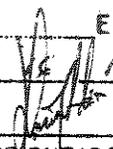


TESE DEFENDIDA POR LUIZ ALBERTO RODRIGUES
Landini E APROVADA PELA
COMISSÃO JULGADORA EM 14/12/2008


ORIENTADOR

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS
FACULDADE DE ENGENHARIA MECÂNICA

A Integração do Direito no Relacionamento entre Concessionários dos Serviços Públicos de Energia Elétrica e Consumidores

Autor: **Luiz Alberto Rodrigues Landini**
Orientador: **Prof. Dr. Moacyr Trindade de Oliveira Andrade**

Dez/2002

UNICAMP
BIBLIOTECA CENTRAL

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS
FACULDADE DE ENGENHARIA MECÂNICA
PLANEJAMENTO DE SISTEMAS ENERGÉTICOS

A Integração do Direito no Relacionamento entre Concessionários dos Serviços Públicos de Energia Elétrica e Consumidores

Autor: Luiz Alberto Rodrigues Landini
Orientador: Prof. Dr. Moacyr Trindade de Oliveira Andrade

Curso: Engenharia Mecânica
Área de Concentração: Planejamento de Sistemas Energéticos

Dissertação de Mestrado apresentada à Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Engenharia Mecânica, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Planejamento de Sistemas Energéticos.

Campinas, 2002
SP - Brasil

UNICAMP
BIBLIOTECA CENTRAL
SEÇÃO CIRCULANTE

UNIDADE	82
Nº CHAMADA	UNICAMP
	L234i
V	EX
TOMBO BC	54488
PROC.	124/03
C	<input type="checkbox"/>
D	<input checked="" type="checkbox"/>
PREÇO	R\$ 11,00
DATA	13/06/03
Nº CPD	

CM00185600-4

BIB ID 294487

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA
BIBLIOTECA DA ÁREA DE ENGENHARIA - BAE - UNICAMP

L234i

Landini, Luiz Alberto Rodrigues

A integração do direito no relacionamento entre concessionários dos serviços públicos de energia elétrica e consumidores / Luiz Alberto Rodrigues Landini.-- Campinas, SP: [s.n.], 2002.

Orientador: Moacyr Trindade de Oliveira Andrade.
Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Engenharia Mecânica.

1. Energia elétrica - Legislação. 2. Energia elétrica - Distribuição. 3. Serviços de eletricidade. 4. Defesa do consumidor. 5. Indenização. I. Andrade, Moacyr Trindade de Oliveira. II. Universidade Estadual de Campinas. Faculdade de Engenharia Mecânica. III. Título.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS
FACULDADE DE ENGENHARIA MECÂNICA
PLANEJAMENTO DE SISTEMAS ENERGÉTICOS

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO ACADÊMICO

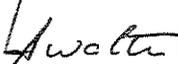
**A Integração do Direito no Relacionamento entre
Concessionários dos Serviços Públicos de Energia
Elétrica e Consumidores**

Autor: Luiz Alberto Rodrigues Landini

Orientador: Prof. Dr. Moacyr Trindade de Oliveira Andrade



Prof. Dr. Moacyr Trindade de Oliveira Andrade, Presidente
UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS - UNICAMP



Prof. Dr. Arnaldo Cesar Silva Walter
UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS - UNICAMP



Prof. Dr. Fernando Amaral de Almeida Prado Júnior
FUNDAÇÃO ARMANDO ÁLVARES PENTEADO - FAAP

Campinas, 16 de dezembro de 2002.

Dedicatória:

À **Maria Luiza e Lourenço (in memoriam)**, meus pais, que me ensinaram a sempre tentar ver, aprender e a compreender.

E à minha esposa, **Ligia**, e aos meus filhos **André e Marcelo** desejando que este ensinamento esteja sempre presente.

Agradecimentos:

Ao Comissário Geral da Comissão de Serviços Públicos de Energia, Eng. Zevi Kann, pelo imprescindível apoio, sem o qual não teria sido possível concluir este trabalho.

Ao Prof. Fernando Amaral de Almeida Prado Júnior o primeiro a me incentivar a ir adiante.

Ao Prof. Moacyr Trindade de Oliveira Andrade e Edna Lopes Ramalho. Ele, como meu orientador, me deu o norte, ela porque nunca deixou de torcer.

Ao Prof. Carlos Márcio Vieira Tahan pelo exemplo de caráter, honestidade e de conhecimento.

Aos Professores e Funcionários do Núcleo Interdisciplinar de Planejamento Energético da Unicamp pelo aprendizado e convivência durante o cumprimento das disciplinas.

À Márcia Adonira Pires de Campos Roma pelo imprescindível apoio bibliográfico, revestido de profissionalismo, presteza e amizade.

Ao Eng. Hugo Ryoiti Yamagushi, manifesto meu reconhecimento pelo precioso auxílio.

A todos os colegas da CSPE com quem convivo e aprendo.

A CSPE, que como instituição, me possibilitou melhor conhecer os assuntos aqui tratados, transmitir estas idéias e provocar o debate.

“A lei não pode conservar indefinidamente o seu alcance primitivo, quando tudo muda ao redor dela, os homens, as coisas, o juiz e o próprio legislador. Uma lei inalterável só pode conceber-se numa sociedade imutável, o que justifica o esquecimento do seu sentido histórico para se lhe reconhecer um sentido próprio e evolutivo”.

Jean Cruet

Resumo

LANDINI, Luiz Alberto Rodrigues. *A Integração do Direito no Relacionamento entre Concessionários dos Serviços Públicos de Energia Elétrica e Consumidores*, Campinas: Faculdade de Engenharia Mecânica, Universidade Estadual de Campinas, 2002, 142 p., Dissertação (Mestrado).

A presente dissertação de mestrado mostra que as profundas mudanças ocorridas no setor energético nacional, a partir de 1.995, fizeram com que os serviços de energia elétrica criassem inúmeras normas e regras de observância obrigatória, que tiveram uma acentuação drástica, como exemplo, no período de racionamento vivenciado recentemente pelo setor elétrico nacional. Fruto, também, destas mudanças, observa-se uma melhor conscientização dos cidadãos quanto a sua importância e responsabilidade nas transformações sociais, políticas, econômicas, fazendo com que os mesmos não mais figurem de forma passiva e resignada, mas iniciando, ainda que timidamente, a atuar em relação aos seus direitos e obrigações, constituindo-se o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), em um marco inovador nas relações entre prestadores de serviços e usuários/consumidores. Este trabalho apresenta este novo cenário regulatório, com ênfase na forma de tratar alguns dos conflitos, surgidos na Comissão de Serviços Públicos de Energia – CSPE, entre concessionários de serviços públicos de energia elétrica e usuários, nos diferentes assuntos relacionados ao tema, sob a ótica do direito administrativo e civil, da lei de concessões, do código consumerista, e da legislação setorial, dando o entendimento da Agência Reguladora descentralizada a respeito dos temas tratados, e evidenciando a longa jornada que se avizinha na busca de consolidação e evolução do direito em face das questões regulatórias que, além da busca do equilíbrio das relações, deve estar apta a introduzir as questões advindas da evolução tecnológica, com velocidade compatível às mesmas, bem como evidenciar e ponderar algumas práticas comerciais, advindas da era dos monopólios onde a inexistência de alternativa para o usuário o obrigava a “aceitar” alguns ditames nem sempre equânimes, com vista a sua relação comercial com o prestador do serviço público. Nesse contexto mostra a efetiva integração

do “Direito” no relacionamento entre os agentes do setor elétrico paulista, enfocando o ressarcimento de danos causados na prestação dos serviços, a teoria objetiva, ou teoria do risco integral, ou teoria do risco administrativo nos serviços de eletricidade, procurando demonstrar que, em se tratando de responsabilidade do concessionário dos serviços públicos de energia elétrica, e, principalmente, no que tange aos direitos transindividuais, a adoção da responsabilidade objetiva se torna uma necessidade. Aborda, ainda, questões mais específicas, como por exemplo, o compartilhamento de estruturas físicas por concessionárias de serviços públicos, procurando demonstrar que dentre os objetivos dos órgãos reguladores está à busca de equacionamento dos problemas e conflitos comuns decorrentes do uso integrado de ativos do concessionário de energia elétrica por outros agentes, bem como a atuação dos concessionários, por suas entidades representativas, de descaracterizar a figura de uma “classe” de unidades consumidoras, visando dissociar os mesmos do direito inequívoco expresso no Código de Defesa do Consumidor, com a tentativa de criarem a figura do “insumidor”. Estas questões, entre outras, são discutidas nas conclusões e recomendações finais.

Palavras Chave:

Integração, Teoria Objetiva, Compartilhamento, “Insumidor”.

Abstract

LANDINI, Luiz Alberto Rodrigues, *The Integration of Law in relation among Concessionaires of Electric Energy Public Services and Users*, Campinas: Faculdade de Engenharia Mecânica, Universidade Estadual de Campinas, 2002, 142 p., Dissertação (Mestrado).

The present Master of Science Paper is intended to show that the deep changes that have occurred in the national electric sector since 1995 obliged the electric energy services to create a number of rules of obligatory compliance, that had a drastic emphasis as for example on the period of rationing recently faced by the national electric sector. Also, as a result of those changes, one observes a better awareness of the citizens as to their importance and responsibility for the economic, political and social changes, causing that such citizens no longer portray in a passive and resigned way, but although timidly, starting to act in relation to their rights and obligations, thus constituting the Consumer Defense Code (Law No. 8078/90), as an innovative reference in the relations between service renderers and customers/consumers. This paper shows this new regulatory scenario, with emphasis on the way to deal with some of the conflicts that have arisen in the Public Service Energy Commission - CSPE, among concessionaires of electric energy public services and users, in the different topics related to the subject all in compliance with the administrative and civil laws, the concession laws, the consumerist code and of the sectorial legislation with the understanding of the decentralized regulatory agency as to the topics dealt with and enhancing the long way that is near to the search for the consolidation and evolution of the law before the regulatory issues that besides seeking to the balance of the relations it has to be capable of introducing the issues that arise out of the technical evolution with a speed compatible to such issues, as well as to make evident and weigh some commercial practices resulting from the monopolies era where the lack of alternatives for the consumer obliged him/her to “accept” some not always impartial precepts, because of his/her commercial relation with the public service renderer. In this context the effective integration of the “Law” in the relationship among the São Paulo

electric sector agents is shown, focusing on the indemnification of damages caused in the rendering of services, the objective theory or the integral risk theory or administrative risk theory in the electric services, trying to show that when dealing with the responsibility of the concessionaire of electric energy public services and, mainly, as regards the transindividual rights, the adoption of the objective responsibility is a must. It also covers more specific issues, as for example the Sharing of Physical Structures by the Public Services Concessionaires, trying to show that from among the objectives of the regulatory bodies one searches for solving the common problems and conflicts resulting from the integrated utilization of the assets of the electric energy concessionaire by other agents, as well as the performance of the concessionaires, through their representative bodies, in order to uncharacterize the figure of a “class” of consumer units, aiming at dissociating them from the unequivocal right expressed in the Consumer Defense Code, attempting to create a figure of the “insumidor”. Such issues, among others, are discussed in the final conclusions and recommendations.

Key Words:

Integration, Objective Theory, Sharing, “Insumidor”.

Índice

Resumo	vii
Abstrat	ix
Índice .	xi
Lista de Figuras	xiv
Lista de Tabelas	xv
Lista de Siglas e Abreviações	xvi
Setoriais	xvi
Jurídicas	xvii
Capítulo 1 – Introdução	1
1.1. Objetivos da Dissertação	4
1.2. Estrutura da Dissertação	4
Capítulo 2 – A Evolução da Eletricidade no Brasil	8
2.1. O Surgimento da Indústria da Eletricidade	8
Capítulo 3 – A Preocupação com a Regulação	15
3.1. O Panorama Nacional do Setor Elétrico	15
3.2. A Estruturação de Marcos Regulatórios	18
3.3. O Processo de Privatização do Setor Elétrico e a Livre Concorrência	21
Capítulo 4 – O Surgimento de Novos Organismos Criados pelo Poder Público	24
4.1. O Poder Concedente e as Agências Reguladoras das Concessões	24
4.2. Poder Concedente e Poder Regulador	25
4.3. A Natureza Jurídica das Agências Reguladoras	29
4.4 Competências das Agências Reguladoras	32
4.5. A Comissão de Serviços Públicos de Energia – CSPE	33
4.5.1 A Descentralização de Atividades Complementares no Estado de São Paulo	33
4.5.2 Formas de Atuação	37
4.5.3 Indicadores de Qualidade	39
4.5.4 Penalidades	40
4.5.5 Mediação e Arbitramento na Atividade Regulatória	43

Capítulo 5 – A Integração do “Direito” no Relacionamento entre os Agentes do

Setor Elétrico Paulista	48
5.1. Ressarcimento de Danos Causados na Prestação dos Serviços	49
5.1.1 A Teoria Objetiva, do Risco Integral, ou do Risco Administrativo	49
5.1.2 Força Maior e Caso Fortuito	53
5.1.3 Fato de Terceiro	54
5.1.4 Queda ou Contato de Galhos, Árvores e Outros Objetos	57
5.1.5 Nexo de Causalidade	60
5.1.6 Corrente Jurisprudencial	61
5.1.7 Considerações e Ações Adotadas sobre este Escopo pela Agência Paulista	61
5.2. Compartilhamento de Infra-Estrutura: Custos de Re-Locação e Remoção de Postes de Sustentação da Rede Elétrica	65
5.2.1 Uso e Compartilhamento de Infra-Estrutura	65
5.2.2 Interesse Público	66
5.2.3 Compartilhamento	67
5.2.4 Concorrência	68
5.2.5 A Preservação do Equilíbrio Financeiro do Contrato de Concessão	69
5.2.6 A Hipótese dos Custos de Re-Locação e Remoção de Postes	71
5.2.7 A Continuidade dos Serviços	74
5.2.8 As Resoluções Conjuntas n°s 001 e 002, de 24 de Novembro de 1999 e 27 de Março de 2001	75
5.2.9 A Arbitragem	77
5.2.10 A Vedação Legal	77
5.2.11 O Poder-Dever das Concessionárias de Energia Elétrica	77
5.2.12 Considerações e Ações Adotadas sobre este Escopo pela Agência Paulista	80
5.3. A Figura do “Insumidor”	84
5.3.1 Objeto	84
5.3.2 Relação de Consumo	85
5.3.3 Conceituação de Consumidor	87

