sua conveniência (não essencialidade, nem necessidade) para os membros da coletividade, presta-os diretamente ou aquiesce em que sejam prestados por terceiros (concessionários, permissionários ou autorizados), nas condições regulamentadas e sob o seu controle, mas por conta e risco dos prestadores, mediante remuneração dos usuários. São exemplos dessa modalidade os serviços de transporte coletivo, energia elétrica, gás, telefone.

Mais adiante o citado doutrinador comenta que:

Há que se distinguir entre o serviço obrigatório e o facultativo; naquele, a suspensão do fornecimento é ilegal, pois, se a administração o considera essencial, impondo-o coercitivamente ao usuário (como a ligação domiciliar à rede de esgoto e água), não pode suprimi-lo por falta de pagamento; neste, é legítima, porque, sendo livre a sua fruição, entende-se não essencial, e, portanto, suprimível quando o usuário deixar de remunerá-lo. Ocorre que, se o serviço é obrigatório, sua remuneração é por taxa e não por tarifa (preço), e a falta de pagamento de tributo não autoriza outras sanções além de sua cobrança executiva com os gravames legais (correção, monetária, multa, juros, despesas judiciais).¹³⁷

Claro, portanto, que a prestação de alguns serviços públicos ao consumidor não são essenciais, mas sim de utilidade pública e de fruição opcional.

¹³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 293.

¹³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 293.

Logo, em que pesem opiniões francamente contrárias, a suspensão dos serviços públicos ao consumidor inadimplente se revela ato lícito, pois prevista expressamente na legislação pátria, não se caracterizando a descontinuidade.

O artigo 6º, parágrafo 3º, inciso II, da Lei nº 8.987/95 (Lei de Concessões), já citado, traz a expressão “interesse da coletividade”.

A propósito, o conceito de “interesse da coletividade” não contempla uma exceção à regra ora proposta, ou seja, não veda a suspensão do fornecimento do serviço público em caso de inadimplemento do consumidor. Ao contrário, a expressão representa uma justificativa para a suspensão do fornecimento, isto é, para atender o interesse de todos que pretendem usufruir do serviço faz-se necessária a suspensão do fornecimento aos inadimplentes, como forma de manter o serviço à disposição de toda a coletividade e, mais, funcionando a contento. Isto porque a eventual impossibilidade da concessionária de serviço público suspender o fornecimento do serviço que presta ao consumidor inadimplente pode acabar por gerar a completa inviabilidade econômica de sua atividade, causando imensuráveis prejuízos à coletividade consumidora do serviço público.

Em suma, o artigo 6º, parágrafo 3º, da Lei 8.987/95 expressamente prevê a possibilidade de suspensão do fornecimento quando do inadimplemento do consumidor, considerado o interesse da coletividade e preservados alguns pressupostos, como inadimplência e prévia comunicação.

Referido fundamento legal é utilizado para embasar as demais legislações, assim como as normas setoriais de iniciativa das agências reguladoras, não ensejando, portanto, qualquer infração ao disposto nos artigos 22 e 42 do Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, sendo a relação permeada por contrato, ainda que de adesão, a suspensão do fornecimento em casos de inadimplemento encontra amparo legal também no artigo 476 do Código Civil. Isto porque, em sendo o contrato de fornecimento um contrato sinalagmático/bilateral, o inadimplemento do consumidor autoriza a concessionária a deixar de cumprir sua obrigação de fornecimento. É

certo que os desvios por parte das concessionárias devem ser exemplarmente punidos, já que a suspensão do serviço público ao usuário inadimplente pressupõe uma série de medidas prévias como a própria inadimplência e o expresso aviso ao consumidor em mora.

Nesse contexto, observa-se que o princípio da continuidade do serviço público obriga que o Estado ou o concessionário de serviço público não interrompa a oferta. Logo, o serviço público deve estar disponível à sociedade.

Portanto, a continuidade do serviço público importa, tão-somente, na sua disponibilização aos cidadãos, de modo regular e ininterrupto. No entanto, caso o indivíduo deseje contratar determinado serviço para a sua fruição deverá submeter-se às obrigações legais que o regulamentam, como a obrigação legal de pagar pelo serviço que adquire e consome, sob pena de tê-lo suspenso. Dessa assertiva infere-se que o Estado – ou a quem ele delegou a titularidade da prestação do serviço público – deve assegurar a oferta, de forma contínua, mas apenas à parcela majoritária, ou seja, àqueles que honram o dever de contraprestação, ou seja, que pagam pelo serviço que adquirem e consomem.

Aos que entendem de forma diversa, há o argumento de que o Código de Defesa do Consumidor é lei de ordem pública e de relevante interesse social, descaracterizando a aplicabilidade de lei posterior, ainda que específica. Porém, a dicção do artigo 22 do mesmo diploma legal consumerista impõe aos órgãos públicos e empresas concessionárias e permissionárias o fornecimento de serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, de forma contínua. A continuidade deve aqui ser entendida em seu caráter coletivo e nunca individual.

Zelmo Denari¹³⁸, autor do anteprojeto que originou a lei de proteção ao consumidor, ao comentar os respectivos artigos opinou neste mesmo sentido:

¹³⁸ DENARI, Zelmo. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al* (coords.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 194-195.

Parece-nos, portanto, mais razoável sustentar a imanência desse requisito em todos os serviços prestados pelo Poder Público. Assim sendo, partindo do pressuposto de que todos os serviços públicos são essenciais, resta discorrer sobre a exigência legal da sua continuidade. A nosso aviso, essa exigência do art. 22 não pode ser subentendida: 'os serviços essenciais devem ser contínuos' no sentido de que não podem deixar de ser ofertados a todos os usuários, vale dizer, prestados no interesse coletivo. Ao revés, quanto estiverem em causa interesses individuais, de determinado usuário, a oferta de serviço pode sofrer solução de continuidade, se não foram observadas as normas administrativas que regem a espécie.

Portanto, entende-se que serviços essenciais são aqueles que possuem relevante interesse social, seja por sua carga de dinamicidade econômica, seja por sua incidência sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. É o caso dos serviços públicos de distribuição de gás, de energia elétrica e de água.

Contudo, a exemplo de Marçal Justen Filho¹³⁹, alguns doutrinadores entendem que não existe serviço público sem caráter de essencialidade:

É costumeiro diferenciar serviços públicos essenciais e não essenciais. Trata-se de uma diferenciação muito problemática, já que todos os serviços públicos são, teoricamente, essenciais. Mas a diferença pode ser admitida em vista da característica da necessidade a ser atendida. Há necessidade cujo atendimento pode ser postergado e outras que não comportam interrupção. A distinção apresenta pertinência no tocante ao regime jurídico, especialmente quanto à impossibilidade de interrupção.

Dita continuidade deve, pois, ser interpretada como disponibilidade do serviço para quando necessária for a sua fruição e por qualquer indivíduo – *uti universi*. A lei, vale dizer, não buscou uma continuidade absoluta, ou seja, incondicional e ininterrupta prestação do serviço ao sujeito individualmente inadimplente – *uti singuli*.

Juristas com diversos trabalhos publicados abordando a defesa do consumidor entendem que em havendo inadimplência, ao caso concreto não se aplicaria o princípio da continuidade, já que fica evidenciado o desequilíbrio da relação.

¹³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 499.

Dessa linha de raciocínio participa Zelmo Denari¹⁴⁰, que concorda que existe a possibilidade de interrupção do serviço público em razão da inadimplência do consumidor específico, sob pena de se configurar o enriquecimento deste e ofensa ao princípio da igualdade de tratamento entre os destinatários do serviço público.

O autor citado informa ainda que na doutrina pacifica-se o entendimento de que:

[...] a gratuidade não se presume e que as concessionárias de serviço público não podem ser compelidas a prestar serviços ininterruptos se o usuário deixa de satisfazer suas obrigações relativas ao pagamento. Assim como o particular, no contrato *factio ut des*, pode recusar cumprimento da obrigação de fazer, na ausência do correspectivo, assim também não há negar às concessionárias a mesma faculdade, nos contratos de Direito Público. Do contrário, seria admitir, de um lado, o enriquecimento sem causa do usuário e, de outro, o desvio de recursos públicos por mera inatividade da concessionária, sem prejuízo da ofensa ao princípio da igualdade de tratamento entre os destinatários do serviço público. De todo modo, a interrupção no fornecimento do serviço público não pode ser efetivada *ex abrupto*, como instrumento de pressão contra o consumidor, para forçá-lo ao pagamento da conta em atraso. Em obséquio aos princípios básicos que regem as políticas de consumo, o corte deverá ser precedido de advertência ao usuário do serviço público.

Partindo da premissa – que o legislador consumerista buscou o equilíbrio entre os agentes dessa relação e não pretendeu privilegiar o consumidor eventualmente inadimplente – e consoante a análise sistemática do Código de Defesa do Consumidor, da Constituição Federal e de normas infraconstitucionais, não há outro entendimento legal a ser alcançado.

Cláudia de Lima Marques¹⁴¹ demonstrando ter juízo semelhante, mas, com restrições, destaca que a interrupção do fornecimento de serviço público se admite em caráter excepcional quando não é forma de cobrança ou

¹⁴⁰ DENARI, Zelmo. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al* (coords.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 195.

¹⁴¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts 1º ao 74: aspectos materiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 331-332.

constrangimento, mas reflexo de decisão judicial ou fim não abusivo do vínculo. A autora baliza o seu entendimento nos princípios da continuidade do serviço público e da dignidade da pessoa humana.

Demonstrando opinião contrária ao que aqui se defende, Luiz Antonio Rizzatto Nunes¹⁴² pondera que a interrupção do serviço por inadimplência do consumidor somente pode ser admitida em hipótese de fraude.

[...] admitir-se-á o corte do fornecimento do serviço apenas após autorização judicial, se demonstrado no feito que o consumidor inadimplente, podendo pagar a conta – isto é, tendo condições econômico-financeiras para isso – não o faz. Fora essa alternativa e dentro dessa condição – autorização judicial –, o serviço não pode ser interrompido.

Em que pese o respeito que se devota à opinião do eminente doutrinador, é difícil concordar de tal posicionamento. Esse entendimento faz total inversão de responsabilidades e não se coaduna com as lições basilares de Direito. Inicialmente, ao fornecedor de serviços públicos é vedada a escolha de seus consumidores, sendo obrigação a entrega de produtos/serviços ao destinatário. Ou seja, não se trata de uma relação comum, em que o fornecedor tem a prerrogativa de, pelo histórico creditício do consumidor, fornecer ou deixar de fornecer o insumo. Ainda, sem considerar que qualquer dado acerca da saúde financeira do consumidor pode ser – certamente o será – subjetivo, já que não existe parâmetro legal, haveria carência de ação ao fornecedor que buscasse se valer do Judiciário para autorizar ou não a suspensão do fornecimento, já que existe clara disposição legal a respeito. Por fim, na hipótese de admissão de suspensão somente na constatação de existência de fraude, este critério não se revela justo, pois pode existir fraude sem conhecimento do consumidor (aquele que ocupa a instalação em período posterior à elaboração da irregularidade) e, na maioria dos casos, resta inviável a apuração de autoria/responsabilidade pela irregularidade apontada.

De novo, em respeito à afirmação de ambos juristas, Claudia de Lima Marques e Luiz Antonio Rizzatto Nunes, de que há outros meios de o concessionário

¹⁴² RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: direito material. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 309.

buscar seu crédito, embora haja um liame muito tênue, entende-se que o fato de se legitimar a suspensão não ocasiona a decisão do consumidor de quitar (ou não) o seu débito, tampouco da concessionária em se valer do Judiciário para a plena recuperação do valor, mas tão-somente cessar a prestação ao consumidor inadimplente. A forma como o débito será pago, ou mesmo se o será, não é discutida neste momento. Ademais, não se pode olvidar que o Judiciário não oferta a resposta em tempo hábil necessário para atender as aspirações das partes e, dada tamanha delonga, com o passar do tempo a dívida muitas vezes se torna impagável pelo consumidor. Essa possibilidade, bem recorrente no abarrotado Judiciário brasileiro, não atenderia de forma alguma a intenção legislador consumerista, que tem como premissa tornar perene a relação entre as partes, não inviabilizá-la.

A jurisprudência, principalmente do Superior Tribunal de Justiça vem caminhando nesse sentido – pela possibilidade de suspensão – quando afirma não caracterizar descontinuidade do serviço a sua suspensão em situação de emergência ou após aviso prévio, quando motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações ou por inadimplemento do consumidor, conforme determinação do art. 6º, §3º, da Lei nº 8.987/95 e art. 17 da Lei nº 9.427/96 – ou seja, entende aquela Corte Superior pela legalidade da suspensão nessas hipóteses.

A propósito, como se verá adiante, é claro que para a correta suspensão do fornecimento do serviço o concessionário não dispensa cautelas obrigatórias.

Quanto à jurisprudência, relevantes são as decisões contrárias à suspensão do fornecimento do insumo em situações de pessoas próximas da miserabilidade, que não possuem meios de pagamento da conta regular, porém seguem entendimento majoritário da Turma, conforme se extrai dos seguintes excertos:

ADMINISTRATIVO - ENERGIA ELÉTRICA - CORTE – FALTA DE PAGAMENTO

É lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica, se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica

permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta (L. 8.987/95, Art. 6º, § 3º, II).¹⁴³

ADMINISTRATIVO. CORTE DO FORNECIMENTO DE ÁGUA. INADIMPLÊNCIA DO CONSUMIDOR. LEGALIDADE.

