

INTRODUÇÃO

O tema em questão refere-se à conduta das concessionárias de energia elétrica em relação ao consumidor especificamente nos casos de recuperação de receita devido a problemas de ordem técnica nos registradores de energia elétrica ou por suposta fraude imputada ao consumidor.

Pretende-se verificar se no momento da apuração destes acontecimentos as concessionárias agem com a seriedade e probidade que se espera delas enquanto representante ou preposta da Administração Pública.

O que se busca discutir com o referido tema não são problemas pontuais, mas condutas adotadas ao longo dos anos, verdadeiras práticas e não meros equívocos casuísticos; utilizadas já a longo período de tempo em quase todos os Estados desse imenso País.

No estudo em questão ficaremos restritos às ocorrências registradas especificamente em Ponta Porã, porém usando como suporte informações e levantamentos de outros Estados e cidades.

Buscaremos analisar a deficiência na prestação desse serviço em relação ao procedimento administrativo utilizado, se está conforme a legislação Pátria, não se trata de pesquisa de análise de índices de satisfação, nem de comparação meramente numérica.

O intuito desta pesquisa é sinalizar problemas relativos a este procedimento específico, pois em alguns casos, aspectos do regulamento amparam práticas e condutas frontalmente dissonantes ao Código de Defesa do Consumidor; como por exemplo, a retroação e cálculo de diferenças de consumo baseados unicamente no maior consumo registrado, e posterior cálculo baseado nessa estimativa.

E se nas cobranças decorrentes de “suposto consumo irregular”; constatou-se, omissão e falha de informação; pois muitas condutas adotadas pelas concessionárias podem contrariar princípios elementares de respeito ao cidadão, expondo o abuso de tais condutas.

Frise-se ainda que esse tipo de prestação de serviço é de caráter essencial, conforme reza nossa constituição, porém é prestado em regime de “monopólio privado” para a maioria senão para todos os usuários.

Este trabalho será dividido em quatro capítulos, sendo que o primeiro dividir-se-á em três tópicos, e neste primeiro item falar-se-á sobre a prestação dos serviços, no tópico seguinte será abordado sobre Administração Indireta, e no terceiro tópico será discorrido sobre concessão dos serviços públicos.

No segundo capítulo serão abordados dois temas, em primeiro lugar sobre as agências reguladoras e no segundo tópico falaremos sobre o poder de polícia, utilizado pelas concessionárias.

No terceiro capítulo será organizado dividido em três temas, primeiro tema será sobre a concessão de energia elétrica e sua problemática, o segundo tópico será sobre o procedimento ou processo administrativo, e por último falaremos sobre o conflito jurisprudencial nos caso de interrupção do serviço de energia elétrica por inadimplência.

E finalmente no quarto e último capítulo faremos a análise do estudo de caso à luz do CDC e dos direitos e garantias fundamentais.

1 A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS, A ADMINISTRAÇÃO INDIRETA E A CONCESSÃO.

É imprescindível que se conceitue e se determine o real sentido dos principais conceitos que serão utilizados no desenvolver desta pesquisa bibliográfica; pois, ao falar sobre as concessionárias de energia elétrica e a legalidade ou ilegalidade dos procedimentos adotados em relação ao consumidor, é necessário que se faça breve introdução sobre a terminologia e os conceitos mais utilizados no tema em questão, para que qualquer pessoa possa entender o que se pretende discutir.

Desta forma neste primeiro capítulo abordaremos no primeiro tópico sobre a prestação dos serviços públicos, desde seu conceito, sua classificação, as formas e os meios de prestação dos serviços públicos, bem como sua forma de execução; falaremos ainda sobre como se dá a descentralização destes serviços.

No segundo tópico falar-se-á da Administração Indireta, seu conceito, sua modalidade e natureza jurídica, além de seu regime jurídico, o conceito e as características das Autarquias e as Autarquias de regime especial que é onde se enquadram as agências reguladoras.

E ainda no terceiro tópico será apresentada uma introdução sobre a concessão dos serviços públicos, seu fundamento legal, seus conceitos assim como a forma como se extingue a concessão dos serviços públicos.

1.1 Dos Serviços Públicos

1.1.1 Conceitos de serviço público

Assim definir serviço público não é tarefa fácil, pois, é um instituto que vem se modificando ao longo do tempo, devido às transformações sociais. Trata-se de um conceito que não permanece estático, porque o Estado seja através da Constituição, ou através de leis, escolhe ou determinam quais e que atividades serão de interesse

geral, rotulando-as como serviços públicos, dispensando aos mesmos tratamentos diversos ou diferenciados.

Cabe, portanto tecer algumas considerações sobre o que são os serviços públicos; reza a Constituição Federal no artigo 175, que incumbe ao poder público, na forma da lei, a prestação dos serviços públicos, sendo que a lei disporá sobre o regime de delegação, os direitos dos usuários, a política tarifária, a obrigação de manter o serviço público adequado, bem como sobre as reclamações relativas à prestação. Vejam o que diz os aludidos artigos:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou através do regime de concessão ou permissão, sempre por licitação, 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.

Segundo Meirelles o conceito de serviço público não é uniforme na doutrina, porque ora apresenta uma noção orgânica que só reconhece como tal aquele que é prestado por órgãos públicos, ora nos traz uma conceituação formal que o identifica por características extrínsecas, ou então nos expõe um conceito material que o define por seu objeto. Para ele a conceituação de serviço público é a seguinte:

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. (MEIRELES, 2009, p. 332).

Conforme Marinela, serviço público seria toda a atividade que oferece utilidade e comodidade material, destinando-se a satisfazer a coletividade, mas podendo ser utilizada de forma individual, ou singularmente pelos administrados/usuários. Sendo que o Estado tem o dever de prestá-los, por si

mesmo, ou por terceiros que lhes façam às vezes, total ou parcialmente por regime de direito público. (MARINELA, 2012).

Já por sua vez Di Pietro, (2010, p.102), define serviço público como:

Toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.

Para Spitzcovsky, (2011, p.14), a definição serviço público possível seria:

Todo aquele desenvolvido pela Administração ou por quem lhe faça às vezes, mediante regras de direito público previamente estabelecidas por ela, visando à preservação do interesse público.

A doutrinadora Figueiredo entende que serviço público é:

Toda atividade material fornecida pelo Estado, ou por quem esteja a agir na no exercício da função administrativa se houver permissão constitucional e legal para isso, com o fim de implementação de deveres consagrados constitucionalmente relacionados à utilidade pública, que deve ser concretizada, sob regime prevalente do Direito Público.(FIGUEIREDO, 2003, p. 78,79).

O que se percebe é que, é um conceito extremamente variável, flutuando ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais, de cada comunidade e em dado momento histórico.

Ressalte-se que toda prestação de serviço dito público deve acontecer no interesse geral da coletividade, pois do contrário não seria relevante que o Estado assumisse essa atividade. Marinela afirma que não basta sua relevância e a presença do estado para caracterizá-los como serviços públicos, sendo necessário que abarquem um regime público e submetam-se ao regime jurídico administrativo.

A titularidade dos serviços públicos é inerente à administração devido ao estado representar os interesses dos administrados, não se descurando que a transferência de sua titularidade à iniciativa privada, significaria colocar os interesses da coletividade/administrados à mercê de interesses particulares.

Por isso é que se permite a transferência da execução, de forma que a titularidade permaneça sempre nas mãos do poder concedente que é o estado. A administração pública se mantém como fiscalizadora, e a execução desses serviços se dará mediante legislação prévia e unilateralmente impostas pela administração.

Não se pode afirmar que serviços públicos sejam atividades vitais, pois ao lado destas ocorrem muitas outras totalmente dispensáveis pela comunidade, mas que são realizadas pelo estado como se fossem serviços públicos, como por exemplo, a loteria federal e a loteria esportiva.

Não é atividade em si que tipifica o serviço, porque algumas tanto podem ser exercidas pelo Estado quanto por cidadãos, independente de delegação estatal, como o ensino, que ao lado do oficial, existe o particular, sendo o oficial serviço público e o particular não, o que prevalece segundo Meireles:

É a vontade soberana do estado, qualificando o serviço como público ou de utilidade pública, para sua prestação direta ou indireta, pois serviços há que, por natureza são privativos do poder público e só por seus órgãos devem ser executados, e outros são comuns ao Estado e aos particulares, podendo ser realizados por aqueles e estes. (MEIRELES, 2009, p.333).

A distribuição não acontece arbitrariamente, atende critérios técnicos, jurídicos e econômicos, sendo estes responsáveis pela legitimidade, eficiência e economicidade na sua prestação.

1.1.2 Classificação dos serviços públicos

Ao abordar sobre classificação utilizaremos dos conceitos contidos nas obras de Meireles e Marinela, pois como ocorre na maioria dos assuntos, a tarefa de classificar é tormentosa e controversa, devido aos variados critérios que poderão ser utilizados, isso acaba causando divergências doutrinárias, assim utilizaremos critérios comumente utilizados pelos estudiosos, que quase que invariavelmente usam dos conceitos dos doutrinadores acima citados.

A *priori* pode-se classificá-los quanto à sua essencialidade e possibilidade de delegação; sendo que a doutrina tradicional os divide em serviços públicos

propriamente ditos, que para parte da doutrina seriam os serviços próprios, ou seja, aqueles que relacionados diretamente com as atribuições do poder público, também considerados como essenciais, que são imprescindíveis à sobrevivência da sociedade bem com do Estado. (MARINELA, 2012).

Os serviços públicos propriamente ditos são prestados exclusivamente pela Administração, utilizando-se de sua supremacia, caso em que não se admite delegação. Normalmente são gratuitos ou de baixa remuneração, como a segurança, a higiene e a saúde pública.

Tem-se ainda nessa mesma classificação os serviços de utilidade pública, ou serviços impróprios, estes supostamente não afetam as necessidades da comunidade, porque não são considerados essenciais, mas por ser conveniente à vida em sociedade o Estado os presta direta ou indiretamente, por meio de concessão ou permissão, como energia elétrica, telefone e transporte coletivo. (MARINELA, 2012).

Porém alguns doutrinadores criticam essa classificação, por a considerarem desatualizada, não representando as necessidades do interesse coletivo na atualidade, pois não se admite que nos dias de hoje, o serviço de energia não seja considerado como essencial.

O que justifica sua não inclusão na lista de essenciais é que do contrario não seria possível sua delegação, tornando-o incompatível com o ordenamento e o regime de prestação de serviço vigente.

Segundo Meireles, a classificação dos serviços públicos deve ser feita pelos caracteres comuns do gênero e traços distintivos das espécies em que se diversificam, levando-se em conta a essencialidade, a adequação, a finalidade e os destinatários dos serviços, tendo a seguinte nomenclatura de serviços: os públicos e de utilidade pública; os próprios e impróprios do Estado; os administrativos e industriais; os *“uti universi”* e *“uti singuli”*. (MEIRELES, 2009).

Serviços públicos propriamente ditos seriam os prestados diretamente pelo Estado à coletividade, em virtude de sua essencialidade e necessidade de sobrevivência da sociedade e do Estado, sendo privativos do Poder Público, somente a Administração, poderá prestá-los, sem delegar a terceiros, pois exigem

atos de império e medidas compulsórias em relação aos administrados. Por exemplo, a defesa nacional, os de polícia, os de preservação da saúde pública.

Serviços de utilidade pública seriam aqueles em que reconhecendo sua conveniência, mas não sua essencialidade nem necessidade, podem ser prestados diretamente ou por terceiros, desde que regulamentados e sob o controle estatal, porém por conta e risco do prestador, e através de remuneração dos usuários. Por exemplo, transporte coletivo, energia, gás e telefone.

Serviços próprios do Estado: são os que estão intimamente ligados com atribuições da Administração Pública, como segurança, polícia, higiene e saúde pública, e que para sua execução o poder público usa de sua supremacia sobre os administrados, por isso só podendo ser prestado por órgãos ou entidades públicas sem delegação de qualquer tipo.

Serviços impróprios do Estado: são aqueles tidos como não essenciais, mas que satisfazem interesses comuns de seus integrantes; por isso sua prestação é remunerada e feita por seus órgãos ou entidades descentralizadas (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais), ou então através da delegação de sua prestação a concessionários, permissionários ou autorizados, são rentáveis, lucrativos, podem ser realizados com privilégios, sendo vedado o monopólio, estando os mesmos regulamentados e controlados pelo poder concedente. (MEIRELES, 2009).

Também Di Pietro se utiliza das expressões serviços próprios e impróprios, porém sua definição difere um pouco da de Meireles, vejam seu entendimento:

Consideram-se serviços próprios os que atendam a “necessidades coletivas, o Estado assume como seus e os executa diretamente (por meio de seus agentes) ou indiretamente (por intermédio de concessionárias e permissionárias)” e serviços impróprios àqueles que satisfazem necessidades coletivas, mas não são assumidos nem executados pelo Estado, o qual somente autoriza, regula e fiscaliza. (DI PIETRO, 2003, p. 103).

Para essa doutrinadora, os serviços ditos impróprios, não seriam serviço público, porque o Estado não o assume, sendo esta uma condição indispensável

para se adotar tal regime, desta forma este nada mais seria que simples uma atividade privada.

Ousa-se discordar desse posicionamento pelo menos no diz respeito aos serviços de energia elétrica; uma vez que esta anteriormente era atividade tipicamente estatal sendo que grande parte dos maquinários, equipamentos e imóveis são do Estado, sendo permitido seu uso e ainda a produção primária de energia é totalmente controlada pelo estado.

É o Estado quem controla a geração e distribui essa energia para que posteriormente, a mesma seja distribuída ao usuário/consumidor final, pois aqui quem tem o comando da fase mais importante desse insumo indispensável à vida do cidadão é o Estado; já as concessionárias atuam em fase secundária, percebe-se claramente neste caso que o Estado assume a posição mais estratégica deste tipo de prestação de serviço.

Serviços administrativos: são os executados a fim de atender necessidade internas da administração ou preparar os serviços que serão prestados aos administrados; como os de imprensa oficial, estações experimentais ou outros dessa natureza (MEIRELES, 2009).

Serviços industriais: seriam aqueles que produzem renda para seu prestador, através da utilidade usada ou consumida, sendo esta remuneração denominada por tarifa ou preço público; uma vez que é sempre fixada pelo Estado, seja quando prestado por seus órgãos ou entidades, ou por concessionários, permissionários ou autorizados.

São tidos por impróprios, por representarem atividade econômica que somente será prestada diretamente pela Administração se for necessária ou imprescindível à segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, conforme aduzidos no artigo 173 da Constituição Federal. (MEIRELES, 2009).

Serviços *uti universi* ou gerais: conforme definição de Meireles seriam os prestados sem ter usuários determinados, para atender o interesse coletivo em sua totalidade, como por exemplo os de policia, iluminação publica, calçamento ou outros desse tipo.

São serviços que satisfazem de maneira indiscriminada a população, sem que se transformem em direito subjetivo de qualquer cidadão, são indivisíveis porque sua

utilização não pode ser mensurada de forma singular, e por esta razão não podem ser cobrados por taxa ou tarifa, mas sim por imposto.

Serviços *uti singuli* ou individuais: São prestados de forma individualizada podendo ser mensurada a utilização de cada indivíduo/usuário de forma particular, como ocorre com o telefone, a água e a energia elétrica domiciliares.

Esse tipo de serviço uma vez implantado gera direito subjetivo à sua obtenção a todos os possíveis usuários que se encontrem em sua área de atuação (prestação e fornecimento) desde que satisfaçam as exigências legais.

São prestações de serviços na forma individual, facultativa e mensurável, por isso devem ser remunerados através de taxas (tributo) ou tarifa (preço publico), e não por imposto. (MEIRELES, 2009).

1.1.3 Formas e Meios de Prestação do Serviço Público

Segundo Meireles a prestação do serviço publico ou de utilidade pública pode ocorrer das seguintes maneiras: a centralizada, a descentralizada e a desconcentrada.

Porém neste tópico trataremos apenas dos dois primeiros, sendo que a desconcentração será tratada em tópico específico, logo mais.

A centralizada ou serviço centralizado é aquele que é prestado pelos próprios órgãos poder público, sob seu nome e sua exclusiva responsabilidade, neste caso o Estado é ao mesmo tempo o titular e o prestador do serviço, permanecendo integrado na Administração direta (Dec.- lei 200/67, 4º, I).

A descentralizada ou serviço descentralizado é quando o poder público transfere sua titularidade, ou a execução do serviço, através da outorga ou delegação a autarquias, fundações, empresas privadas ou particulares individualmente e, também aos consórcios públicos. (lei 11.107, se 6.4.2005).

Sobre as formas de transferência da prestação do serviço público, pode ocorrer de duas maneiras por outorga ou por delegação. Ocorre outorga quando o

Estado cria uma entidade e a ela transfere por lei um serviço público ou de utilidade pública.

Já a delegação ocorre quando se transfere por contrato (concessão ou consórcio público) ou por ato unilateral (permissão ou autorização), somente a execução do serviço, para que o delegado o preste ao público em seu nome e por sua conta e risco, nas condições especificadas em regulamentos e sob o controle estatal (Maireles, 2009).

A principal diferença entre um e outro, é que o serviço outorgado é transferido por lei, e somente dessa forma poderá ser modificado ou retirado, o serviço delegado por sua vez tem apenas sua execução repassada a terceiro, mediante ato administrativo (bilateral ou unilateral), podendo ser revogado, anulado ou modificado.

Portanto, delegação é menos que outorga, porque a primeira presume definitividade, sendo estes serviços por tempo indeterminado, enquanto que na segunda os serviços prestados são por prazo determinado para que ao final retornem ao poder delegante ou concedente, porém em ambos os casos o serviço continua sendo público ou de utilidade pública, apenas descentralizado.

Esta descentralização pode ser territorial ou geográfica, da União aos Estados e, por conseguinte destes aos municípios, ou então institucional que é a que acontece a transferência do serviço ou simplesmente de sua execução que é repassada da entidade estatal para suas autarquias, fundações, empresas, entes paraestatais e delegados particulares. (MEIRELES, 2009).

1.1.4 Formas de execução do Serviço Público

Oportuno ressaltar que a execução dos serviços públicos pode ocorrer de maneira direta ou indireta.

A execução direta é realizada por meios próprios do responsável pela prestação, podendo ser considerado serviço de execução direta sempre que o encarregado de sua prestação o realiza pessoalmente ou por seus órgãos, ou prepostos e não por terceiros contratados.

Não existem normas específicas para esse tipo de execução senão as próprias que instituíram o serviço, ou a que seja a consubstanciadora de sua outorga, ou a autorizadora da delegação.

Na execução indireta, o responsável por sua execução transfere a terceiros a realização do serviço nas condições regulamentares exigidas, assim serviço próprio ou delegado feito por outrem é execução indireta, portanto conclui-se que existe a possibilidade de que serviços tanto da Administração direta quanto da Indireta possam ser executados indiretamente através de contrato com terceiros; ocorre neste caso contratação e não delegação (MEIRELES, 2009).

1.1.5 A Descentralização dos serviços públicos

A Administração Pública organiza-se hierarquicamente, sendo suas competências outorgadas aos vários órgãos que compõem a organização administrativa ou mesmo delegadas a pessoas jurídicas diversas para proporcionar um desempenho mais adequado e satisfatório da máquina pública. Essa divisão de competências pode ser realizada entre órgãos pertencentes à mesma pessoa jurídica ou entre pessoas jurídicas diversas.

Quando há uma repartição interna de atribuições, isto é, no interior de uma mesma pessoa jurídica mediante um vínculo de hierarquia, essa repartição é chamada de desconcentração.

Segundo Meireles (2009, p. 345), o conceito de desconcentração seria: “todo aquele que a Administração executa centralizadamente, mas o distribui entre vários órgãos da mesma entidade, para facilitar sua realização e obtenção pelos usuários”.

Conclui dizendo que nada mais é do que uma maneira de se simplificar e acelerar o serviço no interior de uma mesma entidade administrativa.

Ainda sobre desconcentração Lúcia Valle Figueiredo expressa o seguinte entendimento:

Na desconcentração, de seu turno, não há criação de outras pessoas, sim atribuição de determinadas competências a serem exercidas no âmbito

da mesma pessoa. E na desconcentração, como o nome está a sugerir, traspassam-se atribuições, competência outros órgãos dentro do mesmo centro. (FIGUEIREDO, 2003, p.83).

Ocorrendo divisão de competências de uma pessoa jurídica central para outras periféricas, sem graduação de hierarquia, essa partilha é denominada descentralização. Meireles (2009, p. 345) assevera que descentralização:

É uma técnica de especialização, consistente na retirada do serviço dentro de uma entidade e transferência a outra para que o execute com mais perfeição e autonomia. Não obstante essa nítida distinção conceitual, nossa legislação confunde desconcentração com descentralização, a exemplo do Dec.- lei 200/67, que, tendo erigido a descentralização num dos princípios fundamentais da Reforma Administrativa (art.6º, III), indica providências que caracterizam desconcentração, e não descentralização (art.10,§ 1º, “a”, e outros).

Segundo Di Pietro (2002), a descentralização pode ser analisada sob o ponto de vista político ou administrativo. No sentido político, a descentralização ocorre quando o ente descentralizado exerce atribuições próprias independentes do ente central.

Isto pode ser observado principalmente nos Estados federados, pois cada um dos entes pertencentes a uma órbita federativa detém competência legislativa própria, não proveniente nem subordinada à União, tendo por escopo o texto constitucional.

Já no sentido administrativo, a descentralização apresenta-se quando as atribuições exercidas pelos entes descentralizados apenas detêm o valor jurídico que lhe concede o ente central.

Suas atribuições decorrem do único poder central, a que se subordinam, e não da Constituição Federal. Sua capacidade de gerirem os próprios negócios encontram limites nas leis impostas ou postas pelo órgão central.

Já Gasparini (2010, p. 368), sobre descentralização administrativa exorta o seguinte:

Diga-se, a par disso, que a descentralização administrativa não se confunde com a desconcentração. Na descentralização têm-se duas pessoas: a entidade central e a descentralizada; a que outorga e a que é outorgada. Na desconcentração só há uma a central. Na descentralização a atividade

transferida ou a sua simples execução está fora da Administração Pública, ao passo que a atividade desconcentrada está no seu interior. Lá não há hierarquia; aqui há.

Ante o exposto, pode-se afirmar que a transferência da execução dos serviços públicos pode ocorrer para terceiros estejam ou não inseridos na estrutura da Administração Pública, quando a transferência ocorre a terceiros integrantes da estrutura administrativa, mas que não se confundem com a Administração direta, surgem as autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, e mais recentemente, as agências reguladoras e executivas.