5.3.4	Considerações e Ações Adotadas sobre este Escopo pela Agência Paulista	90
5.4	Outros Escopos que Mereceriam tratamento Semelhante	91
	Capítulo 6 – Considerações Finais	93
6.1.	Conclusões e Recomendações	93
	Referências Bibliográficas	98
	ANEXO I:	
	Corrente Jurisprudencial (Ementário)	105
	ANEXO II:	
	Ofício Circular nº 145/1.999-ANEEL, de 17 de março de 1.999	116
	Comunicado ao Público, de 06 de abril de 1.999 (ANEEL)	118
	Ofício Circular nº 527/1.999-DR/ANEEL, de 14 de julho de 1.999	119
	Ofício Circular nº 124/2002-DR/ANEEL, de 12 de fevereiro de 2.002	121
	Ofício nº 338/2002-SMA/ANEEL, de 18 de abril de 2.002	123

Lista de Figuras

Figura 1 - Situação de Processos de Descentralização na Regulação do Setor Elétrico Brasileiro	30
Figura 2 – Ação Fiscalizadora no Estado de São Paulo	34
Figura 3 – Características dos Órgãos Reguladores Estaduais Criados até 1998	35
Figura 4 – Estrutura da Comissão de Serviços Públicos de Energia – CSPE	36
Figura 5 – Composição do Conselho Deliberativo da Comissão de Serviços Públicos de Energia – CSPE	37
Figura 6 – Fluxograma de Fiscalização de Campo	43
Figura 7 – Fluxograma de Mediação	44

Lista de Tabelas

Tabela 1 - Estrutura Institucional do Setor Elétrico (até 1995)	14
Tabela 2 - Capacidade Instalada no Brasil (SIN) – 2002	14

Lista de Siglas e Abreviações

Setoriais:

AI - Auto de Infração

ABRADEE – Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica

ANA – Agência Nacional de Águas

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

ANP – Agência Nacional de Petróleo

BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CBEE – Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial

CEEE – Companhia Estadual de Energia Elétrica

CEMIG – Companhia Energética de Minas Gerais

CHESF – Companhia Hidroelétrica do São Francisco

CNAEE – Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica

CRC – Contas de Resultados a Compensar

CSPE – Comissão de Serviços Públicos de Energia

CTEEP – Companhia de Transmissão de Energia Elétrica Paulista

DEC – Duração Equivalente de Interrupção por Consumidor

DNAE – Departamento Nacional de Águas e Energia

DNAEE – Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica

DR – Diretoria (ANEEL)

ELETROBRÁS – Centrais Elétricas do Brasil S.A.

FEC – Frequência Equivalente de Interrupção por Consumidor

IDE – Instituto do Direito de Energia

kW – Kilowatt

MME – Ministério de Minas e Energia

ONS – Operador Nacional do Sistema Elétrico
PCH – Pequena Central Hidrelétrica
PCT – Pequena Central Termelétrica
PETROBRÁS – Petróleo Brasileiro S.A.
PID – Pedido de Indenização por Danos
P&D – Pesquisa e Desenvolvimento
PND – Programa Nacional de Desestatização
PPT – Plano Prioritário de Termelétricas
RAO – Receita Anual Operacional
RENCOR – Reserva Nacional de Compensação de Remuneração
SIN – Sistema Interligado Nacional
SMA – Superintendência de Mediação Administrativa (ANEEL)
TN – Termo de Notificação
UHE – Usina Hidrelétrica

Jurídicas:

Ac – Acórdão
Art - Artigo
Ap – Apelação
Ap.C. – Apelação Cível
CC – Código Civil
CDC – Código de Defesa do Consumidor
CF – Constituição Federal
CPC – Código de Processo Civil
DJ – Diário de Justiça
DJU – Diário de Justiça da União
Re.O – Recurso Ordinário
RJE – Revista de Jurisprudência do Estado
TAMG – Tribunal de Alçada de Minas Gerais
TARS – Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul
TJAP – Tribunal de Justiça do Amapá

TJDF – Tribunal de Justiça do Distrito Federal
TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJRJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina
TRF – Tribunal Regional Federal

Capítulo 1

Introdução

O desenvolvimento das atividades relacionadas aos serviços públicos em geral, ainda hoje, enseja muitas dúvidas a respeito da expressão “regulação de serviços públicos”, e, mais que isso, qual o significado prático do exercício da regulação.

Na verdade, a atividade regulatória sempre existiu. O que mudou foi apenas a forma de exercê-la, pois ganhou uma nova roupagem, na qual se inserem novos atores, as Agências de Regulação, que atuam tanto na esfera federal, quando na estadual.

Nesse mister, o tema é novo em nível nacional, razão pela qual a difusão de seus princípios, bem como o debate relativo a sua operacionalização cada vez mais se impõe. O fato é que aqueles que, de alguma forma, acabam por se envolver com a regulação, seja no exercício da atividade em si, seja no estudo doutrinário, acabam se deparando com um universo a ser explorado.

A informação rápida e abundante, cada vez mais acessível aos diversos segmentos da sociedade, acabou por interferir na economia de mercado, no comércio e na forma de prestação de serviços em geral. Em face disso, o que se percebe é um grande aumento na competitividade, em razão de uma exigência crescente de agilidade e eficiência nos serviços, exigindo dos órgãos reguladores do serviço público constante evolução, acompanhamento e adequação do arcabouço regulatório, visando manter e adaptar os seus ditames à realidade que se apresenta.

As profundas mudanças ocorridas no setor energético nacional, a partir de 1.995, fizeram com que os serviços de energia elétrica cria 1 ma verdadeira avalanche de instrumentos legais, de forma a ter, cotidianamente, a edição de um grande número de normas e regras de observância obrigatória, que tiveram uma acentuação drástica, como exemplo, no período de racionamento vivenciado recentemente pelo setor elétrico nacional.

Em razão disso, tendo campo propício, a legislação passou a se pautar por leis, decretos, resoluções, portarias, instruções, pareceres normativos, etc., que necessitam ser, atentamente, acompanhados e interpretados, porque tinham e têm implicações de ordem econômica, para aqueles a que se destinam.

De certa forma, a conjugação de todos esses elementos contribuiu enormemente para a necessidade de defesa e de conhecimento, tanto das empresas concessionárias de serviços públicos, quanto dos consumidores e usuários, perante o complexo cipoal legislativo setorial e ante o surgimento do conceito jurídico da relação entre as partes, fundado agora, exclusivamente, no fator patrimônio.

Resultante, também, destas mudanças, observa-se uma melhor conscientização dos cidadãos quanto a sua importância e responsabilidade nas transformações sociais, políticas, econômicas, fazendo com que os mesmos não mais figurem de forma passiva e resignada, mas iniciando, ainda que timidamente, a atuar em relação aos seus direitos e obrigações, constituindo-se o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), em um marco inovador nas relações entre prestadores de serviços e usuários /consumidores.

Assim, o Estado, como ente de regulação e fiscalização dos serviços públicos, passou a sofrer igualmente a pressão e exigências advindas da dinâmica e velocidade dos negócios, em geral, decorrente do mercado cada vez mais competitivo.

A pouca agilidade da máquina administrativa estatal, em dar conta de realizar diretamente toda a gama de serviços administrativos que lhe compete, e a maior eficiência do setor privado, em razão da segmentação dos serviços, o que possibilitou uma melhor qualificação de pessoal e maior investimento em recursos tecnológicos, tornando-o mais ágil e competitivo, fez com que a administração pública optasse por transferir à iniciativa privada a responsabilidade da prestação dos serviços públicos à comunidade, sob a égide da legislação vigente.

Importante frisar que a privatização refere-se, tão somente, à função de execução dos serviços, permanecendo o Estado com as atribuições reguladoras e fiscalizadoras, ou seja, com a

responsabilidade pelo serviço prestado sob forma de concessão. Dentro deste cenário de mudanças é que surgem as Agências de Regulação de Serviços Públicos, dentre as quais, no Estado de São Paulo, a Comissão de Serviços Públicos de Energia – CSPE.

Assim, o Estado, por outorga constitucional, é o detentor da competência na prestação dos serviços públicos, sendo-lhe permitido, apenas, delegar à iniciativa privada a prestação de tais serviços, permanecendo com a incumbência de zelar pela qualidade dos serviços, modicidade das tarifas, pelo cumprimento do contrato de concessão, mediante mecanismos fiscalizatórios.

Para o bom cumprimento da tarefa reguladora e fiscalizadora é que foram constituídas, através de lei, as Agências de Regulação, autarquias especiais, dotadas de autonomia financeira, administrativa e funcional, integrantes da administração indireta, com o fim de desempenhar as funções reguladoras, de controle e fiscalização dos serviços concedidos à iniciativa privada.

Em razão de suas características e da relevância de suas atribuições, como entes equidistantes na relação poder concedente, concessionária e usuário, cabe-lhes a tarefa, nem sempre fácil, de manter esse equilíbrio para atingir seu fim maior de preservar e garantir a prestação do serviço público ao cidadão, respeitados os preceitos legais, e os direitos e obrigações atribuídos a cada uma das partes.

As leis criadoras destas agências, via de regra, atribuem-lhes entre outras competências, a de dirimir controvérsias e conflitos advindos da execução dos serviços concedidos ou permitidos, sempre que o entendimento tenha se tornado impossível, em face da minudência dos assuntos que com as evoluções das relações jurídicas entre pessoas, e a integração de diversos aspectos resultantes da evolução tecnológica, passou a contemplar, cada vez mais, situações novas, para as quais não há ou são descaracterizados os preceitos jurídicos que alicerçavam este relacionamento.

Nestes poucos anos de existência das Agências Reguladoras, percebe-se que muitas controvérsias fazem com que as mesmas atuem como mediadoras, aproximando o poder concedente, concessionária e usuário, e auxiliando na busca de soluções pontuais, conforme o motivo do conflito, no intuito de se evitar as longas demandas judiciais, como forma de

prevenção ou recomposição patrimonial ou social, em razão da delegação de poderes que legitimam estas agências a adotar os procedimentos e práticas administrativas, destinadas ao cumprimento de suas atividades.

1.1 - Objetivos da Dissertação

Esta dissertação apresenta esse novo cenário regulatório, com ênfase na forma de tratar alguns dos conflitos, entre concessionários de serviços públicos de energia elétrica e usuários, nos diferentes assuntos relacionados ao tema, sob a ótica do direito administrativo e civil, da lei de concessões, do código consumerista, e da legislação setorial, dando o entendimento da Agência Reguladora descentralizada a respeito dos temas tratados, e evidenciando a longa jornada que se avizinha na busca de consolidação e evolução do direito em face das questões regulatórias que, além da busca do equilíbrio das relações, deve estar apta a introduzir as questões advindas da evolução tecnológica, com velocidade compatível às mesmas, bem como evidenciar e ponderar algumas práticas comerciais, advindas da era dos monopólios onde a inexistência de alternativa para o usuário o obrigava a “aceitar” alguns ditames nem sempre equânimes, com vista a sua relação comercial com o prestador do serviço público.

1.2 - Estrutura da Dissertação

Esta dissertação de mestrado é constituída de seis capítulos de desenvolvimento do tema sendo o último capítulo de conclusões e recomendações. Com esse objetivo, no Capítulo 2 faz-se um breve histórico do surgimento da indústria da eletricidade no Brasil, do crescimento da demanda de energia elétrica, frente à oferta de energia, e do advento da eficiência energética no mercado, como solução para atendimento desse requisito de mercado, até a criação da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.

O Capítulo 3, mostra o panorama nacional com a implementação das privatizações no Brasil, cuja evolução se fez sentir em todo o mundo, e, em especial a partir da década de 90, quando o Estado, deixando de exercer o papel de empresário voltou suas preocupações para a regulação, nos diversos setores da atividade econômica com características de serviço público e

essencial à sociedade. Com esse objetivo, procurou-se estruturar um arcabouço de normas institucionais, com a finalidade de conquistar a confiança do empresariado, a fim de que estes realizassem investimentos de longo prazo em desenvolvimento e infra-estrutura, ao mesmo tempo em que busca disponibilizar à sociedade a garantia da prestação do serviço com a qualidade e requisitos que vinham nos últimos anos, quando prestado pelo Estado, deixando a desejar. Aborda, também, a estruturação de marcos regulatórios, o poder concedente e as agências reguladoras das concessões, conceituando serviço público e traçando paralelos com a reestruturação de infra-estrutura com outros países, como no Reino Unido, Chile, Argentina e Hungria, nos setores de energia elétrica, gás natural e telefonia.

O Capítulo 4 discorre sobre o surgimento dos organismos constituídos pelo poder público, para regulamentar cada atividade específica, com a aplicação das normas regulamentares, além de funcionar, em muitos casos, como instância decisória dos conflitos entre as empresas concessionárias e os usuários. Ante as novas formulações, questões de natureza jurídica têm surgido, na tentativa de se obter um quadro regulatório ideal, no qual se devem inserir as agências reguladoras.