1. A 1ª Seção, no julgamento do RESP nº 363.943/MG, assentou o entendimento de que é lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica, se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta (Lei 8.987/95, art. 6º, § 3º, II).

2. Ademais, a 2ª Turma desta Corte, no julgamento do RESP nº 337.965/MG entendeu que o corte no fornecimento de água, em decorrência de mora, além de não malferir o Código do Consumidor, é permitido pela Lei nº 8.987/95.

3. Ressalva do entendimento do relator, no sentido de que o corte do fornecimento de serviços essenciais - água e energia elétrica - como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão se utiliza dos serviços públicos posto essenciais para a sua vida, curvo-me ao posicionamento majoritário da Seção.

4. A aplicação da legislação infraconstitucional deve subsumir-se aos princípios constitucionais, dentre os quais sobressai o da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República e um dos primeiros que vem prestigiado na Constituição Federal.

5. Deveras, *in casu*, não se trata de uma empresa que reclama uma forma de energia para insumo, tampouco de pessoas jurídicas portentosas, mas de uma pessoa física miserável, de sorte que a ótica tem que ser outra. O direito é aplicável ao caso concreto, não o direito em tese. Imperioso, assim tenhamos, em primeiro lugar, distinguir entre o inadimplemento de uma pessoa jurídica portentosa e o de uma pessoa física que está vivendo no limite da sobrevivência biológica.

6. Em segundo lugar, a Lei de Concessões estabelece que é possível o corte considerado o interesse da coletividade, que significa não empreender o corte de utilidades básicas de um hospital ou de uma universidade, tampouco o de uma pessoa que não possui módica quantia para pagar sua conta, quando a empresa tem os meios jurídicos legais da ação de cobrança. A responsabilidade patrimonial no direito brasileiro incide sobre patrimônio devedor e, neste caso, está incidindo sobre a própria pessoa.

7. Ressalvadas, *data maxima venia*, opiniões cultíssimas em contrário e sensibilíssimas sob o ângulo humano, entendo que 'interesse da coletividade' a que se refere a lei pertine aos municípios, às universidades, hospitais, onde se atingem interesses plurissubjetivos.

8. Por outro lado, é mister considerar que essas empresas consagram um percentual de inadimplemento na sua avaliação de

¹⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº 363.943/MG. Relator Min. Humberto Gomes de Barros. Julgado em 09.12.2003. Disponível em: <www.stj.gov.br.>. Acesso em: 10 jan. 2009.

perdas, por isso que é notório que essas pessoas jurídicas recebem mais do que experimentam inadimplementos.

9. Destacada a minha indignação contra o corte do fornecimento de serviços essenciais de pessoa física em situação de miserabilidade e absolutamente favorável ao corte de pessoa jurídica portentosa, que pode pagar e protela a prestação da sua obrigação, submeto-me à jurisprudência da Seção.

10. Embargos de divergência rejeitados, por força da necessidade de submissão à jurisprudência uniformizadora.¹⁴⁴

Longe de ser uma decisão pacífica, no REsp 337.965/MG, a Ministra Relatora Eliana Calmon Alves manifestou-se pela possibilidade de suspensão do serviço público de fornecimento de energia elétrica por admitir que situação contrária ocasionaria enriquecimento do consumidor, com a conseqüente violação ao princípio da igualdade, já que a lei não garante o direito de continuidade do serviço sem a devida contraprestação, porém, desde que tenha existido o devido aviso prévio.

Registre-se que ministros com entendimentos contrários basicamente afirmam que a suspensão atenta contra o princípio da dignidade da pessoa humana.

Há, ainda, entendimentos de que o artigo 6º, §3º, da Lei nº 8.987/95 não revogou a disposição da Lei nº 8.078/90 que, em seu artigo 22, impõe a continuidade da prestação dos serviços essenciais, sob o argumento de que dispositivos do sistema jurídico da relação de consumo não podem ser revogados por norma posterior que regula concessão e permissão do serviço público, e não o direito do usuário/consumidor. O fato é que o entendimento está longe de ser pacificado, o que incentiva a concluir o presente estudo.

¹⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Resp. nº 337.965/MG. Relator Min. Eliana Calmon. Julgado em 01.09.2003. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 jan. 2009.

6 INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA

6.1 OS SERVIÇOS PÚBLICOS *UTI UNIVERSI* E *UTI SINGULI* E O INTERESSE DA COLETIVIDADE

A conceituação de serviços é encontrada no artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, que assim dispõe:

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.

Merece, neste ponto, ser novamente invocada a lição do jurista Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin¹⁴⁵ da qual se extrai que todos os serviços públicos devem ser prestados de forma adequada, eficiente e segura, reiterando a determinação legal insculpida em diversos dispositivos sobre a matéria.

Assim, com a devida conceituação expendida no artigo 3º, anteriormente transcrita, fica evidente que o concessionário – fornecedor – de distribuição de energia elétrica é abarcado pelo Código de Defesa do Consumidor e tal premissa não se nega em nenhum momento, ou seja, ainda que se tenha apontado a existente discussão doutrinária de que a relação usuário/concessionário merece legislação própria e não a protetiva do consumidor, dela se discorda. Portanto, embora aplicável em plenitude os direitos e deveres do Código de Defesa do Consumidor a essa relação, no que concerne ao objeto deste estudo, verifica-se que a possibilidade de suspensão do fornecimento de energia elétrica – legalmente instituída – não fere o conceito de continuidade dos serviços públicos, tampouco a Lei nº 8.078/90, já que dita continuidade deve ser interpretada como o dever de

¹⁴⁵ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos *et al.* *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 110-111.

disponibilizar para a sociedade os serviços então delegados e não, pelo que se defende, ao consumidor individual inadimplente. Dessa vertente, o que se traz para discussão é o conceito de serviço *uti singuli* e *uti universi*.

A abordagem desses conceitos não busca, pois, afastar a incidência da lei consumerista a casos concretos – apenas contextualizá-la adequadamente.

Sobre essa questão Luiz Antonio Rizzato Nunes¹⁴⁶ não faz distinção em relação a prestações *uti singuli* ou *uti universi* para avaliar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos. Todavia, para evoluir na discussão, urge, de forma sucinta, apresentar os conceitos envolvidos: *uti universi* e *uti singuli*.

Pois bem. Serviços *uti universi* ou gerais: aqueles que a Administração presta sem ter usuários determinados, para atender à coletividade no seu todo e indistintamente. Serviços *uti singuli* ou individuais: são os que têm usuários determinados e utilização particular ou mensurável para cada destinatário.

Para Marcos Juruena Villela Souto¹⁴⁷, essa visão faz completo sentido já que a legislação não exigiu remuneração específica do serviço, sendo estes custeados de alguma forma, por meio de tributos, por exemplo. Por outro lado, parte da doutrina entende que, inexistindo relação direta de contraprestação, inaplicáveis os ditames do código consumerista àquela relação.

Nesse sentido vale colacionar a lição de Cláudia Lima Marques¹⁴⁸:

Relembre-se que, pela definição de serviços do art. 3º do CDC, somente àqueles serviços pagos, isto é, como afirma o §2º, 'mediante remuneração', serão aplicadas as normas do CDC. Em uma interpretação literal da norma, os serviços públicos *uti universi*, isto é, aqueles prestados a todos os cidadãos, com os recursos arrecadados em impostos, ficariam excluídos da obrigação de

¹⁴⁶ RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: direito material, p. 318.

¹⁴⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Proteção ao usuário de serviços públicos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v. 8, n. 31, p. 122-145, abr./jun. 2000.

¹⁴⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 486-487.

adequação e eficiência previsto pelo CDC. [...] Assim, aplica-se o CDC, sempre que presente um consumidor, aos serviços públicos referentes ao fornecimento de água, energia elétrica, gás, telefonia, transportes públicos, financiamento, construção de moradias populares etc.

A doutrinadora Ada Pellegrini Grinover¹⁴⁹ destaca que:

E, efetivamente, fala o §2º do art. 3º do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor em 'serviço' como sendo 'qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista'. Importante salientarse, desde logo, que aí não se inserem os 'tributos', em geral, ou 'taxas' e 'contribuições de melhoria', especialmente, que se inserem no âmbito das relações de natureza tributária. Não há que se confundir, por outro lado, referidos tributos com as 'tarifas' estas, sim, inseridas no contexto dos 'serviços' ou, mais particularmente, 'preço público', pelos serviços prestados diretamente pelo Poder Público, ou então mediante sua concessão ou permissão pela iniciativa privada. O que se pretende dizer é que o 'contribuinte' não se confunde com o 'consumidor', já que no primeiro caso o que subsiste é uma relação de Direito Tributário, inserida a prestação de serviços públicos, genérica e universalmente considerada, na atividade precípua do Estado, ou seja, a persecução do bem comum.

Outro elemento relevante em favor dessa tese é o interesse da coletividade em adotá-la como critério para definir a possibilidade de suspensão do fornecimento de energia elétrica pela falta de pagamento.

O artigo 6º, §3º, da Lei nº 8.987/95, é expresso no sentido de autorizar a suspensão por falta de pagamento com base no interesse da coletividade, ou seja, por determinação legal é o interesse da coletividade que é atacado em eventual impossibilidade de suspensão por falta de pagamento.

Segundo Elaine Cardoso de Matos Novais¹⁵⁰: "Este trecho nem sempre é lembrado ao abordar o assunto, mas acredita-se estar no seu conteúdo a solução do problema". Prossegue o raciocínio no seguinte sentido:

¹⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 40-41.

¹⁵⁰ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. *Serviços públicos & relação de consumo: aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor*, p. 259.

Note-se, porém, que ao examinar a continuidade do serviço público, cumpre destacar que, por se tratar de contrato bilateral de prestações simultâneas, a falta de pagamento de uma parte autoriza a suspensão da prestação pela parte adversa. Entretanto, como a constituição brasileira prevê o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, não é possível admitir a suspensão do serviço público por falta de pagamento em todas as espécies.¹⁵¹

E, adiante, completa:

Dito de outro modo: o princípio da exceção do contrato não cumprido, segundo o qual, uma parte pode negar-se a cumprir sua prestação na relação em virtude do inadimplemento da parte contrária, vale também para as relações de consumo em que o Estado, por si ou por terceiros em seu nome, seja fornecedor. Todavia, considerando a necessidade de salvaguardar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, não se afigura razoável admitir ampla e irrestritamente a suspensão do fornecimento de serviço público essencial.¹⁵²

Portanto, na linha de decisões de Superior Tribunal de Justiça¹⁵³, o disposto no artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor deve ser “[...] obtemperado, ante a exegese do art. 6º, §3º, II, da Lei nº 8.987/95, que prevê a possibilidade de interrupção do fornecimento de energia elétrica quando, após aviso, permanecer inadimplente o usuário, considerado o interesse da coletividade”.

Nesse diapasão, a inadimplência deve ser considerada socialmente grave, tanto que há positivação em praticamente todas as nações neste sentido. Tão grave que, mesmo com previsão constitucional da dignidade da pessoa humana, o interesse coletivo de possuir energia elétrica com segurança, de forma adequada, eficiente, ultrapassa este conceito.

A real dimensão do problema está no atendimento não de um consumidor isoladamente, mas de muitos, que em conjunto deixam de pagar pelo serviço a

¹⁵¹ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. *Serviços públicos & relação de consumo*: aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, p. 259.

¹⁵² NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. *Serviços públicos & relação de consumo*: aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, p. 259.

¹⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 794.132/RS. 2ª Turma. Relator Ministro Castro Meira. Julgado em 13.12.2005 – DJ 06.02.2006, p. 274. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 28 jan 2009.

quantia vultosa (em torno de R\$ 1.000.000.000,00/ano), conforme anteriormente explicitado. Logo, é teleológico concluir que a inadimplência como um todo e a impossibilidade de suspensão dos serviços são de total interesse da coletividade.

Posto isso, cabe reiterar o entendimento de que a continuidade legalmente prevista no artigo 22¹⁵⁴ do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), assim como as disposições do parágrafo 3º do artigo 6º da Lei nº 8.987/95¹⁵⁵ e artigo 17 da Lei nº 9.427/96¹⁵⁶ – que inclusive regulam a possibilidade de suspensão de entes públicos – tem um caráter *uti universi*, não abrangendo, portanto, aquele consumidor que eventualmente esteja inadimplente com suas obrigações. Conquanto ultrapassado tal entendimento, e também mantendo aderência à lógica do interesse coletivo, a suspensão do fornecimento é medida socialmente conveniente.

¹⁵⁴ “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.”

¹⁵⁵ “Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.”

¹⁵⁶ “Art. 17. A suspensão, por falta de pagamento, do fornecimento de energia elétrica a consumidor que preste serviço público ou essencial à população e cuja atividade sofra prejuízo será comunicada com antecedência de quinze dias ao Poder Público local ou ao Poder Executivo Estadual.

Parágrafo único. O Poder Público que receber a comunicação adotará as providências administrativas para preservar a população dos efeitos da suspensão do fornecimento de energia, sem prejuízo das ações de responsabilização pela falta de pagamento que motivou a medida.”

6.2 INEXISTÊNCIA DE JUSTIÇA PRIVADA

Estando clara a legalidade da suspensão do fornecimento dos serviços públicos ao consumidor singular inadimplente, nas hipóteses em que esta medida mostrar-se cabível, certo então que se trata de um exercício regular de direito e, portanto, não se configuraria constrangimento – desde que realizado com parcimônia pelo agente – tampouco justiça privada.