Por outro lado, se a transferência desse serviço público for feita a terceiros, que não sejam integrantes da estrutura da Administração, ou seja, para particulares, surgem aqui as figuras dos permissionários, concessionários e autorizatários.

A descentralização administrativa é dividida, não uniformemente, pelos doutrinadores em territorial ou geográfica; por serviços, técnica ou funcional; ou, por colaboração.

A descentralização geográfica ocorre quando uma entidade local, geograficamente delimitada, é dotada de personalidade jurídica própria de direito público, com capacidade para exercer a maior parte dos encargos de interesse público, mas subordinada ao poder central que exerce certo controle sobre ela.

A descentralização administrativa por serviços, técnica ou funcional verifica-se quando uma pessoa jurídica de direito público ou privada é criada pelo Poder Público e recebe deste, mediante lei, a titularidade e a execução de certo serviço.

Essa nova pessoa, passará a desempenhar a atividade em seu nome ou sob sua responsabilidade. (DI PIETRO, 2010).

A descentralização administrativa por colaboração compreende a transferência tão somente da prestação do serviço público à pessoa de direito privado, não se admitindo a transmissão da titularidade do serviço ao ente descentralizado.

Sua instituição concretiza-se por meio de contratos, nos casos de concessão de serviço público, ou por meio de ato administrativo unilateral caso se trate de permissão ou autorização de atividade pública. (DI PIETRO, 2010).

Apesar de, presentemente, ser usual a cessão de atividades administrativas às fundações de direito privado, sociedades de economia mista e empresas públicas, ou seja, a pessoas jurídicas de direito privado, ainda há certa discussão doutrinária a respeito da constitucionalidade dessas transferências.

Isto porque a Constituição Federal é enfática em seus artigos 21, inciso XII, e 175 ao estabelecer que os serviços públicos sejam prestados diretamente pelo Poder Público ou mediante concessão ou permissão, não tolerando que outra figura de direito privado os executem.

Parcela dos estudiosos defende, entretanto, a possibilidade constitucional de transmitir a titularidade e execução de atividades públicas a pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Pública Indireta. Justificam essa possibilidade por não estar defesa em lei e por ser realizada mediante edição de lei que a respaldaria.

1.2 A Administração Indireta

1.2.1. Conceito de Administração Indireta

Conforme Di Pietro, existe confusão em relação a terminologia e conceitos das Leis Ordinárias em relação a expressão Administração Indireta, neste sentido existe também grande dificuldade em se descobrir o real sentido que a Emenda Complementar nº 19/98 quis dar a essa mesma expressão.

Assim a Constituição Federal de 1988, cita essa expressão em diversos dispositivos, mas de forma confusa sem ter tido o cuidado de dar uma conceituação precisa ao mesmo, é visível e lamentável a falta de técnica legislativa com que foi tratado o assunto.

Hoje, porém, não existem dúvidas de que fundações instituídas e mantidas pelo poder público são integrantes da Administração Indireta, seja em esfera federal, estadual ou municipal.

Em suma, a Constituição dá a Administração Indireta o mesmo sentido subjetivo dado pelo Decreto-lei nº 200/67, que assim conceitua a Administração Indireta: “Conjunto de pessoas jurídicas, de direito público ou privado, criado por lei, para desempenhar atividades assumidas pelo Estado, seja como serviço público, seja a título de intervenção no domínio econômico”. (DI PIETRO, 2010, p. 422).

Marinela (2012, p.106), entende que Administração Pública:

É composta por entidades que possuem personalidade jurídica própria e são responsáveis pela execução de atividades administrativas que necessitam ser desenvolvidas de forma descentralizada. São elas: as autarquias, as fundações públicas e as empresas estatais, mais especificamente as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Hely Lopes Meireles sobre o tema assim se expressa:

A administração direta é o conjunto dos órgãos integrados na estrutura Administrativa da União e a Administração indireta é o conjunto de entes (personalizados) que, vinculados a um ministério, prestam serviços públicos ou de interesse público. Sob o aspecto funcional ou operacional, Administração Pública direta é a efetivada imediatamente pela União, através de seus órgãos próprios, e a indireta é a realizada mediadamente, por meio dos entes a ela vinculados. (MEIRELES, 2009, p.746,747).

1.2.2 Modalidades e natureza jurídica dos entes da Administração Indireta

Pode-se afirmar que a Administração Indireta, é composta por autarquias, fundações instituídas pelo Poder Público, sociedades de economia mista, empresas públicas e os consórcios públicos. Levando-se em conta termos técnicos deveriam também ser incluídas nesse rol as empresas concessionárias, bem como as permissionárias de serviços públicos, constituídas ou não com participação acionária do Estado.

Assim as autarquias são pessoas jurídicas de direito público; a fundação e o consórcio público, podem tanto ser de direito público como privado, sendo que isto será determinado pelo regime que a lei instituidora lhes atribuir; e as demais são pessoas jurídicas de direito privado. (DI PIETRO, 2012).

1. 2.3 O Regime jurídico

É importante também apontar a diferença que existe quanto ao regime jurídico das pessoas de direito público e as de direito privado. Aqui serão levados em conta dois pontos extremos, ou seja, as pessoas de direito público e as de direito privado instituídas por particulares, e logo após sobre as pessoas de direito privado instituídas pelo Poder Público, uma vez estas últimas se colocam em um ponto intermediário, por possuírem tanto características de regime jurídico administrativo quanto de regime jurídico de direito comum.

MELLO apud DI PIETRO (2012, p.423), indica vários critérios com a finalidade de distinguir as pessoas públicas, e as privadas constituídas por particular.

Desta forma são características das pessoas privadas: origem na vontade popular; fim geralmente lucrativo; finalidade de interesse particular; liberdade de fixar, modificar, prosseguir ou deixar de prosseguir seus próprios fins; liberdade de se extinguir; sujeição ao controle negativo do Estado ou a simples fiscalização (poder de polícia); ausência de prerrogativas autoritárias.

Em relação às pessoas públicas se caracterizam por: origem na vontade do estado; fins não lucrativos; finalidade de interesse coletivo; ausência de liberdade na fixação ou modificação dos próprios fins e obrigação de cumprir os escopos; impossibilidade de se extinguirem pela própria vontade; sujeição e controle positivo do Estado; prerrogativas autoritárias de que geralmente dispõem.

Assim, quando o Estado cria uma pessoa jurídica privada, ela aparece com praticamente todas as características indicadas para as pessoas públicas, são criadas e extintas pelo mesmo, sendo que seu fim principal não é o lucro, com exceção das sociedades de economia mista; onde o intuito de lucro privado se opõe ao interesse público visado pelo Estado; não podem, porém afastar-se das finalidades para as quais foram instituídas, estando sujeitas ao controle positivo do Estado; e às vezes, recebem algumas prerrogativas autoritárias.

Desta forma o ponto primordial de diferença entre as pessoas públicas e as privadas que compõem a administração indireta está nas prerrogativas e restrições próprias do regime jurídico administrativo, sendo que as pessoas públicas têm as mesmas prerrogativas e sofrem as mesmas restrições que os órgãos da

Administração Direta; e as pessoas de direito privado só possuem as prerrogativas e sujeitam-se às restrições expressamente previstas em lei.

Observe-se ainda que nas relações dessas entidades com a pessoa jurídica instituidora; seja ela União, Estado ou Município, não existem diferenças práticas entre pessoas de direito público ou privado, uma vez que as normas são de direito público, justamente para manter um vínculo entre a Administração Direta e a Indireta.

Quanto à forma da sua organização nas relações com terceiros, para as pessoas jurídicas de direito privado, aplica-se o direito privado, com exceção de algumas normas publicísticas. Podemos afirmar que as pessoas jurídicas, estão vinculadas ao direito público, mas sendo possível a utilização de direito privado nos casos previstos em lei.

Ao utilizar-se do direito privado para instituir empresas públicas, sociedades de economia mista entre outra, o Poder Público busca autonomia para essas entidades, ou seja, sob esse regime poderão atuar com maior liberdade do que a Administração Pública Direta. Por outro lado tais pessoas jamais estarão inteiramente sujeitas ao direito privado. (DI PIETRO, 2010)

Seu regime jurídico é híbrido, pois, sujeitam-se ao direito público em vários aspectos, principalmente na prevalência da vontade do ente estatal que as criou, para atingir determinado fim de interesse público, uma vez que o interesse público predomina sempre sobre o particular; é uma forma de buscar assegurar o equilíbrio entre a posição de supremacia da Administração e a liberdade de atuação característica de pessoas jurídicas de direito privado.

Não analisaremos neste trabalho cada uma das entidades da Administração Indireta, por tratar-se de tema referente especificamente às concessionárias de energia elétrica que inclusive tem características peculiares, tendo sido criada por autarquias ditas de regime especial. É o que analisaremos no tópico seguinte.

1.2.4 Conceitos e características das Autarquias

Segundo Meirelles (2009, p. 346), “autarquias são entes administrativos autônomos criados por lei específica, com personalidade jurídica de Direito Público interno, com patrimônio próprio e atribuições estatais específicas”.

Não se deve confundir autonomia com autarquia, uma vez que a autonomia legisla para si e seu conceito é político, já a autarquia apenas administra a si própria, conforme as leis editadas pela entidade que a criou, sendo seu conceito meramente administrativo estando sujeitas ao controle da entidade estatal.

Assim a autarquia nada mais é que uma forma de se descentralizar a execução de um serviço que lhe é próprio, porém só podem outorgar a execução de serviço público típico, e não atividades industriais ou econômicas ainda que de interesse coletivo.

O que se transmite as autarquias de forma natural e institucional são os privilégios administrativos nunca os políticos, exceto se atribuídos por lei especial, a personalidade da autarquia nasce com a lei com a lei que a institui, independente de registro.

Esta entidade não age por delegação age por direito próprio e com autoridade pública, uma verdadeira *longa manus* do estado, que executa serviços próprios do Estado, em condições idênticas, com os mesmos privilégios e passível dos mesmos controles dos atos administrativos; porém, o que a diversifica do ente em questão são seus métodos operacionais de serviço mais especializados e flexíveis que o da administração centralizada, pelo menos em tese.

Os principais privilégios das autarquias são os seguintes: imunidade de impostos sobre seu patrimônio, renda e serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou dela decorrentes, prescrição quinquenal de suas dívidas passivas, execução fiscal de seus créditos inscritos, ação regressiva contra seus servidores culpados por danos a terceiros, impenhorabilidade de seus bens e rendas, impossibilidade de usucapião de seus bens imóveis, recurso de ofício nas sentenças que julgarem improcedentes a execução de seus créditos fiscais, prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer, Pagamento de custas só ao final, quando vencidas, juízo privativo da entidade estatal a que pertencem, ampliação do prazo para desocupação de prédio locado para seus serviços, quando decretado despejo, não sujeição a concurso de credores ou a habilitação de crédito em falência,

concordata ou inventário, para cobrança de seus créditos, retomada de bens havidos ilicitamente por seus servidores, impedimento de acumulação de cargos, empregos e funções para seus servidores, dispensa de exibição de instrumento de mandado em juízo, pelos procuradores de seu quadro para os atos de *ad judícia*.

O controle autárquico é a vigilância, a orientação e a correção que o Estado exerce sobre os atos e condutas dos dirigentes das autarquias.

Este controle não é pleno, nem ilimitado, restringe-se aos atos da administração superior, limitando-se aos termos da lei que o estabelece, estas entidades não se sujeitam ao controle hierárquico, mas a um controle finalístico que busca mantê-las dentro de suas finalidades institucionais e fieis às suas normas regulamentares. (MEIRELES, 2009).

Este controle, porém ocorre em três linhas, a política, a administrativa e a financeira: assim o controle político ocorre através da nomeação de seus dirigentes pelo executivo; o controle administrativo acontece pela supervisão ministerial ou de órgão equivalente no âmbito estadual e municipal, e também através de recursos administrativos internos e externos, na forma regulamentar, o controle financeiro se dá com a prestação de contas ao Tribunal competente, por expressa previsão constitucional, sendo seus orçamentos aprovados por decretos, com exceção de lei especial determinar que o seja pelo poder legislativo.

1.2.5 Autarquias de regime especial

Surge esse tipo de autarquia, em 1995 com a Reforma Administrativa, porém não existe disposição legal para conceituar esse regime especial, sendo aceita a ideia de liberdade em relação às demais autarquias.

Muitas leis referem-se a essas entidades, porém sem definir-lhes o conteúdo, ante essa imprecisão conceitual, pode-se dizer que autarquia de regime especial seria aquela que a lei instituidora confere privilégios específicos e aumenta sua autonomia em comparação com as autarquias comuns, sem desrespeitar os limites constitucionais que lhes são pertinentes. (MEIRELES. 2009).

Portanto, o que caracteriza a autarquia sob-regime especial, seriam as regalias que lhes são conferidas por lei para o desempenho de suas finalidades específicas observadas as restrições constitucionais.

1.3 Da Concessão dos Serviços Públicos

1.3.1 Fundamento Legal

O fundamento da concessão de serviço público esta prescrito no art. 175 da CF, que define que os mesmos serão prestados pelo poder público, diretamente ou por regime de concessão e permissão sempre através de licitação.

Para regulamentar o instituto da delegação, a União editou a Lei nº 8.987/95, que de maneira estranha foi alterada, no dia de sua publicação por medida provisória, logo depois convertida na Lei 9.045/95.

A lei acima referida estabeleceu normas para outorga e prorrogação das concessões e permissões, sendo o seu principal objetivo disciplinar o tema das concessões de energia elétrica, estabelecendo fórmulas e soluções para situações pendentes no intuito de respaldar situações irregulares ou que tivessem sido irregularmente constituídas, contendo ainda outros dispositivos que extrapolavam esse âmbito. (MARINELA, 2012).

1.3.2 Conceito de Concessão de Serviço Público

Novamente o que se percebe é que não há entre os doutrinadores um consenso ou uma uniformidade de pensamento ao definir o instituto da concessão, a priori podemos afirmar que a concessão de serviços públicos tem sua definição no art. 2º, II, da Lei nº 8.987/95, e que se consubstancia numa transferência da titularidade, para a prestação de serviços públicos, chamada delegação.

Assim, é através da delegação, que o Poder Público, ou também chamado poder concedente transfere a execução do serviço público em questão à pessoa

jurídica ou consórcio de empresas, que tenha capacidade para desempenhá-lo, por sua conta e risco.

Este ato formaliza-se através de contrato administrativo, com prévia licitação, na modalidade de concorrência, sendo remunerados por tarifa e tendo prazo determinado.

Entende Di Pietro (2010, p. 294) ser a concessão de serviço público um:

Contrato administrativo pelo qual a administração pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.

Hely Lopes Meireles define assim a concessão: “É a delegação contratual da execução do serviço, na forma autorizada e regulamentada pelo Executivo. O contrato de concessão é ajuste de Direito Administrativo, bilateral, oneroso, comutativo e realizado *intuito personae*.” (MEIRELES, 2009, p.389).

O conceito exarado por Figueiredo (2003, p. 910) é o seguinte:

Concessão de serviço público é espécie de contrato administrativo por meio do qual o poder público concedente, sempre precedido de licitação, salvo as legais, transfere o exercício de determinados serviços ao concessionário, pessoa jurídica privada, para que os execute em seu nome por sua conta e risco.

E por Gasparini (2010, p. 417,416) assim define a concessão:

Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração pública transfere, sob condições, a execução e exploração de certo serviço público que lhe é privativo a um particular que para isso manifeste interesse e que será remunerado adequadamente mediante a cobrança, dos usuários, de tarifa previamente por ela aprovada.

Importa ressaltar ainda, que através da concessão não se transfere propriedade alguma ao concessionário, nem se alija de qualquer direito ou prerrogativa o poder concedente, delega apenas a execução do serviço, que

continua sendo público, podendo a união, Estado-Membro ou o Município, retoma-lo para exploração a qualquer momento desde que o interesse coletivo assim o exija.

Em regra a concessão deverá ser conferida sem exclusividade, de forma que se possibilite a competição entre os interessados, o que supostamente favorecerá os usuários com serviços melhores e tarifas mais baratas. Somente será admitida a exclusividade em casos onde haja inviabilidade técnica ou econômica de concorrência na prestação do referido serviço. (MEIRELES, 2009).

1.3.3 Formas de extinção da concessão

Extinção nada mais é que a retomada do serviço concedido pelo Poder Público ao concessionário e que pode ocorrer de várias formas e por diversos motivos, sendo estes previstos a partir do art.35 da Lei de Concessões (8.987/95).

Uma delas é o advento do termo contratual ou a extinção por decurso do prazo, porém a Lei 8.897/95 não traz expreso o prazo ou limite máximo de concessão.

É somente na Lei 9.074/95 que se encontra uma previsão de trinta e cinco anos para os serviços de energia elétrica, podendo ser prorrogado por igual período, a critério do poder concedente ou conforme o disposto no contrato de origem.

Assim ao termo final do contrato temos a reversão, onde os serviços, bens, direitos e privilégios da concessionária serão revertidos à concedente, isto é, retomados pela Administração Pública, com a devida indenização em caso de amortização do investimento utilizado pelo poder concedente ou em caso de depreciação dos bens. Seus efeitos são, portanto, *ex nunc*. (art. 36 da Lei nº 8.987/95).

Caso haja ilegalidade na licitação ou no contrato, a concessão será finalizada mediante a anulação. A decretação da anulação poderá originar-se de uma decisão administrativa ou de sentença judicial e seus efeitos não retroagirão.

A encampação, outra forma de extinção, baseia-se no interesse da Administração Pública em retomar o serviço concedido de forma coativa.

Trata-se de ato unilateral do Poder Concedente, prerrogativa especial que o Estado possui. Ocorre por motivo de interesse público, mediante lei autorizadora específica e precedida do pagamento de indenização à concessionária.

Outra forma é a caducidade, fundamenta-se na má execução do serviço ou descumprimento, pela concessionária, de cláusulas contratuais, assim poderá ocorrer em caso de serviço inadequado e deficiente, paralisação do serviço, descumprimento de penalidades impostas ou condenação da concessionária por sonegação de tributos.

Para ser configurada, a caducidade pressupõe primeiramente um processo administrativo que apure a inadimplência e a comunicação prévia, à concessionária, das cláusulas violadas para que lhe seja dada oportunidade de ajustá-las. Tudo isto para salvaguardar o contraditório, o devido processo legal e a ampla defesa.

Outra meio possível de desfazimento é a extinção ou rescisão judicial, que é promovida pela concessionária através do judiciário, no caso de descumprimento de cláusulas do contrato por parte do Poder Concedente, mas à concessionária não lhe é dado interromper ou paralisar seus serviços até decisão judicial transitada em julgado.

Uma vez que existe a rescisão judicial presume-se que possa haver a rescisão consensual, que em virtude de alguma dificuldade as partes em comum acordo resolvem desfazer o contrato, nada mais é que um distrato, onde se opta por dar fim àquela concessão.

O contrato de concessão ainda pode romper-se em caso de falência ou extinção da empresa, falecimento ou incapacidade do titular no caso de empresa individual.

Cabe evidenciar que com exceção da extinção do advento por termino de prazo, em todos os outros casos será necessário a instauração de procedimento administrativo, com a finalidade precípua de garantir ao contratado o contraditório e a ampla defesa. (MEIRELES, 2009).

2 AS AGÊNCIAS REGULADORAS E O PODER DE POLÍCIA COMO INSTRUMENTO DE FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DOS ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

Neste capítulo trataremos sobre as agências reguladoras, especificamente sobre a ANEEL, pois que é o instrumento do poder estatal na regulamentação do setor, fiscalização, interação e proteção nas relações havidas entre as concessionárias e os usuários/consumidores.

Dividiu-se esta seção em dois tópicos, o primeiro tratará sobre o surgimento e os motivos da criação das agências reguladoras com alguma referência histórica, sobre seus conceitos, classificação e espécies de agências, suas características e princípios bem como sobre as funções que desempenham.

No segundo tópico, tratou-se de tecer comentários sobre o poder de polícia, atribuído a esses órgãos através da desconcentração de poder e também por força de lei. Será abordado o conceito, seus atributos ou características, a base que o fundamenta, sua competência e limites, além da forma como o mesmo é delegado tanto às agências reguladoras, como destas às concessionárias para que possam atuar junto ao usuário/consumidor.

2.1 Agências reguladoras

2.1.1 Breves considerações

Com os novos rumos da política governamental que buscou transferir para o setor privado a execução de serviços públicos, ficando o Estado ao cargo da regulamentação, do controle e da fiscalização desses serviços, surgindo em decorrência disso a necessidade de criação de agências especiais; destinadas exclusivamente para essa finalidade; teoricamente no interesse dos usuários e da sociedade.

Pode-se dizer que a inovação maior no que diz respeito a esse tipo de autarquia, é o próprio vocábulo que as designa, “agência”; sendo este termo um dos modismos incorporados no direito brasileiro, devido à globalização tendo sido importado do direito norte-americano, sendo que lá tem sentido mais amplo abarcando “qualquer autoridade do Governo dos Estados Unidos esteja ou não sujeita ao controle de outra agência com exclusão do Congresso e dos Tribunais”.

Assim nos Estados Unidos retirando-se os três Poderes do Estado, todas as demais autoridades públicas são agências, sendo também excluída do conceito a própria Presidência da República, por outro lado no Brasil o Chefe do Poder Executivo, encontra-se no alto da Administração Pública, dirigindo e orientando seu funcionamento, estando assim toda e qualquer Agência criada sob sua direção.

A maior novidade relativa às Agências Reguladoras diz respeito ao fato de as mesmas desempenharem o papel do Poder Público nas concessões e permissões de serviço público.

Por ser nova essa terminologia, não existe definida uma classificação dessas agências no direito brasileiro, podemos dizer que duas formas encontram-se quase que totalmente delineadas: as agências executivas e as reguladoras. Porém neste trabalho trataremos especificamente das Agências Reguladoras.

2.1.2 Conceito de Agência Reguladora

Neste tópico apresentaremos o entendimento sobre o conceito do que seja uma agência destinada a regulamentar um setor específico da Administração Pública, assim para Di Pietro, Agência reguladora, em sentido amplo, seria no Direito brasileiro:

[...] qualquer órgão da Administração Direta ou entidade da Administração Indireta com função de regular a matéria específica que lhe esta afeta. Se for entidade da Administração Indireta, ela está sujeita ao princípio da especialidade, significando que cada qual exerce e é especializada na matéria que lhe foi atribuída por lei. (DI PIETRO, 2010, p.467).