Uma questão de natureza jurídica que se coloca diz respeito à identificação e à distinção que devem ser feitas entre as funções relacionadas ao poder concedente, e as atribuições do órgão regulador, discorrendo sobre a possibilidade de um ente político (União, Estado ou Município), ao qual a Constituição atribuiu a competência para a prestação de determinado serviço público, delegar à entidade regulatória, criada por outro ente político, o exercício das funções regulatórias e fiscalizadora da atividade que tem a seu cargo, bem como discrepa sobre a natureza jurídica destes entes reguladores, suas competências e o papel da Comissão de Serviços Públicos de Energia – CSPE, como Agência Reguladora Estadual, como exemplo de atuação entre outros entes criados.

O Capítulo 5 trata da efetiva integração do “Direito” no relacionamento entre os agentes do setor elétrico paulista, enfocando o ressarcimento de danos causados na prestação dos serviços, a teoria objetiva, ou teoria do risco integral, ou teoria do risco administrativo nos serviços de eletricidade, procurando demonstrar que, em se tratando de responsabilidade do

concessionário dos serviços públicos de energia elétrica, e, principalmente, no que tange aos direitos transindividuais, a adoção da responsabilidade objetiva se torna uma necessidade.

O legislador, seguindo a tendência mundial, adotou, sabiamente, a responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco, nos danos decorrentes das relações de consumo, deixando ao relento, a até então poderosa responsabilidade civil subjetiva, consolidada no artigo 159, do atual Código Civil Brasileiro¹.

Neste Capítulo, aborda-se, também, diversos temas que retratam os mecanismos de interação dos diversos arcabouços legais, tomando o enfoque de clareamento de responsabilidades e direitos de concessionários e consumidores, evidenciando a grande especificidade dos serviços de energia elétrica nos aspectos técnico, comercial econômico e ambiental nos quais é fundamental a do direito à estas peculiaridades do setor. Temas estes por diversas vezes apreciados, quanto adotados pelos órgãos reguladores e de proteção aos consumidores, em face de iterativa jurisprudência sobre o assunto e da moderna doutrina, aplicável à espécie.

Com temas mais específicos como, por exemplo, o Compartilhamento de Estruturas Físicas por Concessionárias de Serviços Públicos, procura-se demonstrar que dentre os objetivos dos órgãos reguladores está a busca de equacionamento dos problemas e conflitos comuns decorrentes do uso integrado de ativos do concessionário de energia elétrica por outros agentes e o conseqüente relacionamento destas empresas, constituindo um sub-título para o qual se poderia considerar de “trabalho de campo”, ou seja, tomando por base a atuação da agência reguladora estadual em mediações de conflitos reais, constatou-se a existência de “áreas cinzentas” nas questões de direitos e responsabilidades dos agentes envolvidos, ou até da inexistência de jurisprudência envolvendo as partes, ou a tentativa dos organismos representantes de concessionários de descaracterizar a figura de uma “classe” de unidades consumidoras, como tal, visando dissociar os mesmos do direito inequívoco expresso pelo Código de Defesa do Consumidor, na tentativa de criarem a figura do “insumidor”.²

¹ A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o novo Código Civil Brasileiro começará a vigor em 11 de janeiro de 2003.

² Diz-se “insumidor” para aquele consumidor não residencial que utiliza a energia elétrica como insumo na produção de bens.

Por fim, o Capítulo 6 apresenta os principais aspectos tratados neste trabalho evidenciando o grau de evolução alcançado nas relações técnico/comerciais entre consumidores e prestadores dos serviços de energia elétrica, frente a gradual abertura deste mercado, do forte ingresso do direito na busca do equilíbrio destas relações e apresentar um quadro da necessidade de sua evolução e consolidação, sugerindo a continuidade do tema e do grande espaço que se configura neste cenário.

Capítulo 2

A Evolução da Eletricidade no Brasil

Este capítulo, mostra a evolução da eletricidade no Brasil, estabelecendo-se uma cronologia desde o século XIX, com os inventos de Faraday e Henry que acabaram por propiciar a transformação da energia mecânica em energia elétrica, da construção da primeira usina hidrelétrica no Brasil (UHE Marmelos), da promulgação do Código de Águas, criação de empresas estatais de energia elétrica, da organização da ELETROBRÁS, até 1996, com a criação da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, com competências, dentre outras matérias, para promover a regulação técnica e econômica, a titulação e fiscalização das atividades setoriais e os direitos e deveres dos consumidores.

2.1 O Surgimento da Indústria da Eletricidade

Desde os primórdios, quando o homem aprendeu a usar o fogo como fonte de calor e luz, a tecnologia evoluiu muito até chegar à energia elétrica. Durante o século XIX surgiram as lâmpadas de azeite e óleo, que evoluíram para lâmpadas de acetileno.

Já em 1831 (Dias, 1994), tanto Michael Faraday, no Reino Unido, como Joseph Henry, nos Estados Unidos, demonstraram, cada um a seu modo, mas ao mesmo tempo, a possibilidade de transformar a energia mecânica em energia elétrica. O gerador Faraday produzia corrente contínua a partir de um disco de cobre, que girava no campo magnético formado pelos polos de um ímã de ferradura. Henry obteve corrente alternada valendo-se de um gerador com ímãs e enrolamento de um fio de armadura de ferro.

Segundo o mesmo autor, cerca de 50 anos depois das experiências de Faraday e Henry foram obtidos geradores comercialmente aproveitáveis. Tais conquistas devem-se às contribuições de Thomas Edison, Edward Weston, Nikola Tesla, John Hopkinson e Charles Francis Brush. O trabalho conjunto desses inventores e processos conduziu à invenção da lâmpada elétrica (1870) e a construção da primeira central de energia elétrica com sistema de

distribuição (1872), contribuindo para a instalação da Indústria do Setor Elétrico (ISE), no fim do século XIX.

O início desta indústria foi marcado por debates e discussões quanto a melhor alternativa tecnológica a ser adotada: a de corrente contínua ou de corrente alternada.

Como explica Dias (1994), Thomas Edson defendia a geração em plantas de pequeno porte, voltadas a atender mercados locais, enquanto Westinghouse propunha a construção de centrais de grande porte e o transporte da energia gerada até os mercados locais, utilizando redes de distribuição. O transporte de energia elétrica de então se dava em baixa voltagem, o que provocava elevadas perdas de energia, encarecendo o custo do transporte em função da distância.

A utilização da corrente alternada, segundo o mesmo autor, ofereceu a alternativa tecnológica de elevação da tensão para o transporte e sua posterior redução para o consumo, reduzindo, conseqüentemente, as perdas no transporte bem como maior cobertura geográfica do fornecimento de energia elétrica, incrementando sua demanda e possibilitando economias de escala na geração de energia.

Em termos tecnológicos, a geração de energia a dínamo, que produzia corrente contínua, conforme menciona o referido autor, foi substituída pela corrente alternada, gerada a partir de turbinas a vapor, cujas inovações nas áreas de caldeiraria resultaram na elevação da temperatura e da pressão do vapor utilizados nas turbinas, o que gerou ampliação de escala e melhoria no rendimento térmico das centrais elétricas, reduzindo custos de geração.

Desde as primeiras centrais de geração, até hoje, muito se evoluiu em termos tecnológicos, adotando-se diversas alternativas de geração de energia: a gás, a carvão, a óleo combustível, geração hidráulica, geração nuclear e geração eólica, entre outras.

É importante que todo mercado de energia elétrica esteja interconectado, em face dos benefícios econômicos que proporciona, tais como redução da demanda de ponta agregada do sistema; redução de custos de construção das centrais; economias de escala; redução dos custos

operacionais, maior eficiência no consumo de combustível (usinas térmicas); otimização do fornecimento de energia (conforme as diferentes tecnologias empregadas na geração); melhoria na qualidade do sistema; maior confiabilidade e estabilidade do sistema; e uniformização de normas técnicas.

A trajetória brasileira decorre de iniciativas do meio do século XIX, com o carvão mineral importado se constituindo como fonte de energia para transportes, algumas indústrias e iluminação.

Entre 1879 e 1890 (ELETROBRÁS, 1991) várias instalações de pequeno porte foram feitas para a geração e utilização de energia elétrica, tais como a iluminação pública da cidade de Campos, no Estado do Rio de Janeiro, a usina hidrelétrica de Marmelos, em Minas Gerais, com a finalidade de suprir a fábrica de tecidos do próprio construtor da usina, Bernardo Mascarenhas, e a iluminação pública da cidade de Juiz de Fora.

A mesma obra estabelece uma cronologia do surgimento da indústria do setor elétrico. Assim, no período entre 1890 e 1900 foram instaladas 10 pequenas usinas, com capacidade instalada de 1.200 kW, que visavam, basicamente, atender à demanda representada pela iluminação pública, mineração, beneficiamento de produtos agrícolas, indústria têxtil e serrarias.

Na virada do século XIX para o século XX, o potencial de desenvolvimento das cidades de São Paulo e do Rio de Janeiro atraiu o capital estrangeiro para a instalação de companhias de energia elétrica no Brasil, desenvolvendo a geração hidrelétrica brasileira.

Até a década de 30 a presença do Estado no setor elétrico foi bastante limitada, se caracterizando como um marco do ingresso do agente regulador, neste caso o Estado, e da necessidade de se formalizar e regular os serviços de energia elétrica no país.

Em 1934 foi promulgado o Código de Águas, que atribuiu à União o poder de autorizar ou conceder o aproveitamento de energia hidráulica, e estabeleceu a distinção entre a propriedade do solo e a propriedade das quedas d'água e outras fontes de energia hidráulica para efeito de

aproveitamento industrial. Todos os recursos hídricos foram incorporados ao patrimônio da União.

A década de 40 se caracterizou pelo choque entre as correntes favoráveis à nacionalização do setor elétrico e aquelas mais liberais, que defendiam o capital estrangeiro.

Após a Segunda Guerra mundial, a demanda ultrapassou a oferta de energia elétrica, em decorrência do crescimento da população urbana e do conseqüente avanço da indústria, do comércio e dos serviços, iniciando um período de racionamento de energia nas principais capitais brasileiras.

Neste período, os governos federal e estaduais se aliaram na reorganização do sistema elétrico em bases estatais. Foram criadas a Companhia Estadual de Energia Elétrica (CEEE), no Rio Grande do Sul, em 1943, a Companhia Hidroelétrica do São Francisco – CHESF, em Pernambuco, no ano de 1946 e as Centrais Elétricas de Minas Gerais – CEMIG, em Minas Gerais, em 1952, marcando o início de um novo estágio no desenvolvimento do setor elétrico brasileiro, passando o Estado a exercer as funções e a formatar o desenvolvimento do Setor Elétrico Nacional.

Ao longo da década de 50, praticamente todos os estados da federação constituíram empresas estatais de energia elétrica, a partir da absorção das empresas estrangeiras.

O processo de nacionalização e estatização do setor de energia elétrica brasileiro teve continuidade no período com a organização efetiva das Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – ELETROBRÁS, em 1961, quando foi delineada a estrutura do setor elétrico brasileiro. Esta passou a atuar como empresa holding das concessionárias públicas de energia elétrica do governo federal no planejamento setorial, responsabilizando-se pela definição dos programas de expansão do sistema de energia elétrica brasileiro, que vigorou até meados da década de 90, quando se deu início à reestruturação do setor.

A regulação setorial no período foi exercida pelo Departamento Nacional de Águas e Energia (DNAE), posteriormente Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (DNAEE), criado em 1965 e subordinado ao Ministério de Minas e Energia (MME), substituto da Divisão de Águas e que incorporou, em 1967, as antigas atribuições do Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica (CNAEE), extinto em 1968 (Energia Elétrica no Brasil, 2001).

O DNAEE acabou por reunir as funções normativa e fiscalizadora dos serviços de energia elétrica, além de receber a responsabilidade pelo exame dos pedidos de concessão e pelos processos de outorga de concessão para aproveitamentos hídricos e demais serviços de eletricidade.

O antigo órgão regulador setorial, o DNAEE, era um departamento federal, mero desmembramento organizacional da pessoa jurídica de Direito Público Interno da União Federal, portanto sem personalidade jurídica própria e sem independência.

Em face da percepção de que no novo modelo setorial algumas atividades poderiam ser deixadas ao sabor do mercado, para que este se ocupasse de encaminhar o seu desenvolvimento, outros segmentos necessitariam até de um reforço de tutela e teriam que ser altamente regulamentados. Para isso havia a necessidade de se dispor de um órgão regulador forte, com condições de efetivamente exercer, com tanta autonomia quanto possível, essa nova função reguladora.

Resultou daí a decisão de substituir um órgão totalmente vinculado e subordinado ao Executivo Federal, como era o caso do DNAEE, por um novo órgão, também vinculado ao Executivo, mas com personalidade jurídica própria, autonomia administrativa e financeira e independência funcional, sob a roupagem de autarquia especial.

Nessas circunstâncias e sob essas condições é que foi criada a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, para ser a nova agência reguladora setorial, com competências pertinentes, dentre outras matérias, à regulação técnica e econômica, à titulação e fiscalização das

atividades setoriais e aos direitos e deveres dos consumidores – competências, essas, dadas pela sua lei de criação, a Lei nº 9.427, de 26.12.96 (Sundfeld, 2000)

A ANEEL, como órgão regulador, tem a difícil missão de descaracterizar o imobilismo de seu antecessor, o DNAEE, que apenas promovia a emissão de portarias e regulamentações elaboradas pelas próprias empresas do setor e subjugado pelos poderes político e empresarial do mesmo, não contando sequer com infraestrutura apropriada para o cumprimento de suas funções (Andrade e Ramalho, 1999).