Nas palavras de Elaine Elaine Cardoso de Matos Novais¹⁵⁷, a suspensão dos serviços públicos essenciais nada mais é que a aplicação do princípio da exceção do contrato não cumprido, aplicável de forma ampla em todos os contratos bilaterais com prestações simultâneas em que o prejudicado esteja de boa-fé.

Havendo, pois a existência de contrato bilateral com obrigações mútuas, o eventual descumprimento de uma das partes autoriza a outra a não continuar com a execução do contrato até que as obrigações sejam regularizadas.

Como já consignado, o interesse da coletividade na suspensão do fornecimento se revela com o próprio afastamento da possibilidade de haver consumidores singulares fruindo dos serviços públicos sem a devida contraprestação e no fundado receio coletivo de não perenidade da manutenção do dito serviço. Bem por isso, não há como se afirmar que a suspensão no caso concreto, e desde que respeitados os requisitos necessários, configure ato de constrangimento legal ou justiça privada – é, sim, ato decorrente de lei.

Imperioso registrar que evidentes abusos devem ser exemplarmente punidos, pois não se admite a suspensão, por exemplo, com situação vexatória ao consumidor, sob pena de infração ao artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor. Porém, é necessário ter em mente que o próprio ato de suspensão, em essência, já configura uma situação deveras incômoda para o consumidor e, muitas vezes, trata-se de consumidor residente em condomínio de apartamentos onde o acesso ao

¹⁵⁷ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. *Serviços públicos & relação de consumo*: aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, p. 279.

relógio medidor é franqueado apenas pelo síndico ou zelador. Nessas hipóteses, não haveria constrangimento, salvo se o agente da concessionária ultrapassar o limite do profissionalismo e tecer, por exemplo, comentários jocosos. Mas, estes são casos especiais, que fogem à normalidade, devendo ser apurados e penalizados casuisticamente e na justa medida.

6.3 A POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA EM OUTRAS NAÇÕES

Em análise da questão pelo direito comparado, verificou-se que diversas nações – embora algumas delas não seja um problema social a ser enfrentado – autorizam a suspensão do fornecimento de energia elétrica por inadimplência. Inclusive, em países onde o inverno é rigoroso existem disposições que regulam o fornecimento em níveis mínimos para a manutenção da vida.

Os países objeto de análise da legislação concernente à possibilidade de suspensão de fornecimento de energia por inadimplemento foram: Argentina, Colômbia, Uruguai, Estados Unidos¹⁵⁸, Itália, Portugal, Espanha e Irlanda. Vale registrar que em todas estas nações há previsão expressa dessa prerrogativa. É o que se passa a demonstrar com excertos das respectivas leis.

1) ARGENTINA:

Lei nº 24.065¹⁵⁹

¹⁵⁸ Estudamos a possibilidade nos Estados da Virgínia e Califórnia

¹⁵⁹ “LEY Nº 24.065

REGIMEN DE LA ENERGIA ELECTRICA

Generación, transporte y distribución de electricidad. Objeto. Política general y agentes. Transporte y distribución. Generadores, transportistas, distribuidores y grandes usuarios. Disposiciones comunes a transportistas y distribuidores. Provisión de servicios. Limitaciones. Exportación e importación. Despacho de cargas. Tarifas. Adjudicaciones. Ente Nacional Regulador. Fondo Nacional de la Energía Eléctrica. Procedimientos y control jurisdiccional. Contravenciones y sanciones. Disposiciones varias. Ambito de aplicación. Disposiciones transitorias. Modificaciones a la ley 15.336. Privatización. Adhesión.

Sancionada: Diciembre 19 de 1991

Promulgada Parcialmente: Enero 3 de 1992

Regime da Energia Elétrica

Geração, transporte e distribuição de eletricidade. Objeto. Política geral e agentes. Transporte e distribuição. Geradores, transportadoras, distribuidores e grandes usuários. Disposições comuns a transportadoras e distribuidores. Prestação de serviços. Limitações. Exportação e importação. Despacho de cargas. Tarifas. Adjudicações. Órgão Nacional Regulador. Fundo Nacional de Energia Elétrica. Procedimentos e controle judicial. Contravenções e sanções. Disposições diversas. Âmbito de abrangência. Disposições transitórias. Modificações da 15.336. Privatização. Adesão.

Sancionada: 19 de dezembro de 1991

Promulgada parcialmente: 3 de janeiro de 1992

Publicada B.O.: 16 de janeiro de 1992

[...]

Artigo 84. A falta de pagamento do fornecimento de energia elétrica pelos usuários finais e/ou dos preços de venda de energia em bloco, será penalizada com a interrupção e/ou desconexão do fornecimento.

Para a recuperação da importância correspondente aos preços de venda em bloco e/ou de tarifas de fornecimento de usuários finais, se aplicará o procedimento executivo, sendo título hábil o constante da dívida determinada pela regulação [tradução nossa].

Nota-se que a própria legislação informa que a suspensão do fornecimento de energia elétrica é meio legal para cessação da distribuição do insumo, destacando ser necessária a via executiva – por meio do Judiciário – para a recuperação material da dívida. Logo, revelam-se conceitos e situações extremamente distintas.

2) COLÔMBIA:

“Lei 689, de 28 de agosto 2001¹⁶⁰.”

Publicada B.O.: 16 de enero de 1992

[...]

ARTICULO 84.- La falta de p.o del suministro de energía eléctrica a usuarios finales y/o del precio de venta de dicha energía en bloque, será sancionado con la interrupción y/o desconexión de dicho suministro.

Para la percepción de los importes correspondientes a los precios de compraventa en bloque y/o de tarifas de suministros de usuarios finales, se aplicará el procedimiento ejecutivo, siendo título hábil la constancia de deuda que determine la reglamentación.”

¹⁶⁰ “LEY 689 DE 2001

Diario Oficial No. 44.537, de agosto 31 de 2001

Por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994.

[...]

CAPITULO II.

EL CUMPLIMIENTO Y LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO.

Diário Oficial nº 44.537, de 31 de agosto de 2001

Pela qual se modifica parcialmente a Lei nº 142 ,de 1994:

[...]

CAPITULO II.

O CUMPRIMENTO E A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO.

Artigo 19. Modifica o artigo 140 da Lei 142, de 1994, o qual passa a ser:

Artigo 140. Suspensão por descumprimento. O descumprimento do contrato por parte do subscritor ou usuário do local da suspensão do serviço nos eventos descritos nas cláusulas do contrato de serviços e em todos os casos:

A falta de pagamento durante o prazo fixado pela entidade prestadora, em qualquer caso, nos dois (2) períodos de faturamento, no caso que é bimestral e três (3) períodos quando for mensal e houver fraude nas conexões, medidores ou linhas [tradução nossa].

3) CROÁCIA

“Artigo 20

Artigo 29, parágrafo 2º passa a ter a seguinte redação¹⁶¹:

[...]

ARTÍCULO 19. Modifícase el artículo 140 de la Ley 142 de 1994, el cual quedará así:

"Artículo 140. Suspensión por incumplimiento. El incumplimiento del contrato por parte del suscriptor o usuario da lugar a la suspensión del servicio en los eventos señalados en las condiciones uniformes del contrato de servicios y en todo caso en los siguientes:

La falta de p.o por el término que fije la entidad prestadora, sin exceder en todo caso de dos (2) períodos de facturación en el evento en que ésta sea bimestral y de tres (3) períodos cuando sea mensual y el fraude a las conexiones, acometidas, medidores o líneas."

¹⁶¹ "Article 20

Article 29, paragraph 2 is amended to read:

"(2) The General Conditions of Energy Supply shall stipulate for electricity, heat and natural gas:

- the procedure for issuing energy approval and for creating conditions for connection to the network
- conditions for connection, energy supply and use of network,
- monitoring of security of supply and quality of energy,
- mutual contractual relations among energy undertakings and network users,
- obligations and responsibilities of energy undertakings and network users,
- conditions for metering, billing and payment collection for energy supplied and connected load,
- conditions for application of restriction or suspension of energy supply,
- procedures for determining and billing of illegal consumption of energy."

(2) As condições gerais de fornecimento de energia para a eletricidade, o calor e gás natural:

- o procedimento para a emissão de energia e de aprovação para a criação de condições para ligação à rede,
- as condições de conexão, fornecimento de energia e utilização de rede,
- condições de conexão, fornecimento de energia e utilização de rede,
- monitorização da segurança do abastecimento e da qualidade da energia,
- relações contratuais entre as empresas e os utilizadores da rede energética,
- obrigações e responsabilidades das empresas energéticas e os utilizadores da rede,
- as condições de medição, faturamento e cobrança para o pagamento da energia fornecida,
- as condições de aplicação da restrição ou suspensão do abastecimento de energia,
- os procedimentos para a determinação e cobrança ilegal de consumo de energia [tradução nossa].

4) MONGÓLIA¹⁶²

[...]

32.2. O representante autorizado do fornecedor pode suspender o abastecimento de energia ao consumidor até que as irregularidades sejam corrigidas, nas seguintes circunstâncias:

32.2.1. o consumidor não consiga pagar a fatura de eletricidade, em devido tempo; [tradução nossa].

5) MÉXICO

Lei do Serviço Público de Energia Elétrica¹⁶³

¹⁶² LAW OF MONGOLIA ON ENERGY

32.2. An authorized representative of the supplier shall suspend energy supply to a consumer until the delinquencies are corrected, in the following circumstances:

32.2.1. the consumer fails to pay the electricity bill in due time;

[...].”

¹⁶³ “LEY DEL SERVICIO PÚBLICO DE ENERGÍA ELÉCTRICA

Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de diciembre de 1975

ARTICULO 26.- La suspensión del suministro de energía eléctrica deberá efectuarse en los siguientes

casos:

I.- Por falta de p.o oportuno de la energía eléctrica durante un período normal de facturación;

II.- Cuando se acredite el uso de energía eléctrica a través de instalaciones que alteren o impidan el funcionamiento normal de los instrumentos de control o de medida;

III.- Cuando las instalaciones del usuario no cumplan las normas técnicas reglamentarias; y

ENERGIA ELÉTRICA

Nova Lei publicada no Diário Oficial da Federação, em 22 de dezembro de 1975.

[...]

Artigo 26.- A suspensão do fornecimento de energia elétrica deverá ser efetuada nos seguintes casos:

I- Por falta de pagamento oportuno da energia elétrica durante um período normal de faturamento; [...]. [tradução nossa].

6) REPÚBLICA DOMINICANA

Lei Geral de Eletricidade nº 125-01¹⁶⁴:

[...]

Artigo 93. As empresas distribuidoras de serviço público são obrigadas a prestar serviço a quem solicite, na sua área de concessão, dentro dos prazos estabelecidos pelo regulamento e também permitir outra empresa alimentar os clientes não sujeitos à regulamentação preços nessa área, pagando à empresa distribuidora pelo uso das suas linhas, os valores correspondentes.

[...]

Parágrafo II - Para efetuar a suspensão do serviço de energia para qualquer usuário, independentemente do motivo, será obrigado a deixar um registro escrito dos motivos para tal determinação. Quando o serviço elétrico é suspenso com base em falta de pagamento, se o

IV.- Cuando se compruebe el uso de energía eléctrica en condiciones que violen lo establecido en el contrato respectivo.

V.- Cuando se esté consumiendo energía eléctrica sin haber celebrado el contrato respectivo; y

VI.- Cuando se haya conectado un servicio sin la autorización del suministrador.

En cualesquiera de los supuestos anteriores, la Comisión Federal de Electricidad procederá al corte inmediato del servicio, sin requerirse para el efecto intervención de autoridad. En los supuestos a que se refieren las fracciones I, III y IV que anteceden, se deberá dar aviso previo.”

¹⁶⁴ “Ley General de Electricidad No.125-01

Art. 93.- Las empresas distribuidoras de servicio público estarán obligadas a ofrecer servicio a quien lo solicite, en su zona de concesión, dentro de los plazos establecidos en el reglamento y también a permitir que otra empresa alimente a clientes no sujetos a regulación de precios en dicha zona, pagando a la empresa distribuidora, por la utilización de sus líneas, los peajes correspondientes.

Párrafo I.- A partir del 1ero. de enero del año 2003, las empresas distribuidoras estarán obligadas a compensar a los usuarios finales regulados por la energía eléctrica no servida por el equivalente del ciento cincuenta por ciento (150%) de electricidad no entregada. Los contratos de venta de electricidad de las empresas generadoras con las empresas distribuidoras deberán incluir las compensaciones que correspondan a esta disposición.

Párrafo II.- Para efectuar la suspensión del servicio de energía de cualquier usuario, independientemente de la causa, será obligatorio dejar una constancia escrita de las razones de tal determinación. Cuando el servicio eléctrico sea suspendido basado en la falta de p.o, si el usuario tiene las documentaciones de estar al día en sus responsabilidades, la empresa deberá compensar los daños y perjuicios causados, con tres (3) veces el valor por el cual la empresa tomó la determinación.”

usuário tem a documentação em dia com suas responsabilidades, a empresa deve compensar os danos causados por 3 (três) vezes o valor pelo qual a empresa tomou a decisão [tradução nossa].

7) ITÁLIA¹⁶⁵

Resolução nº 200/99, de 28 de dezembro de 1999, alterada pela Resolução 148/06, de 14 de julho de 2006.

Resolução nº 200/99, de 28 de dezembro de 1999.