A doutrinadora Fernanda Marinela define Agências Reguladoras da seguinte forma:

As agências reguladoras são autarquias de regime especial, instituídas em razão do fim do monopólio estatal e são responsáveis pela regulamentação, controle e fiscalização de serviços públicos, atividades e bens transferidos ao setor privado. (MARINELA, 2012, p.134).

Ante todo o exposto, pode-se afirmar que com essa nova forma de política governamental transferiu-se para o setor particular a execução dos serviços públicos, reservando-se para a Administração Pública a regulamentação, o controle e a fiscalização da prestação desses serviços aos usuários e a ela própria, através das agências reguladoras.

Essas entidades assumiram papel inédito no cenário brasileiro, transformando-se em Poder Concedente nos casos de concessão, permissão e autorização de serviços, previsto no art. 2º da Lei nº 8.987/95, além do controle das atividades econômicas monopolizadas, elencadas no art. 177 da CF/88, alterado pela Emenda Constitucional nº 49/06.

O principal problema neste caso é saber qual o limite de poder a ser concedido a essas agências para regulamentar e normatizar essas diversas atividades, é sem dúvidas que fica vedada a invasão de competência legislativa.

Devendo estas entidades regulamentar e normatizar aspectos técnicos, providências subalternas à lei, disciplinadas por meio de regulamentos, não podendo contrariar ou distorcer disposição legal.

2.1.3 Classificação e espécies de agências

Existem diversas maneiras que podem ser empregadas para classificar as Agências reguladoras, podendo-se distingui-las pela esfera administrativa a que estejam vinculadas, assim poderemos ter agências na esfera federal, estadual ou municipal.

Essas agências podem se diferenciar pelo caráter que possuem: seja as de previsão constitucional ou as criadas por lei. As Agências com caráter constitucional são apenas a ANATEL e a ANP, todas as outras são criadas por lei infraconstitucional.

A classificação mais relevante, todavia, e que servirá de base para a presente pesquisa é a que se fundamenta no tipo de atividade regulada pela Agência, conforme preleciona Marinela (2010):

Serviços públicos propriamente ditos incluem-se a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), criada pela Lei nº 9.427/1996; a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), regulada atualmente pela Lei nº 12.485/2011; a ANTT (Agência Nacional de Transportes Terrestres) e a ANTAQ (Agência Nacional de Transportes Aquaviários), ambas disciplinadas pela Lei nº 10.233/2001 e a ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil) regulada hoje pela Lei nº 12.462/2011.

De todas acima citadas apenas a ANATEL tem previsão constitucional (art. 21, IX da CF/88) denominada como órgão regulador, tendo sido todas as outras criadas de forma esparsa e por meio infraconstitucional.

Atividades de fomento e fiscalização de atividade privada, neste aspecto foi criada a ANCINE (Agência Nacional de Cinema), inicialmente por Medida Provisória nº 2.228-1/01, tendo sido alterada pela Lei nº 12.485 de 12 de setembro de 2011 e posteriormente pela Medida Provisória nº 545 de 29 de setembro de 2011, dispõe sobre políticas relativas à atividade cinematográfica. (lei infraconstitucional).

Atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo: tem-se a ANP (Agência Nacional do Petróleo), atualmente regulada pela Lei nº 12.490/2011, com previsão expressa na CF/88 em seu art. 177, § 2º, III) tendo sido denominada neste texto como órgão regulador. É de se notar aqui que a Constituição, baseada no direito pátrio emprega o vocábulo órgão; a legislação ordinária é que copiou o vocábulo de origem norte- americana.

Atividades que o Estado e o particular prestam: temos a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) instituída pela Lei nº 9.782/1999, alterada por Medida Provisória nº 557, de 26.12.2011, com o objetivo de proteger a saúde da população em geral, e ainda a ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar), Lei nº 9.961/2000, controladora das entidades que oferecem planos de saúde;

Agência reguladora do uso do bem público: temos a ANA (Agência Nacional das águas) criada pela Lei nº 9.984/2000 com o fim de implementar a política nacional de recursos hídricos, e o controle de uso desses recursos em águas de domínios da União.

Percebe-se claramente o mau uso da expressão “agência”, fazendo parecer que tudo não passou de mero entusiasmo do governante ao copiar o termo do modelo americano, pois hoje muitas instituições com o nome de são apenas autarquias, não seguindo regime especial algum, como por exemplo, a AEB (Agência Espacial Brasileira), criada pela Lei nº8.854/1994.

Outro exemplo é a ABIN (Agência Brasileira de Inteligência), criada pela Lei nº 9.833/1999, que nada mais é que um órgão da Administração Direta, existem ainda autarquias que tem regime especial, função reguladora mas que não receberam essa denominação, como a CMV (Comissão de Valores Mobiliários), existindo também alguns serviços sociais autônomos , criados com o nome de agência como a Apex-Brasil (Agência de Promoção de Exportação do Brasil) e a ABDI (Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial).(DI PIETRO,2012).

2.1.4 Características das Agências Reguladoras de Regime Especial

É de se notar que essas entidades ou as agências reguladoras não possuem lei específica que discipline sua criação, mas mesmo não havendo essa disciplina legal única; sua instituição ou criação vem obedecendo mais ou menos o mesmo critério ou modelo, embora isso não seja empecilho para a idealização de outros modelos posteriormente, pois criatividade é o que não falta ao legislador brasileiro.

E sendo criadas como autarquias de regime especial, é de presumir-se que estarão sujeitas às normas constitucionais que disciplinam esse tipo de entidade.

No caso das agencias reguladoras seus privilégios caracterizam-se basicamente por independência administrativa, estabilidade de seus dirigentes, autonomia financeira e poder normativo em relação às matérias de sua competência.

A lei 9.986, de 18.7.2000 que regulamenta a gestão de recursos humanos dessas agências suas relações de trabalho serão regidas pela CLT e legislação trabalhista correlata, em regime de emprego público.

E ainda para resguardar sua independência proíbe seus empregados, requisitados, ocupantes de cargos comissionados e dirigentes o exercício e qualquer outra atividade profissional, inclusive gestão operacional de empresa ou direção político-partidária, com ressalva dos casos previstos em lei. (DI PIETRO, 2010).

Segundo Hely Lopes Meireles, essas agências com relação a compra e contratação de serviços, trabalham com o regime especial de licitação, que possibilita que utilizem a consulta e o pregão nos termos de regulamentação específica.

Os aspectos comuns e específicos dessas agências em razão da natureza dos serviços por ela prestados podem ser resumidos nos seguintes:

Seus administradores possuem mandato e só serão destituídos através de condenação judicial com trânsito em julgado, improbidade administrativa ou descumprimento injustificado de políticas do setor ou do contrato de gestão,

Seus dirigentes são nomeados pelo Presidente da República, previamente aprovados pelo Senado Federal,

São responsáveis pela edição de normas sobre matérias de sua competência,

É vedado ao ex-dirigente, até um ano após deixar o cargo representar qualquer interesse perante a agência, ou de prestar serviços a empresas sob sua regulamentação,

Possuem recursos próprios; advindos de taxas de fiscalização ou de autorizações específicas relativas às suas atividades,

Podem fazer declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação ou servidão administrativa, das áreas necessárias aos concessionários, permissionários e autorizados de energia elétrica (ANEEL). (MEIRELES, 2009).

Como dito anteriormente, essas autarquias representam a *longa manus* estatal, uma vez que executam serviços próprios do mesmo, nas mesmas condições e com os mesmos privilégios, sendo passíveis dos mesmos controles dos atos constitucionais.

O que as diferenciam do estado, são seus métodos operacionais mais flexíveis o que possibilita tomada de decisões mais rápidas e ações imediatas.

São grandes as controvérsias e debates relativos ao poder normativo dado a essas entidades.

Mas esse poder de editar normas deve restringir-se aos termos das leis que as instituíram aos ditames legais e aos decretos regulamentares expedidos pelo executivo, sendo absoluta sua subordinação a lei formal e aos decretos em questão.

O poder outorgado a essas agências neste campo é específico para a emissão de normas essencialmente técnicas, com um mínimo de influência política.

2.1.5 Princípios das Agências Reguladoras de Regime Especial

A Constituição de 1988 passou a ser vista como um marco legal da democratização e desestatização dos setores de infraestrutura do país, e ditou os princípios gerais da regulação do setor, os quais se destacam:

Princípio da Continuidade e regularidade na prestação do serviço

Os serviços públicos não podem parar, porque não param os anseios da coletividade, sendo os desejos dos administrados contínuos, por esta razão a atividade administrativa deve ser ininterrupta.

Podemos afirmar que a continuidade impõe a prestação do serviço um caráter de sucessividade, a *priori* não pode sofrer interrupção, uma vez instituído deverá ser prestado normalmente, com exceção em casos de greve, porém somente nos termos da lei regulamentadora.

Já a regularidade exige que sejam prestados conforme padrões de qualidade e quantidade impostos pela Administração Pública, levando-se em conta o número e as exigências dos usuários, com observação das condições técnicas da natureza dos serviços e as condições de sua prestação. (GASPARINI, 2010).

Princípio da Igualdade ou Uniformidade

A CF/88 em seu art. 5º, caput, estabelece que, sem distinção de qualquer natureza, todos são iguais perante a lei. Assim todos deverão ser tratados

igualmente quanto a benefícios, isenções ou outorga de vantagens, como quando se prescreve sacrifícios, multas, sanções e agravos.

Assim, se todos são iguais perante a lei, também deverão sê-lo perante a Administração Pública, assim quanto aos administrados se “iguais”, impõe-se a Administração que, sejam tratados de forma impessoal, igualitária e isonômica, sob pena de ilegalidade nos atos praticados pela mesma.

Sendo esse direito individual consagrado tanto à proteção dos brasileiros como dos estrangeiros submetidos à nossa ordem jurídica vigente, sendo seu principal objetivo é evitar privilégios, e, que quando instalados servir de fundamento para sua extinção. Cabe ressaltar, que essa igualdade não significa nivelamento econômico, pois não se trata de igualdade material, mas jurídico-formal. (GASPARINI, 2010).

Princípio da Generalidade e Universalidade ou Princípio da Igualdade dos Usuários na prestação dos serviços.

Encontra-se previsto no art. 6. °,§ 1. ° da Lei n° 8.987/1995, uma vez que integrante do conceito de serviço público adequado, surgindo como reflexo natural do Princípio da Impessoalidade, na medida em que estabelece o acesso de todos à sua prestação, uma vez que se trata de dever e não faculdade da administração prestá-los.

Desde que o usuário satisfaça as condições legais, fará jus à prestação do serviço, sem qualquer distinção de caráter pessoal, embora possa haver previsões de aplicação de tarifas diferenciadas, em função de características técnicas em função dos diferentes segmentos de usuários, como por exemplo os idosos e baixa renda, trata-se aqui da aplicação do Princípio da Razoabilidade e proporcionalidade. (DI PIETRO, 2010).

Nada mais é que uma maneira de impedir que se estabeleçam discriminações gratuitas aos usuários por parte de quem que esteja à frente da sua execução; sob pena de agressão ao Princípio da Isonomia. (SPITZCOVZKY, 2011).

Princípio da Eficiência

Este princípio ganhou roupagem de princípio constitucional com a Emenda Complementar nº 19/98, sendo uma condição indispensável para a efetiva proteção do interesse público.

A eficiência neste caso exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional, é a busca de resultados práticos de economicidade, com a conseqüente redução de desperdício de dinheiro público e rendimentos típicos da iniciativa privada, sendo que, nessa situação, o lucro é do povo; quem ganha é o bem comum. (MARINELA, 2012)

Princípio da Modicidade

Este princípio impõe que os serviços prestados sejam pagos por taxas ou tarifas justas, pagas pelos usuários, a fim de remunerar os benefícios recebidos e permitir seu melhoramento e expansão, devendo os mesmos não ser prestados com lucros ou prejuízos, mas mediante retribuição que viabilize esses interesses.

Em casos excepcionais, Poder Público pode subsidiar seu custo ou consentir na utilização de outras fontes de receitas, conforme facultado pela lei das concessões. Cabe à lei, conforme a CF/88 no art. 175, instituir para essa remuneração a competente política tarifária (GASPARINI, 2010).

Princípio da Atualidade

A atualidade diz que a execução ou prestação dos serviços deve acompanhar as modernas técnicas de oferecimento aos usuários, ou seja, exige a utilização de equipamentos modernos, conservação e atualização das instalações, visando sempre à expansão e melhoria dos serviços públicos.

Desta forma, torna-se necessária constante atualização tecnológica dos serviços públicos, sendo o prestador obrigado a oferecer à coletividade de usuários o que há de melhor, dentro das possibilidades da outorga.

2.1.6 Funções das agências reguladoras

As funções das agências reguladoras são precípua para atingir os objetivos dessas autarquias, sem elas não seria possível regular os setores de sua atuação.

Para agirem de forma eficaz na regulação, necessitam de poder para expedir normas operacionais e de serviços.

Há também a necessidade de aplicação de sanções, para fazer valer o marco regulatório e responder aos anseios da população usuária do serviço regulado. Sendo assim, essas autoridades exercem atividades de natureza normativa, executiva e judicante.

Os limites dessas funções encontram-se na constituição, normas do órgão regulador e atos de consentimento ou de adjudicação.

Como a administração, pela concessão, não transfere a titularidade do serviço, mas apenas sua execução, ela tem que zelar pela fiel execução do contrato. Dentro desse poder de direção e controle, insere-se (...) o poder de fiscalizar, de forma ampla, a execução do contrato. (DI PIETRO. Parcerias na Administração Pública. São Paulo: Atlas. p. 79).

A lei que institui cada Agência reguladora delinea suas funções. Em geral, suas funções e competências são amplas e abrangentes, como, por exemplo, regular determinado setor, organizando o funcionamento do respectivo serviço público e fiscalizar a prestação da atividade pelo concessionário.

Função reguladora

A primeira função, a de editar normas, ainda gera várias controvérsias entre os estudiosos. Conforme Di Pietro (2010), a função reguladora é a que mais suscita discórdia.

Nas Agências reguladoras que não possuem previsão constitucional, como a delegação da função normativa é feita pela lei instituidora da Agência e não pela Constituição Federal, o exercício da função reguladora não pode ultrapassar o desempenho da mesma função nos outros órgãos administrativos ou entidades da Administração Indireta, caso contrário seria totalmente inconstitucional.

Às Agências reguladoras, prossegue Maria Sylvia Zanella Di Pietro, não compete regular matéria não disciplinada em lei, isto porque não há fundamento constitucional para os regulamentos autônomos.

Também não lhes cabe regular lei, já que esta competência é privativa do chefe do Poder Executivo e, se lhes fosse facultado delegá-la, não poderia ser por lei, mas apenas por ele mesmo.

As Agências reguladoras, então, podem regular sua própria atividade estabelecendo normas de efeito interno, além de conceituar, interpretar, explicar conceitos jurídicos indeterminados contidos em lei, contanto que não haja inovação da ordem jurídica.

As Agências, por serem especializadas, podem definir, com mais precisão, os conceitos indeterminados contidos nas leis.

Não se pode entender que esses órgãos exerçam função legislativa propriamente dita, com possibilidade de inovar na ordem jurídica, pois isto contraria o princípio da separação de poderes e a norma inserida entre os direitos fundamentais, no art.5º, II, da Constituição, segundo a qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Ao falar em órgão regulador a Constituição dá ao mesmo à possibilidade de regulamentar a lei a partir de conceitos genéricos, princípios, *Standards*, tal como as agências reguladoras norte-americanas.

Em resumo somente poderão ser objeto de regulamentação matérias que digam respeito única e exclusivamente aos respectivos contratos de concessão, conforme parâmetros e princípios legais, não podendo invadir matéria de competência do legislativo, limitando-se a matérias de ordem técnicas e específicas.

Função fiscalizadora

A Lei 8987/95 estipula, de forma genérica, as formas de controle da Administração Pública. Em seu artigo 3º, referido diploma normativo estabelece previsão geral de fiscalização pelo poder concedente, com a cooperação dos usuários.

O artigo 29, inciso I da mesma lei, institui a competência do poder concedente para regulamentar e fiscalizar permanentemente a prestação do serviço; já os incisos V e VII, do artigo citado, regulamentam a atribuição do poder concedente para desempenhar e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais e zelar pela boa qualidade do serviço público.

O artigo 30 dispõe sobre o direito de acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária e o artigo 31, inciso V prevê o direito de acesso, em qualquer hora, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como aos seus registros contábeis.

Cumprido evidenciar que a administração apenas fiscaliza os agentes econômicos que se encontram em seu âmbito de atuação, não lhe é permitido administrar a própria execução do serviço. Não se retira das concessionárias de serviço público sua autonomia em relação à atividade regulada.

Cabe, então, às Agências reguladoras controlar e fiscalizar a execução do contrato de concessão ou permissão, utilizando-se amplamente de seus poderes.

A elas é facultado, em sendo o caso, aplicar sanções às concessionárias de serviço público; intervir se imprescindível, e providenciar a encampação e caducidade caso seja necessário e a reversão dos bens quando finda a delegação.

Função sancionatória

A função sancionatória provém da própria função fiscalizadora, pois, como resultado da fiscalização, surge a necessidade de impor sanções em decorrência da desobediência aos preceitos legais, aos regulamentos ou às regras contratuais.

Solucionar conflitos provenientes de queixas dos usuários também é competência das Agências reguladoras, disposta, inclusive, no artigo 29, inciso VII da Lei 8987/95. Essas autarquias são capazes de dirimir conflitos entre os prestadores de serviço público e entre esses e o usuário e aplicar sanções com respaldo legal.

O artigo 38 da Lei já citada - 8987/95 - disciplina que: 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 e do artigo 27, e as normas convencionadas entre as partes.

2.2 O Poder de Polícia como instrumento de fiscalização e controle dos órgãos da Administração Indireta

2.2.1 Introdução

Sabe-se que o Estado é dotado de poderes políticos exercidos pelo legislativo, judiciário e pelo executivo, no desempenho de suas funções constitucionais, e também de poderes ditos administrativos que surgem de maneira secundária com a administração e se efetivam de acordo com as exigências do serviço público e com interesses da coletividade.

Desta forma, os poderes políticos identificam-se com os poderes de Estado e somente serão exercidos por seus respectivos órgãos constitucionais, sendo poderes iminentes e estruturais do Estado.

Os poderes administrativos espalham-se por toda a administração, e nada mais são que meios de atuação, ou seja, são contingentes e meios de atuação da administração, figurando dentre este com especial destaque o poder de polícia administrativo. (MEIRELES, 2009).

Assim todo o direito administrativo diz respeito a temas que colocam em tensão dois aspectos opostos, a autoridade da Administração Pública e a liberdade individual.

Vejam o que afirma Di Pietro, (2010, p. 61):

O Direito Administrativo nasceu sob a égide do Estado Liberal, em cujo seio se desenvolveu os princípios do individualismo em todos os aspectos, inclusive o jurídico; paradoxalmente, o regime administrativo traz em si traços de autoridade, de supremacia sobre o indivíduo, com vistas à consecução de fins de interesse geral.

O tema Poder de Polícia é daqueles que coloca em confronto de um lado o cidadão, querendo exercer plenamente seus direitos, de outro, a Administração que tem por incumbência condicionar o exercício daqueles direitos ao bem-estar coletivo.

Segundo Zanobini, não há incompatibilidade entre os direitos individuais e os limites que lhe são opostos pelo poder de polícia do Estado, pois: “A ideia limite surge do próprio conceito de direito subjetivo: tudo aquilo que é juridicamente

garantido é também juridicamente limitado”. (ZANOBINI apud DI PIETRO, 2012, p.114).

Ressalte-se que existem dois princípios que decorrem diretamente dessa bipolaridade acima referida do Direito Administrativo; a liberdade individual versus a autoridade administrativa que são os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular.

Em síntese o princípio da legalidade submete os atos administrativos aos rigores da lei, a Administração Pública só poderá fazer o que a lei lhe permitir, nas relações entre particulares o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, este lhes permite fazer tudo aquilo que a lei não proibiu.

Por outro lado o princípio da supremacia do interesse público, é um princípio que está presente tanto no momento de criação da lei, quanto no momento de sua execução, por isso vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação.

Pode-se concluir que o fundamento do poder de polícia é o princípio da predominância do interesse público sobre o particular, que dá à Administração posição de supremacia, para que haja essa limitação de liberdade individual, porém tendo como única finalidade assegurar esta própria liberdade e os direitos essenciais ao homem.

2.2.2 Conceito de poder de polícia

O vocábulo polícia tem origem grega *politeia*, e designava todas as atividades da cidade-estado (*polis*), sendo que na Idade Média, quem tinha o poder de editar essas atividades era o príncipe, esse poder era conhecido como *jus politiae*, designava tudo que era necessário à boa ordem da sociedade civil, em contraposição à boa ordem moral e religiosa editada por autoridade eclesiástica.

Ainda no século XV, imperava o *jus politiae*, compreendia toda atividade do Estado, porém começa a estabelecer-se uma distinção entre a polícia e a justiça, sendo que polícia eram normas baixadas pelo príncipe, e diziam respeito à administração, sendo aplicadas sem possibilidade de apelo aos Tribunais, as normas de justiça ficavam fora da ação do príncipe e eram aplicadas por juízes.

Assim esse direito de polícia do príncipe foi sofrendo ao longo do tempo restrições, primeiro as eclesiásticas, depois a militares e financeiras, chegando um momento em que ficou circunscrito apenas a normas de atividades internas da administração. (DI PIETRO, 2010)

No Estado de Direito, já não se aceita mais a ideia de que existam leis às quais o príncipe não se submeta, sendo um princípio básico desse estado o da legalidade, sendo que num primeiro momento baseou-se nos princípios do liberalismo, preocupando-se em assegurar ao indivíduo uma série de direitos subjetivos, como por exemplo, a liberdade.

Para Di Pietro (2010, p.115-116), nesta fase tudo que interferisse nessa liberdade seria em caráter de exceção, pois:

A regra era o livre exercício dos direitos individuais amplamente assegurados nas Declarações Universais de Direitos, depois transpostos para as constituições; a atuação estatal constituía exceção, só podendo limitar o exercício dos direitos individuais para assegurar a ordem pública. A polícia administrativa era essencialmente uma polícia de segurança.