Enfim, fruto dessa longa construção, a configuração do setor elétrico que vigorou até a metade da década de 90 está demonstrada na Tabela 1, e a capacidade instalada, considerando a hidrelétrica e a geração térmica, pode ser observada na Tabela 2.

Tabela 1 - Estrutura Institucional do Setor Elétrico (até 1995)

MINISTÉRIO DAS MINAS E ENERGIA - MME			
SECRETARIA NACIONAL DE ENERGIA - SNE			
DEPARTAMENTO NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - DNAEE ASSEGURAR O SERVIÇO ADEQUADO FIXAR TARIFAS RAZOÁVEIS ZELAR PELA ESTABILIDADE ECONÔMICA E FINANCEIRA DAS CONCESSÕES			
GCPS (Grupo Coordenador do Planejamento dos Sistemas)	GCOI (Grupo Coordenador da Operação Interligada)	ELETROBRÁS (Centrais Elétricas Brasileiras)	Concessionárias de serviços públicos de energia elétrica
Plano decenal da expansão Contratos no longo prazo Programa de Obras Programa de Investimentos	Plano anual da operação Revisão dos contratos do primeiro ano Aspectos comerciais Controle em tempo real	Financiamento da expansão Holding das concessionárias federais Coordenação do GCPS e GCOI	Empresas de geração e transmissão Empresas de distribuição Empresas verticalizadas

Fonte: Oliveira et al - Setor Elétrico - Infra Estrutura e Perspectiva de Expansão
Convênio PNUD/IPEA/FUNDAP (1997)

Tabela 2 - Capacidade Instalada no Brasil (SIN*) - 2002

TIPO	MW
HIDRAÚLICA	57.923
TÉRMICA PPT*	2.885
TÉRMICA CBEE*	1.816
OUTRAS TÉRMICAS	4.439
NUCLEAR	2.007
ITAIPU	6.300
TOTAL /BRASIL (A)	75.370
IMPORTAÇÃO:	
ARGENTINA	2.178
PARAGUAI	5.500
TOTAL /IMPORT. (B)	7.678
TOTAL GERAL(A+B)	83.048

Fonte: ONS - Sumário Executivo – 30.10.02

*SIN = Sistema Interligado Nacional

*PPT = Plano Prioritário de Termelétricas

*CBEE = Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial

Capítulo 3

A Preocupação com a Regulação

Este capítulo aborda o estabelecimento de um arcabouço de normas institucionais que têm por objetivo garantir investimentos de longo prazo em desenvolvimento e infra-estrutura, quanto a prestação do serviço com qualidade à sociedade, a partir das privatizações ocorridas na década de 90. Trata também da estruturação de marcos regulatórios, do poder concedente, e das agências reguladoras das concessões, conceituando serviço público e traçando paralelos com a reestruturação de infra-estrutura com outros países.

3.1. O Panorama Nacional do Setor Elétrico

Retroagindo a 1995, observamos que todos os debates e esforços se concentravam na edição de uma lei nacional de privatização estabelecendo as diretrizes básicas da delegação da prestação de obras e serviços públicos, partindo-se da premissa de ser este o melhor caminho para a redução do déficit de infra-estrutura, na medida que o Estado não mais dispunha de recursos para eliminar as deficiências que se agravavam, praticamente inviabilizando a prestação satisfatória dos serviços públicos.

Iniciado o segundo quinquênio de vigência da Lei de Concessões (Lei nº 8987, de 13.02.95), o processo de privatização no país encontra-se, ainda, em plena implementação. É tempo para reunir experiências vivenciadas, com o objetivo de refletir sobre todo o regramento instituído, identificando os seus acertos e as lacunas que ainda permanecem e que necessitam ser supridas de forma adequada.

Produto da evolução que se fez sentir, em todo o mundo, notadamente na década de 90, a metamorfose pela qual passou o Estado, deixando de exercer o papel de empresário e voltando as suas preocupações para a regulação dos diversos setores da atividade econômica, com o objetivo de estruturar um arcabouço de normas institucionais, claras e estáveis, capazes de criar um ambiente favorável ao empresário privado, nacional e internacional, para realizar investimentos a longo prazo, em desenvolvimento de empreendimentos de infra-estrutura.

Os primeiros passos na direção dessa estrutura, de regulação abrangente e estável, já foram dados, estando essa estrutura apta a atrair os investidores nacionais e estrangeiros.

É preciso lembrar que a concessão de serviços públicos é objeto de normas constitucionais, desde a Constituição de 1934, havendo previsão de uma regulamentação legal da matéria na Constituição de 1946 (art. 151), reiterada na Constituição de 1967, na Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (art. 167) e, agora, no art. 175 da Constituição vigente. Contudo, apenas em 1995 recebeu a devida regulamentação.

Tem-se, hoje, uma lei nacional de concessões – a Lei nº 8987, de 13 de fevereiro de 1995, voltada a conceção dos seguintes objetivos:

- Eliminação das reservas de mercado, buscando a atenuação das características monopolísticas do serviço e aumentando substancialmente a capacidade de atuação das empresas privadas, que investem e se remuneram através da tarifa;
- Instituição de política tarifária, calcada no valor da proposta vencedora, de acordo com os critérios contratuais, e não mais na garantia de remuneração fixa, visando estimular a eficiência das empresas concessionárias;
- Estabelecimento de regime de controle e fiscalização do serviço, do qual o próprio usuário participe, e da graduação de penalidades pelas faltas cometidas, com vistas à elevação dos padrões de eficiência na prestação do serviço público; e,

- Atribuição de concessão de serviços públicos, mediante processo licitatório, com prazo determinado para o término da concessão.

A Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995, também conhecida como a Lei do Setor Energético, complementando a Lei nº 8.987, particularmente neste setor, veio a ordenar matérias de importância fundamental para o setor de energia elétrica, como a disciplina do produtor independente de energia, e do consumidor livre, entre outros, além de medidas viabilizadoras do prosseguimento das obras inacabadas, de estímulo à competitividade no mercado e à maior eficiência na prestação dos serviços, proporcionando facilidade na implementação das privatizações que se encontram nas metas do governo.

Mesmo considerando que a promulgação das Leis nºs 8.987 e 9.074 trouxe modificações legislativas importantes e oportunas, que renovam e flexibilizam a atuação do Estado, nem todos os problemas foram resolvidos.

Observa-se, ainda, um grande déficit anual de investimento em infra-estrutura, o que significa que faltam recursos para o desenvolvimento de projetos básicos, que precisam ser gerados por financiamentos de longo prazo, sendo escassas as fontes de recursos.

O estudo de financiamento dos projetos de infra-estrutura tem sido preocupação constante dos banqueiros e empresas de consultoria, na área de *project finance*, que procuram encontrar mecanismos de captação junto ao mercado, por meio de títulos e ações, inclusive via mercados internacionais, como, por exemplo, acontece entre os países asiáticos, com o lançamento de ações ou títulos de dívida, para projetos denominados *greenfield*, que se caracterizam pela comercialização do produto como forma de viabilizar sua construção, antes do início da receita.

No Brasil, até o momento, não tem tido suficiente implemento os financiamentos em infra-estrutura nos mercados internacionais. Na opinião dos especialistas em *project finance*, um dos fatores que resultam na menor atratividade do mercado brasileiro, em relação a outros países, consiste na existência de lacunas importantes na regulamentação das concessões de serviços públicos, que se ressenete, especialmente: a) de uma política tarifária definida e estável; b) marcos

regulatórios mais claros, que detalhem as relações entre os diversos atores de cada setor, seus direitos e obrigações; c) de um mecanismo ágil e eficiente para a solução de divergências e conflitos entre o poder concedente e a concessionária; d) das garantias contra os riscos econômicos e políticos; e, finalmente, e) da criação de um ente regulador do setor, dotado de especialidade, imparcialidade e autonomia nas decisões.

Nesse sentido, os marcos regulatórios e os contratos de concessão necessitam ainda serem revisados, de tal forma que possam servir a dois propósitos distintos: de atração e estímulo a novos investimentos privados no setor de prestação de serviços públicos e de ordenamento da prestação desses serviços, exigindo-se cautelas e controles necessários a assegurar aos usuários a obtenção de serviço adequado, ou seja, que agregue as condições de modernidade, eficiência, e modicidade de tarifas, ao mesmo tempo em que viabilize a auto-suficiência dos agentes investidores.

Dentro desse enfoque, é preciso refletir sobre a conveniência e a oportunidade da definição de marcos regulatórios consubstanciados em regulamentos, contendo as normas genéricas aplicáveis a cada segmento, que norteariam os contratos de concessão, aos quais caberia, assim, a tarefa de tais normas gerais, para cada específica concessão. Na verdade, regulamento e contrato se complementariam, ajustando-se às disposições legais, na disciplina jurídica da matéria.

Caminha-se, em verdade, na direção da especialização do ordenamento das concessões. Cada setor de atividade cuida de editar os seus próprios regulamentos, atento às suas próprias peculiaridades. O importante é que haja um perfeito entrelaçamento entre as normas regulamentares e as normas contratuais, de tal sorte que sejam evitados e prevenidos os conflitos interpretativos, sempre nocivos ao fiel atendimento das diretrizes que regem a concessão e prejudiciais à regular e adequada prestação do serviço público.

3.2 – Estruturação de Marcos Regulatórios

Segundo Meirelles (1988), serviço público “é todo aquele, prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado”

Contudo, já se assinalou (Wald, 1989) que a noção de serviço público há de ser essencialmente evolutiva, condicionada pela época e pelo meio social, e, como todo instituto, só pode ser compreendida pelo estudo da sua história e das tendências sociais da época.

Assim, o conceito de serviço público deve ser flexível e dinâmico visando atender à realidade econômica, tecnológica e social, buscando qualidade e universalidade em sua prestação.

Não há dúvida de que a prestação dos serviços de infra-estrutura está intimamente relacionada com a atividade econômica e com o conceito de serviço público.

O processo de regulação da infra-estrutura que hoje se observa está condicionado, muitas vezes, a uma ampla reestruturação dos setores, conduzindo ao desmonte de situações de monopólio natural, separando determinadas atividades de outras e regulando, diferentemente, os segmentos potencialmente competitivos. Nessa diretriz, alguns serviços deixam de ostentar a configuração de serviço público, no sentido tradicional da expressão.

No Reino Unido (Inglaterra, País de Gales, Escócia e Irlanda do Norte), ocorreram mudanças na estrutura institucional e operacional do setor elétrico, lideradas, à época, pelo Partido Conservador. Houve um grande processo de privatização e reestruturação das empresas concessionárias, criação de um órgão regulador, com alguma autonomia, para o setor elétrico e separação de atividades de geração, transmissão, distribuição e comercialização (Bajay, 2000).

É o que se verifica também nas recentes reestruturações do setor elétrico em diversos países, como por exemplo, na Argentina e no Chile, onde as atividades de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica foram separadas, para tratamentos diferenciados, instaurando-se um mercado mais competitivo, para a primeira das atividades, associado com o ingresso de produtores independentes de energia.

Também na Argentina, observou-se a desmontagem vertical da indústria do gás natural, enquanto na Hungria operou-se a separação entre a telefonia celular e a telefonia fixa, nos serviços locais de telecomunicações (BNDES - Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 1996).

No Brasil, observa-se idêntica tendência, no tratamento dos serviços de telefonia. No projeto de Lei Geral de Telecomunicações está prevista a separação dos diversos tipos de serviços, para tratamento diferenciado, de forma a instaurar a competitividade no mercado, inclusive através da introdução de um mecanismo de liberdade tarifária.

Atendendo à característica específica de determinado serviço público, e às repercussões econômicas da sua prestação, o regramento da concessão adota diferentes normas e condições, em que serão ponderados os diversos elementos: prazos, tarifas, direitos e obrigações da concessionária, indicações de investimento, etc. de forma a prover a adequada prestação do serviço público concedido.

Atualmente, a estruturação de marcos regulatórios, para cada setor de atividade econômica de exploração de serviços públicos, vem sendo empreendida com afincamento, contando com a participação ativa de todos os segmentos envolvidos da sociedade e do governo. Não obstante, ao longo do tempo, e com a transformação por que passa a estrutura de mercado, nas diversas indústrias, podem as autoridades reguladoras concluir que a melhor política seja a de desregulamentação parcial ou total, para estimular o aumento da competitividade (Viscusi, 1995).

É de fundamental importância, no exercício dessa atividade regulatória, reconhecer a nova tendência do direito administrativo, notadamente no campo contratual, marcada pela flexibilidade, que deve estar presente para estimular a colaboração entre o poder público e o empresário privado, com vistas ao atendimento pleno dos direitos do usuário à prestação adequada do serviço concedido, meta preponderante a ser alcançada por meio dos contratos de concessão de serviços e obras públicas.

Com efeito, a flexibilidade do Direito Administrativo, no setor econômico e, particularmente, nos aspectos referentes às relações negociais mantidas pelo Estado com os particulares, para o fim de execução de obras e serviços vinculados às concessões, é um dos traços essenciais do Direito Administrativo-Econômico (Laubadère, 1976).

Na prática, tal flexibilidade regulatória e contratual permitirá a coexistência dos elementos necessários para alcançar as principais finalidades da concessão de serviços públicos: o atendimento aos direitos do consumidor, a eficiência da concessionária e a prestação adequada dos serviços, em relação à qualidade, regularidade e modernidade, à segurança, à proteção ambiental, e a viabilização comercial dos negócios dos novos agentes privados.