Diretiva sobre a organização do serviço de distribuição e venda de energia elétrica ao mercado cativo de clientes em conformidade com o artigo 2, parágrafo 12, letra h), da Lei nº 481, de 14 de novembro de 1995 (Resolução nº 200/99).

Título III - Pagamento das faturas, clientes em atraso e suspensão do fornecimento.

[...].

Artigo 8

Modo e forma de suspensão do fornecimento

8.1 O operador, em caso de mora por parte do cliente, deve enviar uma notificação por escrito, por carta registrada, indicando que o pagamento seja providenciado, com comunicação do momento em que, na constância do atraso, o fornecimento de eletricidade poderá ser suspenso. Esta comunicação tem valor de constituição em mora.

8.2 O operador não poderá suspender o fornecimento do cliente, sem a entrega da comunicação referida no artigo anterior [tradução nossa].

¹⁶⁵ “Deliberazione 28 dicembre 1999, n. 200/99 come modificata dalla deliberazione 14 luglio 2006, n. 148/06

Deliberazione 28 dicembre 1999

Direttiva concernente l'erogazione dei servizi di distribuzione e di vendita dell'energia elettrica a clienti del mercato vincolato ai sensi dell'articolo 2, comma 12, lettera h), della legge 14 novembre 1995, n. 481 (Deliberazione n. 200/99).

Titolo III - P.amento della bolletta, morosità del cliente e sospensione della fornitura

[...]

Articolo 8

Modalità e tempi di sospensione della fornitura

8.1 L' esercente, nel caso di mora del cliente, invia a quest'ultimo una comunicazione scritta a mezzo di raccomandata indicante il termine ultimo entro cui provvedere all'adempimento, le modalità di comunicazione dell'adempimento stesso all'esercente ed i tempi entro i quali, in costanza di mora, la fornitura di energia elettrica potrà essere sospesa. Detta comunicazione ha valore di costituzione in mora.

8.2 L'esercente non può sospendere la fornitura al cliente in assenza della comunicazione scritta di cui al comma precedente.”

8) PORTUGAL

Lei nº 23/96, de 26 de julho de 1996.

[...].

Artigo 5º

Suspensão do fornecimento do serviço público

1 - A prestação do serviço não pode ser suspensa sem pré-aviso adequado, salvo caso fortuito ou de força maior.

2 - Em caso de mora do utente que justifique a suspensão do serviço, esta só poderá ocorrer após o utente ter sido advertido, por escrito, com a antecedência mínima de oito dias relativamente à data em que ela venha a ter lugar.

3 - A advertência a que se refere o número anterior, para além de justificar o motivo da suspensão, deve informar o utente dos meios que tem ao seu dispor para evitar a suspensão do serviço e, bem assim, para a retoma do mesmo, sem prejuízo de poder fazer valer os direitos que lhe assistam nos termos gerais.

4 - A prestação do serviço público não pode ser suspensa em consequência de falta de pagamento de qualquer outro serviço, ainda que incluído na mesma factura, salvo se forem funcionalmente indissociáveis.

9) ESPANHA

Lei nº 54/1997¹⁶⁶ de 27 de novembro, o Setor Eléctrico

Artigo 50. Suspensão do fornecimento

O fornecimento de energia eléctrica aos consumidores poderá ser suspenso quando constar essa possibilidade no contrato de fornecimento ou de acesso que nunca poderá invocar problemas de ordem técnica ou económica que o dificultem, ou por causa de

¹⁶⁶ “Ley 54/1997, de 27 noviembre, del Sector Eléctrico.

Artículo 50. Suspensión del suministro.

1. El suministro de energía eléctrica a los consumidores podrá suspenderse cuando conste dicha posibilidad en el contrato de suministro o de acceso que nunca podrá invocar problemas de orden técnico o económico que lo dificulten, o por causa de fuerza mayor o situaciones de las que se pueda derivar amenaza cierta para la seguridad de las personas o las cosas, salvo lo dispuesto en los apartados siguientes.

[...]

3. En las condiciones que reglamentariamente se determinen podrá ser suspendido el suministro de energía eléctrica a los consumidores privados acogidos a tarifa de último recurso cuando hayan transcurrido al menos dos meses desde que les hubiera sido requerido fehacientemente el p.o, sin que el mismo se hubiera hecho efectivo. A estos efectos, el requerimiento se practicará por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del mismo.”

força maior ou situações a partir da qual derivam uma certa ameaça para a segurança das pessoas ou coisas, salvo o disposto nos parágrafos seguintes.

[...]

3. De acordo com as condições estabelecidas pela regulamentação poderá ser suspenso o fornecimento de eletricidade aos consumidores privados que recebem tarifa de último recurso quando haja transcorrido ao menos dois meses desde que tenha sido requerido o pagamento, sem que o mesmo tenha o realizado. Para esses efeitos, o aviso deve ser efetuado por qualquer meio que mantenha um registro de recebimento pelo interessado ou seu representante, bem como a data, a identidade e de seu conteúdo [tradução nossa].

Com relação à legislação espanhola, em análise do “Contrato Geral” de adesão para esta modalidade de serviços públicos, há expressa previsão de que havendo impontualidade do pagamento de valores do serviço fornecido, a suspensão é medida necessária.

No que tange às legislações americana¹⁶⁷ - cada estado-membro possui regulamento próprio - e irlandesa, verificou-se, como em outras nações, que há expressa previsão de suspensão do fornecimento de energia elétrica ao consumidor inadimplente.

Importante notar que foram avaliadas legislações das Américas, da Europa e da Ásia, sendo que as disposições praticamente se repetem ante a previsão de que a suspensão da energia elétrica é cabível em diversas situações, tais como: (i) segurança do sistema elétrico; (ii) para evitar dano a pessoas e coisas; e (iii) por impontualidade no pagamento da fatura. Nesta última hipótese, a suspensão deve ser precedida de expressa comunicação ao consumidor.

Dessa abordagem se infere que a suspensão do fornecimento não se revela ato atentatório às Constituições das nações pesquisadas, tampouco às leis protetivas do consumidor, também existentes. Aliás, entendimento contrário seria negar a vigência de todas as legislações dos respectivos países, conforme se relacionou.

¹⁶⁷ Pesquisou-se a possibilidade nos Estados da Virgínia e Califórnia.

6.4 A POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA NO BRASIL

O grande conflito que tomou corpo logo que se iniciou o processo de privatização, em razão do interesse das empresas privadas em poder suspender a prestação dos serviços essenciais, em caso de inadimplência de consumidores assim como suas entidades representativas, tinha como cerne o desrespeito à legislação consumerista e ao princípio da dignidade.

Nas palavras de Josué de Oliveira Rios¹⁶⁸:

O STJ decidiu (mas não extinguiu, frise-se) o conflito sem empreender o melhor balanceamento dos interesses em jogo, ao definir-se pela juridicidade do corte de serviços essenciais no julgamento do Recurso Especial n. 363943-MG, da 1ª Seção, Relator Gomes de Barros, decisão de 10 de dezembro de 2003. Quando poderia melhor balancear os interesses contrapostos, por exemplo, admitindo a suspensão dos serviços, mas não de forma irrestrita e abrangente. E sim, fazendo-o na linha que já vinha sendo defendida por alguns dos iminentes ministros da Corte, a saber: admite o corte, respeitando o interesse privado, mas com ressalvas para consumidores em situações especiais, como doença, carência econômica comprovada, entre outros aspectos excepcionais.

O autor conclui o raciocínio aduzindo que o respeito ao princípio constitucional da dignidade deve ser aplicado de forma acentuada na defesa do consumidor.

Dúvida não há de que a legislação que trata o tema de concessão de serviços públicos autoriza a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

Quanto à questão-problema definida neste estudo, alguns doutrinadores entendem que a aplicabilidade do citado diploma legal, quanto à concessão de serviços públicos, está restrita ao artigo 22. É o caso de Adalberto de Souza

¹⁶⁸RIOS, Josué de Oliveira. *O direito do consumidor como instrumento de garantia e concretização da dignidade da pessoa humana*, p. 73.

Pasqualotto¹⁶⁹. Outros, a exemplo de José Geraldo Brito Filomeno¹⁷⁰, afirmam que a prestação de serviços públicos está sujeita às determinações da lei consumerista em sua totalidade.

A primeira vertente – a de que o código consumerista não se aplica em sua totalidade – argumenta que os usuários/consumidores são titulares de interesses legítimos que devem ser tutelados, mas não é possível sobrepô-los aos interesses públicos.

Marçal Justen Filho, a respeito, leciona:

Não é casual a exigência de lei autorizando a outorga de concessão, eis que se trata de meio para a afirmação da vontade da sociedade de afastar de si um encargo específico e determinado. Editada a lei, não é possível ignorar a vontade legislativa e produzir a desnaturação da concessão. É imperioso reconhecer que o interesse da sociedade pode ser contraposto ao interesse dos usuários. Se tal vier a ocorrer, não será possível solucionar a disputa mediante um simples critério quantitativo, do que resultaria o inevitável sacrifício da minoria. Caberá avaliar os princípios jurídicos e as garantias inerentes à democracia. Em suma, poderá ou não tutelar-se o interesse dos usuários, a depender da questão tratada. Mas não será possível afirmar, de modo puro e simples, que interesse público e interesse dos usuários se confundam e identifiquem.

Seja como for, não se olvida que o Estado é obrigado a prestar serviços seguros e adequados independentemente do que dispõe o Código de Defesa do Consumidor. Portanto, a real compatibilização dos princípios da proteção ao consumidor face aos da supremacia e da indisponibilidade do interesse público poderá ser analisada casuisticamente e com base no princípio da razoabilidade.

Diante desse cenário, como já afirmado, à concessionária é vedado deixar de fornecer o serviço indistintamente à sociedade, por outro lado, não pode o

¹⁶⁹PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, RT, n.1, p. 130-148, jan./mar. 1992. Segundo o autor: “Basicamente, a disciplina dos serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor encontra-se no art. 22. Os outros dispositivos acima citados (art. 4º, VII, e 6º, X) cuidam, respectivamente, de diretriz administrativa (norma programática) e de um direito geral do consumidor frente à administração pública”.

¹⁷⁰ FILOMENO, José Geraldo Brito. Dos direitos básicos do consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (coords.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 133.

consumidor se negar a cumprir com sua obrigação, que é o pagamento pelo serviço que fruiu, sob pena de se admitir o enriquecimento sem causa, com a quebra do princípio da igualdade de tratamento das partes. Isso, porém, não significa que se possa admitir a suspensão abrupta, sem o aviso prévio, como meio de pressão para o pagamento das contas em atraso.

Em voto proferido pela ministra Eliana Calmon Alves¹⁷¹ afirmando haver avaliado interpretação autêntica desse dispositivo, ficou consignado que:

À prestadora do serviço exige-se fornecimento de serviço continuado e de boa qualidade, respondendo ela pelos defeitos, acidentes ou paralisações, pois é objetiva a sua responsabilidade civil, como claro está no parágrafo único do art. 22 do CDC. Como então aceitar-se a paralisação no cumprimento da obrigação por parte dos consumidores? Tal aceitação levaria à idéia de se ter como gratuito o serviço, o que não pode ser suportado por quem fez enormes investimentos e conta com uma receita compatível com o oferecimento dos serviços.

Essa é a interpretação que dou ao art. 22 e não consigo visualizar a chancela legislativa para a tolerância da inadimplência, com a manutenção do serviço.

Diante de tal situação, vê-se que o artigo 22, pelo entendimento de parte da doutrina e também jurisprudencial, não revela que a continuidade insculpida neste artigo deva ser aplicada a qualquer tempo ou caso de forma incessante/incontinente – salvo na situação de caráter social *uti universi* –, mas permite sua mitigação em casos específicos, como segurança do sistema de energia e inadimplência.

De fato, a energia elétrica, nos dias atuais, é de suma importância para o alcance da dignidade da pessoa. Todavia, a disponibilidade deste insumo gera obrigações e deveres bilaterais – de quem a fornece e de quem a consome – que permitem o equilíbrio da relação – fornecimento e consumo. Por óbvio, o inadimplemento de uma das partes gera consequências não só para a outra parte da relação, mas põe em risco a coletividade.

¹⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 798.204/RJ. Relator Min. Eliana Calmon Alves. Julgado em 03.08.2006. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 11 jan. 2009.

A legislação mundial, como bem observado, também demonstra que há de existir a contraprestação sob pena de cessação do fornecimento. O fundamento deste entendimento – e parte da doutrina brasileira não discrepa – é o interesse social, difuso, de poder ofertar este bem à sociedade.

Marçal Justen Filho¹⁷² comunga dessa ideia e afirma que o regime do direito administrativo deve suplantar o do direito do consumidor em situações nas quais há regulamentação divergente e incompatível com o princípio da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. Nas palavras do autor:

Isso significa reconhecer a preponderância do regime de Direito Administrativo sobre o Direito do Consumidor. A disciplina do Direito do Consumidor apenas se aplicará na omissão do Direito Administrativo e na medida em que não haja incompatibilidade com os princípios fundamentais norteadores do serviço público. Em termos práticos essa solução pode gerar algumas dificuldades. O que é certo é a impossibilidade de aplicação pura e simples, de modo automático, do Código de Defesa do Consumidor no âmbito dos serviços públicos.

Em rigor, o que defende o citado doutrinador é a supremacia do interesse público sobre o interesse do consumidor. Contudo, não há como partilhar desta ideia porquanto o direito do consumidor visa à proteção difusa da coletividade, estando, por esta razão, em patamar superior ao interesse do Estado. Significa dizer que no conflito de interesses, o interesse da coletividade vem em primeiro lugar.