Posteriormente o Estado Liberal transforma-se em Estado Intervencionista, sua atuação além da segurança passa a abranger também a ordem econômica e social, passando também a impor restrições ao cultivo da terra, aproveitamento do solo, venda de produtos, enfim nada mais que limitações nas liberdades individuais supostamente em benefício do interesse público.

Ante o acima exposto para Di Pietro, o conceito clássico de poder de polícia, liga-se à concepção liberal do século XVIII, assim se expressa, “o poder de polícia compreendia a atividade estatal que limitava o exercício dos direitos individuais em benefício dos direitos de segurança”. (DI PIETRO, 2012, p.116).

E ainda diz que o conceito moderno adotado no direito brasileiro é o seguinte: “O poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público” (DI PIETRO, 2012, p.117).

Para a doutrinadora Fernanda Marinela seria possível conceituar Poder de Polícia como:

A atividade da Administração Pública que se expressa por meio de atos normativos ou concretos, com fundamento na supremacia geral e, na forma da lei, de condicionar a liberdade e a propriedade dos indivíduos mediante ações fiscalizadoras, preventivas e repressivas, impondo aos administrados comportamentos compatíveis com os interesses sociais sedimentados no sistema normativo. (MARINELA, 2012, p. 223).

Hely Lopes Meireles diz que o poder de polícia é uma faculdade, da qual dispõe a Administração Pública no sentido de condicionar e restringir o uso e o gozo de bens atividades e direitos individuais em favor da coletividade ou do Estado, e assim refere-se que em linguagem menos técnica pode-se dizer que:

O poder de polícia é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual. Por esse mecanismo, que faz parte de toda a Administração, o Estado detém a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional. (MEIRELES, 2009, p. 133).

O conceito legal de poder de polícia no direito brasileiro vem expresso no art. 78 do Código Tributário Nacional: “considera-se poder de polícia atividade da administração pública que; limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público; à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”.

É relevante para o CTN, conceituar este poder, pois o mesmo representa fato gerado de uma espécie tributária, a taxa de polícia, com previsão constitucional no art.145, II da CF/88 e nesse mesmo código no art. 77.

Podemos afirmar que o poder de polícia reparte-se entre o legislativo e o executivo; cabendo aqui utilizarmos-nos de uma distinção entre os dois tipos de poder de polícia, conforme explicitado por Hely Lopes Meireles, que diz que cabe distinguir entre o poder de polícia originário que nasce com o ente que o exerce e o delegado, provém de outro ente por transferência legal. Vejam o que diz:

O poder de polícia originário é pleno no seu exercício e consectário, ao passo que o delegado é limitado aos termos da delegação e se caracteriza por atos de execução. Por isso mesmo, no poder de polícia delegado não se compreende a imposição de taxas, porque o poder de tributar é intransferível da entidade estatal que o recebeu constitucionalmente. Só esta pode transferir recursos para o delegado realizar o policiamento que lhe foi atribuído. Mas no poder de polícia delegado está implícita a faculdade de aplicar sanções aos infratores, na forma regulamentar, pois que isto é atributo de seu exercício. (MEIRELES, 2009, p. 134).

Assim, o Estado (Poder Legislativo) cria por lei as chamadas restrições administrativas ao exercício das liberdades públicas, enquanto que a Administração Pública; no exercício da parcela de poder que lhe foi outorgado; regulamenta as leis e controla a sua aplicação, preventivamente, através de ordens, notificações, licenças ou autorizações; ou repressivamente mediante medidas coercitivas. (DI PIETRO, 2010).

Importante também diferenciar a polícia administrativa da polícia judiciária, sua principal diferença está no seu caráter, o preventivo da polícia administrativa e o repressivo da polícia judiciária, a primeira visa impedir ações antissociais, e a segunda, punir os infratores da lei.

A polícia administrativa se rege pelo direito administrativo, incidindo sobre bens e direitos e se reparte em diversos órgãos da administração, pode ser fiscalizadora, preventiva ou repressiva, já a judiciária se rege pelo direito penal e processual penal, incide sobre pessoas, tem como foco a proteção da ordem pública, é privativa de corporações especializadas como a polícia civil e a militar.

2.2.3 Atributos ou características do poder de polícia

Este também é assunto polêmico, pois em relação à sua terminologia uns preferem usar características no lugar de atributos, sendo que outros discutem quanto à sua enumeração, porém nos utilizaremos das posições de Di Pietro e Meireles, muito embora um o designe como tributos e outra como características, ambos os classificam em discricionariedade, autoexecutoriedade e coercibilidade.

Assim para Meireles (2009, p.138), “discricionariedade se traduz na livre escolha, pela administração, da oportunidade e conveniência de exercer o poder de

polícia, bem como de aplicar as sanções e empregar os meios conducentes a atingir o fim colimado, que é a proteção de algum interesse público”.

Então desde que o ato discricionário esteja dentro dos limites legais e a autoridade se mantenha na faixa de opção que lhe foi atribuída o mesmo será legítimo. Observe que um ato de polícia inicialmente discricionário, poderá vir a ser vinculado desde que a lei que o rege estabeleça o modo e a sua forma de realização.

Discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, a primeira é a liberdade que se tem para agir dentro dos parâmetros legais, a segunda é o agir fora ou excedente da lei, com abuso ou desvio de poder.

A autoexecutoriedade é uma faculdade que tem a Administração de decidir e executar de forma direta sua decisão e por seus próprios meios, sem intervenção do judiciário, sendo outro atributo do poder de polícia.

Assim em princípio a Administração tem autorização para praticar ato de polícia, independente de mandado judicial, em casos urgente e de iminente perigo a coletividade como a segurança e a saúde pública, não se confunda, porém autoexecutoriedade das sanções de polícia com punição sumária e sem defesa.

As multas não estão sujeitas a autoexecutoriedade, mesmo que decorrentes do poder de polícia, só poderão se executadas por via judicial, como as demais prestações pecuniárias devidas pelos administrados a Administração. (MEIRELES, 2009).

A coercibilidade é uma imposição coativa, sendo ato imperativo é obrigatório para seu destinatário, admite-se emprego de força pública para seu cumprimento, uma vez que haja resistência por parte do administrado em executá-lo, este não é um ato facultativo para o particular. E também independe de autorização judicial.

O atributo da coercibilidade justifica o emprego da força física no caso de oposição do infrator, porém não legaliza violência desnecessária ou proporcional, podendo caracterizar abuso de autoridade ou excesso de poder, o que causará a nulidade do ato, podendo resultar em ações civis e criminais de reparação do dano e punição dos culpados.

2.2.4 Fundamentos e essência

Neste tópico abordaremos sobre a fundamentação e a essência do poder de polícia e neste sentido MARINELA (2012, p. 225) afirma que:

O fundamento para o exercício deste instrumento é o princípio da predominância do interesse público sobre o particular que dá a administração posição de hegemonia sobre os administrados, caracterizando-se como exercício da supremacia geral, o que autoriza a sua atuação indistintamente sobre todos os cidadãos que estejam sob o império das leis administrativas.

Não se pode, portanto confundir o exercício dessa supremacia com a atuação do Poder Público, em relação aos usuários de serviços públicos como, por exemplo, os servidores públicos, as concessionárias e permissionárias, as autarquias, bem como as demais entidades da Administração Indireta, onde as limitações decorrem de vínculos específicos e se denominam supremacia especial.

Sobre supremacia especial a doutrinadora explica que se supõe um estado especial de sujeição, pelo motivo de haver um vínculo restrito entre a Administração e aqueles, disso decorrendo a necessidade de se exercitar uma supremacia mais acentuada sobre os mesmos, devido à imperiosa necessidade disciplinar os detalhes dessa relação, o que a lei não poderia fazê-lo. (MARINELA, 2012).

Hely Lopes Meireles (2009, p.135), assim se expressa sobre o assunto:

A razão do poder de polícia é o interesse social e o seu fundamento e está na supremacia geral que o Estado exerce em seu território sobre todas as pessoas, bens e atividades; supremacia que se revela nos mandamentos constitucionais e nas normas de ordem pública, que a cada passo opõem condicionamentos e restrições aos direitos individuais em favor da coletividade, incumbido ao Poder Público o seu policiamento administrativo.

Pode-se afirmar que para cada tipo de restrição ao direito dos administrados corresponde um poder equivalente, ou seja, o poder de polícia à Administração Pública, para torná-la efetiva e fazê-la obedecida.

Mas não se pode mesmo sob a invocação desse poder, a autoridade anular as liberdades públicas ou aniquilar os direitos fundamentais do cidadão assegurados na constituição. (MEIRELES, 2009).

2.2.5 Competência e limites

Em relação à competência deve-se inicialmente observar de que forma se fez a repartição constitucional para o exercício desses atos legislativos e materiais, é de se ressaltar, porém que a Constituição não previu todas as hipóteses, neste caso o que deve ser observado é o âmbito de interesse.

Assim será de competência da União se o assunto for de interesse nacional, será do Estado nos casos de interesses regionais e do Município, para os interesses locais, sendo que uma não exclui a outra, podendo em alguns casos ser concorrente. (MARINELA, 2012).

A extensão do poder de polícia administrativa hoje é muito ampla e abrange desde a proteção moral e aos bons costumes, a preservação da saúde pública, o controle de publicações, a segurança das construções e dos transportes até segurança nacional em particular.

Os limites do poder de polícia são demarcados pelo interesse social em conciliação com os direitos fundamentais do indivíduo assegurados na Constituição, daí porque se deve primar pelo equilíbrio entre a fruição dos direitos de cada um e os interesses da coletividade, em favor do bem comum.

Hoje, predomina a ideia da relativização dos direitos com adverte Ripert: “O direito do indivíduo não pode ser absoluto, visto que absolutismo é sinônimo de soberania. Não sendo o homem soberano na sociedade, o seu direito é, por consequência, simplesmente relativo”. (RIPERT apud MEIRELES, 2009, p. 137).

Em razão dessa relativização, e para por freios a sua aplicação, adotaram-se os Princípios da Razoabilidade e da proporcionalidade, como forma de limitar o exercício desse poder, pois uma vez que a Administração Pública utiliza meios coativos, deve ter extrema cautela, jamais aplicando meios mais gravosos que os estritamente necessários, a fim de obter o resultado pretendido pela lei; do contrário

o vício surgido, será motivo de anulação do ato acarretando responsabilidade para a Administração.

2.2.6 A delegação do poder de polícia

Em regra possui caráter de indelegabilidade, sendo que é também o entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência, que entendem que “os atos expressivos do Poder Público, dentre eles a polícia administrativa, não podem ser delegados aos particulares, sob pena de colocar em risco o equilíbrio social”. (MARINELA, 2012, p. 227).

Embora essa seja a regra, admite-se a delegação desde que outorgada a uma pessoa pública administrativa, como é a autarquia, entre outros, desfrutam, por exemplo, dessa delegação, o Banco Central do Brasil, as agências reguladoras, entre outros.

Essa delegação ocorre sempre por lei, é ampla e abrangente, podendo englobar o estabelecimento de normas bem como o exercício de atividades que se façam necessárias ao cumprimento das mesmas, podendo ainda designar os agentes de polícia. (GASPARINI, 2010).

Pode-se afirmar que a doutrina admite a delegação desses atos, somente em circunstâncias excepcionais ou hipóteses muito específicas, como é o caso dos poderes reconhecidos aos capitães de navios, ou ainda, a habilitação do particular à prática do ato material, preparatório ou sucessivo a ato jurídico de polícia, hipótese que deve ser analisada com inúmeras limitações e ressalvas.

Desta forma, certos atos materiais, que precedem atos jurídicos de polícia, podem ser praticados por particulares, mediante delegação propriamente dita ou em decorrência de um simples contrato de prestação de serviços, a exemplo da fiscalização de normas de trânsitos por radares eletrônicos; justificando-se a constatação é impessoal, porque assegura exatidão e igualdade de tratamento, não tendo qualquer supremacia causadora de desequilíbrio entre os administrados, pois não envolve expedição de sanção administrativa, nem decisão se houve ou não a violação, mas mera constatação. (MARINELA, 2012).

Neste sentido o STJ, discutindo a possibilidade de sociedade de economia mista, pessoa jurídica de direito privado, exercerem o poder de polícia; se posiciona da seguinte Maneira, inicialmente esclarecem que:

As atividades que envolvem o exercício do poder de polícia podem ser de forma sumária divididas em quatro grupos assim estabelecidos: o poder de legislar (é a legislação que define determinada situação); o poder de consentimento (a corporificação da vontade do Poder Público); a fiscalização; e, por fim, a aplicação de sanção. (MARINELA, 2012, p. 228).

Como se percebe o STJ só admite que sejam transferidos ao particular os atos de consentimento, e atos de fiscalização, ficando claro que estão impedidas de se transferir as atividades de legislação e de aplicação de sanção, que somente as pessoas públicas podem exercer.

3 A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO OU CONCESSÃO DE SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA FRENTE E A PROBLEMÁTICA DO SETOR.

Neste capítulo aborda-se algumas questões que suscitam dúvidas e tem sido motivo de controvérsia em relação ao tema discutido, sendo que algumas matérias ainda são alvos de discussão judicial na tentativa de que se estabeleça um entendimento coerente e justo.

Esta seção será dividida em três tópicos, a saber, o primeiro abordará questões relacionadas à problemática da concessão de energia elétrica, como sua importância na vida humana, princípios que regem o setor, a energia elétrica como bem essencial, a aplicação do CDC em relação às concessionárias, distinção entre usuário e consumidor.

No segundo tópico, falar-se-á sobre o processo ou procedimento administrativo que por força da concessão foi transferido às concessionárias, para utilizá-lo perante o consumidor, falaremos ainda da inversão do ônus da prova, da responsabilidade das concessionárias e do TOI, que é um instrumento manejado pelas concessionárias nos caso de suposta fraude de consumo.

E ainda no terceiro item, discorrer-se-á sobre a controvérsia que diz respeito à possibilidade ou não de corte de energia pelas concessionárias, nos casos de inadimplência, e o conflito jurisprudencial. Esta é sentes deste capítulo.

3.1 O Serviço Público de Energia Elétrica pelas concessionárias e a problemática relacionada ao setor.

3.1.1 A Energia Elétrica e sua importância na vida humana.

Resta claro que a energia elétrica é um dos bens criados pelo homem que sustenta sua própria a qualidade de vida, sendo que sem ela a sobrevivência humana seria extremamente difícil e degradante. E o Estado Brasileiro por

determinação constitucional está obrigado a fornecer este bem para a satisfatória manutenção da vida do ser humano, sendo o fornecimento de energia elétrica, caracterizado como um serviço público essencial, conforme a doutrina majoritária.

O Estado nos últimos anos passou por grandes modificações relativas à prestação do serviço público, e no Brasil esse processo de desestatização iniciou-se a partir dos anos 90, com a transferência de estatais para particulares, ocorrendo também a delegação da prestação de serviços públicos a particulares através das permissões, delegações e concessões.

O que se buscava através dessa inovação eram a melhoria e eficiência na prestação dos serviços públicos à população e também a redução do déficit financeiro do setor público, verificou-se desta forma profunda modificação na prestação destes serviços que passou a ser desenvolvida com fins lucrativos e baseada em modelos empresariais.

Desse momento em diante surgem inúmeras controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, sobre a forma de prestação desses serviços por particulares, sobre a possibilidade do corte de energia elétrica em razão do inadimplemento do usuário, entre outras.

3.1.2 Princípios aplicáveis ao serviço público e o conceito de serviço público adequado.

Torna-se necessário tecer alguns comentários sobre os princípios que regem a execução dos serviços públicos,, muito embora a doutrina seja extremamente divergente quanto à enumeração destes vetores, assim em qualquer ramo científico o princípio será sempre um ponto de partida, um base, um alicerce, que traz de maneira implícita ou explícita coesão facilitando as normas que guiam condutas humanas. (MARINELA, 2012).

Existe elencado no artigo 37, caput, da CF os seguintes princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência dentre outros como a supremacia do interesse público, isonomia, razoabilidade e proporcionalidade,

finalidade, continuidade, enfim. Alguns deles já foram conceituados anteriormente neste trabalho, alguns, porém merecem análise especial neste tópico.

Assim o primeiro princípio a ser comentado será o princípio da adequação e da eficiência, uma vez que o art. 175, V, CF/88 diz que o poder público além de oferecer e manter o serviço deverá prestá-lo de forma adequada e eficaz.

Para fundamentar o que seja serviço adequado a doutrina utiliza o conceito exarado na lei nº 8.987/95, que dispõe sobre serviços públicos e assim o conceitua, “serviço público adequado é que satisfaz condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade de tarifas”.

Esse rol é apontado por parte da doutrina como princípios, apesar de críticas de alguns doutrinadores que dizem não passarem os mesmos de meras características dessa atividade. (MARINELA, 2012).

Utiliza-se neste trabalho a abordagem do tema conforme o entendimento da doutrinadora Marinela; sendo que o primeiro princípio apontado por ela é o princípio do dever inescusável do Estado de promover a prestação dos serviços públicos, de forma direta ou indireta, não podendo o Estado se recusar a promovê-los; embora possa executá-los por intermédio de representantes, sendo que sua omissão poderá dar causa à ação judicial provocando sua atuação neste sentido, possibilitando até mesmo um direito à indenização, quando a ausência da atividade provocar algum dano.

O segundo princípio que é a viga mestra do direito administrativo é o princípio da supremacia do interesse público, indispensável a função administrativa, e essencial à atividade de prestação de utilidade pública fruível pelo administrado, não podendo o poder público omitir-se de sua competência. (FIGUEIREDO, 2003). MARINELA, afirma que o interesse público pode ser observado:

Desde o momento em que o Estado seleciona por meio da constituição ou da lei, quais são as utilidades materiais que representam o interesse geral e que merecem tratamento próprio. Também para a definição de regras de organização e funcionamento não se admitindo que o interesse coletivo seja subestimado em face de qualquer outro interesse. (MARINELA, 2012, p. 524).

Tem-se como terceiro princípio o da eficiência exige que o serviço seja executado com presteza, perfeição e rendimento funcional, evitando qualquer tipo de desperdício.

O quarto princípio é o da atualização ou atualidade, este princípio está conceituado no art. 6º, § 2º, da Lei nº 8.897/95, que estabelece que “a atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço”, em resumo exige-se que o serviço seja prestado utilizando-se as técnicas mais modernas.

Marinela cita ainda o princípio da universalidade ou generalidade, que exige a prestação do serviço à coletividade como um todo, em condições de igualdade indistintamente, decorre também do princípio da igualdade, previsto no artigo 5º da CF/88, que diz que os administrados devem de forma impessoal, sem discriminação e em condição de igualdade. (GASPARINI, 2010).

Vale ressaltar ainda o princípio da transparência, que exige clareza total nas decisões tomadas, no funcionamento e na aplicação dos recursos públicos, este princípio está conectado com o princípio da publicidade, que faz com que os administrados tenham conhecimentos das ações dos administradores e seus prepostos.

E também o princípio da motivação; diz que o administrador deve apresentar a lógica aplicada entre os fatos e os fundamentos jurídicos, de modo que os administrados tenham ciência dos motivos que os levaram a tomar tal decisão.

E ainda o princípio da modicidade das tarifas, exige que sejam cobradas as menores tarifas possíveis por parte da administração.

E por ultimo o princípio da continuidade, segundo esse princípio, o serviço público deve ser contínuo, ininterrupto, por se a forma que o Estado se utiliza para desempenhar funções essenciais ou necessárias à coletividade.

Assim uma vez instituído deverá ser prestado normalmente exceto, no caso de greve, conforme previsto na lei regulamentadora. (MARINELA, 2012).

3.1.3 O fornecimento de energia elétrica como serviço público essencial.

O serviço de energia elétrica ante sua imprescindibilidade à vida humana é hoje tido como um serviço essencial, muito embora ainda não haja uma norma legal expressa que o defina e regularize, devendo o Estado fornecê-lo a fim de proporcionar vida digna ao cidadão.

Não se tem um conceito a nível constitucional de serviço essencial, e esta omissão tem gerado grande discussão na doutrina resultando num conceito constitucional implícito, criado e adotado por boa parte da doutrina, que trata tais como serviços essenciais, em suma, atividades indispensáveis à sobrevivência digna e à manutenção dos direitos do ser humano.

Prescreve artigo 22, caput, do Código de Defesa do Consumidor, que os órgãos públicos ou seus prepostos serão obrigados a fornecer serviços, adequados, seguros, eficientes e no caso dos essenciais de forma contínua. (GARCIA, 20120).

Pergunta-se o que seria considerado como serviço público essencial, uma vez que não existe essa previsão nem no próprio CDC; existe, porém uma definição mais objetiva e precisa surgida na Lei 7.783/89, a Lei de Greve, em seu artigo 11, parágrafo único, afirma que “são necessidades inadiáveis, da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população”. Assim, desta forma, percebe-se que serviços essenciais são precisamente aquelas atividades imprescindíveis à satisfação das necessidades inadiáveis da comunidade (LIMA, 2010).

A mesma Lei acima citada em seu artigo 10, I, elenca como serviços ou atividades essenciais “... tratamento e abastecimento de água, produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis”, como se pode perceber pelo texto em seu sentido literal que é uma garantia que decorre do próprio texto constitucional; uma vez que a lei de greve, assim com o CDC e todas as outras devem respeito e obediência aos princípios constitucionais que dirigem suas determinações.

Sobre as determinações e conceito expresso na Lei de Greve (Lei 7.783/89), assim se expressam Amadeu dos Anjos Vidonho Júnior e Mário Antônio Lobato de Paiva:

Tal norma, sob o ponto de vista hermenêutico, pode ser classificada tecnicamente como uma norma jurídica nacional, ou seja, que atinge a coletividade sem distinção e; portanto é autônoma no que pertine à referida matéria, podendo ser estendida a quaisquer casos ou condições que levem a interrupção de serviço de natureza essencial e não só nas greves, até porque, em sua própria ementa insculpe que 'define atividades essenciais', e não somente em situações de greve (VIDONHO JÚNIOR; PAIVA, 2006, p. 3-4).

Podemos afirmar então que sendo a lei de greve uma norma nacional e inexistindo outra lei específica que determine e conceitue o rol dos serviços públicos essenciais torna-se pacífica sua aplicação neste sentido.

Assim explicitado, pode-se afirmar que nenhum dos serviços ditos essenciais poderia sofrer interrupção; destacando que se trata de garantia decorrente do próprio texto constitucional, e que toda e qualquer legislação deve obediência e respeito aos princípios constitucionais que regem suas determinações, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da boa-fé, do *in dúbio pro reo* entre outros.