A partir da experiência vivida, observa-se a diferença de tratamento dos diversos tipos de concessão, entre os países, e, muitas vezes, no mesmo país, entre setores diferentes. Dessa forma, torna-se possível evidenciar a importância do dinamismo e da flexibilidade que deve presidir a definição dos marcos regulatórios e da atividade de regulação, em relação a cada setor, atentando para as características e peculiaridades de cada um, sempre com os dois principais objetivos: o de proporcionar condições para o desempenho eficiente das empresas concessionárias na prestação dos serviços e obras públicas que lhe forem concedidos e o de garantir ao concessionário a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro existente, no momento do início da concessão, como fator relevante à manutenção dos investimentos necessários à conservação e atualização dos equipamentos e instalações.

3.3 - O Processo de Privatização do Setor Elétrico Nacional e a Livre Concorrência

Desde o primeiro choque do petróleo, o foco da política econômica brasileira deslocou-se, do crescimento para a estabilização. Propositadamente, a atitude do tesouro nacional em relação às necessidades de caixa das empresas estatais também começou a mudar a partir de então. Estas dificuldades, e, principalmente, ante o exaurimento de recursos das empresas estatais acabaram resultando em um dos maiores programas de privatização do mundo (Pinheiro et al., 2000).

Assim é que, a Medida Provisória 115, que se tornou a Lei nº 8.031/90, posteriormente revogada pela Lei nº 9.491/97, foi a base legal do Programa Nacional de Desestatização (PND), que se desenvolveu na última década do segundo milênio.

As empresas federais do setor elétrico foram incluídas no PND pelo Decreto nº 1.503, de 25.05.95, tendo o Ministério de Minas e Energia, a partir da publicação do Decreto nº 3.367, de

22.02.2000, ficando responsável pela execução e acompanhamento dos processos de desestatização das empresas incluídas no PND.

Paralelamente ao processo de privatização, o setor elétrico brasileiro tem atravessado uma importante alteração setorial, deixando um modelo de crescimento impulsionado pelo Estado, passando para outro impulsionado pelo mercado. Tal alteração decorre da necessidade de atender à necessidade do setor de serviços públicos de aumentar a produtividade, reduzir custos, aumentar a eficiência, acompanhar os objetivos da economia como um todo, e buscar uma perfeita integração no mercado global.

Para a transformação do setor elétrico o país acabou por adotar um formato próprio, com o intuito de evitar copiar modelos de outros países, em face das peculiaridades do sistema nacional, como por exemplo, a intensa geração de energia hidrelétrica, a complexa estrutura acionária do setor elétrico, onde o governo federal detém ativos de geração e transmissão e os governos estaduais ativos de distribuição, e, a necessidade de grandes investimentos em ativos de geração para o atendimento do aumento da demanda de energia elétrica, em razão da estabilização econômica do Plano Real.

A Lei nº 8.631/93, que eliminou a equalização tarifária no país, e suprimiu os 10% mínimos de retorno garantido sobre os ativos, que gozavam as empresas estatais de energia elétrica, proporcionado pelas Contas de Resultado a Compensar – CRC e a Reserva Nacional de Compensação de Remuneração – RENCOR, foi o primeiro passo na direção do novo modelo (Campos, 2001).

Já a Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, se constituiu no segundo, e importante passo, dado no sentido da reestruturação e privatização do setor elétrico. Esta lei além de estabelecer as regras gerais para a licitação das concessões nos mais diversos segmentos de infra-estrutura, dentre os quais o setor elétrico, também estabelece claramente direitos e obrigações das concessionárias de energia elétrica, bem como tutela o equilíbrio econômico e financeiro da concessão através de um sistema tarifário e regulador.

O estabelecimento de normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos contidos na Lei nº 9.074/95, foi, sem dúvida, o terceiro passo. Esta lei permitiu que as concessões existentes fossem renovadas e que novas concessões fossem concedidas, após o devido desmembramento das atividades de geração, transmissão e distribuição. As tarifas, para as novas concessões ou para a sua renovação, passaram a ter como base a estrutura de custos de cada segmento do mercado de energia elétrica (geração, transmissão e distribuição).

Ademais, a Lei nº 9.074/95, prorrogou, por mais de 20 anos, as concessões de usinas de energia elétrica que estavam em construção. Assim, projetos com cronogramas reconhecidamente atrasados, foram obrigados a apresentar plano para sua conclusão, com participação compulsória, mínima, de capital privado, de um terço do financiamento total (Campos, 2001).

Por fim, em 1996, foi instituída a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, pela Lei nº 9.427/96, e a contratação de empresa de consultoria Coopers & Lybrand pela Eletrobrás, através de licitação, para projetar o novo ambiente do modelo, de livre concorrência, do setor elétrico brasileiro.

Capítulo 4

O Surgimento de Novos Organismos Criados pelo Poder Público

O presente capítulo discorre sobre a criação de organismos constituídos pelo poder público, para regulamentar atividades específicas, com a aplicação das normas regulamentares, e que também funcionam, em muitos casos, como instância decisória dos conflitos entre as empresas concessionárias e os usuários. Em face das novas formulações, questões de natureza jurídica têm sido suscitadas, na tentativa de se obter um quadro regulatório ideal, no qual se integram as agências reguladoras.

Uma das questões tratadas neste capítulo se refere à identificação, e à distinção, que devem ser feitas entre as funções conferidas ao poder concedente, e as atribuições do órgão regulador, versando sobre a possibilidade de um ente político (União, Estado ou Município), ao qual a Constituição Federal atribuiu a competência para a prestação de determinado serviço público, delegar à entidade regulatória, criada por outro ente político, o exercício das funções regulatórias e fiscalizadora da atividade que tem a seu cargo.

4.1. O Poder Concedente e as Agências Reguladoras das Concessões

Paralelamente aos marcos regulatórios, que reúnem as normas e os critérios que norteiam cada uma das atividades delegadas à iniciativa privada, surgem os organismos constituídos pelo poder público, para regulamentar cada atividade específica e aplicar tais normas regulamentares, além de funcionar, em muitos casos, como instância decisória dos conflitos entre as empresas concessionárias e os usuários.

Ante as novas formulações, muitas questões jurídicas têm sido colocadas, na tentativa de se obter um quadro regulatório ideal, no qual se inserem as agências reguladoras.

4.2. Poder Concedente e Poder Regulador

A primeira questão de natureza jurídica que se coloca, diz respeito à identificação e à distinção que devem ser feitas entre as funções relacionadas ao poder concedente, e as atribuições do órgão regulador.

As atribuições do poder concedente denominadas de “encargos”, pela Lei de Concessões, estão estabelecidas em seus arts. 29 e 30, deste mesmo diploma legal, abrangendo:

- a) O controle e a fiscalização dos serviços e das obrigações da concessionária;
- b) A homologação de reajustes e revisões;
- c) O zelo que a Administração deve ter para assegurar a prestação de serviço adequado e o atendimento aos direitos dos usuários;
- d) As providências do poder público para a execução do serviço ou obra pública (desapropriações e constituição de servidões administrativas); e,
- e) A implementação de estímulos à qualidade, produtividade, preservação do meio ambiente, competitividade e à formação de associações de usuários.

Uma característica do contrato de concessão é a prerrogativa do poder público de exercer o *ius variandi*, ou seja, de alterar, unilateralmente, as cláusulas regulamentares ou de serviço, desde que mantidas as cláusulas econômicas, atinentes à remuneração da concessionária ou do permissionário, intangíveis, por força de garantias constitucionais, legais e contratuais. A Lei de Concessões reforça esse preceito de ordem pública, delegando ao poder concedente competência para exercer a atividade regulamentar, modificando, quando necessário, as regras de serviço, sempre no sentido de zelar pela adequada e regular execução do objeto da concessão, com vistas ao seu constante aperfeiçoamento, para atendimento das melhores e mais modernas condições técnicas e operacionais. O poder de modificar unilateralmente o contrato administrativo é irrenunciável, pela administração pública, conforme já prelecionaram os tratadistas franceses

(Jéze, 1950), mas não pode onerar o concessionário, quebrando ou alterando a equação econômico-financeira.

Compete ao poder concedente, ainda, editar normas regulamentares claras e completas, sobre as etapas e instrumentos dos processos de fiscalização, intervenção e de punição, definindo os meios e os prazos para o exercício dos direitos à ampla defesa e ao contraditório, por parte do concessionário ou do permissionário, sempre com observância do devido processo legal (art. 5º, inciso IV, CF/88).

As atribuições do poder concedente não se exaurem, contudo, no estabelecimento de regras, mas dele se exige, no novo ordenamento das concessões, uma efetiva atuação, principalmente no âmbito da prevenção de práticas nocivas à perfeita execução do objeto da concessão ou da permissão, inclusive implementando a participação de Conselho de Consumidores (comissão mista de representantes do poder concedente e dos usuários), no exercício do controle e da fiscalização do devido cumprimento das obrigações, fixadas no contrato de concessão. Cabe-lhe, enfim, efetivar um sistema eficaz de atendimento ao usuário, que deverá prever a obrigatória resposta aos seus reclamos, em prazos pré-fixados, relativos ao tipo de pleito apresentado, informando sobre a adoção das providências cabíveis.

Os incisos X, XI e XII do art. 29 da Lei de Concessões atribuem ao poder concedente as funções de estimular o aumento de qualidade, da produtividade, de preservação do meio ambiente, da conservação, e da competitividade, atividades relativas a prestação do serviço, bem como da formação de associação de usuários, tudo com a finalidade maior de criar condições adicionais para o aprimoramento dos serviços concedidos, e da efetiva participação dos seus usuários. Caracteriza tais competências autêntica delegação de poderes, que serão exercidos tanto no âmbito normativo, como em sede executiva, com a adoção de procedimentos e práticas administrativas, destinadas a alcançar essas finalidades.

Considera-se poder concedente, nos estritos termos do art. 2º da Lei de Concessões, “a União, o Estado, o Distrito Federal, ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço

público precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão”.

As competências e responsabilidades do poder concedente, relacionadas com a prestação dos serviços públicos concedidos, são indelegáveis. Os poderes e atribuições outorgados pela Constituição não podem ser objeto de transferência pelas pessoas jurídicas investidas de tais poderes, até porque “se União, Estados e Municípios pudessem, entre si, intercambiar competências, a discriminação constitucional, a decisão constituinte, teria o peso, o significado e a força que lhe quisessem outorgar as partes envolvidas, ao invés de terem o peso, o significado e a força que outorgou a Lei Maior” (Mello, 1980).

Ou seja: é juridicamente inviável a transferência das atribuições de prestar determinados serviços públicos, que a Constituição conferiu a um específico ente político (União, Estado ou Distrito Federal, ou Município) a outro, devendo o titular da competência responder pela efetiva prestação desse serviço público, realizando-o diretamente, por meio dos órgãos da administração pública, ou indiretamente, delegando-o a empresas particulares, por intermédio dos institutos da concessão, permissão ou autorização.

Delegando a prestação de serviço de sua competência à empresa privada, compete-lhe, utilizando-se dos órgãos que compõe a sua estrutura administrativa, zelar pelo controle da qualidade do serviço e da sua regularidade, por meio de mecanismos de fiscalização, além de assegurar aos usuários o atendimento a seus direitos: serviço adequado e uma tarifa módica. Buscando tal fim, deve ser criado um órgão que pode estar integrado à administração indireta do titular da competência, para o desempenho das funções controladoras, de controle e de fiscalização dos serviços concedidos.

Um aspecto jurídico, que tem sido debatido, diz respeito a possibilidade de um ente político (União, Estado ou Município), ao qual a Constituição atribuiu a competência para a prestação de determinado serviço público, delegar à entidade regulatória criada por outro ente político, o exercício das funções regulatórias e fiscalizadoras da atividade que tem a seu cargo.

Com efeito, conforme antes salientado, as competências outorgadas pela Constituição não podem ser consideradas bens suscetíveis de transação ou de cessão convencional, pelas pessoas jurídicas investidas daqueles poderes.

Apoiado nas doutrinas alemã e italiana, Neto (1995) ressalta a natureza jurídica do convênio e a sua diferença em relação ao contrato. Por meio do convênio, ato administrativo complexo, da modalidade pública do gênero acordo, uma entidade pública coopera com outra, para satisfação de um interesse público.

Assim, por exemplo, parece juridicamente viável que um município celebre convênio com a entidade reguladora estadual, para atividades inerentes à regulação, controle, e fiscalização de serviços pelo primeiro concedidos ou permitida.

Tal mecanismo afigura-se útil quando se trata de municípios que não conseguem reunir o instrumental necessário ao desempenho eficiente dessas atribuições inerentes ao poder concedente, mas não implica renúncia de sua competência constitucional ligada à concessão de serviços públicos.

Os contratos administrativos e convênios apresentam diferenças estruturais, funcionais, e patrimoniais, conforme assinala a doutrina. A distinção estrutural se refere ao conteúdo da vontade expressa pelas partes. No contrato enquanto as partes visam o objetivo diverso, no acordo, ambas pretendem alcançar o mesmo fim. Como distinção funcional se entende a que está ligada ao interesse que se pretende satisfazer: no contrato, as partes compõem seus interesses, enquanto no acordo, elas os unificam, por serem comuns. A distinção teleológica diz respeito à satisfação específica do interesse público: o contrato é finalístico, pois, sendo a administração pública uma das partes, obtém a satisfação do interesse público através da prestação da outra parte, enquanto, por meio do acordo, que se afigura instrumental, o alcance do interesse público se dá pela via da cooperação entre entidades públicas, ou de colaboração entre entidade pública e entidade privada.