Outro raciocínio também pode ser extraído do argumento expendido por Marçal Justen Filho¹⁷³. No fundo, quando referido doutrinador defende a supremacia do interesse público não deixa de considerar que a defesa do consumidor é equivalente ao interesse público. A diferença, nesta hipótese, é que não haveria defesa e proteção de consumidor que não cumpra a sua obrigação.

¹⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 560.

¹⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 560.

Cesar A. Guimarães Pereira¹⁷⁴ perfilha o raciocínio esposado por Marçal Justen Filho, quando afirma que, havendo vacância da lei, deve prevalecer a de direito público face a do consumidor. Quando se tratar propriamente da concessão, aquele autor esclarece que:

Rigorosamente, isso não significa uma alteração essencial de premissas quanto à distinção entre consumidor e usuário e ou quanto à aplicabilidade do CDC. Em todos os casos, consumidor e usuários são figuras distintas e o CDC (vale dizer, o regime consumerista) é aplicável ao usuário apenas na omissão do direito administrativo. E, como se apontou no item anterior, o usuário não se transforma em consumidor porque sempre haverá a prevalência do direito administrativo em caso de conflito.

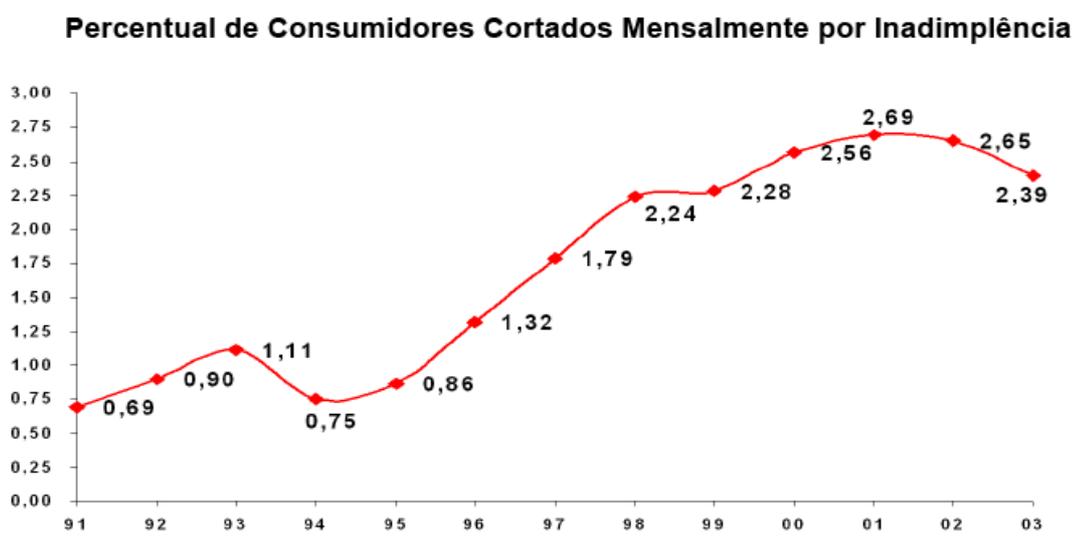
O que se aponta é que, em tais espaços de liberdade, há efetivamente um afastamento do regime puramente público, que dá lugar à aplicação de normas do direito do consumidor. Se o regime público estabelece uma pauta e dá ao prestador e ao usuário liberdade para agirem dentro desse quadro, os conflitos internos os a esse quadro não serão solucionados pelo regime público. É aí que pode atuar o direito do consumidor propriamente dito nas relações de uso de serviço público – ainda assim, sempre com a ressalva de se tratar de aplicação provisória, que ocorre apenas em face da ausência de criação da disciplina própria de proteção do usuário (art. 27 da EC nº 19/1998).

Conforme disposição da Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica (ABRADEE), a inadimplência mensal é extremamente relevante e o lapso temporal entre o efetivo fornecimento e a eventual suspensão do fornecimento é superior a noventa dias, verifica-se que, de fato, o consumidor que tem sua energia suspensa está inadimplente com mais de uma fatura de energia. No Brasil, a propósito, no período compreendido entre 1991 e 2003, mais de 1.200.000 (um milhão e duzentos mil)¹⁷⁵ consumidores, mensalmente, tiveram sua energia suspensa em razão de inadimplência. É o que apresenta o Gráfico 2, a seguir.

¹⁷⁴ PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*, p. 206.

¹⁷⁵ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DISTRIBUIDORES DE ENERGIA ELÉTRICA. Resultado consolidado da inadimplência do setor de distribuição no 3T08. Dezembro 2008. Disponível em: <http://200.196.21.210/download/relatorios/Inadimplencia_2005-abr.pdf> Acesso em: 10 jan. 2009.

Gráfico 2 – Percentual de suspensão de energia por inadimplência



Fonte : Abradee

- O número de consumidores cortados apresenta relação direta com os níveis de inadimplência
- Cerca de **1,2 milhão de consumidores são cortados mensalmente**

O Quadro 5, a seguir, apresenta os percentuais de inadimplência (até 90 dias) nos meses de setembro dos três últimos anos, de algumas concessionárias do país.

Quadro 5 – Fornecimento de energia elétrica: percentual de inadimplência

Empresa	30-set-06		30-set-07		30-set-08	
	Até 90 dias	Total	Até 90 dias	Total	Até 90 dias	Total
AES SUL	1,79	5,21	1,64	4,64	1,50	3,62
AMPLA	4,66	15,67	4,44	15,64	3,17	12,21
BANDEIRANTE	2,99	4,97	3,12	4,95	2,83	4,84
CELPA	4,16	8,30	4,98	9,84	6,23	12,51
CELPE	5,47	8,75	3,97	7,87	3,25	6,69
CEMAT	4,66	8,11	4,25	8,16	4,28	7,79
COELBA	3,34	4,92	3,93	6,06	3,57	6,14
COSERN	5,08	8,19	3,54	6,56	3,71	5,82
CPFL	2,78	3,87	2,97	3,73	2,41	2,93
ELEKTRO	2,52	3,91	2,65	3,64	2,14	2,87
ELETROPAULO	2,49	4,18	3,01	4,46	3,66	5,29
PIRATININGA	2,26	3,55	2,15	3,29	2,22	2,96
RGE	1,89	5,73	1,67	5,09	1,62	3,98
AMOSTRA	3,13	5,87	3,19	5,90	3,06	5,58

Fonte: CVM, elaboração ABRADÉE

Dados com PDD

Amostra de 13 Distribuidoras = 51% do mercado

Uma análise dos dados apresentados no quadro anterior permite constatar que, no período analisado, houve aumento significativo de inadimplência, ocasionando a respectiva suspensão do fornecimento de energia elétrica ao consumidor que estava nesta situação. Em contrapartida, o percentual de inadimplência para débitos com até noventa dias permanece quase sem alteração, conforme percentuais a seguir: 3,13%, 3,19% e 3,06%. Melhor esclarecendo, apesar da quantidade de suspensões haver aumentado sensivelmente, o nível de inadimplência não acompanha o mesmo percentual, ou seja, a concessionária está laborando com mais eficiência, porém, apesar deste esforço, a inadimplência se mantém em níveis já experimentados, levando à conclusão de que não houvesse a postura gerencial de manter a eficiência do serviço a inadimplência seria ainda maior, sem falar no prejuízo social.

Vale registrar que, durante a elaboração deste trabalho tomou-se conhecimento dos Enunciados 36 e 38, do Fórum Permanente dos Juízes das Varas Cíveis do Estado de Pernambuco¹⁷⁶, cujo teor demonstra o entendimento institucionalizado sobre a possibilidade de suspensão do fornecimento de energia elétrica ao consumidor inadimplente. É o que se extrai dos seguintes excertos:

Enunciado: 'O princípio da continuidade do serviço público, tal como previsto no art. 22 do CDC, não impede o corte no fornecimento de energia elétrica em caso de inadimplência do consumidor, desde que notificado previamente'.

Justificativa: A questão do corte de fornecimento de energia elétrica tem ocupado os debates nas cortes judiciárias. Diante do inadimplemento do consumidor, parte da jurisprudência inclinou-se por inadmiti-lo, ao argumento da essencialidade do bem em questão e da característica de continuidade do serviço de fornecimento de energia elétrica, com apoio no art. 22 do CDC (Lei 8.078/90), que consagra o princípio da continuidade dos serviços públicos essenciais. O Poder Público ou seu delegado só ficaria autorizado a proceder à cobrança executiva do débito, sob pena de infringir o art. 42 do mesmo diploma, que proíbe o uso de expedientes constrangedores na cobrança de dívidas a consumidores. Essa corrente prevaleceu durante algum tempo na Primeira Turma do STJ, tendo o Min. José Augusto Delgado sido o relator do acórdão padrão que resultou no assentamento desse entendimento (ver o acórdão proferido no ROMS 8915-MA, unânime, j. 12.05.98, DJ 17.08.98).

¹⁷⁶INSTITUTO DOS MAGISTRADOS DE PERNAMBUCO. Jurisprudência. Enunciados 36 a 38 do Fórum Permanente dos Juízes das Varas Cíveis. Disponível em: <<http://www.imp.org.br/v2008/index.php?p=jurisprudencia&id=10>>. Acesso em: 04 jan. 2009.

Todavia, o direito à continuidade do serviço público, como está assegurado ao consumidor no art. 22 (bem como no § 1º do art. 6º, da Lei 8.987/95), não significa que não possa haver corte do fornecimento, mesmo na hipótese de inadimplência do consumidor. A continuidade, aqui, tem outro sentido, significando que, já havendo execução regular do serviço, a Administração ou seu agente delegado (concessionário ou permissionário) não pode interromper sua prestação sem um motivo justo, a exemplo das excludentes de força maior ou caso fortuito. O dispositivo nem sequer obriga a Administração a fornecer o serviço, mas, desde que implantado e iniciada sua prestação, não poderá ser interrompida se o consumidor vem satisfazendo as exigências regulamentares, aí incluído o pagamento da tarifa ou preço público. O art. 6º, par. 3º, inc. II, da Lei 8.987/95 ('Lei das Concessões dos Serviços Públicos'), deixa isso bem claro, ao dizer que 'não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após aviso prévio', em caso de 'inadimplemento do usuário, considerado o interesse público'.

Como se vê, o corte de energia elétrica é um direito que assiste ao Poder Público ou a seu concessionário, no caso de inadimplência do usuário. Decorre de disposição legal e, por isso mesmo, jamais poderia ser considerado um expediente constrangedor ou qualquer tipo de ameaça ou infração a direitos do consumidor.

Essa questão, no entanto, encontra-se superada, diante do novo posicionamento do STJ, considerando legítimo o corte no caso de inadimplemento do usuário, não caracterizando descontinuidade do serviço essa hipótese (ver, e.g., o acórdão proferido no REsp 363943-MG, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 10.12.03, DJ de 01.03.04) [sem grifo no original].

Enunciado: 'O art. 17 da Lei n. 9.427/96 (Lei das concessões do setor de energia elétrica) deve ser interpretado em combinação com o art. 6º, par. 3º, da Lei n. 8.987/95 (Lei Geral das Concessões), de maneira a se conceber que o corte de energia a consumidor prestador de serviço público está condicionado ao interesse da coletividade em preservar o funcionamento de unidades essenciais'.

Justificativa: A única hesitação da jurisprudência do STJ, quanto à suspensão do fornecimento de energia elétrica em caso de inadimplemento, perdura em relação aos casos em que o consumidor é pessoa jurídica de direito público (ou prestador de serviços públicos). Em alguns julgados encontramos um impedimento direto ao corte, baseado no argumento de que traz repercussões sobre a comunidade dos administrados:

'ADMINISTRATIVO. ENERGIA ELÉTRICA. CORTE DE FORNECIMENTO. MUNICÍPIO INADIMPLENTE. IMPOSSIBILIDADE. O corte de energia elétrica em prédio do Município atinge não somente aquele ente público, mas o próprio cidadão, porquanto a inviabilidade da utilização do prédio e a conseqüente deficiência na prestação de serviços decorrentes, atinge diretamente todos os munícipes.

O corte de energia, utilizado pela Companhia para obrigar o usuário ao pagamento de tarifa extrapola os limites da legalidade, existindo outros meios para buscar o adimplemento do débito' (STJ-1ª Turma, Resp 278532-RO, rel. Min. Francisco Falcão, j. 16.11.00, DJ de 18.12.00).