Imprescindível se torna a aplicação dos preceitos constitucionais e também das legislações infraconstitucionais na análise de cada caso concreto em especial para aferir a ocorrência de possível violação de direitos fundamentais garantidos constitucionalmente; já que não restam dúvidas sobre a essencialidade da energia elétrica, em que sua utilização se traduz em uma qualidade mínima de vida, dignificando a pessoa humana.

3.1.4 A Aplicação das Normas do CDC às concessionárias ou distribuidoras de energia elétrica.

É sabido que somente após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 que os direitos dos consumidores passaram a ser reconhecidos e elevados à categoria constitucional, onde se estabeleceu uma previsão de direitos e deveres individuais e coletivos, com a finalidade de obrigar o Estado a promover a defesa do consumidor na forma da lei (Título II, Capítulo I da CF/88).

Em seguida surge em nosso ordenamento pátrio, a Lei 8.078/90, o CDC (Código de Defesa do Consumidor) tido como uma das leis mais modernas e

avançadas do mundo buscou clarear e normatizar e proteger a relação, consumidor versus fornecedor, buscando o equilíbrio necessário e imprescindível na relação de consumo.

O fato relevante que deve se verificar a aplicação do CDC como regulador desta prática diz respeito ao fato de o serviço ser prestado e ofertado no mercado de consumo, assim o objeto de contratação por parte do usuário, caracteriza uma relação de consumo.

Segundo Garcia (2012, p.198) nem todo serviço público será submetido ao CDC, somente os que forem realizados mediante contraprestação diretamente adimplida pelo consumidor ao fornecedor (serviços *uti singuli*), ou seja mediante remuneração, conforme art.3º, § 2º do CDC.

Por outro lado se o serviço for realizado através do pagamento de tributos e para toda a coletividade (serviços *uti universi*), não se sujeitarão a legislação consumerista, uma vez que aqui identifica-se contribuinte e não consumidor, por isto aos serviços de energia elétrica, água, telefonia, transportes públicos aplicar-se-á o Código de Defesa do consumidor.

Porém a previsão de inclusão de pessoas jurídicas de direito público entre os fornecedores esta disposta no art. 22 do CDC:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas concessionárias, permissionárias ou sob qualquer 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. (GARCIA, 2012, p.198).

Como se percebe da redação do artigo acima, as concessionárias de serviços públicos passaram a integrar a classificação trazida pela lei em questão, tendo o dever legal de fornecer os serviços de maneira adequada, eficiente e segura, devido sua característica de essencialidade e continuidade.

Cabe ressaltar, que o art. 175 da CF/88 previu expressamente o art. 22 do CDC; estabelecendo como dever dos órgãos públicos a adequação, a eficiência e a segurança na prestação de serviços essenciais contínuos, inovou o CDC ao impor

um dever legal de adequação, não só às concessionárias como a todos os outros fornecedores, passando os contratos anteriormente de prestação de serviços públicos a terem viés de contratos de consumo.

Convém informar que este tema não está totalmente pacificado na doutrina e na jurisprudência, e conforme ROSCOE apud GARCIA (2012, p.199) existem a respeito três posições: sendo que a primeira é uma interpretação extensiva, que engloba todos os serviços públicos sujeitando-os ao CDC; a segunda diz que a prestação do serviço deve ser remunerada (art.3º,§ 2º), seja por taxa ou tarifa, e a terceira que prevê que, somente os serviços remunerados por tarifa ou preço público estariam sujeitos ao CDC.

O STJ em sua grande maioria têm acompanhado o entendimento da Min^a Eliana Calmon (STJ, REsp. 793422/RS,DJ 17/08/2006),que adotou a terceira posição, muito embora ainda existam juristas e doutrinadores que discordem de tal posicionamento.

Podemos concluir de forma clara e inequívoca que ocorrerá a aplicação do CDC, sempre que houver um consumidor ou usuário dos serviços de energia elétrica, água, gás, sem descurar da aplicação do princípio da continuidade que deve ser observado na prestação de serviços públicos concedidos; sendo imposto tanto pelo CDC como pelas normas do Direito Administrativo, sendo que o descumprimento do dever de continuidade gera, além de sanções administrativas, reparação dos danos causados, incidindo a responsabilidade objetiva da prestadora de serviço.

3.1.5 A Distinção entre Usuário de Serviço Público e Consumidor.

Importa fazer essa distinção por ser questão que traz muita dúvida nas relações entre o usuário/consumidor o poder público e as concessionárias de energia elétrica. Ocorre no caso em questão uma relação tripartite, ou seja, consiste na atuação de três atores distintos, a administração pública (poder concedente), a concessionária e o Usuário, do outro lado na relação de consumo; temos como partes o Fornecedor, o Consumidor e o Poder Público e este como regulador dessa relação contratual.

Por isso do ponto de vista jurídico podemos afirmar que existe um equívoco, quando se afirma que o usuário de serviço público é um consumidor, uma vez que a relação jurídica entre concessionária e usuário não pode se igualar a relação entre duas pessoas privadas, que defendem interesses seus particulares e específicos.

Ressalte-se que o nosso ordenamento jurídico diferencia o usuário de serviço público e o consumidor, sendo que a Constituição Federal trata os dois assuntos em dispositivos diferentes, a concessão no artigo 175 e a proteção ao consumidor, nos artigos 5º, XXXII, e 170, V, destacando que o serviço público, cujo exercício é atribuído à concessionária, continua na titularidade e sob a responsabilidade do poder concedente. Porém no caso da relação de consumo, o Poder Público atua como protetor da parte considerada hipossuficiente, que, em regra, é o consumidor. (AMARAL, 2002).

As relações contratuais existentes no caso da concessão são as seguintes, a relação entre o usuário e a concessionária, onde uma parte se obriga a prestar um serviço, recebendo como pagamento um preço público (tarifa).

E por outro lado temos o contrato anterior entre a concessionária e o poder concedente, que sujeita a concessionária a prestar, ao usuário; serviço adequado, satisfazendo as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

E caso haja descumprimento do contrato de concessão, por parte da concessionária a mesma estará sujeita, conforme o caso as penalidades regulamentares e contratuais, inclusive multas, a intervenção na prestação dos serviços e a extinção de concessão.

Já na relação de consumo o fornecedor é obrigado a prestar o serviço ao consumidor e o Poder Público tem o dever de regular a relação contratual entre eles, protegendo a parte hipossuficiente ou considerada mais fraca. O inadimplemento pelo fornecedor gera sua responsabilidade perante o consumidor e a administração pública não é responsável pelo cumprimento das obrigações pelo fornecedor. (AMARAL, 2002).

Percebe-se pelo acima exposto que embora a concessionária esteja obrigada a prestar o serviço público por força do contrato de concessão, a administração pública continua com o dever constitucional de prestá-lo, e o inadimplemento da

concessionária gera de forma instantânea a responsabilidade ante o usuário, sendo o poder público responsável solidário, uma vez que mantém a titularidade do serviço.

Já na relação de consumo o fornecedor é obrigado a prestar o serviço, e o inadimplemento gera sua responsabilidade perante o consumidor, e neste caso a administração pública não é responsável pelo cumprimento das obrigações pelo fornecedor.

Conforme preleciona KELSEN apud AMARAL que existe uma distinção entre “dever jurídico” e “responsabilidade”. Diz ele que “um indivíduo é juridicamente obrigado a uma determinada conduta quando sua honra é tornada pressuposto de um *acto coercitivo* (como sanção)”. (AMARAL, 2002).

Assim no caso das concessionárias ou da relação do serviço público, se as mesmas não atuam conforme as normas, as sanções, originadas do caso concreto poderiam ser dirigidas contra as concessionárias e também contra o poder concedente, pois que com elas se encontram na mesma relação jurídica, por força de lei; e aqui o “indivíduo obrigado e o responsável, são a mesma pessoa”, já na relação de consumo, não.

Ainda conforme KELSEN apud AMARAL:

O indivíduo obrigado pode evitar a sanção da execução civil através do pagamento de indenização pelo prejuízo causado a outrem. Existe um dever principal (a obrigação de cumprir a norma) e um dever subsidiário (o dever de ressarcir os prejuízos ilicitamente causados). Reside aí a distinção entre obrigação (o dever principal) e responsabilidade (o dever de ressarcir os prejuízos, ou seja, o dever de indenizar). (AMARAL, 2002, p.4).

Desta forma fica clara a diferença entre a relação de consumo e a de serviço público, onde o fornecedor e a concessionária têm respectivamente obrigações ante o consumidor e o usuário; pois o descumprimento dessas obrigações acarretará sua responsabilidade, e no caso das concessionárias a legislação vigente estende essa responsabilidade também ao Poder público (titular do serviço), que por outro lado não ocorre quando o fornecedor não cumpre suas obrigações.

Cabe informar que o art. 27 da Emenda Constitucional n° 19/98 determina a elaboração de uma lei chamada de “lei de defesa do usuário de serviços públicos”,

com prazo de 120 (cento e vinte dias) a partir de junho de 1998 para que a mesma fosse elaborada, porém até hoje não o foi, pode-se concluir mesmo que implicitamente essa defesa seja diversa da “defesa do consumidor”.

Assim para o Poder público a defesa do usuário deveria ser muito mais relevante que a do consumidor, sendo um dos pressupostos básicos da concessão à prestação de “serviço adequado”.

3.2 Do processo administrativo aplicado pelas concessionárias ao consumidor e sua legitimidade.

3.2.1 Do processo e do procedimento administrativo.

Faremos aqui um breve esboço do que é o processo administrativo, sem entrar em muitas minúcias apenas com o intuito de esclarecer o leitor, assim a administração pública para controlar a conduta de seus agentes, solucionar controvérsias, lança mão de procedimentos, que recebem a denominação de processo administrativo. (MEIRELLES, 2009).

Convém diferenciar processo de procedimento, onde procedimento seria o rito processual, o modo como se realiza o processo, ou seja, os atos praticados em função do cargo público e o processo seria um conjunto de atos administrativos concatenados a fim de se obter uma decisão sobre alguma controvérsia jurídica ou administrativa.

Assim o processo poderá se realizar através de diferentes procedimentos, sem que haja no âmbito administrativo um regramento específico para tal, por outro lado não há processo sem procedimentos, mas existem procedimentos administrativos (atos administrativos) que não constituem processo, como por exemplo, as licitações e os concursos.

Porém na prática administrativa toda atuação interna recebe nome de processo, em nosso entender inapropriadamente, tendo ou não natureza jurisdicional, por isso torna-se importante distinguir os processos propriamente ditos, que são aqueles que tratam de um litígio entre o administrado ou servidor e a

administração pública; dos processos impropriamente ditos, que nada mais são que simples expedientes tramitando pelos órgãos administrativos, sem controvérsia. (MEIRELLES, 2009).

E o que distingue um do outro é simplesmente a litigância, por isso a importância em diferenciá-los, porque no processo administrativo é imperioso que se assegure a garantia e a observância dos princípios constitucionais, como a o devido processo legal e a ampla defesa e o contraditório.

Ainda segundo Meirelles, os processos administrativos podem dividir-se em quatro categorias, o processo de expediente, o de outorga, o de controle e o punitivo, teceremos aqui comentário apenas sobre o de controle e o punitivo que são os que dizem respeito à questão ora discutida.

O processo administrativo de controle segundo Meirelles:

É todo aquele em que a administração realiza verificações e declara situação, direito ou conduta do administrado ou do servidor, com caráter vinculante para as partes. Tais processos, normalmente têm rito próprio e, quando neles se deparam irregularidades puníveis, exigem oportunidade de defesa ao interessado, antes de seu encerramento, sob pena de invalidade do resultado da apuração. (MEIRELLES, 2009, p. 700).

Este processo não se confunde com o processo punitivo, pois neste se apura a falta e se aplica a penalidade cabível; já no outro se verificará a conduta do agente e se proclamará o resultado para efeitos futuros, nestes a decisão final é vinculante para a Administração e para o interessado, embora na maioria das vezes não seja autoexecutável porque dependerá de outro processo de caráter punitivo, ou disciplinar, ou mesmo ação civil ou criminal.

Assim, Meirelles conceitua o processo administrativo punitivo:

É todo aquele promovido pela administração para a imposição de penalidade por infração de lei, regulamento ou contrato. Esses processos devem ser necessariamente contraditórios, com oportunidade de defesa, que deve ser prévia, e estrita observância do processo legal (*due process of law*), sob pena de nulidade da sanção imposta. (MEIRELLES, 2009, p. 701).

Deve ser instaurado em um auto de infração, representação ou peça equivalente, iniciando-se com minuciosa descrição dos atos ou fatos ilegais ou administrativamente ilícitos atribuídos ao indiciado e a exposição da norma ou convenção infringida.

3. 2.2 O ato administrativo e sua legitimidade.

Cabe aqui explicitar um conceito de Meirelles sobre concessão de serviço público, para que assim então se possa compreender a característica peculiar dos atos praticados pelas concessionárias de energia elétrica no exercício de competência delegada, plenamente vinculada.

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 (MEIRELES, RT, p.363).

Em resumo os serviços concedidos são todos os que o particular executa em seu nome, por sua conta e risco, mediante delegação contratual ou legal do Poder Público; sendo apenas executado por ele em razão da concessão, e para o exercício de suas funções, as concessionárias dispõe, mediante a transferência de competência, de uma parcela dos poderes públicos (poder de polícia), consubstanciada na prática de alguns atos administrativos, como já visto anteriormente.

E as concessionárias, objetivando exercer plenamente as suas funções, praticam atos administrativos, sendo esses atos passíveis de impugnação por meio do mandado de segurança, porquanto revestidos dos atributos de atos administrativos.

Nesse sentido, trazemos o entendimento que o Colendo Supremo Tribunal Federal editou na súmula nº 510: “Praticado o ato por autoridade, no exercício de

competência delegada, contra ele cabe o mandado de segurança ou a medida judicial”.

Do acima exposto afirmamos que o ato administrativo é dotado de atributos, que lhe são peculiares, tais como, a presunção de legitimidade, por conta da inteira submissão ao princípio da legalidade; autoexecutoriedade, uma vez que será executado, quando necessário e possível, ainda que sem o consentimento do seu destinatário; imperatividade, ante a inevitabilidade de sua execução, porquanto reúne sempre poder de coerção para aqueles a que se destina. (MEIRELES, 2009).

A presunção de legitimidade dos atos administrativos, não é absoluta, tanto que se qualifica como presunção *juris tantum*, ou seja, relativa, admitindo prova em contrário. Todavia, qualquer irregularidade ou invocação de nulidade deve ser necessariamente alegada e provada em juízo, porém transfere o ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca, e até sua anulação o ato terá plena validade.

Cabe ressaltar aqui que no caso das concessionárias como se aplica o CDC como vimos anteriormente, cabe a inversão do ônus da prova, conforme ensina FILHO (2008, p.112):

Não se trata de presunção absoluta e intocável. A hipótese é de presunção relativa ou *iuris tantum*, sabido que pode ceder à prova em contrário, no sentido de que o ato não se conformou às regras que lhe traçavam as linhas, como se supunha. Ao atributo da presunção da legitimidade é conferido o poder de inversão do ônus da prova, cabendo a quem alegar não ser o ato legítimo a comprovação da ilegalidade. Enquanto isso não ocorrer, o ato vai produzindo normalmente os seus efeitos os quais serão considerados válidos, seja do revestimento formal ou no seu próprio conteúdo.

Do acima exposto, percebe-se que no caso das concessionárias de energia elétrica, por ser o consumidor/usuário hipossuficiente tanto econômica quanto tecnicamente em relação às distribuidoras, cabem a elas provarem as fraudes ou irregularidades supostamente praticadas pelos consumidores.

3.2.3 Da inversão do ônus da prova.

O artigo 6º do CDC contém de forma sintética o direito material e processual que deverá nortear o julgador nas relações de consumo, elenca direito básico sendo este rol apenas exemplificativo e não taxativo; pois é sem dúvida que o consumidor possui um sem número de direitos que embora não explicitados, nem por isso, deixem de ser alegados por ele e sequentemente apreciados pelo judiciário.

Estes direitos servem apenas para proteção do consumidor, do ser vulnerável, não podendo ser alegado pelo fornecedor (GARCIA, 2012).

O inciso VIII, do artigo 6º do CDC, possibilita a inversão do ônus da prova a favor do consumidor quando verossímil sua alegação ou quando ele for considerado hipossuficiente, esta inversão procura estabelecer a igualdade e o equilíbrio na relação processual, em função do fornecedor, em geral, dispor de melhor condição técnica e econômica para a disputa judicial.

O conceito de hipossuficiente envolve, segundo parte da doutrina, aspectos econômico e técnico-científico, o primeiro relaciona-se à carência econômica do consumidor frente ao fornecedor, em segundo, diz respeito ao desconhecimento técnico-científico do consumidor relativo ao produto ou serviço.

Assim, quando verificadas uma das hipóteses previstas no inciso VIII, deve o magistrado, de ofício ou a requerimento da parte inverter o ônus da prova, presumindo como verdadeiros os fatos alegados pelo consumidor, dispensando-o de produzir outras provas cabendo ao fornecedor, então a obrigação de produzi-las, sob pena de não se desincumbir do ônus probatório. (GARCIA, 2012). Vide aresto abaixo:

A denominada inversão do ônus *probandi* a que se refere o inciso VIII do art. 6º do CDC, fica subordinada ao critério do Juízo quando provável a alegação ou quando hipossuficiente o consumidor, segundo regras ordinárias de experiência. Depende, portanto, de circunstâncias concretas a serem apuradas pelo Juiz no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor (STJ, REsp. 327195/DF, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 15/10/2001).

Portanto a inversão não ocorre de maneira automática, sendo necessário que o Juiz analise as particularidades do caso *sub judice*, e verifique a presença dos pressupostos necessários para seu deferimento.

Cabe ressaltar que a inversão estatuída pelo inciso VIII, art. 6º do CDC é chamada pela doutrina de *ope judicis*, ou seja, aquela que é feita pelo juiz, por outro lado existe também uma inversão que é chamada de *ope legis*; ou seja, aquela que vem expressa em lei, não dependendo de manifestação do juiz, para que se inverta a regra geral instituída pelo art. 333 do CPC, uma vez que é a própria lei que distribui ou atribui o ônus da prova a uma das partes do litígio (GARCIA, 2012).

Assim o CDC, no § 3º, II, do art. 12 e § 3º, I, do art. 14, atribui ao fornecedor o ônus de provar que não existe defeito no produto e serviço,.

Assim caso haja por parte do consumidor alegação de defeito, este será presumido, bastando que o consumidor demonstre o dano e o nexo causal com o produto e o serviço adquiridos, cabendo ao fornecedor provar o contrário, trata-se da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço.

Ressalte-se que importa para este trabalho a responsabilidade pelo fato do serviço, prevista no art. 14, por estar ligada ao caso em estudo, e que atribui objetivamente a responsabilidade por qualquer tipo de defeito na prestação de serviços ao fornecedor, este assunto será tratado no tópico seguinte.

3.2.4 Da responsabilidade objetiva das concessionárias.

Segundo Meirelles existem três teses de culpa administrativa identificadas no tronco comum da responsabilidade objetiva da Administração Pública, que as da culpa administrativa, do risco administrativo e do risco integral, vejamos cada uma delas resumidamente.

Ainda sob a ótica de Meirelles, a Teoria da Culpa Administrativa, esta tese leva em conta a falta do serviço, para inferir a responsabilidade estatal, é estabelecida pelo binômio falta do serviço versus culpa administrativa.

Aqui a falta objetiva do serviço é o fato gerador da obrigação de indenizar, exige-se uma culpa especial da administração, essa teoria pede muito da vítima que além da lesão sofrida injustamente fica no dever de provar a falta do serviço, a fim de obter a indenização.

E a falta do serviço pode se dar de três formas, a inexistência do serviço, o mau funcionamento ou o atraso do serviço, caso ocorra alguma dessas hipóteses haverá culpa administrativa (MEIRELLES, 2009).

A Teoria do Risco administrativo, basta que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do poder público, nesta exige-se apenas o fato do serviço e não a falta do mesmo.

Esta teoria embora dispense a prova de culpa da administração, permite que o poder público demonstre a culpa da vítima para excluir ou diminuir o valor da indenização.

Já a Teoria do Risco Integral, por se uma modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, pois que nesta tese a administração estaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, mesmo que resultante de culpa ou dolo da vítima, nunca foi acolhida no direito pátrio (MEIRELLES, 2009).

Já desde o Império que nossos juristas mais avançados lutavam pela adoção da responsabilidade sem culpa, encontrando sérias reservas por parte de “civilistas apegados a doutrina da culpa, dominante no direito privado, porém inadequada para o Direito Público”(MEIRELLES, 2009, p.659).

Assim a CF de 88 orientou-se pela doutrina do direito público e manteve a responsabilidade civil objetiva da administração sob a modalidade de risco administrativo, é o que se percebe no disposto art. 37,§ 6º, vide abaixo:

[...] § 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 no caso de dolo ou culpa.

Este dispositivo mostra que a CF estabeleceu para a Administração Pública e seus desmembrados administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros independentemente de prova de culpa no cometimento da lesão.

Cabe destacar que o CDC também adota a responsabilidade objetiva do prestador de serviços com base na teoria do risco da atividade, e não do risco integral, uma vez que também contempla hipóteses de exclusão da responsabilidade. Porém “é do fornecedor o ônus de provar a ocorrência das

excludentes de responsabilidade”. “Assim, não basta alegar para tentar excluir o dever de indenizar, é necessário provar o acontecimento das excludentes”. (GARCIA, 2012, p.142).

3.2.5 Da cobrança advinda do Termo De Ocorrência de Irregularidade (TOI)

O legislador conferiu à administração pública, seja ela exercida direta ou indiretamente, um instrumento que tem a finalidade de formalizar a constatação de alguma irregularidade nas unidades de consumo dos usuários de energia elétrica; o Termo de Ocorrência de Irregularidade (TOI) que é um instrumento criado pela agência reguladora, previsto no artigo 129, da Resolução nº 414/2010 da ANEEL; que se encontra inserto no capítulo XI - DOS PROCEDIMENTOS IRREGULARES, Seção I - Da Caracterização da Irregularidade e da Recuperação de Receita, e tem por finalidade formalizar a constatação de qualquer irregularidade encontrada nas unidades de consumo dos usuários de energia elétrica, que proporcione faturamento inferior ao real. Para tanto, este ato administrativo pormenoriza todos os dados do titular e da unidade consumidora irregular, bem como a irregularidade constatada.