Quanto a diferença, sob o ponto de vista patrimonial, esta se relaciona com a transferência econômica, que está presente nos contratos e é estranha ao acordo de natureza pública, em que se estrutura como se exercerá a competência para melhor atuar. Há, na verdade, no contrato, a criação de obrigações, enquanto no acordo o que se dá é uma estipulação de deveres, que apenas acarretarão obrigações se do seu descumprimento advier dano para uma das partes, hipótese de incidência da responsabilidade civil aquiliana (art. 159, do CC.).

Assim, o convênio, enquanto acordo de natureza pública, não envolve, nem pode envolver, transferência de competências constitucionais para a prestação de determinado serviço público, mas pode instrumentalizar um acordo de cooperação para o exercício da regulação e da fiscalização, por intermédio do ente regulador integrante da administração indireta de outro ente político, permanecendo sob a pessoa jurídica de direito público, titular da competência, a responsabilidade pela regular e adequada prestação da atividade pública envolvida.

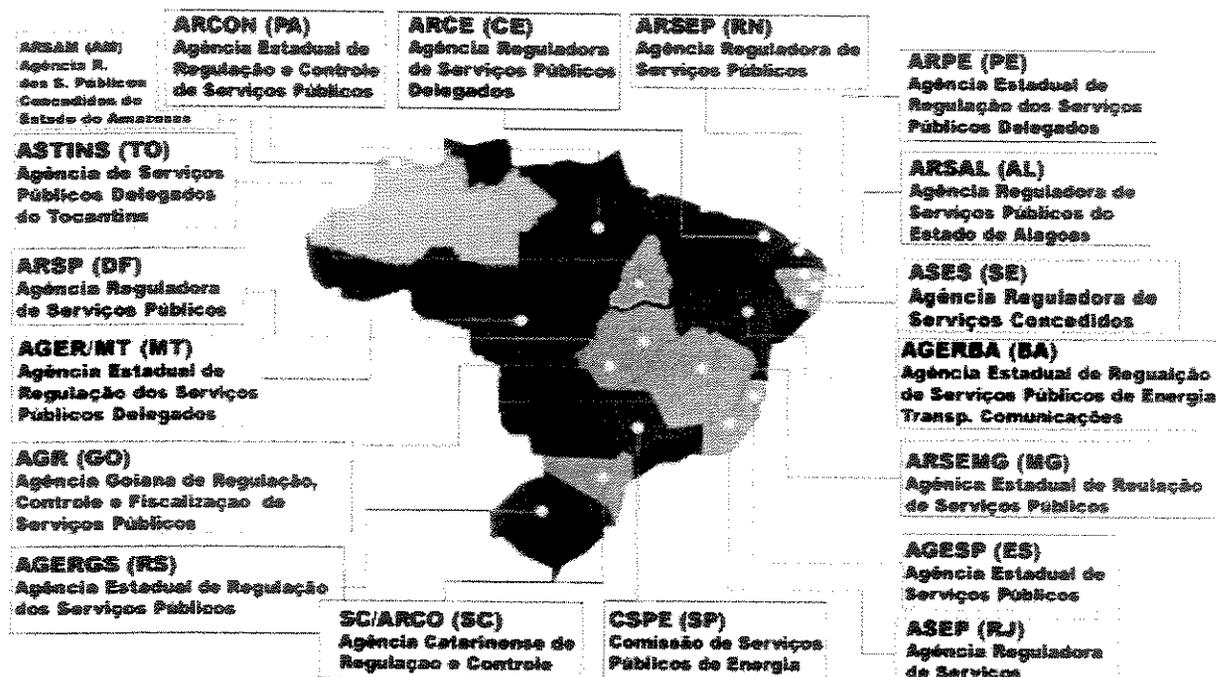
Dessa forma, o que pode, validamente, ser objeto de convênio de cooperação, celebrado até mesmo com uma agência reguladora, inserida na estrutura administrativa de outro ente político, são os encargos de execução, os que não implica renúncia da atribuição constitucional de competências pelo ente político que dela é titular.

A própria Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1.996, que criou a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), em seu art. 3º, inc. IV pode ser citada como um exemplo desse tipo, pois há previsão expressa de convênios a serem celebrados com os estados e o Distrito Federal, para o exercício de atribuições de fiscalização das concessões (descentralização) – Figura 1 - sob a avaliação e acompanhamento da ANEEL (art. 21 e parágrafos da Lei nº 9.427/96).

4.3. A Natureza Jurídica das Agências Reguladoras

As agências reguladoras são pessoas jurídicas de Direito Público, com estrutura formal autárquica e competência para regulamentar, contratar, fiscalizar, aplicar sanções e atender aos reclamos dos usuários/consumidores de determinado serviço público ou atividade econômica (Cuéllar, 2001).

Figura 1: Situação do processo de descentralização na regulação do setor elétrico brasileiro



Fonte: ANEEL/2002 (ANEEL – www.aneel.gov.br)

Atribuída à agência reguladora a natureza jurídica de autarquia, será esta considerada descentralização jurídica do próprio ente político, participando da natureza jurídica pública deste e integrando a sua administração indireta, com denominação de autarquia especial.

Na conceituação de Meirelles (1990) “autarquia especial é toda aquela que a lei instituidora conferir privilégios específicos, e aumentar sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns, sem infringir os preceitos constitucionais, pertinentes a essas entidades de personalidade pública”.

A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) adota a configuração jurídica de autarquia especial, e exerce atribuições previstas para o poder concedente, nos arts. 29 e 30 da Lei nº 8987/95, além de outras, inerentes à implementação de políticas de governo federal para o setor elétrico.

Embora caracterizadas pela especialidade e independência, essa última enseja discussões. É que no que se refere à independência, ou subordinação, das agências, “costuma-se afirmar que as agências reguladoras gozam de certa margem de independência em relação aos três Poderes do Estado: a) em relação ao Poder Legislativo, porque dispõem de função normativa, que justifica o nome de órgão regulador ou agência reguladora; b) em relação ao Poder Executivo, porque suas normas e decisões não podem ser alteradas ou revistas por autoridades estranhas ao próprio órgão; c) em relação ao Poder Judiciário, porque dispõem de função quase-jurisdicional, no sentido de que resolvem, no âmbito das atividades controladas pela agência, litígios entre os vários delegatários que exercem serviço público mediante concessão, permissão ou autorização e entre estes e os usuários dos serviços públicos”, (Di Pietro, 1999).

No entanto, aprofundando-se no tema a autora ressalta que a independência deve ser compatível com o regime constitucional brasileiro. Em relação ao Poder judiciário a suposta independência não existe, em face do sistema de unidade de jurisdição, garantido pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, de 1998. O fato, por exemplo, de a ANEEL ser a última instância administrativa, não impede que as concessionárias de energia elétrica interponham recursos ao Judiciário.

Em relação ao Poder Legislativo, de forma idêntica, também não se pode cogitar de independência. Fundamentando tal afirmação, Di Pietro (1999) se vale do princípio da legalidade, já que atos normativos providos da Administração Pública devem ser necessariamente obedecer a comandos legais. Ademais disso, também faz uso dos arts. 49, X, e 70 da Carta Política, submetendo os atos das agências a controle e fiscalização do Congresso Nacional, afóra as fiscalizações contábeis, financeiras, orçamentárias, operacionais e patrimoniais, garantidas por tais dispositivos legais.

Já quanto à independência das agências em relação ao Poder Executivo, como autarquias que são, estão sujeitas ao controle administrativo exercido pelo Ministério a que se acham vinculadas. Ocorre, porém, que como autarquias de regime especial, seus atos não podem ser revistos ou alterados pelo Poder Executivo. Pois bem, se sujeitas ao controle ministerial, como se

poderia falar em independência em relação ao Executivo? Tal questionamento busca apenas suscitar a dúvida, já que seu deslinde não é o propósito deste trabalho.

4.4. Competências das Agências Reguladoras

As competências derivam necessariamente do ordenamento jurídico que as delimita quanto à outorga. Pode-se dizer que as competências seguem o regramento estabelecido pelo poder legislativo, que edita as normas de caráter geral.

As competências, conferidas aos entes regulatórios apresentam certas peculiaridades quanto à natureza e à extensão. Abrangem as atribuições administrativas, relacionadas à fiscalização dos serviços e ao cumprimento das condições ditadas pelos contratos de concessão, até mesmo aquelas de natureza disciplinar, relacionadas com imposições de sanções, além das que têm por objeto a instituição de condutas competitivas, como mecanismo de estímulo à eficiência.

Ademais, a gama de competências, atribuídas nos marcos regulatórios oferece um amplo elenco de poderes regulamentares, tanto em matéria de aplicação de sanções, quanto segurança, de procedimentos técnicos, medição e faturamento dos consumos, controle e uso de medidores, acesso a imóveis de terceiros e qualidade dos serviços prestados.

As agências reguladoras não possuem competência para atuar fora das normas que definem as suas atribuições, baseadas, em geral e principalmente na especialidade, conferidas em razão do setor em que atuam.

Ao que se refere à delegação para o exercício de funções normativas, ela encontra sua natural limitação em sede legislativa, que define as atribuições delegadas, que irão se traduzir em regulamentos, baixados com base nesses poderes, que são atribuídos aos entes regulatórios, que podem ser designados como regulamentos de integração (Gordillo, 1974). Já no que tange a subdelegação, por sua vez, só pode ter lugar se houver expressa previsão legal, como no caso do art. 21, e seus parágrafos, da Lei nº 9427/96, em que se encontra prevista a descentralização das atividades pertinentes aos serviços de energia elétrica, mediante execução de atividades

delegadas aos estados e ao distrito federal, através de convênio, que serão avaliadas e acompanhadas pela ANEEL.

4.5. A Comissão de Serviços Públicos de Energia – CSPE

4.5.1. A Descentralização de Atividades Complementares no Estado de São Paulo

A função de agente regulador e fiscalizador da prestação de serviço público de energia representa um novo papel a ser assumido pelo Estado Brasileiro.

Tradicionalmente, a sociedade acostumou-se a enxergar nas funções de governo o papel de agente econômico, assumido com competência durante muitos anos. No entanto, alterações profundas na dinâmica da economia mundial têm produzido efeitos que, simultaneamente, contribuem para a decisão dos Estados de se afastarem de atividades produtivas, que possam ser exercidas por agentes privados.

O primeiro deles trata da escolha que dá destinação de recursos escassos para atividades indelegáveis por parte do Governo, como a educação, a saúde e a segurança.

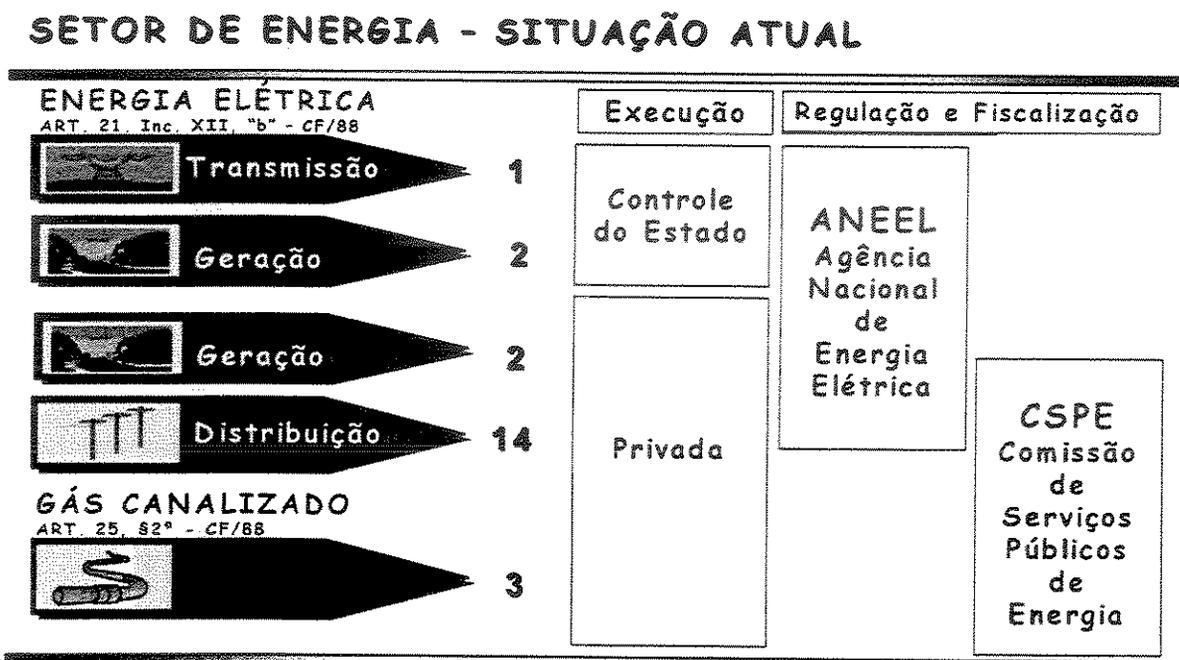
O segundo efeito é decorrente da necessidade premente que as empresas atualmente possuem de rapidez no processo decisório para enfrentar a concorrência. Essa rapidez nem sempre se coaduna com a estrutura e as normas que regem os negócios públicos, fato este que coloca as empresas públicas em nítida desvantagem.

Assim é que, tomada decisão de se afastar da atuação direta na indústria de energia paulista, o Governo Estadual pela Lei Complementar nº 833, de 17.10.97, criou a Comissão de Serviços Públicos de Energia – CSPE, autarquia estadual vinculada à Secretaria de Estado de Energia, tendo por finalidade regular, controlar e fiscalizar a qualidade de serviços públicos de energia, os preços, tarifas e demais condições de atendimento aos usuários de tais serviços.