Em outro julgamento, a Corte Superior tem entendido não poder haver corte indiscriminado de energia elétrica, mormente quando provoca prejuízos a toda uma comunidade, pela privação de serviços próprios da Administração e que depende desse bem para seu funcionamento. Aqui, o direito à suspensão do serviço (corte da energia), quando o usuário deixa de efetuar o pagamento da contraprestação ajustada, não é em princípio refutado, até porque decorre de previsão legal. O que se procura impedir são os resultados gravosos decorrentes do corte quando efetuado de forma indiscriminada, assim considerado o que é realizado sem que a concessionária tome as providências necessárias no sentido de preservar os serviços essenciais à população. Desde que essas precauções sejam tomadas, o corte pode ser efetivado. Bem expressivo dessa última corrente é o aresto abaixo ementado:

'ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. MUNICÍPIO INADIMPLENTE. SUSPENSÃO DO SERVIÇO. PREVISÃO LEGAL. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

1. A interrupção no fornecimento de energia por inadimplemento do usuário, conforme previsto no art. 6º., par. 3º., II, da Lei n. 8.987/95, não configura descontinuidade na prestação do serviço para fins de aplicação dos arts. 22 e 42 do CDC.
2. Demonstrado nos autos que a fornecedora, ao suspender o serviço de energia elétrica, teve o cuidado de preservar os serviços essenciais do município, não há que se cogitar tenha o corte afetado os interesses imediatos da comunidade local.
3. Destoa do arcabouço lógico-jurídico que informa o princípio da proporcionalidade o entendimento de que, a pretexto de resguardar os interesses do usuário inadimplente, cria embaraços às ações implementadas pela fornecedora de energia elétrica com o propósito de favorecer o recebimento de seus créditos, prejudicando, em maior escala, aqueles que pagam em dia as suas obrigações.
4. Se a empresa deixa de ser, devida e tempestivamente, ressarcida dos custos inerentes às suas atividades, não há como fazer com que os serviços permaneçam sendo prestados com o mesmo padrão de qualidade (STJ-2a. Turma, Resp 302620-SP, rel. p/ o acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. 11.11.03, DJ 16.02.04).

Como se observa dos termos da ementa, e conforme consta do voto e relatório que integram o acórdão acima transcrito, a empresa concessionária teve o cuidado, ao promover a interrupção no fornecimento de energia elétrica, de preservar os serviços essenciais do município, limitando o corte apenas a alguns prédios da administração pública, resguardando, desse modo, os interesses imediatos da comunidade local. Essa foi a circunstância decisiva para o reconhecimento da legitimidade do corte.

Da leitura da ementa desse julgado, de certa maneira, sobressai a idéia de que a adoção de medidas para amenizar os efeitos do corte

não é somente obrigação do Poder Público local ou do Executivo Estadual, mas também da própria concessionária (fornecedora de energia elétrica). Por força do art. 17 da Lei 9.427/96, a suspensão do fornecimento a consumidor que preste serviço público está subordinada unicamente à comunicação prévia (15 dias de antecedência) ao Poder Público local ou ao Poder Executivo Estadual, que 'adotará as providências administrativas para preservar a população dos efeitos da suspensão do fornecimento de energia elétrica'. O julgado empresta um novo sentido a essa disposição, na medida em que considera a ação direta da própria concessionária, na preservação da energia aos serviços públicos prestados pelo órgão municipal ou estadual inadimplente.

Um outro julgado podemos incluir nessa segunda corrente, que admite a suspensão (ainda que subordinada a certas condições) do serviço prestado a pessoa jurídica de direito público ou consumidor que preste serviço público. Trata-se de acórdão da relatoria do Ministro Franciulli Neto, onde o eminente relator destacou expressamente sua visão de que, em razão de expressa previsão normativa, é possível a suspensão do fornecimento de energia elétrica ao usuário que deixa de efetuar o pagamento, depois de regularmente notificado. O impedimento ao corte, no entanto, ficou decidido em função de circunstância particular relacionada ao caso em julgamento, configurada na existência de uma pluralidade de contratos com diversos órgãos municipais, sendo inviável a suspensão de todos eles na ausência de meios para identificar aquele em que ocorreu a efetiva impontualidade. Ao fundamentar o voto do acórdão, o relator destacou que o corte alcançaria tanto os serviços próprios da Administração quanto a iluminação pública do Município'. A ementa desse julgado está vazada nos seguintes termos:

'RECURSO ESPECIAL - ALÍNEAS 'A' e 'C' - ADMINISTRATIVO - ENERGIA ELÉTRICA - CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO - FALTA DE PAGAMENTO - SUSPENSÃO DO SERVIÇO - NECESSÁRIA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS UNIDADES CONSUMIDORAS INADIMPLENTES - CORTE INDISCRIMINADO DA ENERGIA ELÉTRICA - IMPOSSIBILIDADE.

Há expressa previsão normativa no sentido da possibilidade de suspensão do fornecimento de energia elétrica ao usuário que deixa de efetuar a contraprestação ajustada, mesmo quando se tratar de consumidor que preste serviço público (art. 6º, par. 3º, da Lei n. 8.987/95 e art. 17 da Lei n. 9.427/96).

Na hipótese vertente, contudo, verifica-se que, embora exista débito da Municipalidade para a concessionária, a autorizar, em princípio, o corte, a medida ocorreria de forma a prejudicar toda a população da localidade. Ilegal, portanto, a interrupção indiscriminada do serviço, tanto para os serviços próprios da Administração, quanto no que se refere à iluminação pública do Município, porque não especificada na demanda a que unidades consumidoras se refere o débito.

Ausência de similitude fática entre os acórdãos confrontados' (STJ-2ª Turma, Resp 400909-RS, rel. Min. Franciulli Netto, j. 24.06.03, DJ 15.09.03).

Diante desse conjunto jurisprudencial, podemos assinalar as seguintes conclusões:

a) o direito da concessionária de suspender o fornecimento de energia elétrica não é absoluto, estando subordinado ao interesse da coletividade, nos termos do art. 6º, II, da Lei n. 8.987/95, que configura uma restrição legal à *exceptio non adimpleti contractus*;

b) o interesse da coletividade pode ficar revelado sempre que o corte implicar em deixar sem energia ruas, escolas, hospitais, repartições públicas ou quaisquer unidades do serviço público que, efetivamente, não podem deixar de funcionar;

c) nos casos em que ficar configurado o interesse da coletividade, deve o credor (concessionária de energia elétrica) buscar a satisfação de seu crédito pelos meios executivos convencionais ou pela via da negociação;

d) o art. 17 da Lei n. 9.427/96 (Lei das concessões do setor de energia elétrica) deve ser interpretado em combinação com o art. 6º, par. 3º, da Lei n. 8.987/95 (Lei Geral das Concessões), de maneira a se conceber que o corte de energia a consumidor prestador de serviço público está condicionado ao interesse da coletividade em preservar o funcionamento de unidades essenciais;

e) em se tratando de consumidor pessoa privada (física ou jurídica) não prestadora de serviço público, a concessionária tem direito de proceder à suspensão diante de inadimplemento, sendo suficiente a notificação prévia, pois em tal situação o corte (em regra) não tem relação com nenhum direto interesse da coletividade;

f) o interesse da coletividade, que impede a suspensão do fornecimento de energia, pode excepcionalmente ficar configurado mesmo na hipótese de consumidor privado (pessoa física ou jurídica), caracterizado por circunstâncias peculiares que o distingam da comunidade dos usuários'.

Essas são, em linhas gerais, as premissas que se podem extrair dos dispositivos legais relativos ao corte de energia elétrica a consumidor inadimplente e da análise deles que o STJ - que tem a missão institucional de uniformizar a interpretação da legislação federal - tem feito até o momento [sem grifo no original].

Não obstante o entendimento expendido nos julgados colacionados acima e, respeitadas as opiniões contrárias, tendo como premissa a descontinuidade da prestação de serviços, não a cobrança de dívidas – e ante as disposições legais sobre essa questão – tratadas anteriormente (artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90); parágrafo 3º do artigo 6º da Lei nº 8.987/95; artigo 17

da Lei nº 9.427/96 e Resolução 456/00 editada pela ANEEL¹⁷⁷), infere-se que nem mesmo o Código de Defesa do Consumidor veda tal possibilidade – entendimento também do autor do anteprojeto da lei em comento e da jurisprudência, situação que deve ocorrer em último caso e desde que previamente informada ao consumidor.

É claro que se deve repudiar qualquer expediente contrário às disposições legais ou regulamentares, todavia não se pode apontar como ilegal a suspensão do fornecimento em razão da inadimplência, quando respeitado o trâmite então estabelecido pelo binômio “inadimplência-prévio aviso”, sem olvidar que qualquer ofensa por parte das concessionárias, apta a demonstrar o desequilíbrio da relação de consumo frente ao consumidor – parte sabidamente mais frágil – deve ser levada à consideração do Judiciário.

¹⁷⁷ “Art. 91. A concessionária poderá suspender o fornecimento, após prévia comunicação formal ao consumidor, nas seguintes situações:

- I - atraso no p.amento da fatura relativa a prestação do serviço público de energia elétrica;
- II - atraso no p.amento de encargos e serviços vinculados ao fornecimento de energia elétrica, prestados mediante autorização do consumidor;
- III - atraso no p.amento dos serviços cobráveis estabelecidos no art. 109;
- IV - atraso no p.amento de prejuízos causados nas instalações da concessionária, cuja responsabilidade tenha sido imputada ao consumidor, desde que vinculados à prestação do serviço público de energia elétrica;
- V - descumprimento das exigências estabelecidas nos arts. 17 e 31;
- VI - o consumidor deixar de cumprir exigência estabelecida com base no disposto no parágrafo único do art. 102;
- VII - quando, encerrado o prazo informado pelo consumidor para o fornecimento provisório, nos termos no art. 111, não estiver atendido o que dispõe o art. 3º, para a ligação definitiva;
- VIII - impedimento ao acesso de empregados e prepostos da concessionária para fins de leitura e inspeções necessárias.

§ 1º A comunicação deverá ser por escrito, específica e com entrega comprovada de forma individual ou impressa em destaque na própria fatura, observados os prazos mínimos de antecedência a seguir fixados.

- a) 15 (quinze) dias para os casos previstos nos incisos I, II, III, IV e V;
- b) 30 (trinta) dias para os casos previstos no inciso VI; e
- c) 3 (três) dias para os casos previstos nos incisos VII e VIII.

§ 2º Constatada que a suspensão do fornecimento foi indevida a concessionária fica obrigada a efetuar a religação no prazo máximo de até 4 (quatro) horas, sem ônus para o consumidor.”

6.5 OS REQUISITOS: AVISO PRÉVIO E CONSTATAÇÃO DE INADIMPLÊNCIA

Reiteradas vezes, neste estudo, já se apontou que o direito legal da concessionária em proceder à suspensão do fornecimento de energia somente pode ser exercido desde que cumpridos alguns deveres legais, quais sejam: (i) constatação de inadimplência e (ii) encaminhamento de aviso prévio ao consumidor.

Pois bem. Só há que se falar em desacordo com a determinação legal e, portanto, sujeição a sanções administrativas e judiciais, a concessionária que, no caso concreto, não tenha obedecido aqueles deveres.

No que tange à atuação do Judiciário, merecem censura alguns julgados que fixam valor irrisório ao *quantum* indenizatório atribuído às concessionárias que sucumbem ao litígio. É evidente que o empreendedor leva em consideração o quanto determinada conduta representa em seu resultado financeiro. Tal situação em nada contribui para inibir a prática reiterada de concessionárias que, sopesando o valor da condenação que terão que pagar ao consumidor que se socorreu do Estado-juiz, insistem em não observar a exigência do prévio aviso antes de suspender o fornecimento de energia elétrica. O contrário, isto é, a certeza de que os valores pagos a título de indenização, nestes casos, não serão irrisórios aos olhos da parte sucumbente (concessionária), certo está que a conduta que ocasionou o dano será revista com a máxima urgência, pois a lógica do mercado não permitirá que o empreendedor perca parcela relevante de seu lucro.

No parágrafo 3º do art. 6º da Lei nº 8.987/90 reza que não se caracteriza descontinuidade do serviço a sua interrupção, em situação de emergência ou após prévio aviso, quando motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações, ou, ainda, por “inadimplemento do usuário”, considerado o interesse público.

Parte da doutrina entende que a norma consumerista, como legislação especial, não pode ser revogada por norma posterior, *in casu*, a que regula concessões de serviço público. Aduzem que qualquer norma infraconstitucional que

o faça ofende direitos consagrados pelo Código do Consumidor e pela Constituição Federal, portanto, inconstitucional. Em rigor esse debate é inócuo, pois não há que se falar que uma norma derogou a outra – embora haja a tendência a se acreditar que sim, no que for conflitante –, mas basta apenas analisar sistematicamente, quanto ao objeto deste trabalho, o insculpido no Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Concessões para se concluir de forma adequada.

A suspensão do fornecimento, para outros, somente é legal quando estiver sob risco o interesse da coletividade. Ainda, muitos perfilam entendimento de que não constitui infração a suspensão de serviço público, pois a continuidade prevista no Código de Defesa do Consumidor não é absoluta, sendo necessária a sua contraprestação.

Também, há a tese de que constitui ofensa ao diploma legal consumerista, por prática abusiva e inconstitucional, a suspensão do fornecimento de energia elétrica. O argumento é que tal conduta expõe o usuário à situação vexatória tal, a ponto de obrigá-lo a pagar o débito devido, caracterizando ilícito a tal diploma legal e exercício arbitrário das próprias razões.

Outro entendimento aponta para a possibilidade de suspensão do fornecimento ante a presença do binômio “inadimplência - aviso prévio”, isto é, ambos os requisitos devem ser observados. Dessa forma, faz-se necessário entender como se operacionaliza o “aviso prévio”.

Ao regulamentar o determinado pelo parágrafo 3º do art. 6º da Lei nº 8.987/90, a ANEEL editou a Resolução nº456/2000 que, em seu artigo 91, expõe o *modus operandi* da concessionária quanto ao cumprimento da determinação legal em foco.

Assim, “aviso prévio” é uma notificação, que pode ser um documento avulso ou por meio de expresso comunicado na fatura subsequente, à outra parte (consumidor), com certo prazo de antecedência. O texto da notificação deve informar um fato jurídico que irá se aperfeiçoar no futuro.