Art.129. Na ocorrência de indício de procedimento irregular, a distribuidora deve adotar as providências necessárias para sua fiel caracterização e apuração do consumo não faturado ou faturado a menor.

§ 1º A distribuidora deve compor conjunto de evidências para a caracterização de eventual irregularidade por meio dos seguintes procedimentos;

I – emitir o Termo de Ocorrência e Inspeção – TOI, em formulário próprio, elaborado conforme Anexo V desta Resolução;

II – solicitar perícia técnica, a seu critério, ou quando requerida pelo consumidor ou por seu representante legal;

III – elaborar relatório de avaliação técnica, quando constatada a violação do medidor ou demais equipamentos de medição, exceto quando for solicitada a perícia técnica de que trata o inciso II; (Redação dada pela REN ANEEL 479, de 03.04.2012).

IV – efetuar a avaliação do histórico de consumo e grandezas elétricas; e

V – implementar, quando julgar necessário, os seguintes procedimentos:

a) medição fiscalizadora, com registros de fornecimento em memória de massa de, no mínimo, 15 (quinze) dias consecutivos; e

b) recursos visuais, tais como fotografias e vídeos.

§ 2º Uma cópia do TOI deve ser entregue ao consumidor ou àquele que acompanhar a inspeção, no ato da sua emissão, mediante recibo.

§ 3º Quando da recusa do consumidor em receber a cópia do TOI, esta deve ser enviada em até 15 (quinze) dias por qualquer modalidade que permita a comprovação do recebimento.

§ 4º O consumidor tem 15 (quinze) dias, a partir do recebimento do TOI, para informar à distribuidora a opção pela perícia técnica no medidor e demais equipamentos, quando for o caso, desde que não se tenha manifestado expressamente no ato de sua emissão. (Redação dada pela REN ANEEL 418, de 23.11.2010).

§ 5º Nos casos em que houver a necessidade de retirada do medidor ou demais equipamentos de medição, a distribuidora deve acondicioná-los em invólucro específico, a ser lacrado no ato da retirada, mediante entrega de comprovante desse procedimento ao consumidor ou àquele que acompanhar a inspeção, e encaminhá-los por meio de transporte adequado para realização da avaliação técnica.

§ 6º A avaliação técnica dos equipamentos de medição pode ser realizada pela Rede de Laboratórios Acreditados ou pelo laboratório da distribuidora, desde que com pessoal tecnicamente habilitado e equipamentos calibrados conforme padrões do órgão metrológico, devendo o processo ter certificação na norma ABNT NBR ISO 9001, preservado o direito de o consumidor requerer a perícia técnica de que trata o inciso II do § 1º. (Redação dada pela REN ANEEL 479, de 03.04.2012).

§ 7º Na hipótese do § 6º, a distribuidora deve comunicar ao consumidor, por escrito, mediante comprovação, com pelo menos 10 (dez) dias de antecedência, o local, data e hora da realização da avaliação técnica, para que ele possa, caso deseje, acompanhá-la pessoalmente ou por meio de representante nomeado.

§ 8º O consumidor pode solicitar, antes da data previamente informada pela distribuidora, uma única vez, novo agendamento para realização da avaliação técnica do equipamento.

§ 9º Caso o consumidor não compareça à data previamente informada, facultase à distribuidora seguir cronograma próprio para realização da avaliação técnica do equipamento, desde que observado o disposto no § 7º.

§ 10º Comprovada a irregularidade nos equipamentos de medição, o consumidor será responsável pelos custos de frete e da perícia técnica, caso tenha optado por ela, devendo a distribuidora informá-lo previamente destes custos, vedada a cobrança de demais custos.

§ 11º Os custos de frete de que trata o § 10º devem ser limitados ao disposto no § 10º do art. 137.

Da leitura do artigo acima se percebe que o TOI é um instrumento manuseado pelas concessionárias; que num primeiro momento descreve um suposto indício de delito para posteriormente instituir uma sanção, porém a própria resolução prevê certo tipo de procedimento a ser adotado, que na maioria das vezes também não é observado.

O artigo 130 desta mesma resolução determina a forma de como deverá ser feita a recuperação dessa suposta e possível receita perdida, em síntese diz que “se comprovado” o procedimento irregular é que poderá a distribuidora ou concessionária proceder à recuperação da receita, utilizando-se de alguns dos critérios previstos nesse mesmo artigo.

Então uma vez comprovado pela distribuidora a fraude ou irregularidade cometida pelo usuário/consumidor, conteúdo da obrigação surgida se expressa em um valor pecuniário; representado por uma multa administrativa que deve ser previamente apurada por meio de um dos parâmetros pré-estabelecidos pelo artigo 130, da Resolução nº 414/2010 da ANEEL, podendo ser acrescido de um custo administrativo, artigo 131, sendo que esse custo administrativo também somente será cobrado se efetivamente estiver comprovada a fraude atribuída ao usuário.

Podemos afirmar dizer que o TOI é o um ato administrativo utilizado para aplicar de uma providência, uma sanção a quem, tenha violado preceito de conduta obrigatória, ou melhor, um evento inscrito na lei como ilícito administrativo.

Como bem disse Hely Lopes Meirelles alhures, nada mais é que um ato administrativo punitivo, que busca punir e reprimir as infrações administrativas ou a conduta irregular dos administrados ou usuários perante a administração pública ou quem lhe faça às vezes, porém este tipo de cobrança tem sido muito discutido em relação à sua natureza jurídica, sua legitimidade e sua validade.

3.3 Da controvérsia sobre a possibilidade de interrupção na prestação dos serviços de energia elétrica

3.3.1 Do conflito jurisprudencial sobre a possibilidade de corte em razão da inadimplência do consumidor.

Faremos breve explanação sobre o assunto no sentido de introduzir o leitor ao tema, sem maiores discussões por não ser o foco principal em estudo.

Este tema é eivado de controvérsias a começar pelo fato de ser prestado por particulares, com atuação volta da para o lucro o que não se compatibiliza com a

necessidade dos interesses da coletividade, porém existe na CF/88 a possibilidade de que os serviços públicos sejam prestados dessa forma.

Existe duas correntes jurisprudenciais, uma que inadmite e outra que defende o corte por inadimplência; apesar de hoje ter se firmado o entendimento de possibilidade de corte no caso de inadimplência atual, ou seja, das faturas referentes a consumo atual (do mês).

Dúvidas relativas à possibilidade do corte começaram a surgir com o advento da lei nº 8.897/95 que disciplina os institutos da concessão e da permissão. Assim a favor do corte por inadimplência temos os seguintes dispositivos, o art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.897/95, que em síntese diz que não se caracteriza como descontinuidade a interrupção em caso de emergência, após aviso prévio e em caso de inadimplemento do usuário.

Por outro lado temos a Lei 9.427/96, art. 17 que corrobora com a norma anterior, e que prevê a suspensão de fornecimento por falta de pagamento, com aviso prévio, temos ainda Resoluções da ANEEL, que também preveem a possibilidade de corte por inadimplemento.

Os principais argumentos a favor dessa corrente é que se deve preservar a manutenção econômica da concessão, que a relação é contratual, que o contratante não pode exigir continuidade do serviço caso esteja inadimplente, pois neste caso se estaria estimulando a inadimplência, enfim.

Por outro lado muitos argumentam que não se admite o corte no fornecimento mesmo o inadimplemento do usuário; neste sentido existem inúmeros julgados considerando a ilegalidade do corte por ofender princípios constitucionais, como o da ampla defesa, supremacia do interesse público, inocência presumida, dentre, outros.

Conforme esta corrente por ser o serviço de energia elétrica um serviço concedido e que caracteriza uma relação de consumo, deve-se aplicar a essa relação o CDC, inclusive o princípio que proíbe sua interrupção, e ainda que em nenhuma a lei das concessões em nenhum momento faz referencia expressa aos serviços ditos essenciais.

Ressaltam ainda que o serviço público essencial, mesmo quando delegado, continua sendo público, pois, que apenas sua execução foi transferida e não a

titularidade dos mesmos, continuando a administração pública com a obrigação de prestá-los. Importa salientar o entendimento de Fernanda Stracke Moor, sobre o tema:

Considerando que o subsistema do direito do Consumidor e o Regime Público de Delegação são aplicáveis nas relações envolvendo serviços públicos delegados, a aplicação do art.22 do CDC deve se sobressair como meio de garantir maior proteção ao usuário do serviço público essencial, pois, além de ser o direito do consumidor considerado direito fundamental, é esta a vontade implícita no regime público; tendo em vista que o sentido do princípio da continuidade dos serviços públicos não se resume ao disposto no art. 6º da Lei 8.987/95; pelo qual muitas decisões estão sendo fundamentadas, mas ao contrário, o princípio da continuidade dos serviços públicos decorre do princípio básico do regime público, que é o Princípio da Indisponibilidade do Interesse público. Por este o Estado não pode dispor do Interesse Público, no caso o serviço público, o que se estende ao regime de delegação, na medida em que o Estado continua titular do serviço e o delegatário passa a ser responsável pela execução desse serviço público. Com esse fundamento, a interrupção do serviço pela falta de pagamento passa a ser uma medida que afronta a ampla proteção que o regime público quer assegurar, diante da importância dos serviços públicos essenciais na vida cotidiana (MOOR, 2005, p. 112-115).

Afirmam os defensores desta corrente também que o mero custo financeiro devido às concessionárias não é motivo suficiente para justificar o corte de energia elétrica, uma vez que os riscos de inadimplência já estão previstos no custo do produto.

Como se percebe do acima exposto longe estamos de ter o tema totalmente pacificado, principalmente em função da falta de boas leis que especifiquem, conceituem e regulamentem os temas referentes ao assunto, mas cabe registrar que a jurisprudência tem se firmado a favor do corte pelo inadimplemento atual, relativizando a norma consumerista.

4 DO ESTUDO DE CASO E SUA ANÁLISE À LUZ DO CDC E DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Neste capítulo será feita a apresentação do estudo de caso e sua análise com base na legislação vigente, entendimentos jurisprudenciais e direitos e garantias constitucionais.

Será dividido em quatro tópicos, nesta primeira parte será apresentado o caso com todas as suas nuances, com dados do recurso administrativo impetrado junto à ENERSUL, e, posteriormente à AGEPAN, das divergências entre o TOI e o laudo metrológico, entre outros.

No segundo item falar-se-à sobre o medidor de energia eletrônico, que é o tipo de medidor de energia utilizado pela ENERSUL, neste caso concreto.

No terceiro será feita uma análise do caso com base nas leis vigentes, por ultimo no quarto item será analisado sob a ótica dos princípios do CDC e da Constituição.

4.1 O Estudo de caso.

4.1.1. Breve introdução.

Neste tópico será apresentado minuciosamente apenas um dos três casos reais, concretos, dos quais estudamos e tomamos conhecimento, além de ter interagido nos mesmos, devido ao estágio feito no escritório de Advocacia do Dr. Marcus Vinicius Ramos Ollé, e por respeito à ética e sigilo da profissão não explicitaremos o nome verdadeiro do usuário/consumidor, adotando para isso as denominações Senhor X.

Será feita a exposição do ponto de vista do consumidor, sobre a forma como receberam abordagem por parte da concessionária, se houve tentativa de defesa

junto ao PROCON e ANEEL, e se houve a necessidade de alguma mediada judicial, e em que estágio se encontra os processos sejam eles administrativos ou judiciais.

Convém esclarecer que os consumidores em questão residem em Ponta Porã/MS, sendo que dois moram em área urbana central desta cidade, podendo ser classificados como de classe média, já a moradora mora em bairro afastado próximo a uma Vila, também de classe média.

4.1.2 Dos fatos do caso em análise.

Senhor X é morador nesta cidade há mais de 40 anos, sendo que reside na residência em questão desde 1981, e atualmente somente ele e sua esposa moram na residência, porém até janeiro de 2006, abrigava sua filha mais velha, seu marido e os três filhos do casal.

E neste período de aproximados 31 anos somente em meados de 2009, coincidentemente logo após a mudança de sua filha, seu genro e netos, que a empresa Enersul apareceu para a tal da “vistoria técnica”, conforme informa o cliente.

Na primeira vistoria, os técnicos, que não eram funcionários da Enersul, mas de outra empresa terceirizada; que ele não sabe informar o nome, ao verificar o medidor de energia, disseram que o mesmo estava com defeitos e que por isso seria trocado.

Trocou-se o relógio sem maiores problemas, porém meses depois chegou uma carta de um escritório de advocacia, dizendo que havia sido identificado um débito e que o mesmo deveria ser pago; do contrário haveria interrupção no fornecimento de energia em sua residência, era um débito de aproximadamente R\$ 500,00, com medo do corte dirigiu-se ao escritório local, tendo lhe sido informado que deveria pagar, e foi o que fez.

Em data de 27/01/2012 foi novamente realizada uma vistoria na unidade consumidora do autor por funcionários de empresa terceirizada, ENERTEC, contratada pela empresa demandada, onde novamente segundo eles se constatou suposta irregularidade no medidor de energia elétrica.

Já na data de 02/05/2012 o autor recebeu correspondência da empresa Simon & Falcão Assessoria Empresarial LTDA (suposta representante da Enersul) emitida em 26/04/2012, via Correios, tendo como assunto principal “Aviso de Irregularidade na Medição”, através da carta N° XX.

A referida carta discorre sobre suposta irregularidade apurada em inspeção realizada na unidade consumidora na data acima mencionada, tendo sido acompanhada de uma nota de débito no valor de R\$ 918,54 (novecentos e dezoito reais e cinquenta e quatro reais); além da informação de que em caso de discordância o recorrente poderia interpor recurso administrativo no prazo de 30 (trinta) dias corridos a partir da data da do recebimento da comunicação.

A carta da empresa trazia cópia de um documento chamado TOI – Termo de Ocorrência de Inspeção n° XXX: assinado pelo eletricista Daniel Fagner Perez Gomes com matrícula n° 99.167; e ainda por Jonathã Santos Lasma cuja matrícula não se teve acesso, ambos empregados da empresa que em síntese informava o seguinte: que a inspeção ocorreu sem acompanhamento de perito no local.

Conforme descrito no TOI, no campo Dados da Inspeção foi marcada a seguinte opção “OUTROS (utilizar campo de observações)”, sendo que neste campo estava descrito o seguinte: medidor com L2 do display apagado, VA 123, UB 122, UC 120, V12 121, V23 118, V13 115, IA 0.0, IB 2.3 e IC 0.5 e no campo 7 a Informação de que o mesmo estava sendo encaminhado para análise técnica em laboratório.

Havia também cópia de documento chamado de CSME (comunicação de substituição de medidor), onde constava marcada a seguinte opção “OUTROS”, seguido da seguinte informação medidor com L2 do display apagado, sendo este documento assinado pelo eletricista Jonathã.

A carta da empresa, com todas essas informações, trouxe colacionada cópia de um Laudo de Verificação Metrológica de n° XX de aferição do medidor realizado pela AEM/MS (órgão delegado do INMETRO), no campo Identificação do Medidor onde diz Portaria de Aprovação não constava informação nenhuma.

Outro fato que merece registro é que neste mesmo documento no campo Ensaio do Registrador, encontra-se a seguinte expressão APROVADO, Exames dos

Lacres: lacres NORMALLACRES DA TAMPA DE ACRILICO LANDIS GYR SAI XXXXX, normais.

Porém, no item CONCLUSÃO é que vem a prova cabal da manipulação dos dados, muito embora o Medidor ou registrador tenha sido considerado APROVADO, o laudo de conclusão diz exatamente o seguinte:

Os resultados apresentados pelo medidor NÃO ESTÃO em conformidade com a Portaria INMETRO nº 431 de 04/12/2007. Medidor com fase B não registrando consumo. Medidor blindado com a fase furada por agente externo, danificando o circuito elétrico/eletrônico. A indicação da energia não corresponde à energia consumida. (vide conclusão do Laudo de Verificação Metrológico em anexo).

Cabe ressaltar que o registrador foi considerado APROVADO; mas na conclusão final a ENERSUL não se furtou em PRESUMIR, contrariando as evidências, pela suposta fraude praticada pelo cliente, além de ter inserido um dado a mais que não constava inicialmente no TOI, qual seja a informação de que o medidor tinha a base furada por agente externo (vide TOI em anexo), é o resumo do ocorrido.

4.1.3 Do recurso administrativo do Senhor X à Enersul.

Em contraposição ao acima exposto, Senhor X formulou Recurso Administrativo à Enersul, tendo sido entregue e protocolado na Agência local da referida empresa, que em síntese argumentou o seguinte: que houve erro grosseiro no cálculo apresentado pelo insigne representante da empresa energética, pois em sua análise, ao levantar o valor supostamente devido; com base na média dos (três) maiores valores disponíveis de consumo mensal de energia elétrica.

Citou os meses de JAN/2011 FEV/2011 e ABR/2011 que supostamente daria uma média de 408 KWH, como a empresa não apresentou o cálculo nem os valores; mas somente a média, o recorrente resolveu conferir o resultado tirando ele mesmo a média, sendo por ele encontrado o seguinte valor segundo os meses escolhidos pela própria empresa - 390,30Wh ao passo que o numero apurado pela empresa foi de 408 WH com uma diferença de 17,70 KWH.

Os valores consumidos, registrados e devidamente pagos dos meses em referencia foram o seguinte, Janeiro/2011 – 407 fevereiro/2011 – 405, abril/2011 – 359 totalizando 1.171kWh que divididos por 3 dá um valor de 390,30 kWh apresentando uma diferença de 17,70 kWh, pelo que se pode notar a empresa Enersul adota qualquer valor desde que justifique um valor à cobrar.

Os valores consumidos no ano de 2011 foram os seguintes:

Janeiro - 407 KWh, Fevereiro - 408 KWh, Março - 351 KWh, Abril - 359 KWh, Maio - 269 KWh, Junho - 235 KWh, Julho - 259 KWh, Agosto - 286 KWh, Setembro - 232 KWh, Outubro - 277 KWh, Novembro - 315 KWh, Dezembro – 344 KWh.

Assim, pelo exposto percebe-se que as contas na residência em questão são extremamente variáveis, pois que a residência do requerente muitas vezes recebe seus netos que ficam por diversos dias; sendo este um fator que onera a conta de energia, ou melhor, causa maior consumo, além de que em meses de maior temperatura o consumo aumenta como se pode notar pela análise dos consumos mensais no ano anterior.

Já os consumos de 2012 são respectivamente Janeiro 518 kWh, fevereiro 395 kWh, março 460 kWh, abril 386 kWh. Insta salientar, que o medidor em questão foi retirado dia 27/01/2012.

Com relação ao aumento de consumo no mês de janeiro, deve-se ressaltar que o proprietário da residência em questão tem diversos netos que moram fora da cidade; e que sempre em feriados ou férias vêm ficar em sua casa, sendo que nos meses de dezembro, janeiro e o até início de fevereiro estavam em sua residência, sendo que uma neta sua passou a morar na residência.

Além do que é perfeitamente possível verificar que em meses de maiores temperaturas, há um consumo maior de energia na residência.

4.1.4 Alguns argumentos da defesa administrativa.

Argumentou-se que a tal análise metrológica não é uma análise técnica para fins de verificação de fraude, pois o artigo 129, inciso III da Resolução 414 da ANEEL exige a elaboração de Relatório de Avaliação Técnica; e posteriormente

constatada a irregularidade por Perícia Técnica, sendo que esta não se confunde com o Laudo de Verificação Metrológica cuja finalidade se destina a fim diverso.

O Laudo Metrológico serve apenas para constatar as condições de funcionamento dos relógios, sendo uma exigência do órgão metrológico em relação à ENERSUL; principalmente para relógios que estejam com portarias provisórias de aprovação (vide Portaria 431 do Inmetro), ou seja, ainda não foram aprovados pelo INMETRO definitivamente, assim o Relatório de Avaliação Técnica e o Laudo de Verificação Metrológica servem para fins diversos.

Pode-se concluir que a ENERSUL, não pode utilizar-se de Laudo de Verificação Metrológica, para atribuir suposta fraude ao consumidor, pois o mesmo indica possíveis irregularidades no funcionamento dos medidores que podem ter surgido pelas mais diversas possibilidades e vias; sendo necessária, para esse fim uma perícia técnica, feita por engenheiro elétrico, comprovando que quem efetivamente praticou a conduta fraudadora foi o consumidor.

Do contrário pode-se afirmar que a ENERSUL utiliza-se de arbítrio e má-fé.

Só pode cobrar se a suposta fraude for devidamente comprovada, o que neste caso não ocorreu, pois, como se verifica o próprio laudo metrológico diz que o medidor em questão foi considerado APROVADO, e que os lacres estão normais, mas mesmo assim a ENERSUL quer cobrar.

4.1.5 Das divergências entre o TOI e o Laudo de verificação metrológica:

Constam no TOI, lacre da caixa de medição XXXX como violado e medidor com L2 do display apagado, porém com avaliação bem cuidadosa do mesmo percebe-se que o lacre que supostamente estaria violado é sequencia dos lacres da Tampa do Bloco de Terminais nº XXX e nº XXX, qual seria então a suposta violação?

Muito embora no TOI tenha sido mencionada uma suposta violação de lacre o que se pode constatar é que no LAUDO DE VERIFICAÇÃO METROLÓGICA nº XXX, constatou-se a normalidade dos lacres.

Ora onde está a comprovação da suposta fraude praticada pelo cliente, pode-se presumir com base nestes fatos, que quem usou uma suposta violação de lacres (que não houve) para poder de forma arbitrária retirar o relógio e já de plano acusar o cliente de fraudador foram os técnicos da ENERTEC (empresa terceirizada), por sua vez suposta contratada pela Enersul.

O fato acontecido foi mais um erro na prestação do serviço ou é característico “*modus operandi*”; pois conforme se depreende da leitura do artigo 129, combinado com o artigo 130 da Resolução 414, a Enersul deve compor um CONJUNTO PROBATÓRIO, a fim de, COMPROVAR o procedimento irregular para que possa efetuar a recuperação de receitas pretéritas.

Vale ressaltar, outro detalhe que poderá enriquecer a questão é que foi cobrado 30% de custo administrativo, que conforme a resolução 414 só poderia ser cobrado se comprovada a fraude praticada pelo consumidor, o aqui exposto é a argumentação utilizada pelo Senhor X no recurso administrativo.