Por ser uma Agência Reguladora setorial sua atuação no Estado de São Paulo, restringe-se apenas aos serviços de energia (energia elétrica e gás canalizado). Assim, sua atuação nos

serviços públicos de energia elétrica decorre da descentralização de atribuições da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, mediante delegação de atividades complementares, conforme contido na Lei nº 9427, de 26 de dezembro de 1.996, e os dos serviços de gás canalizado, por competência constitucional (parágrafo 2º, art. 25, da CF/88)³, conforme se verifica da Figura 2.

Figura 2: A Ação fiscalizadora no Estado de São Paulo



Fonte: Comissão de Serviços Públicos de Energia - CSPE

Essa descentralização se faz mediante a formalização, e renovações periódicas, de um convênio de delegação de atividades para organismos estaduais competentes, e devidamente aparelhados, para o exercício de tal encargo. Esses órgãos estaduais, que podem exercer atividades multissetoriais (Figura 3), no que se refere à energia elétrica, se obrigam a observar a legislação federal, em face do contido no artigo 21, inciso XII, letra “b”, da Constituição Federal,

³ Art. 25 - (...)

§ 1º (...)

§ 2º - Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

de 1988⁴, que estabelece a competência da União para explorar, diretamente ou mediante, conforme o caso, autorização, concessão ou permissão, os serviços e instalações de energia elétrica, e o aproveitamento energético dos cursos d'água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos.

Figura 3: Características dos órgãos reguladores estaduais criados até 1.998

Características dos Órgãos Reguladores Estaduais

ÓRGÃO	TIPOLOGIA	ABRANGÊNCIA	NATUREZA	INSTÂNCIA DECISÓRIA
CSPE(SP)	Setorial	Energia	Autárquica Secretaria de Energia	Conselho Deliberativo
ARSEP(RN)	Setorial	Energia	Autárquica Secretaria de Infra-Estrutura	Conselho Est. de Regulação, Controle e Fiscalização dos Serv. Públicos
AGERGS(RS)	Multissetorial	Energia, Transportes, Comunicações, Saneamento e irrigação	Autárquica Gabinete do Governador	Conselho Superior
ARCE(CE)	Multissetorial	Energia, Transportes, Comunicações e Saneamento	Autárquica Procuradoria Geral	Conselho Diretor
AGERBA(BA)	Multissetorial	Energia, Transportes e Comunicações	Autárquica Secretaria de Infra-Estrutura	Diretoria Executiva
ARCON(PA)	Multissetorial	Energia, Transportes, Comunicações e Saneamento	Autárquica Gabinete do Governador	Conselho Estadual de Regulação e Controle

Fonte: ANEEL e Estados

⁴ Art. 21- Compete à União:

(...)

XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

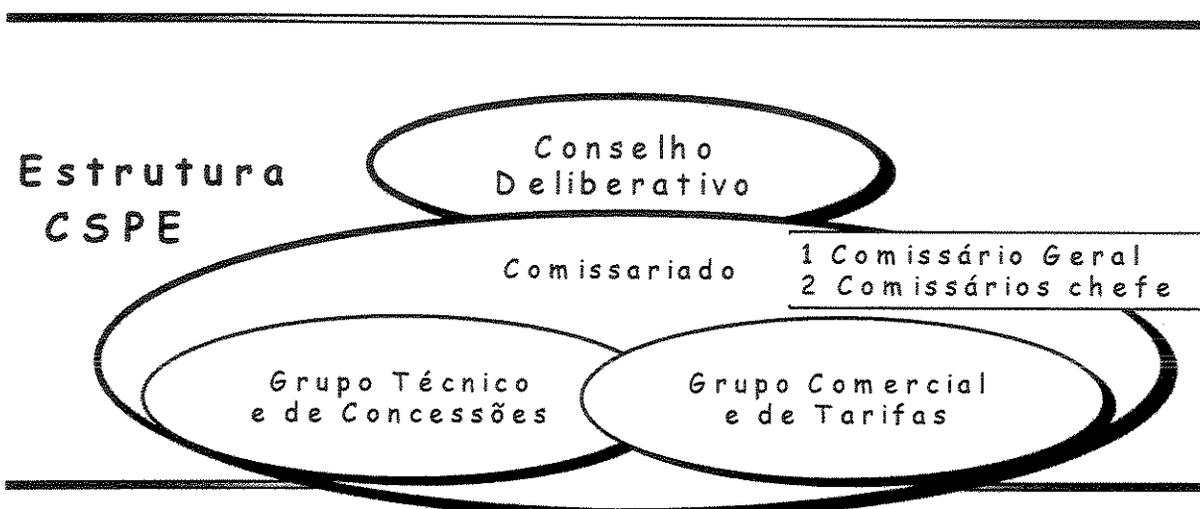
(...):

a) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

A Comissão de Serviços Públicos de Energia - CSPE encontra-se estruturada da seguinte forma: Conselho Deliberativo que é o seu órgão superior, composto por 13 membros representativos da sociedade civil, os quais são apresentados nas Figuras 4 e 5, e 03 Comissários, sendo 01 Comissário Geral que é a autoridade executiva superior da CSPE, e 02 Comissários Chefes, sendo 01 Comissário Chefe do Grupo Comercial e de Tarifas, e 01 Comissário Chefe do Grupo Técnico e de Concessões, que além de colaborarem com o Comissário Geral nas atividades do órgão, dirigem, respectivamente, o Grupo Comercial e de Tarifas e o Grupo Técnico e de Concessões. Possui, ainda, Gabinete, Grupo Jurídico e Centro Administrativo, conforme estabelecido no Decreto Estadual nº 43.036, de 14.04.98, que aprovou o Regulamento da Comissão de Serviços Públicos de Energia – CSPE, criada pela Lei Complementar nº 833, de 13 de outubro de 1997.

Conta ainda com equipes próprias servidores e atualmente conta com o apoio da Universidade Estadual de Campinas e Universidade de São Paulo, através de convênios/contratos de execução de estudos/pesquisas específicas, além de técnicos/peritos cadastrados para elaboração de serviços de peritagens e/ou fiscalizações específicas.

Figura 4: Estrutura da Comissão de Serviços Públicos de Energia - CSPE



Fonte: Comissão de Serviços Públicos de Energia – CSPE

Figura 5: Composição do Conselho Deliberativo da Comissão de Serviços Públicos de Energia – CSPE

ESTRUTURA CSPE

Composição do Conselho Deliberativo

- ✓ COMISSÁRIO GERAL
- ✓ FIESP
- ✓ FCESP
- ✓ PROCON
- ✓ CONCESSIONÁRIAS (2)
- ✓ EMPREGADOS (3)
- ✓ CONSELHOS DE CONSUMIDORES
- ✓ INDICAÇÕES DO GOVERNADOR (3)

Total: 13 Membros

Fonte: Comissão de Serviços Públicos de Energia - CSPE

4.5.2. Formas de Atuação

As atividades da CSPE decorrentes do convênio de cooperação e descentralização de atividades complementares, celebrados com a ANEEL, conforme acima citado, compreendem a fiscalização de 14 concessionárias de distribuição de energia elétrica, 113 pequenas centrais hidroelétricas – PCH's e 180 pequenas centrais termelétricas – PCT's, e 01 empresa de Transmissão (CTEEP). O número de usuários dos serviços de distribuição de energia elétrica atinge cerca de 11 milhões.

A fiscalização dos serviços supracitados demanda centenas de relatórios de fiscalização e o atendimento, através dos seus serviços de ouvidoria, atualmente, da ordem de 6.000 solicitações mensais. Os consumidores têm os seus direitos assegurados, recorrendo à CSPE, quando seus problemas não são adequadamente resolvidos pelas Concessionárias. Das fiscalizações e do atendimento das solicitações, quando amparadas pela regulação e não atendidas pelos concessionários, mesmo após parecer da CSPE na busca de solução, através de mediação, e da

não efetivação da recomendação conclusiva, são emitidos “Termos de Notificações”, que dão início ao processo administrativo contra a concessionária.

Estes “TN’s” contém Recomendações e Determinações, a serem cumpridas pelas Concessionárias, no sentido de adequarem-se à legislação vigente, bem como proporcionarem melhor atendimento aos consumidores. Em não sendo atendidas são lavrados “Autos de Infração”, onde se dá o início do processo administrativo punitivo propriamente dito, contendo penalidades, conforme as normas emanadas da ANEEL e da própria CSPE, respectivamente, para os serviços de energia elétrica e gás natural, tendo por base uma tabela evolutiva da penalização a ser imposta frente sua gravidade, e a Receita Anual Operacional – RAO da concessionária no exercício findo, caracterizando percentuais limites em função da gravidade da falta cometida.

As atividades compreendem, também, atendimento à solicitação de informações de cidadãos, órgãos corporativos, concessionárias, órgãos de governo, Assembléia Legislativa, além de outros. Atua, ainda, em mediações que têm como objetivo moderar e dirimir conflitos entre os Agentes e os Consumidores; elaboração de regulação complementar à do setor elétrico, tais como, programas de P & D (Pesquisa e Desenvolvimento), programas de eficiência energética, regularização de cooperativas de eletrificação rural, regularização de pequenas centrais hidrelétricas e pequenas centrais termelétricas, instrução de processos para a expedição, pelo poder concedente, de atos declaratórios para desapropriações de áreas e instituição de servidões administrativas para passagem de linhas transmissoras de energia elétrica, etc.

Entrementes, após a desestatização dos serviços de distribuição de gás natural, instalaram-se no Estado de São Paulo três concessionárias de gás canalizado. As atividades da CSPE, neste setor, compreendem o controle, regulação e fiscalização, além das licitações para permissão e outorga de concessão, bem como a emissão de autorizações para a execução, pelos agentes de distribuição de gás canalizado, de serviços acessórios e correlatos ao de distribuição de gás canalizado.

No âmbito das atividades de controle, regulação e fiscalização dos serviços de distribuição de gás canalizado, compete-lhe o acompanhamento do cumprimento das obrigações contidas nos

contratos de concessão, tais como: metas mínimas, expansões do sistema de distribuição de gás canalizado, gestão dos serviços, contratos entre o controlador e filiadadas à respectiva concessionária, contratos de financiamento, projeto de qualidade, entre outros, evidenciando que para o Setor Paulista de gás canalizado, também, é atividade da CSPE a fixação, reajuste e reavaliação da tarifa de fornecimento/suprimento às várias classes consumidoras.

A fiscalização (Landini, 2002) consiste no acompanhamento de relatórios apresentados periodicamente pelas Concessionárias, serviços de atendimento no sistema de ouvidoria e Poupatempo, acompanhamento dos contratos de fornecimento e de suprimento de gás canalizado, fiscalizações comerciais e técnicas *in loco*.

4.5.3. Indicadores de Qualidade

No âmbito da regulação dos procedimentos de fiscalização, cabe ao órgão regulador paulista, entre outros, o controle tarifário e sua estruturação no caso do gás canalizado, a integração vertical e horizontal dos setores energéticos, condições de participação de terceiros na expansão dos sistemas, a aplicação de penalidades, autorizações para o exercício de atividades acessórias e correlatas à de distribuição de gás canalizado, regulação de P & D (Pesquisa e Desenvolvimento), eficiência energética, a avaliação de cumprimento das regras pactuadas no contrato de concessão e regulação dos setores, bem como da garantia de acesso a informações e de atendimento às solicitações de clientes, visando excelência na relação comercial dos agentes com seus clientes.

Neste contexto, os indicadores de qualidade foram os que mais avançaram, tanto na ANEEL como em alguns órgãos reguladores estaduais, entre estes a CSPE, que no Estado de São Paulo realizou grande trabalho na avaliação e controle dos serviços prestados, integrando soluções entre os setores de energia elétrica e gás canalizado, bem como sugerindo adaptações, reformulações e necessidade de Resoluções no arcabouço regulatório do setor elétrico, que é de competência e responsabilidade da esfera Federal.

Os padrões de qualidade previstos nos contratos de concessão das empresas distribuidoras no Estado de São Paulo, assinados com a ANEEL, após a privatização, são rígidos e abrangentes.

Apenas para citar, os indicadores DEC/FEC, que estabelecem, respectivamente, duração equivalente de interrupção por consumidor para as distribuidoras de energia elétrica paulistas, aplicam-se para interrupções acima de um minuto, enquanto para o restante do País, são, por ora considerados para interrupções acima de três minutos, evidenciando, claramente, no Estado de São Paulo, uma tolerância menor que estabelecida na regulação geral. Os padrões de qualidade são norteados pelo disposto nos respectivos contratos de concessão e pela Resolução ANEEL nº 24, de 27 de janeiro de 2000.

Os indicadores de qualidade são de dois tipos: controlados e acompanhados (ANEEL, 1998). Controlados são aqueles sobre os quais existem padrões previamente estabelecidos, associando-se penalidades na hipótese de não cumprimento. Já os acompanhados, são aqueles em que, numa primeira fase, são observados e avaliados, visando torná-los, em um segundo momento, indicadores controláveis. Esses indicadores de qualidade podem ser coletivos e/ou individuais, e mensuram a qualidade da prestação dos serviços de distribuição de energia elétrica e gás canalizado.

Ainda no que concerne aos indicadores, frise-se que não adiantaria estabelecê-los, se não houvesse padrões previamente fixados e correspondentes penalidades pela sua inobservância. A regulação e fiscalização da qualidade, no que tange aos indicadores possuem três dimensões: produto, serviço e atendimento comercial, que são periodicamente avaliados.

Oportuno frisar que os procedimentos de fiscalização não são estáticos. Estão em constante evolução. Os padrões têm previsão de periodicamente tornarem-se mais restritivos, exigindo uma melhor performance do concessionário na prestação dos serviços, como será apresentado, neste trabalho, do controle ou da fiscalização, podendo ensejar a implantação de regulamentação específica, no caso do gás canalizado, ou sugestão ao agente nacional, no caso da energia elétrica.