A finalidade do “aviso prévio” é evitar o fator “surpresa”, possibilitando ao consumidor tomar as providências necessárias (adimplemento, quando for o caso) para que a suspensão do fornecimento de energia elétrica não se consuma. Essa comunicação deve ser feita por escrito e, para segurança de todos os envolvidos, com comprovante de envio e entrega ao destinatário.

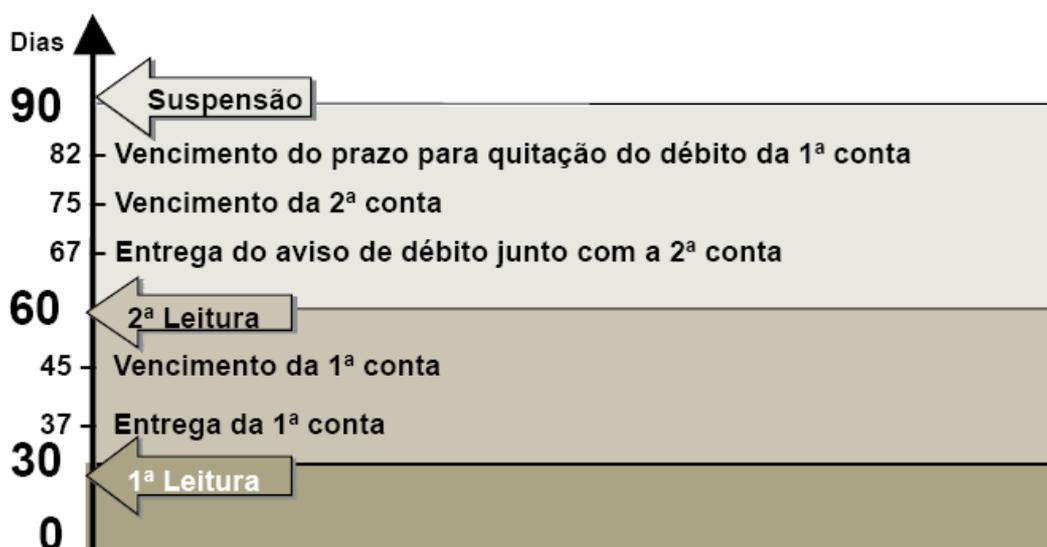
O citado artigo 91 da Resolução nº 456/2000 da ANEEL, em seu parágrafo 1º, determina que o “aviso prévio” de comunicação de inadimplência com finalidade de suspensão do fornecimento de energia elétrica deve seguir com antecedência mínima de 15 (quinze) dias para conhecimento do consumidor.

Para melhor ilustrar a situação concreta, tome-se o exemplo de uma residência que fruiu do serviço público durante o mês de janeiro/2008 e, com sua fatura regular de consumo, devidamente emitida, recebeu dita fatura com vencimento em 07 de fevereiro (já que a fatura deve ser encaminhada com antecedência). Entre a data da entrega da conta e a do pagamento transcorrem-se, em regra, oito (08) dias. Portanto, já se foram quinze dias (15) além do período de fruição. O consumidor, *in casu*, deixa de adimplir a sua obrigação contratual de pagamento. Nesse ínterim, após trinta e sete (37) dias da realização da leitura do consumo do mês de janeiro, a conta do mês subsequente (fevereiro) é emitida e entregue ao consumidor, juntamente com o “aviso prévio” de débito da conta anterior. Essa conta vence, aproximadamente, após quarenta e cinco dias (45) do fato gerador e em aproximadamente cinquenta e dois dias (52) é o vencimento do prazo para a quitação da conta de janeiro. Somente com o não pagamento desse valor naquela data é que a energia elétrica será suspensa, aproximadamente sessenta (60) dias após a fruição do bem. Ou seja, o consumidor teve oportunidade – defesa e contraditório – de alegar fatos que pudessem superar a simples inadimplência; mais, foi devidamente avisado, ofertado prazo, mesmo assim ficou-se inerte. Registre-se que somente depois de todo esse trâmite é que a energia poderá ser suspensa.

O exemplo em comento pode ser visualizado no Gráfico 3, a seguir.

Gráfico 3 – Procedimento de cobrança

Suspensão: 45 dias após vencimento ou 90 dias do início do fornecimento



Fonte: ABRADÉE¹⁷⁸

Devido a sua relevância para o presente estudo, é importante destacar que a agência fiscalizadora (ANEEL) possui norma própria (Resolução) penalizando a empresa concessionária que comprovadamente deixe de encaminhar o citado “aviso prévio” de suspensão de fornecimento de energia elétrica ao consumidor. Em rigor, tal sistemática é realizada por meio sistêmico, ou seja, automatizada por software destinada a tal tarefa e, em tese, não falível.

Assim, expedido o “aviso prévio”, certo está que a concessionária alcançou o cumprimento da norma legal e o consumidor foi devidamente “constituído em mora”. Com este procedimento, não constatado o pagamento, a consequência deverá ser a suspensão do fornecimento da energia elétrica. Na hipótese de descumprimento deste dever, a concessionária estará à margem do mandamento legal e, por tal razão, além da suspensão ser indevida, deve ser eficazmente penalizada.

¹⁷⁸ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DISTRIBUIDORES DE ENERGIA ELÉTRICA. Resultado Consolidado da Inadimplência do Setor de Distribuição no 3T08. Dezembro 2008. Disponível em: < http://200.196.21.210/download/relatorios/Inadimplencia_2005-abr.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2009.

6.6 A EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO

A exceção de contrato não cumprido – *exceptio non adimpleti contractus* – está prevista no artigo 476 do atual Código Civil¹⁷⁹.

Caio Mário¹⁸⁰, citando o doutrinador francês Paul Frederic Girard, leciona que a referida cláusula de exceção tem sua origem em Roma. Cassin, contemporâneo de Girard, afirma que sua origem se reporta ao direito canônico, sendo esta última a versão mais aceita pela doutrina. Portanto, foi no direito canônico que surgiram os contratos sinalagmáticos¹⁸¹, em que as partes se vinculavam não somente na contratação, mas também durante a sua execução. Registre-se ainda que os canonistas, ao desfazerem a distinção entre contrato e pacto nu, deixaram estabelecido que do simples acordo de vontades promanava o vínculo contratual.

Assim, a exceção de contrato não cumprido é um fenômeno próprio dos contratos sinalagmáticos. É um ato passivo pelo qual o excipiente visa a paralisar a ação do excepto faltoso. É sabido que nos contratos bilaterais as prestações guardam entre si uma relação de reciprocidade e interdependência, cada uma se constituindo na causa jurídica da outra.

Ainda, cumpre consignar que a *exceptio non adimpleti contractus* não se aplica indistintamente a todo e qualquer contrato bilateral, posto que de um mesmo contrato desse tipo podem emanar prestações diversas que não sejam correspondentes. Ou seja, há de existir uma reciprocidade.

¹⁷⁹“Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.”

¹⁸⁰PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. III. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 96.

¹⁸¹“Contrato sinalagmático: Aquele em que as respectivas obrigações apresentam mútua dependência, isto é, uma obrigação é causa, pressuposto de outra, ocorrendo “interdependência essencial entre as prestações”. GOMES, Orlando. *Contratos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 198.

Sinalagmático diz-se daquilo que é bilateral, importando em igualdade de direitos e deveres para as partes contratantes. Cf. GOMES, Orlando. *Contratos*, p. 198.

Dessa lição extrai-se que os contratos unilaterais são aqueles em que as obrigações são emanadas para apenas uma das partes. Não há reciprocidade de prestações, como ocorre nos contratos bilaterais, nos quais, existem obrigações para ambas as partes.

Portanto, o contrato bilateral, para fins de aplicação da *exceptio non adimpleti contractus*, são aqueles que exigem, para a sua caracterização, a presença de prestações e contraprestações interligadas genética e funcionalmente.

Vale frisar, pela sua importância, que os contratos sinalagmáticos são instrumentos com obrigações correlatas, contendo necessariamente prestação e contraprestação, tendo ambas as partes deveres e direitos. Não há impedimento de que uma das partes tenha maior número de direito que a outra, pois tal fato não retira a bilateralidade contratual permitindo a aplicação da *exceptio*.

De acordo com o artigo 476 do Código Civil apenas aos contratos bilaterais pode ser aplicada a exceção do contrato não cumprido.

Ainda, toda relação entre concessionário e consumidor é realizada mediante contrato de adesão, contrato este formalmente avaliado e aprovado pelo Poder Concedente por meio da agência reguladora, *in casu*, a ANEEL.

Para conceituar e classificar tal instrumento, invoca-se o ensinamento do jurista Sílvio de Salvo Venosa¹⁸²:

A prestação de serviços pode ser conceituada como o contrato sinalagmático pelo qual uma das partes, denominada prestador, obriga-se a prestar serviços a outra, denominada dono do serviço, mediante remuneração.

Trata-se de contrato bilateral, pois gera direitos e obrigações para ambas as partes e como decorrência é oneroso; consensual, por se aperfeiçoar com simples acordo de vontades, e comutativo, porque impõe vantagens e obrigações recíprocas que se presumem equivalentes, conhecidas pelas partes.

¹⁸² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 187-188.

Verifica-se, pois, tratar-se de instrumento sinalagmático e comutativo, em que a equivalência das prestações é requisito essencial para a sua validade. Assim, não há como exigir de uma parte sua continuidade se a outra tende a desrespeitar sua obrigação.

Também pela ótica do Código de Defesa do Consumidor, é expresso o entendimento de que as relações entre as partes – concessionário X consumidor –, devem ser harmoniosas, viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica e ter como base a boa-fé e o equilíbrio.¹⁸³

Não obstante, o artigo 7º da citada lei consumerista informa que os direitos previstos naquele diploma devem derivar dos princípios gerais do Direito, da analogia, dos costumes e da equidade. Ora, entender que cabe ao concessionário permanecer prestando serviços de entrega de energia elétrica ao consumidor inadimplente ante a necessária proteção da dignidade deste – fundada na legislação consumerista e na Constituição Federal - ofende preceitos estabelecidos por estas legislações e, mais, ataca princípios basilares que as norteiam.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery¹⁸⁴ corroboram com esse raciocínio quando afirmam que os sete primeiros artigos da Lei nº 8.078/90, por si sós, já estabelecem toda a conduta a ser adotada dentro das relações de consumo, normas gerais a serem aplicadas em toda a extensão dos demais artigos do código consumerista. Ou seja, como foi destacado, o artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor veda a suspensão do fornecimento de serviços públicos ante a inadimplência do consumidor singular. Aqui surge a indagação: se referido artigo

¹⁸³“Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

[...]

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos; [...].”

¹⁸⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.

deve submissão aos primeiros, donde expressamente sobressaem obrigações como equidade, boa-fé, equilíbrio, entre outras? Portanto, também, por esse entendimento – exceção do contrato não cumprido – a suspensão é medida de rigor desde que respeitado o binômio “inadimplência - prévio aviso”.

7 CONCLUSÃO

Como conclusão do presente estudo e até mesmo em razão da sua elaboração, foi possível conhecer os diversos posicionamentos doutrinários que visam encontrar uma solução mais adequada à decisão, por parte da empresa concessionária, de suspender o fornecimento de energia elétrica quando inadimplente o consumidor, diga-se, um impasse de cunho social.

É certo que na doutrina e na jurisprudência não há posição pacífica sobre a questão, tanto quanto as suas especificidades, quanto à sua extensão. Ciente desta lacuna procurou-se demonstrar e, às vezes, até desconstituir e constituir elementos relevantes de forma a alcançar a legalidade da suspensão do fornecimento dessa espécie de serviço público essencial ao consumidor singular, ainda que inadimplente.

A legislação pátria, de forma cristalina, autoriza a suspensão do fornecimento de energia elétrica desde que respeitado o binômio “inadimplência – aviso prévio”, sob pena de total inversão da ordem institucional e legal.

Para ampliar a compreensão do tema, o estudo enveredou-se no direito comparado, na parte que auxilia a solução da questão-problema então definida. Registre-se que essa preocupação do legislador pátrio ao expressamente prever a suspensão é refletida nas legislações das nações pesquisadas e grande é a semelhança com as leis brasileiras. Mais, sempre com vistas ao interesse social, a redação analisada abarca e realça o direito-dever de suspensão de fornecimento ao consumidor comprovadamente inadimplente.

Nessa trilha, do ponto de vista social, é difícil admitir, por exemplo, que “uma senhora de idade e sem recursos” seja privada dos benefícios da energia elétrica em razão de não pagamento da energia consumida. Porém, ao se autorizar a suspensão, mesmo em um caso como este, o que se está privilegiando, em rigor,

é o interesse social, já que a inadimplência contumaz, colocaria sob risco a própria coletividade, o bem comum.

De toda sorte, como visto, o princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser utilizado, indistintamente e em tese, para justificar a impossibilidade de interrupção do fornecimento do serviço.

É necessário, pois, tentar compatibilizar o primado da dignidade com o interesse público, que impede o enriquecimento ilícito do consumidor que não efetua a sua contraprestação, *in casu*, em decorrência da fruição da energia elétrica, em claro prejuízo da coletividade, a qual poderá arcar com os custos desnecessários, bem assim com o princípio do equilíbrio econômico-financeiro desta espécie de serviço público essencial.

Na doutrina foram encontrados distintos posicionamentos, que, no fundo, versam sobre alternativas para suprir eventual grau de miserabilidade de alguns consumidores, de modo a não serem privados da energia elétrica. Porém, essa solução também não se adequa à manutenção do fornecimento pelo concessionário.