4.1.6 Da falta de resposta do Recurso Administrativo junto à Enersul e da cobrança vexatória e do constrangimento.

No dia 06/06/2012 foi enviada através da carta (anexo xx) a decisão do recurso, mais uma vez pela empresa Simon & Falcão, porém a mesma somente chegou a residência do requerente na data de 17/07/2012, que dizia que o mesmo estava sendo indeferido, sem muitas explicações técnicas ou jurídicas, e sem sequer responder ou mencionar os principais questionamentos do requerente, limitando-se a informar que o consumo de 408 KWh era condizente com o consumo mensal, e que embora tivesse sido solicitada a declaração de carga da unidade consumidora, não seria feito e continuariam com o histórico de consumo como parâmetro.

Que a cobrança era legal e conforme as normas aplicáveis à matéria, sem citar qualquer artigo de lei; e que o único objetivo da ENERSUL era o de obter o ressarcimento da suposta energia utilizada e não medida, e que não iria apurar a autoria da irregularidade, informando que caberia recurso à Ouvidoria da ENERSUL ou a AGEPAN, através do telefone 0800.722.0446, sem informar prazo.

Na data de 22/06/2012 foi enviada carta de reaviso N° 0223/2012-38 pela empresa Simon & Falcão, informando que depois de decorrido o prazo do recurso administrativo, estava sendo encaminhada a fatura n° XXXXX no valor de R\$ 817,41 (oitocentos e dezessete reais e quarenta e um centavos); valor este diferente do acima referido que inicialmente era de R\$ 918,54 (novecentos e dezoito reais e cinquenta e quatro centavos), não se sabe por que os valores foram modificados.

Mas o que se percebe é que na fatura emitida nessa ocasião existem dados que devem ser considerados fraudulentos, como por exemplo, a data de leitura da mesma, além de conter ameaça de suspensão caso não fosse efetuado o pagamento.

Ora este procedimento estava sendo contestado administrativamente, percebiam que se fez parecer que esta fatura (fatura emitida devido a suposta fraude) seria uma fatura de consumo mensal, uma vez que a mesma não traz informações precisas de forma a se identificá-la.

Ocorre que o Senhor X já havia entrado em contato pelo 0800, conforme informava a carta com a decisão do recurso administrativo, pedindo que a AGEPAN, fizesse uma nova avaliação do recurso.

Desta forma foi colhido de surpresa ao receber tal comunicação, ligou para Dr. Marcus que o aconselhou a enviar via AR um novo recurso administrativo desta vez endereçado a referida agência, foi o que fez conforme comprova o AR enviado em 26/07/2012, sem resposta até hoje, mesmo após vários protocolos.

4.1.7 Resumo do novo recurso encaminhado a AGEPAN.

No recurso acima referido, o requerente novamente explicitou tudo o que já havia exposto anteriormente, informando sobre sua inconformação com o indeferimento do recurso, onde afirmava:

Em total desacordo com o indeferimento vem este consumidor pleitear junto a este gabaritado Órgão a revisão do referido recurso certo de que a AGEPAN modificará o entendimento, pois que ao apelante assiste total e incontestável razão.

E fez os seguintes questionamentos à AGEPAN:

Estaria o Escritório de Assessoria Jurídica Simon e Falcão legitimamente habilitado a cobrar o Recorrente?

A empresa ENERSUL sequer tem uma dívida legítima, ou seja, legalmente constituída para cobrar o Recorrente como pode sub-rogar um direito que sequer existe?

Segundo o CDC expor o consumidor a cobrança abusiva, ilegal ou constrangedora constitui “dano moral”.

Pedi ainda que a AGEPAN apurasse a real relação jurídica existente entre a ENERSUL e o referido escritório, pois se tratava de sua prerrogativa legal regular e proteger o consumidor de possíveis abusos por parte das concessionárias.

Outro ponto como é a própria concessionária que realiza a vistoria, não há legitimidade para efetivamente estabelecer a existência de um débito, mesmo com a presença do consumidor, que não tem conhecimento técnico para avaliar o trabalho.

Por outro lado, a ENERSUL não permite o contraditório (mostrar outra versão) e a ampla defesa (utilização de prova para se defender) por parte de quem é acusado da fraude. E baseia toda sua cobrança sobre uma suposta fraude do cliente, enquanto não comprovada a fraude não existe como se constituir o débito.

Portanto ao colocar o consumidor para ser cobrado por terceiros o expõe a abusos.

Deve-se ressaltar ainda que Senhor X, procurou em sua cidade algum eletricitista ou engenheiro elétrico, para que fizessem uma avaliação no novo equipamento, porém dos quatro profissionais consultados, 3 eletricitistas e um engenheiro elétrico, nenhum se disponibilizou a produzir laudo de avaliação, dizendo que poderiam sofrer represálias e perder serviço.

4.1.8 Das praticas abusivas no caso em tela.

Quanto às práticas abusivas, o Código de Defesa do Consumidor veda-as no artigo 39. No caso em comento, a ENERSUL violou especificamente o inciso V, que

considera prática abusiva exigir do consumidor "vantagem manifestamente excessiva", essa exigência apenas expõe a má-fé utilizada pela requerida que por malícia, subterfúgio e evidente embotamento da verdade tenta imputar responsabilidades inexistentes ao recorrente na busca de enriquecimento ilícito.

É sabido que em nosso ordenamento jurídico é vedado exercer a justiça privada por conta própria, assim a ameaça de corte de energia feita por Simon e Falcão é abusiva e flagrantemente ilegal e merece sanção da AGEPAN e da ANEEL bem como se for o caso do judiciário.

Tese esta amplamente amparada por remansosa jurisprudência pátria, já pacificada no Superior Tribunal de Justiça.

Não se perca de vista que o próprio Laudo Metrológico aprovou o Registrador bem como a normalidade dos lacres, eis ai a ILEGALIDADE e o ABUSO praticado pela ENERSUL.

Urge que a AGEPAN e a ANEEL tomem providências neste sentido, pois do contrario estarão validando ou sendo coniventes com tal prática; foram estas as indagações feitas pelo requerente a AGEPAN que até hoje se encontram sem resposta formal, sendo que ao agir desta forma a agência que deveria proteger o consumidor, por sua flagrante omissão deixou-o a arbítrio e abuso de fornecedor economicamente mais forte.

4.1.9 Dos protocolos e da inoperância da central de atendimento e ouvidoria.

Foram feitos os seguintes protocolos: em 05/09/12 às 16h27min, nº 13000233512-11, atendente Rafaela mat. nº 7712, solicitando-se a resposta do recurso administrativo e foi pedida a reabertura da análise, em seguida foi gerado o protocolo nº 13000346712-98, onde consta a seguinte informação "o recurso foi indeferido em 17/08/2012", pediu-se o envio da resposta do mesmo, pois a atendente não informou o motivo do indeferimento.

Logo após foi feito o seguinte protocolo nº 13000346812-50, que diz respeito ao pedido de gravação dos protocolos anteriores.

Em 01/11/2012 novo protocolo nº 01/11/2012 com pedido de reabertura da análise e informando que a resposta do anterior ainda não havia chegado, pediu-se que ligasse no seguinte número 08007270167 (ANEEL).

Onde se falou com Andreza Figueiredo Santana, sendo informado sobre todo o ocorrido e pedido providências, a mesma disse pra fazer novo protocolo com pedido de reabertura de análise do procedimento, o que foi feito gerando o seguinte protocolo nº 13000599812-15, e, posteriormente feita nova ligação solicitando as gravações que ainda não haviam sido enviadas, protocolo nº 13000599912-88, que não foram enviadas até hoje.

4.1.10 Da inclusão do nome do Senhor X no SERASA e da Ação Judicial como busca de justiça.

Na data de 18/06/2013, dirigiu-se Senhor X ao comércio local com intuito de realizar compras a prazo, porém foi surpreendido ao saber que seu nome estava inscrito no rol de maus pagadores e inadimplentes do SERASA, pois que a Enersul sem aviso prévio havia feito o registro em virtude da supostas dívida.

Muito surpreso, e extremamente envergonhado o cliente entra em contato com seu Patrono, a fim de obter instruções sobre como proceder.

Assim um dia após saber de sua inclusão no SERASA, conforme instrução de seu Patrono entrou-se em contato com a AGEPAN, para informar do abuso e pedir providência, protocolo nº 104781856; pediu-se que ligasse no numero 0800 722 0446, tendo informado sobre todo o caso novamente e, pedido que a mesma interviesse junto a ENERSUL, relativamente à inscrição indevida do nome do Senhor X no SERASA e do não envio da resposta do julgamento por escrito do mesmo.

Muito embora se tivesse aberto mais dois ou três protocolos de reanálise anteriormente, ao que foi informado que não era da alçada da AGEPAN e que a mesma não poderia fazer mais nada, reiterando que a análise do mesmo havia sido feita no dia 18/07/2012, segundo informações via telefone.

Na restou outra alternativa ao Senhor X, após sucessivos constrangimentos e abusos, além do indevido cadastramento em sistema restritivo de crédito, a não ser recorrer ao judiciário, e foi o que efetivamente fez.

4.1.11 Pormenores da Ação Judicial.

Após a “*via crucis*” acima descrita; e inconformado com sua situação Senhor X, procura seu Patrono Dr. Marcus, resolvendo acionar o judiciário por causa dos abusos contra sua pessoa.

Na data de 16/07/2013 foi distribuída a AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS POR ATO ILICITO C/C PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA, no juízo de Ponta Porã; sendo que pelo sorteio eletrônico, o processo ficou na 2º Vara, o principal intuito de Senhor X era o de obter a tutela, a fim de ter seu nome retirado do SERASA.

Porém o juiz de 1º grau indeferiu este pedido, por entender que como o nome de Senhor X, já estava incluído a mais de seis meses no SERASA, não havia mais urgência, sem levar em conta o fato de não ter aviso de inclusão ao Senhor X foi feito Agravo de Instrumento, relativo a essa decisão.

O Agravo de Instrumento foi indeferido, confirmando-se a decisão do juízo de primeiro grau, após isto, inconformado Senhor X, se viu obrigado, a parcelar o suposto débito, para limpar seu nome.

Após o parcelamento seu patrono, emendou a inicial aumentando o valor que deverá ser restituído, se ganhar o litígio.

4.2 Considerações sobre a medição de energia por medidores eletrônicos.

4.2.1 Informações sobre os medidores eletrônicos ou digitais.

Até meados da década de 90 só existia no Brasil medidores de energia eletromecânicos, a partir daí surge uma nova geração de equipamentos, dotados de

tecnologia eletrônica, que vão além de checar o consumo de energia do usuário, como ocorre com os tradicionais eletromecânicos.

Os medidores eletrônicos, ou digitais, oferecem vantagens técnicas que trazem benefícios tanto às concessionárias quanto aos clientes, em comparação aos eletromecânicos que possuem tecnologias mais eficientes de combate à fraude e à perda de energia.

Também são mais precisos no registro de consumo e proporcionam uma extensa gama de serviços agregados que podem estreitar e personalizar a relação entre a concessionária e o cliente. (ORSOLON, 2013). Veja algumas informações sobre o medidor da LANDIS + GYR E34A, retiradas do site do fabricante:

Medidor eletrônico polifásico, multi-função, com funcionalidades que auxiliam na identificação de irregularidades na instalação, combate a perdas comerciais, recuperação de receita da concessionária. Com versões para aplicação de medição a 2 elementos, 3 fios; ou 3 elementos, 4 fios; o Medidor E34A pode contar com interfaces de comunicação que viabilizam a troca de dados remotamente, conseqüentemente, uma melhoria nas operações da concessionária e informações ao consumidor de energia. Conformidade com as normas IECs 62052-11, 62053-21, 62053-23; NBRs 14519, 14520, 14522 e RTM.

Sendo que a prerrogativa inicial de uso deste tipo de equipamento por parte das concessionárias foi a de justamente utilizá-lo no nível de controle de suas redes em determinadas regiões, especialmente em regiões que apresentem elevado índice de perdas técnicas, e não técnicas, as fraudes e roubo de energia.

Este fenômeno de migração entre as tecnologias ganhou força no Brasil ganhou força a partir de 2006, em relação aos consumidores de baixa tensão, que em sua maior parte são clientes residenciais, comerciais e da área de serviços.

Os grandes consumidores, que são os industriais e os comerciais de fronteira, iniciaram esse processo migratório no final dos anos 90, e hoje praticamente 100% deles se beneficiam da medição digital.

No setor residencial, a esperada virada teve início quando as concessionárias enxergaram uma das principais características do medidor eletrônico: sua capacidade de resistir e detectar fraudes. “O Brasil ainda apresenta índices de fraudes regionalizados muito altos e o medidor eletromecânico é muito vulnerável. O

eletrônico até. pode ser fraudado, mas detecta que algo está errado e informa à concessionária. É uma característica importante que faz com que a tecnologia seja adotada” destaca Nelson Luis Freire. (ORSOLON, 2013).

Através dessa tecnologia é possível realizar a leitura de diversos dados de forma remota, inclusive o consumo de energia, utilizando-se da tecnologia wireless ou através da própria rede de energia, com estes dados a concessionária passa a reunir melhores condições para identificar eventuais falhas no fornecimento de energia, proporcionando maior agilidade no atendimento, sendo ainda possível efetuar cortes e religamentos remotamente.

Permite que as distribuidoras consigam identificar o perfil dos consumidores, para eventualmente, criar serviços personalizados.

4.3 Da análise do caso do Senhor X à luz do CDC e das normas vigentes

4.3.1 Das violações legais e arbitrariedades praticadas pela concessionária.

Por tudo exposto anteriormente, e por ser matéria já pacificada não resta dúvida da aplicação do CDC a este caso, sendo que em seus artigos 2º e 3º, *in verbis*:

Art. 2º - Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

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

[...]

§ 2º serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Do acima exposto observa-se que não é consumidor apenas quem adquire, mas também quem utiliza; assim sem dúvidas afirmamos que a relação jurídica

ocorrida entre Senhor X e a concessionária de energia elétrica é relação de consumo, cabendo também a inversão do ônus da prova, a fim de facilitar sua defesa, conforme previsto no artigo 6º, inciso VIII do referido diploma.

Segundo MARQUES apud GARCIA (2012), para se saber a exata definição de consumidor bem como o campo de abrangência de aplicação do CDC nas relações contratuais, é necessário uma interpretação teleológica da regra do art. 2º com o sistema tutelar consumerista, buscando a *ratio* principal da norma.

E ainda conforme a autora acima designada, destinatário final para efeitos de definição do conceito de consumidor, seria somente aquele reconhecido como “vulnerável” (art. 4º do CDC), pois somente estes merecem tutela especial deste diploma.

Para a autora existem três tipos de vulnerabilidades, a técnica, que aquela onde o consumidor não possui conhecimentos específicos sobre o produto ou serviço, podendo se iludido no momento da contratação, a jurídica própria da falta de conhecimentos jurídicos pertinentes a relação e a fática que é a vulnerabilidade real ante o parceiro contratual, seja em decorrência do poderio econômico, seja pela posição de monopólio, ou em razão da essencialidade do serviço prestado, impondo numa relação contratual, posição de superioridade. (GARCIA, 2012).

No caso do Senhor X em relação ao ônus da prova, afirmamos que cabe a concessionária, pois é quem precisa comprovar se efetivamente houve a suposta fraude ou ato ilícito praticado pelo consumidor. E conforme prescreve a Resolução 414 da ANEEL em seus artigos 129 e 130, é imprescindível que a distribuidora monte um conjunto probatório, identifique, discrimine e apure a autoria da conduta criminosa ou fraudadora do cliente, para que possa obter a recuperação de receita.

Do contrário estará a empresa concessionária agindo em desconformidade com a lei, e infringindo os ditames legais.

Neste sentido, o posicionamento do STJ:

PROCESSUAL CIVIL – ENERGIA ELÉTRICA – ÔNUS DA PROVA CPC, ART. 333, I – FRAUDE NÃO COMPROVADA – MULTA – COBRANÇA DOS VALORES DEVIDOS – CÁLCULOS DO CONSUMO – REEXAME – SÚMULA 07/STJ. O ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito. Caberia à concessionária dos serviços fornecer os elementos de prova das alegações feitas, já que o ônus da prova cabe a

quem alega o fato. Não o fazendo, impossível a caracterização da fraude (STJ – RECURSO ESPECIAL (RESP) – Nº 62097 – SP – RIP: 199500117550 – REL. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS – TURMA: SEGUNDA TURMA – J. 05/10/2000 – DJ. 15/04/2002).

Quando a Enersul imputa ao cliente uma fraude é dela o ônus probatório, e se o próprio laudo metrológico diz que o registrador está aprovado, presume-se que o mesmo esteja registrando a energia consumida de forma adequada.

Vejam o que diz o artigo 1º da Portaria 431 de 04/12/2007 do Inmetro:

Art. 1º Aprovar o Regulamento Técnico Metrológico, anexo a esta Portaria, que estabelece as condições mínimas a serem observadas na apreciação técnica de modelos, no exame da conformidade ao modelo aprovado, na verificação inicial, na verificação após reparos e na verificação por solicitação do usuário/proprietário, em medidores eletrônicos de energia elétrica ativa e/ou reativa, monofásicos e polifásicos, inclusive os reconicionados.

Fica claro que a principal finalidade deste regulamento é o acompanhamento de uso da evolução do modelo apresentado, uma vez que ainda está em vias de ser aprovado, no sentido de manter um controle de suas vulnerabilidades, que precisariam de ajustes por parte do fabricante, para tutelar tanto o usuário quanto a distribuidora.

Neste sentido, os métodos utilizados pela ENERSUL de apuração com base em médias e estimativas, são flagrantemente incompatíveis com a tecnologia utilizada, uma vez que são relógios de última geração, controlados por acesso remoto e por softwares que somente a ENERSUL possui; sendo que em sua memória de massa; ficam armazenados todos os dados de consumo que poderia demonstrar o que realmente aconteceu, além do que essa tecnologia permite o controle do mesmo em tempo real pelos terminais da concessionária.

4.3.1.1 Divergências entre o TOI e o Laudo Metrológico.

Da análise do TOI documento instituído na resolução da ANEEL, que seria o documento inicial a fundamentar todo o desenrolar da apuração de uma possível fraude, pode-se verificar que houve manipulação grosseira ou total despreparo e falta de qualificação dos seus prepostos no levantamento dos dados no local.

Em primeiro lugar o TOI não diz em momento algum que havia danificação de base ou furos no medidor; e sequer o campo que diz respeito a esse tipo de irregularidade foi marcado, além do fato que, se houve posterior danificação, a responsabilidade é toda é da Enersul que o transportou ou do fabricante que o produziu com material inadequado.

O CDC determina que a responsabilidade objetiva em função do fato do produto e do serviço (artigos 12 a 15 do CDC), permitindo algumas excludentes, mas determina que quem deve provar a excludentes é quem as alega, neste caso a ENERSUL, ela é quem deveria verificar se existe defeito ou vício no produto, ou seja no medidor, em primeiro lugar, para somente depois pensar em alguma possibilidade de responsabilidade do cliente. Neste sentido vide o aresto abaixo:

O ônus da prova das excludentes da responsabilidade do fornecedor de serviços, previstas no art.14,§ 3º, do CDC, é do fornecedor, por força do art. 12, § 3º, também do CDC (STJ, REsp. 685.662/RJ, Relª. MInª. Nancy Andrigi, DJ 05/12/2005).

Fica claro que o CDC, atribui ao fornecedor, neste caso o prestador de serviços, o ônus de provar que não existe defeito no produto, como forma de excluir a responsabilidade (hipótese de inversão do ônus da prova *ope legis*).

Se a danificação ocorreu por agentes externos, por motivos de força maior, é claro que a responsabilidade pelo dano causado é da ENERSUL, ou do fabricante.

Essa excludente é extremamente importante porque ela impõe ao fornecedor a prova de ausência de defeito do produto ou fato do serviço, em qualquer caso deve ele provar que houve culpa exclusiva do consumidor, seja pelas regras do CDC ou do CC.

No caso em tela, a tal vistoria técnica ou de rotina, aconteceu perto da data de vencimento do medidor, para vistoria determinada pelo INMETRO, sendo que a Portaria 431 do Inmetro que autorizava o seu uso sob condições especiais, e que tinha validade para um ano, foi sendo renovada através de aditivos anuais, que traziam sempre pequenas modificações e que somente em fevereiro deste ano através da Portaria 0035 de 08/02/13 é que houve a aprovação dos aparelhos

LANDIS + GYR E34A, com validade até 2021 conforme seu artigo 3º, mantidas as verificações.

Neste sentido, pergunta-se, será que os Técnicos ou eletricistas da ENERSUL/ENERTEC não confundiram o procedimento, neste caso específico, e, o que seria uma simples troca de medidor por expiração do prazo de validade, para avaliação técnica, tornou-se suposta fraude praticada pelo cliente?

Veja o que diz a Portaria 586 do INMETRO de 05/12/2012, que alterou em partes a Portaria 431, em relação aos procedimentos que devem ser adotados pela concessionária quando houver qualquer indício de irregularidades no funcionamento destes medidores, em sendo solicitado verificação:

6.4 Verificação solicitada pelo usuário/proprietário

Os medidores empregados na medição de energia elétrica, quando submetidos à verificação solicitada pelo usuário, devem ser avaliados conforme prescrições constantes do Anexo C deste Regulamento.

6.4.1 Para a execução dos ensaios de exatidão deve ser utilizado padrão de referência com exatidão pelo menos 3 (três) vezes melhor que a do medidor sob ensaio.

6.4.1.1 A verificação solicitada pelo usuário/proprietário, quando realizada em laboratório, deve compreender:

- a) Inspeção visual de correspondência ao modelo aprovado;
- b) Inspeção geral do medidor;
- c) Inspeção de integridade dos lacres;
- d) Ensaio de marcha em vazio;
- e) Ensaio de exatidão; e
- f) Ensaio do mostrador.

6.4.1.2 A verificação solicitada pelo usuário/proprietário, quando realizada na instalação do consumidor, deve compreender:

- a) Inspeção visual de correspondência ao modelo aprovado;
- b) Inspeção geral do medidor e de suas respectivas ligações;
- c) Inspeção de integridade dos lacres;
- d) Ensaio de marcha em vazio;
- e) Ensaio de exatidão; e
- f) Ensaio do mostrador.

6.4.2 A concessionária fornecedora de energia elétrica deve ser notificada quanto às anomalias encontradas e providenciar, incontinenti, a correção, incluindo, se necessário, a troca do medidor.

Percebam que órgão metrológico impõe a forma como deverá ser feita essa verificação não deixando nenhuma margem de escolha para a concessionária; prevê os tipos de testes a serem aplicados e quantos tipos de testes devem ser feitos, tanto nas instalações do proprietário do medidor (ENERSUL), quanto na residência do usuário (consumidor), obrigando a concessionária a encaminhá-lo para recondicionamento ou a troca do mesmo.

Como se verifica essas exigências do INMETRO se dá em função de serem equipamentos em portarias de aprovação provisória e em avaliação técnica.

Outro aspecto dessa portaria que deve ser citado para maior compreensão do drama dos consumidores em geral; é que o TOI que é um instrumento criado para ser preenchido nos casos de suposta fraude do usuário, é preenchido justamente neste momento; porém as portarias do INMETRO, não fazem referência ao TOI, mas sim ao Relatório de Avaliação Técnica, por isso é que se afirma que são instrumentos que se prestam para fins diversos.

4.3.1.2 Da Ilegitimidade da ENERTEC e do Escritório de Advocacia Simon & Falcão

Estariam realmente estes “Técnicos ou Eletricistas”, capacitados para esse tipo de procedimento; teriam legitimidade para tal uma vez que são trabalhadores terceirizados e não efetivamente contratados diretos da ENERSUL?

Devemos trazer à baila os ensinamentos de Meireles e DI Pietro, sobre a descentralização, que a entidade descentralizada neste caso a ANEEL, age por outorga, por direito próprio, instituído pela lei que a criou, e neste caso somente pode delegar os poderes que lhe foram outorgados, que são a regulação, o controle e a fiscalização.

Em relação à função reguladoras da agencias, a função reguladora, ou seja a de editar normas é a que gera muita controvérsia não tendo sido totalmente pacificada, como não existe previsão constitucional para este tipo de agencia, só podem estabelecer normas de efeito interno, conceituar, interpretar e explicar conceitos jurídicos indeterminados contidos em lei, nunca inovar (DI PIETRO, 2010), ao inovarem na ordem jurídica, ainda segundo Di Pietro, estarão

contrariando a separação dos poderes e direitos fundamentais (art. 5º, II, CF/88), onde ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

Podemos afirmar que os prepostos terceirizados da ENERSUL, não tem legitimidade para atuarem com “múnus Público”, pois a ANEEL não pode delegar, poder que não possui, qual seja o de “criar sanções para o consumidor com o simples preenchimento de um documento”.

Segundo os doutrinadores pesquisados, MARINELA (2012) afirma que em regra o poder de polícia é indelegável, sendo também este o entendimento da jurisprudência majoritária, pois que colocaria em risco o equilíbrio social, somente em casos muito específicos; não havendo hipótese prevista, como a que utiliza a concessionária em questão, pois que é vedado ao particular aplicar qualquer tipo de sanção ao consumidor, mesmo que seja uma sanção mascarada como é a que aqui discutimos.

E a inda o posicionamento do STJ neste sentido é o de que só podem ser transferidos às concessionárias, poderes de consentimento e atos de fiscalização.

Além do que os supostos eletricitistas que emitiram o TOI eram funcionários de outra empresa e não da ENERSUL, tornando o ato mais desproporcional e abusivo ainda.

Por outro lado, jamais poderia a ENERSUL, delegar a um escritório de advocacia que atuasse no procedimento administrativo, porque processo não é pelos mesmos motivos acima expostos, tornando cara a arbitrariedade e coação usada contra o cliente.

Conclui-se que terceiro contratado não tem a tal fé pública mesmo que relativa para produzir o TOI, sendo inegável que sempre que houver litigância entre Administração Pública e o administrado, será necessário a observância do principio do devido processo legal, da ampla defesa e contraditório que no caso não foi observado, pois furtou-se a AGEPAN de desempenhar seu papel, muito embora por diversas vezes tenha sido instigada pelo consumidor, omitiu-se deixando-o ao arbítrio da ENERSUL e seus prepostos.

4.3.1.3 Do dano moral sofrido

A ENERSUL cadastrou Senhor X em órgãos de cadastro de inadimplente de forma arbitrária; pois ainda estava pendente o julgamento ou envio da resposta do mesmo pela AGEPAN, sendo que se realmente indeferido ainda restaria ao requerente valer-se de enviá-lo à ANEEL ou câmara de julgamento, desta forma inegável que teve seu direito de ampla defesa cerceado no processo ou procedimento administrativo.

Pelo ato arbitrário caracterizado está o dano moral, previsto na CF/88 em seu artigo 5º incisos V e X, e nos os artigos 186 do CC/02, e também o artigo 927 do CC/02 que dispõe sobre a responsabilidade civil, combinado com o artigo 6º do CDC, inciso VI, sendo que da análise destes dispositivos depreende-se que a concessionária é responsável de forma objetiva, pois além de ter prestado o serviço com falhas (falta de informação, possíveis defeitos técnicos do aparelho, má prestação de serviço de atendimento pelo 0800, descon sideração das legislações pertinentes), agiu com elevado grau de culpa, ou mesmo dolo ao descon siderar a legislação vigente.

4.4 Dos direitos e garantias fundamentais

4.4.1 Princípios e garantias fundamentais violados no caso do Senhor X

A cobrança da forma como fere o princípio segundo o qual o consumidor só é obrigado a pagar por aquilo que efetivamente consumiu, conforme descreve o CDC, em seu artigo 42, § único:

Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

Parágrafo único. O consumidor cobrado em qualquer quantia indevida tem direito à repetição de indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

E ao constituir a nota de débito indevida a ENERSUL /SIMON & FALCÃO, usou de parâmetros extremamente subjetivos; pois se nem mesmo ela que tem a suficiência e capacidade técnica para tal conseguiu de forma clara e objetiva determinar qual a suposta fraude, precisando valer-se de subterfúgios para chegar ao cálculo da malfadada nota de débito, como pode atribuir ao usuário/consumidor tal cobrança baseando-se unicamente em meras presunções?

Disse ainda que o Laudo Técnico constatou por INSPEÇÃO VISUAL, ora se temos um medidor da mais alta tecnologia, DITO MEDIDOR DE CHIP ou digital, e já adotado pelas concessionárias justamente por ser à “prova de fraudes”, controlado por acesso remoto, que tem todos os dados e ocorrências registradas em tempo real, porque a concessionária se furtou de utilizar estes dados, bastaria a leitura e transcrição dos dados armazenados no mesmo para se chegar a data precisa da ocorrência que danificou o mesmo bem como qual foi o real dano causado ao equipamento, se foi um raio que danificou o mesmo, também será responsabilidade do consumidor ?

Com relação ao dano moral em decorrência do constrangimento causado ao consumidor o STJ, assim decidiu:

A indenização por dano moral deve se revestir de caráter indenizatório de modo a compensar o constrangimento suportado pelo consumidor, sem que caracterize enriquecimento ilícito e adstrito ao princípio da razoabilidade (STJ, REsp.768988/RS, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ12/09/2005.

E ainda, não cabe as concessionárias a alegação de erro justificável , quando não prestou o serviço e efetuou a cobrança, devendo indenizar pelo dobro do pagamento indevido.

Também não foram observados os Princípios do Devido Processo Legal, da Ampla Defesa e Contraditório, pois a ENERSUL não encaminhou resposta escrita ao consumidor, não levou em conta seus inúmeros protocolos neste sentido, e também furtou-se a AGEPAN de desempenhar seu papel, muito embora por diversas vezes tenha sido instigada pelo requerente, omitiu-se deixando o requerente ao arbítrio da ENERSUL, não oportunizando ao mesmo que seu recurso fosse repassado a instância superior.

Podemos afirmar que houve violação ao Princípio da adequação, que é aquele que busca compatibilizar o desenvolvimento econômico e tecnológico com a defesa do consumidor, pois novas tecnologias, só serão aceitas no mercado de consumo se não apresentarem riscos à saúde e à segurança dos consumidores, bem como se mostrarem eficientes, (GARCIA, 2012).

O princípio da adequação prescreve ainda que o fornecedor será o responsável por essa adequação, assim não pode a ENERSUL, transferir custos oriundos de risco do negócio, para o consumidor.

E ainda devemos citar que não se levou em conta o Princípio da Boa-fé objetiva (art.4º, III do CDC), este princípio é o parâmetro usado para se aferir os limites do abuso de direito (função de controle), quando não houver lealdade no exercício do direito subjetivo, frustrando-se a confiança criada em outrem, o ato será abusivo e considerado ilícito. (GARCIA, 2012).

Desta forma, o princípio da boa-fé serve de orientação ao juiz, sendo que este princípio encontra-se umbilicalmente ligado aos princípios fundamentais para a atividade econômica privada: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), o valor social da livre iniciativa (art.1º, IV, CF), a solidariedade social (art. 3º, I, CF) e a igualdade substancial (art.3º, III, CF), os dois primeiros são fundamentos e os últimos objetivos da República (GARCIA, 2012).

É pela boa-fé objetiva que o juiz interpreta as cláusulas desconsiderando a malícia da parte que se vale de evasivas para criar convenções duvidosas; portanto a função de controle deste princípio busca evitar abuso de direito subjetivo, limitando condutas e práticas comerciais abusivas, sendo que a noção de atos abusivos tem relação direta com a teoria do abuso de direito, prevista no art. 187 do Código Civil:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Assim, não se admite no ordenamento pátrio o exercício de direito de modo absoluto, este somente será reconhecido quando exercido de modo absoluto, quando exercido sem desvios de finalidade, do contrário será considerado o ato ilícito, mesmo que o titular não ofenda a norma em si, mas ofenda sua valoração.

Serve ainda para estipular em momento o exercício do ato inicialmente lícito, converter-se-á em ato ilícito em função do abuso de direito.

O princípio da boa-fé traz com ele novos deveres para as partes na relação de consumo, sendo estes deveres chamados pela doutrina e jurisprudência de deveres anexos ou laterais, vide o julgado abaixo:

O princípio da boa-fé se aplica às relações contratuais regidas pelo CDC, impondo, por conseguinte, a obediência aos deveres anexos ao contrato, que são decorrência lógica deste princípio. O dever anexo de cooperação pressupõe ações recíprocas de lealdade dentro da relação contratual. A violação a qualquer dos deveres anexos implica em inadimplemento contratual de quem lhe tenha dado causa (STJ, REsp. 595631/SC; Rel^a. Nancy Andrighi, DJ 02/08/2004).

A violação de qualquer desses deveres, é chamada pela doutrina de “violação positiva do contrato”, ou “adimplemento ruim”, e os deveres anexos dividem-se em três, a saber: de informação, cooperação e o de proteção ou cuidado.

Assim surge o dever anexo de informação que encontra amparo no princípio da transparência, outro que merece ser citado como violado, a transparência exige que a relação contratual seja clara para as partes sendo imprescindível a descrição e informação correta sobre o produto ou serviço a ser prestado (GARCIA, 2012).

O princípio da informação é reflexo do princípio da transparência, impõe um dever ao fornecedor, qual seja a obrigação de esclarecer o consumidor sobre todos os elementos do produto ou serviço a ser prestado, e também informações precisas sobre o conteúdo do contrato, sob pena de responder por falha na informação. (GARCIA, 2012).

E sobre o dever anexo de cooperação e lealdade, a doutrina moderna inspira-se na ética que deve reinar nas relações jurídicas, sendo que o credor a obrigação de mitigar as próprias perdas em virtude do inadimplemento do devedor; em resumo, consiste na obrigação do credor de evitar o agravamento do devedor, ou seja, ao buscar medidas cabíveis para reparar o dano sofrido se restrinja as menores proporções possíveis.

E por último o dever de proteção impõe ao fornecedor a conduta de preservar a integridade pessoal e patrimonial do consumidor, quando violado esse preceito, gera danos materiais e morais.

Corroborando o que acima foi explicitado temos ainda o art. 6º, III do CDC, que estabelece ser direito básico do consumidor “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (GARCIA, 2012).

É inegável, portanto, que todo fornecedor deve informar corretamente a quantidade de produtos ou serviços fornecidos, sendo ilegal penalizar o consumidor por qualquer tipo de erro eventualmente verificado na medição realizada pelo fornecedor.

Qualquer disposição que pretenda transferir ao consumidor o risco pelos defeitos de medição do consumo de produtos ou serviços deve ser rechaçada do ordenamento jurídico vigente, uma vez tratar-se de responsabilidade dirigida pelo CDC diretamente ao fornecedor. (GARCIA, 2012).

Com maior razão, atribui-se à concessionária fornecedora de energia elétrica a responsabilidade pela indicação adequada da quantidade de energia os medidores de consumo de energia elétrica são de propriedade da ENERSUL. Note-se que os usuários sequer têm autorização de acesso ao mecanismo interno do equipamento, de modo que a ENERSUL detém o monopólio da inspeção e a manutenção desses medidores.

Como bem observa NUNES (2005, p. 153) sobre o risco do negócio:

Uma das características principais da atividade econômica é o risco. Os negócios implicam risco. Na livre iniciativa a ação do empreendedor está aberta simultaneamente ao sucesso e ao fracasso. A boa avaliação dessas possibilidades por parte do empresário é fundamental para o investimento. Um risco mal calculado pode levar o negócio à bancarrota. Mas o risco é dele.

O Código de Defesa do Consumidor atento a tal circunstância incluiu na esfera de responsabilidade dos fornecedores o dever de informar adequadamente o

consumidor. Os riscos inerentes ao negócio e os erros praticados pelo fornecedor, portanto, são de sua exclusiva responsabilidade.

As normas que regem os contratos de concessão e o fornecimento de energia elétrica também reservam à ENERSUL a responsabilidade pela adequação mecânica e tecnológica dos instrumentos de medição do consumo, que devem atender ao princípio da atualidade. A esse respeito, consta do §2º do artigo 6º da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 que “a atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço”.

Houve afronta ao devido processo legal; pois a CF/88 estabelece no inciso LIV do seu artigo 5º que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, acrescentando em seguida, através do inciso LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Neste sentido MORAES (2005, p. 93) afirma que esse devido processo legal:

Configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe a paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, as recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).

Ante o exposto, percebe-se que ao método utilizado pela ENERSUL é de condenação sumária, e afronta direito fundamental de índole constitucional, sendo motivo de serem declaradas nulas quaisquer cobranças retroativas, surgidas em decorrência desses termos de ocorrência arbitrários e fraudulentos.

Em razão dos ensinamentos acima aduzidos, podemos afirmar que no caso do Senhor X, todos os princípios citados foram violados, pois mesmo após a afirmação do consumidor de que realmente naquele mês houve um consumo maior, em razão dos netos terem passado as férias em sua residência; esta informação não foi levada em conta e a ENERSUL, sem comprovar, mas apenas presumindo, e com base em documento levantado por terceiros, imputou valores indevidos ao consumidor.

Mais grave é o fato relativo ao dever de informação, pois que a ENERSUL tem utilizado um equipamento de ultima geração, praticamente à prova de fraude, e não tem informado ao consumidor, sobre os benefícios, que este produto pode trazer não só para o consumidor, mas para a sociedade em geral, pois com as informações adequadas o consumidor pode inclusive; se reeducar e baixar o consumo de sua residência substancialmente, mas a ENERSUL não admite que se abaixe o consumo; caminhando na contramão da função social do contrato de concessão.

Em função da supremacia do interesse público; podemos dizer que esta atitude da ENERSUL; é crime de lesa pátria, e devido aos problemas do setor elétrico; economizar energia é obrigação, e se; a concessionária já a mais de sete anos tem um instrumento deste disponível, e ainda não informou ou educou o cliente, a fim de que se possa tirar o melhor proveito dele para o país, podemos sim afirmar que ao ato é eivado de dolo e má-fé, ou apenas com a intenção de manter patamares de faturamento e conseqüente lucro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A energia elétrica era até a década de 80 um serviço essencialmente estatal, mas que com o surgimento da regulação passou a ser prestado em caráter privado pelas concessionárias, que inclusive trata-se de empresas que visam lucro.

Embora estejam como preposta da administração pública, através da concessão, não tem a isenção e imparcialidade necessárias para figurarem como julgadores nos processos ou procedimentos administrativos, uma vez que é parte interessada, e isto é totalmente contrário aos princípios constitucionais e processuais.

Desta forma estaria comprometido o seu juízo de valor, e ainda as concessionárias exploram a concessão com intuito de lucro, devem também assumir sua parcela de risco do negócio, assim como todo e qualquer empresário brasileiro vem suportando.

Não pode a seu bel prazer e total arbítrio imputar supostas irregularidades apenas com o intuito de auferir receitas, isso contraria os princípios dignidade da pessoa humana, da legalidade, da transparência e da boa-fé objetiva dos contratos, uma vez que as concessionárias vêm atuando de forma abusiva, no uso do “*múnus público*”, a nosso ver utilizado impropriamente por tais empresas.

As concessionárias estão sob o manto de uma absurda exceção que lhes foi concedida para que procedam à margem da lei e do judiciário, realizando sua própria justiça, a “*manus militari*”; que vem tratando todos consumidores indistintamente como fraudadores, criando assim, uma verdadeira indústria de multas e cobranças indevidas, existente tão somente para locupletar-se à custa do consumidor simplório, que com sacrifício mantém o seu bom nome limpo.

É sem dúvida que energia elétrica é um bem da vida que se traduz num bem estar social. Hoje praticamente tudo é ligado em uma tomada de energia. Viver sem energia elétrica fere diretamente a dignidade da pessoa humana.

As sociedades de economia mista assim como as empresas públicas foram criadas para fomentar o desenvolvimento de cada estado da federação juntamente com seu povo.

A energia deveria ser vendida a preços módicos, barata, ter boa qualidade e os serviços prestados pelas concessionárias de alta qualidade.

A realidade é que temos energia elétrica extremamente cara e em contrapartida um atendimento aos clientes muito ruim, além do que estamos diante um abuso do monopólio privado, revestido com ares de coisa pública.

As empresas concessionárias têm aplicado multas e cortado a energia de consumidores, nessas situações, de maneira inadequada, sem uma perícia técnica para comprovar a ocorrência, e somente podem cobrar os valores de consumo que efetivamente forem comprovados.

Mas, isso não é o que ocorre, pois na maioria dos casos as empresas estimam o valor, o que é “ilegal”.

Estes procedimentos que caracterizam prática abusiva por parte das concessionárias tornaram-se extremamente comuns em todo o território nacional, em virtude disso é vultoso o número de ações privadas e ações civis públicas, tramitando, nos diversos juízos deste País além de diversos termos de ajustamento de conduta feitos entre as concessionárias e o Ministério Público, porém percebe-se que isto não diminui a utilização desse “*modus operandi*” por parte das concessionárias, podendo-se concluir que ainda compensa utilizar-se de tais práticas.

REFERÊNCIAS

AGENCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Resolução n. 546, de 29 de novembro de 2000. Estabelece, de forma atualizada e consolidada, as condições gerais de fornecimento de energia elétrica. Disponível em: <http://aneel.gov.br/biblioteca,cfm>. Acessado em 10 out. 2013.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n° 13, Abril-Maio, 2002. Disponível na Internet: < <http://www.direitopublico.com.br> >. Acesso em: 11 de novembro de 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acessado em 10 out. 2013.

BRASIL. Lei n. 7.783, de 28.06.1989. Dispõe sobre o exercício de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade e dá outras providências. Disponível em <https://www.planalto.gov.br>. Acessado em 11 out. 2013.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11.09.1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em <https://planato.gov.br>. Acessado em 11 out. 2013.

BRASIL. Lei n. 8.987, de 13.02.1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências. Disponível em <https://planato.gov.br>. Acessado em 11 out. 2013.

BRASIL. Lei n. 9.427, de 26.12.1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o regime de concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em <https://planato.gov.br>. Acessado em 11 out. 2013.

BITTAR, Carlos Alberto. **O direito civil na constituição de 1988**. 2.^a ed. São Paulo: RT, 1991.

BRUNA, Sérgio Varella. **O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu exercício**. São Paulo: RT, 1997.

CASADO, Márcio Mello. **Os Princípios Fundamentais como Ponto de Partida para uma Primeira Análise Sobreendividamento.** <http://www.palhares.com.br>.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 23.^a ed. Atualizada até a EC nº 62/09. São Paulo: Atlas, 2010.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo.** 6.^a ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2003.

FILHO, José dos Santos. **Manual do direito Administrativo.** 19^a Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

FRONTINI, Paulo Salvador. **A Atividade Negocial e Seus Pressupostos Econômicos e Políticos.** Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: RT, nº 18, 1975.

GARCIA, Leonardo De Medeiros. **Direito do Consumidor.** Código Comentado e Jurisprudência. 8^a Ed. Niteroi: Impetus, 2012.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 15.^a ed. Atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988.** 3.^a ed. São Paulo: Malheiros.

INMETRO. Portaria nº 431, de 04 de dezembro de 2007. Disponível em <http://www.inmetro.gov.br/rtac/pdf/RTAC001248.pdf> Acessado 15 de Novembro de 2013.

INMETRO. Portaria nº 312, de 26 de outubro de 2007. Disponível em <http://www.inmetro.gov.br/legislacao/pam/pdf/PAM003607.pdf> Acessado em 12 de novembro de 2013.

LARENZ, Karl. **Derecho Justo-Fundamentos de Ética Jurídica.** Madri: Civitas, 1993.

LEITE, Antônio Dias. **A energia do Brasil.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

LIMA, W. Da interrupção de serviço público essencial. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande do Sul, dez. 2008. Disponível em: < <http://www.ambito-juridico.com.br>> Acesso em: 06 out. 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3.^a ed. São Paulo: RT, 1999.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6.^a ed. Revista, ampliada, reformada e atualizada até 01/01/2012. Niterói: Impetus, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35.^a ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero, Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, São Paulo, Malheiros, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, Ed. Revista dos Tribunais, 10.^a Ed.

MOOR, Fernanda Stracke. **Considerações sobre o Regime Público na prestação dos serviços delegados e a perspectiva dos direitos dos cidadãos frente aos serviços essenciais**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n.55,2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2005.p.93.

NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**, 2. ed. Saraiva. 2005. P.153.

ORSOLON, Marcos. Confiabilidade e Inteligência. **Revista Potência**. Disponível em http://ecilinformatica.co.br/Revista_potencia.pdf. Acessado em 18 nov. 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica: Princípios e Fundamentos**. São Paulo, Malheiros, 2001. P.15.

SPITZCOVSKY, Celso. **Direito Administrativo**. 13.^o ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.

TOMASETTI JUNIOR, Alcides. **Aspectos da Proteção Contratual do Consumidor no Mercado Imobiliário Urbano. Rejeição das Cláusulas Abusivas pelo Direito Comum**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, nº 1, 1992.

ANEXOS