Bem por isso, acredita-se que, por meio de uma política pública específica para este setor, a exemplo de tantos programas sociais atualmente conhecidos, caberia ao Estado subsidiar o fornecimento aos menos favorecidos. Ou seja, não se pretende negar a necessidade de fruição de energia elétrica por estes consumidores, apenas dizer que não cabe ao concessionário permanecer fornecendo energia – a quem quer que seja – sem a devida contraprestação.

Nesse passo, peculiar é a sugestão apresentada por Marcos Juruena Villela Souto¹⁸⁵ no sentido de que seria cabível ao concessionário buscar junto ao Poder Concedente o ressarcimento dos valores não pagos, após um período fixado em contrato, para que não haja quebra do equilíbrio contratual, sub-rogando-se nos

¹⁸⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação. 4.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 425.

direitos deste em face do usuário, dele cobrando em juízo, tudo para atender ao interesse público e não ver a dignidade do consumidor atingida.

A jurista Elaine Cardoso de Matos Novais¹⁸⁶ também propõe como alternativa a criação de uma cota mínima de consumo a ser assegurada a quem não puder arcar com tais despesas por certo período, com a correspondente comprovação da situação de miserabilidade, caso em que caberia ao Estado prover o pagamento desta cota mínima.

Clever M. Campos¹⁸⁷, em sua doutrina, sentencia que todo indivíduo tem direito a um mínimo de energia para que possa viver com um pouco de dignidade e sugere que:

Esta energia elétrica mínima seria proporcionada através da instalação de um limitador de corrente, alternativamente ao corte total pela concessionária, e deveria atender basicamente a refrigeração de alimentos e iluminação do domicílio do usuário em dificuldade financeira.

Essa providência social, harmônica com a Constituição Federal, evitaria o 'trauma', que sofre o cidadão ao ter sua energia 'cortada' por estar desempregado e momentaneamente sem renda. O cidadão voltando ao trabalho, regularizaria sua situação perante a distribuidora de energia.

Para Oscar Ivan Prux, ao custo social mínimo, poder-se-ia instituir um seguro para custear o pagamento de uma cota mínima ao consumidor que, eventualmente e sem culpa, esteja momentaneamente impossibilitado de fazê-lo.

A alternativa apresentada por Cesar A. Guimarães Pereira¹⁸⁸ alude à nova estipulação normativa, como a seguir se expõe:

A questão não pode ser resolvida de modo absoluto. Há que se ponderar as condições de cada situação concreta. Uma solução

¹⁸⁶ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. *Serviços públicos & relação de consumo: aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor*. Curitiba, Juruá, 2006, p. 237

¹⁸⁷ Campos, Clever M. *Introdução ao direito de energia elétrica* – São Paulo: Ícone, 2001 – 1ª Edição, p. 75

¹⁸⁸ PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. *Usuários de Serviços Públicos; usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*, São Paulo, Editora Saraiva, 2006, p.337

adequada apenas poderá ser encontrada mediante estipulação normativa, com o reconhecimento de que: (a) alguns serviços não podem ser interrompidos, mesmo em face do inadimplemento, embora o descumprimento do dever de pagar a remuneração possa configurar ato ilícito (p. ex. coleta e destinação final de lixo), (b) algumas categorias de usuários (p. ex., os que se situam abaixo de certo nível de renda ou os que são domiciliados em certas regiões desfavorecidas) devem ser beneficiadas com regime especial de remuneração, que pode incluir reduções ou isenções de pagamento da remuneração pelo serviço, de modo que a falta de condições econômicas não dê causa a não fruição dos serviços, e, (c) fora dessas condições peculiares, a ausência de adimplemento da contraprestação é fundamento suficiente para que o prestador recuse o fornecimento do serviço ao usuário inadimplente.

Há quem proponha, ainda, como solução, o conceito de serviço “pré-pago”, emprestado da telefonia celular, para ser aplicado ao setor de energia elétrica de forma a evitar o inadimplemento.

Essas propostas, reitera-se, em sua maioria são medidas válidas para sustentar uma argumentação, mas paliativas porque transferem ao Poder Público o dever de pagamento.

De todo modo, é verdade, na linha da garantia do mínimo existencial que o Estado deve prover ao indivíduo para que não haja ofensa ao primado da dignidade humana, algumas das alternativas apresentadas pela doutrina teriam aplicação e efetividade. Todavia, outros princípios que cimentam o Estado Democrático da Direito – liberdade, livre iniciativa, livre concorrência, por exemplo – não poderão pôr sob jugo a capacidade econômico-financeira das empresas concessionárias, responsáveis primeiras pela garantia de fornecimento da energia elétrica para a coletividade, simplesmente porque se transferiu para elas o ônus de quem fruiu o serviço mas não o adimpliu.

Importante registrar, junto com a doutrina colacionada, que qualquer evidência de apologia do ‘calote’ deve ser repugnada. A ideia aqui é proceder para que consumidores comprovadamente sem renda suficiente tenham direito ao mínimo “digno” de energia elétrica. Não sendo a situação de penúria financeira comprovada, o consumidor enriqueceria ilicitamente às custas da diminuição patrimonial da concessionária distribuidora.

Por derradeiro, de todo o exposto extrai-se que a continuidade da prestação dos serviços insculpida no artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor não revela caráter absoluto e, com base nas disposições do parágrafo 3º do artigo 6º da Lei nº 8.987/95 e do artigo 17 da Lei nº 9.427/96 – que inclusive regula a possibilidade de suspensão de entes públicos – deve ser entendida em caráter *uti universi*, não abrangendo, portanto, aquele consumidor que eventualmente esteja inadimplente com suas obrigações.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola, 1901. *Dicionário de filosofia*. tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bossi; revisão da tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ALVARES, Walter Tolentino. *Curso de direito de energia*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, Centro de Atualização Jurídica (CAJ), n. 13, abril-maio 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 06 set. 2008.

_____. *Concessão de serviço público*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Agências reguladoras de serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 14, maio/junho/julho 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>> Acesso em: 10 set. 2008.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DISTRIBUIDORES DE ENERGIA ELÉTRICA. Tributos e encargos setoriais. Junho 2005. Disponível em: <http://200.196.21.210/download/relatorios/Tributos_e_Encargos_Setoriais_2005-jun.pdf>. Acesso em: 10 set. 2008.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DISTRIBUIDORES DE ENERGIA ELÉTRICA. Resultado consolidado da inadimplência do setor de distribuição no 3T08. Dezembro 2008. Disponível em: <http://200.196.21.210/download/relatorios/Inadimplencia_2005-abr.pdf> Acesso em: 10 jan. 2009.

AZEVEDO: Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei. *Concessão de serviços públicos*. São Paulo: Malheiros, 1998.

BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. Privatização. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/privatizacao/resultados/historico/history.asp>>. Acesso em: 15 nov. 2008.

BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. Privatização. Resultados. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/privatizacao/resultados/already.asp>>. Acesso em: 15 nov. 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos *et al.* *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Direitos do consumidor e direitos da personalidade: limites, intersecções, relações. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 33, 2000.

BLECHER, Nelson. *Revista Exame*. São Paulo. Editora Abril, n. 766. 15.05.2002.

BOURGES, Fernanda Schuhli. Aspectos da Noção de Serviço Público no Contexto Brasileiro. In: COSTALDELLO, Angela Cassia (org.). *Serviço público: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania*. Curitiba: Juruá, 2005.

BRASIL. Ministério das Minas e Energia. Balanço Energético Nacional (BEN). 2007. Disponível em: <www.mme.gov.br>. Acesso em: 20 dez. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 798.204/RJ. Relator Min. Eliana Calmon Alves. Julgado em 03.08.2006. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 11 jan. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº 363.943/MG. Relator Min. Umberto Gomes de Barros. Julgado em 09.12.2003. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 jan. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Resp. nº 337.965/MG. Relator Min. Eliana Calmon. Julgado em 01.09.2003. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 jan. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 794.132/RS. 2ª Turma. Relator Ministro Castro Meira. Julgado em 13.12.2005 – DJ 06.02.2006, p. 274. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 28 jan. 2009.

CALASANS, José Junior. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Renovar, n. 209, jul./set. 1997.

CALDAS, Geraldo Pereira. *As concessões de serviços públicos de energia elétrica*. 2. ed., ano 2006, 2ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2008.

CAMPOS, Clever M. *Introdução ao direito de energia elétrica*. 1 ed. São Paulo: Ícone, 2001.

CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. A apuração de práticas restritivas da concorrência. *Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo*. IBRAC, n. 1 (4), 1994.

DALLARI, Adilson Abreu. Administração pública no Estado de Direito. *Revista de Direito Público*. São Paulo, Malheiros, n. 5, 1994.

DENARI, Zelmo. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al* (coords.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo. Max Limonad, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001

_____. *Parcerias da Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Atlas. 4. ed. 2002.

EMBAIXADA DA ALEMANHA. Os direitos fundamentais. Artigo 1. Disponível em: <http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/03/Constituicao/art__01.html>. Acesso em> 11 nov. 2008.

FELLOUS, Beila Esther. *Proteção do Consumidor no Mercosul e na União européia*. vol 24. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FERRAZ FILHO, Raul Luiz. *Energia elétrica: suspensão do fornecimento*. São Paulo: LTr, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Reforma do Estado*. O papel das agências reguladoras e fiscalizadoras. São Paulo: Atlas, 2002.

FERREIRA, Ana Maria. *Viabilização e essencialidade da energia elétrica no contexto do direito ambiental brasileiro*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.

FIGUEIREDO, Lúcia do Valle. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Dos direitos básicos do consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al* (coords.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

FINGER, Ana Cláudia. Serviço Público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, v. 12, 2003.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997.

GENTILE, Giovanni G. *Lezioni di diritto dell'energia*. Roma: Giuffrè, 1987

GOMES, Orlando. *Contratos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 06, maio/jun./jul. 2006, p. 14-15. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 05 out. 2008.

_____. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*.

INSTITUTO DOS MAGISTRADOS DE PERNAMBUCO. Jurisprudência. Enunciados 36 a 38 do Fórum Permanente dos Juizes das Varas Cíveis. Disponível em: <<http://www.imp.org.br/v2008/index.php?p=jurisprudencia&id=10>>. Acesso em: 04 jan. 2009.

JORNAL O ESTADO DE SÃO PAULO. Editorial. Publicação de 28 de outubro de 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2002.

KOCHEN, Arnaldo. Alimentando pessoas e o faturamento dos shoppings. Portal Fator Brasil. 23.06.2007. Disponível em: <http://www.revistafator.com.br/ver_noticia.php?not=12948>. Acesso em: 10 fev. 2009.

KUHL, Júlio César Assis (coord.). ABCE 70 anos de energia. Pesquisa e texto: Ana Maria Dietrich, Isabel Regina Felix, Júlio César Assis Kuhl, Márcia Altenfelder. São Paulo: Fundação Energia e Saneamento, 2006.

LUCCA, Newton de. *Direito do consumidor: aspectos práticos. Perguntas e respostas*, vol. 10. São Paulo: RT, 1995.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts 1º ao 74: aspectos materiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MATEO, Ramon Martin. *Nuevo derecho energetico*. Madrid: Instituto de Estudios de Administracion Local, 1982.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MICHAELIS. Dicionário escolar. São Paulo: Melhoramentos, agosto 2002. Versão 2.0 (CD ROM)

MOREIRA, Diogo de Figueiredo Neto, Mutações nos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 01, fevereiro 2005, p. 13. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 out. 2008.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.

NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. *Serviços públicos & relação de consumo: aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor*. Curitiba: Juruá, 2006.

PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, RT, n.1, p. 130-148, jan./mar. 1992.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. III. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006.

PEREIRA, Potyara A. P. *Necessidades humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais*. São Paulo: Cortez, 2000.

PETTER, Lafayete Josue. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do artigo 170 da Constituição Federal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PORTAL JURÍDICO INVESTIDURA. Constituição Portuguesa. Art. 1º - 146. Disponível em: <http://investidura.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1664:constituicao-portuguesa--arts-1o-146&catid=134:constituicoes&Itemid=994>. Acesso em: 11 nov. 2008.

REVISTA EXAME. Editora Abril. São Paulo, n. 766, n. 766. 15.05.2002.

REVISTA O SETOR ELÉTRICO. Edição n. 34, novembro 2008.

RIOS, Josué de Oliveira. *O direito do consumidor como instrumento de garantia e concretização da dignidade da pessoa humana*. 2008. Tese (Doutorado em Direito)- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

RIZZATO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Fábio Amorim da. *A legalidade da suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores inadimplentes*. São Paulo: Lumen Júris, 2004.

ROLIM, Maria João C. Pereira. *Direito econômico da energia elétrica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SANTOS, Cristiana Menezes. *Responsabilidade extracontratual por lesão à pessoa humana face ao princípio da dignidade*. 2008. Tese (Doutorado em Direito)- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Proteção ao usuário de serviços públicos*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v. 8, n. 31, abr./jun. 2000.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

TÁCITO, Caio. *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1977.

USA. NATIONAL AERONAUTICS AND SPACE ADMINISTRATION. System failure case studies. Volume 2. Issue 3. Powerless. March 2008. Disponível em: <http://pbma.nasa.gov/docs/public/pbma/images/msm/PowerShutdown_sfcs.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VIEIRA, José Paulo. O novo papel do Estado no setor elétrico: implementação dos Órgãos Reguladores. 1998. Dissertação (Mestrado em Política Econômica)- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1998.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)