4.5.4. Penalidades

No que concerne a penalidades, o regramento encontra-se estabelecido na Resolução ANEEL nº 318, de 06 de outubro de 1.998, que aprova procedimentos para regular a imposição de penalidades por agentes delegados às distribuidoras de serviços de energia elétrica, referentes

a infrações apuradas. No caso do gás canalizado é a Portaria CSPE – 24, de 29 de dezembro de 1.999, que dispõe sobre os procedimentos para regulamentação de penalidades aos agentes permissionários e concessionários de instalações e serviços de gás canalizado.

O procedimento de fiscalização (Landini, 2001a) relativo à aplicação de penalidades, obedece à seguinte seqüência: a partir de relatórios de fiscalização, apurando e fundamentando as não-conformidades constatadas, o concessionário é notificado, cabendo-lhe um prazo de quinze dias para se manifestar a esse respeito. A partir daí, o Superintendente, ou no caso da Comissão de Serviços Públicos de Energia – CSPE, o Comissário responsável pela fiscalização, analisa, com base em parecer técnico, a manifestação do concessionário no prazo de até quarenta e cinco dias, contados da emissão do Termo de Notificação – TN.

Em não sendo considerada satisfatória a manifestação do concessionário sobre os motivos que deram origem à notificação, é instaurado o processo administrativo punitivo com a emissão do Auto de Infração – AI.

A penalidade pode ir de uma simples advertência até multas, que são calculadas sobre o faturamento da concessionária no exercício anterior, atingindo-se, em situações de inadimplências graves, a caducidade da concessão. Na hipótese de aplicação de multa é assegurado ao concessionário o prazo de quinze dias para o seu recolhimento, à ANEEL ou ao Estado, respectivamente, nos casos de energia elétrica e gás canalizado, ou apresentação de defesa.

No caso da Comissão de Serviços Públicos de Energia – CSPE (Landini, 2001b), garante-se ao concessionário distribuidor de energia elétrica mais uma instância recursal: o Conselho Deliberativo, como órgão máximo da Agência Estadual, que terá trinta dias para publicar sua decisão no Diário Oficial do Estado. E isto, porque a Lei Complementar nº 833, de 17 de outubro de 1.997, regulamentada pelo Decreto Estadual nº 43.036, de 14 de abril de 1.998, respectivamente, que cria a autarquia e que aprova o seu regulamento, prevêm mais esta instância, tendo-se em vista que a Comissão, no âmbito do Estado de São Paulo, por força

constitucional (artigo 25, parágrafo 2º, da Constituição Federal, de 1.988)⁵, é, também, o órgão regulador, controlador e fiscalizador dos serviços públicos de gás canalizado.

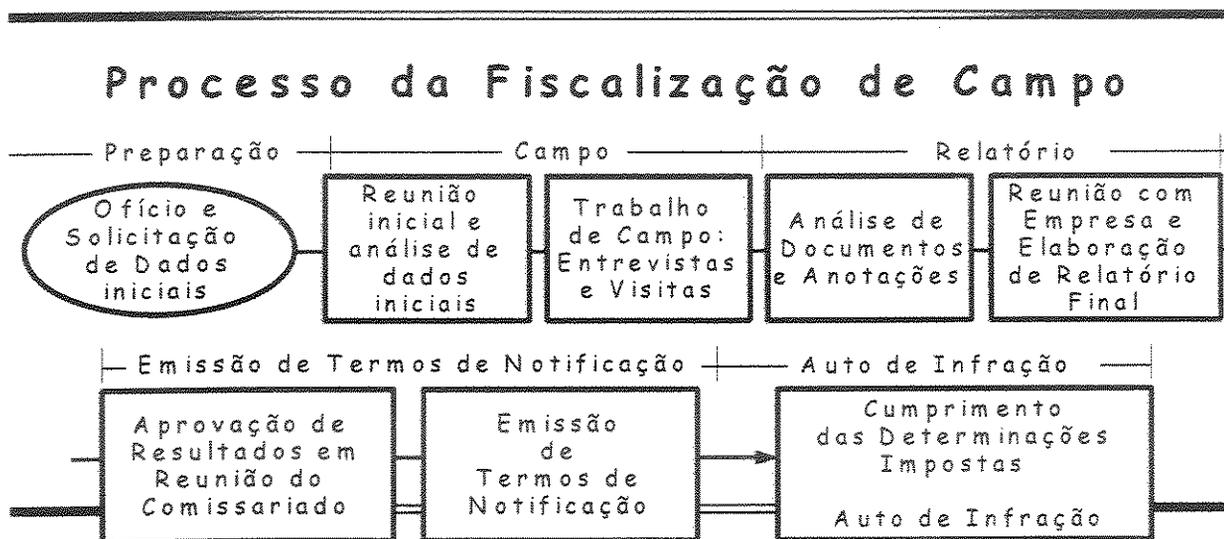
Vencida essa etapa, e na hipótese de inconformismo do concessionário do setor elétrico, poderá, ainda, solicitar pedido de reconsideração ao próprio Conselho Deliberativo que, na hipótese de não provimento ao pleito, encaminhará o processo à Diretoria da ANEEL, que receberá o recurso, com efeito suspensivo, devendo divulgar sua decisão no prazo de trinta dias.

Como se pode observar, o princípio constitucional da ampla defesa é assegurado ao concessionário, que poderá esgotar, na esfera administrativa, todas as instâncias recursais, para, depois, querendo, procurar o Poder Judiciário caso não concorde com as decisões que lhe sejam desfavoráveis.

A Figura 6 apresenta o fluxograma do processo de fiscalização na agência reguladora paulista, ressaltando-se que a linha inferior do fluxograma pode ser abandonada se, na reunião final com a Concessionária forem sanadas as não conformidades identificadas pela equipe de fiscalização, sem prejuízo aos consumidores, ou que sejam tomadas as medidas reparadoras necessárias para cumprimento de restituição/ressarcimento que regularizem a relação comercial ou a questão técnica apurada.

⁵Vide nota 2, p. 32.

Figura 6: Fluxograma de Fiscalização de Campo



Fonte: Comissão de Serviços Públicos de Energia – CSPE

4.5.5. Mediação e Arbitramento na Atividade Regulatória

O exercício da mediação aponta para uma forma ágil e eficaz de atuação das Agências Reguladoras, evitando, muitas vezes, um litígio judicial que acaba por levar as partes a vários anos de conflito em razão de uma série de procedimentos legais a serem observados.

A própria Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95), em seu artigo 23, inciso XV, determina que os contratos de concessões devem conter cláusula que contemple “... modo amigável de solução das divergências contratuais”.

No caso da Comissão de Serviços Públicos de Energia – CSPE, a Lei Estadual nº 833, de 17 de outubro de 1.997, que criou esta autarquia, estabelece em seu artigo 3º, inciso XII, que:

“Art. 3º - Compete ainda à Comissão:

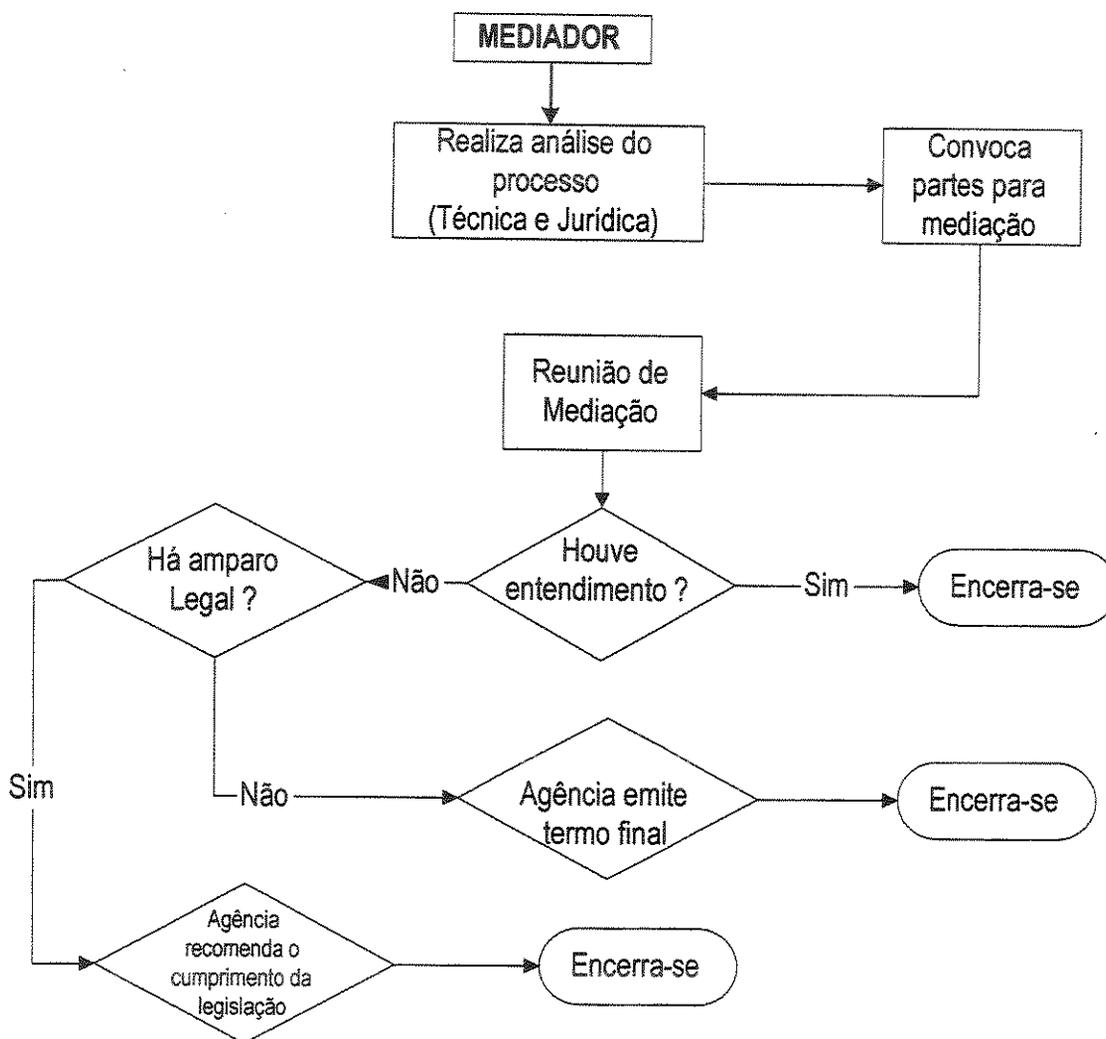
(...)

XII – moderar e dirimir conflitos de interesses, relativos ao objeto das concessões, permissões e autorizações, podendo se valer do apoio de peritos técnicos especificamente designados.”

Claro está, que, deste dispositivo depreende-se a figura da mediação.

Dando cumprimento às atribuições que lhe foram outorgadas por lei e, também atendendo aos compromissos firmados através do convênio de descentralização de atividades complementares com a ANEEL, a agência reguladora paulista se utiliza, com frequência, da mediação para solucionar problemas decorrentes da concessão dos serviços, conforme fluxograma apresentado na Figura 7.

Figura 7: Fluxograma de Mediação



Outro instrumento possível de solução de conflitos extrajudicial é a arbitragem. Esta não se confunde com a mediação. Pode-se dizer até mesmo que a mediação integra a arbitragem. Na mediação o agente busca conciliar as partes, sugerindo alternativas. Na arbitragem, ultrapassada a fase de mediação, sem êxito e obedecidos os procedimentos próprios, o árbitro proferirá uma decisão que obrigará seu cumprimento pelas partes litigantes. Assim, na arbitragem, diferentemente da mediação, o árbitro profere decisão de caráter impositivo e coercitivo.

Conquanto a arbitragem esteja prevista no ordenamento legal, de longa data, ainda não se desenvolveu a cultura de seu uso como meio de solução de conflitos (Landini, 2001c). O Código de Processo Civil (CPC) já contemplava a arbitragem, porém condicionava a sua validade à homologação judicial do laudo, frustrando-se, assim, a agilidade e maior informalidade que devem caracterizar este instituto.

A Lei nº 9.307, de 29 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem), ao disciplinar a matéria, pôs fim às dificuldades até então existentes, porém, mesmo assim, ainda é incipiente seu uso, fazendo com que o Poder Judiciário acumule um número cada vez maior de processos, dos quais muitos seriam possíveis de solução através de arbitragem.

A grande questão que se impõe é quanto a viabilidade de aplicar-se a arbitragem nos conflitos oriundos dos contratos de concessão. Estabelece a Lei de Arbitragem que a mesma poderá ser usada para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, porém os contratos administrativos, nos quais se incluem os contratos de concessão, pertencem à categoria dos direitos patrimoniais indisponíveis, por terem como objeto o bem público, preponderando, assim, a supremacia do interesse público e, desta forma, a administração não poderia abrir mão de recorrer ao judiciário. Efetivamente, o assunto não é pacífico e ainda carece ser melhor disciplinado.

Por outro lado, também as leis que criaram as Agências Reguladoras (ANEEL, ANATEL, ANA, ANS e ANVISA), não trazem, em seus dispositivos legais, a expressa previsão legal, no sentido que tais agências possam solucionar eventuais conflitos através da arbitragem. A exceção

é a ANP, que na lei que a instituiu (Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1.997) estabelece claramente, em seu artigo 20, tal possibilidade:

“Art. 20. O regimento interno da ANP disporá sobre os procedimentos a serem adotados para a solução de conflitos entre agentes econômicos, e entre estes e usuários e consumidores, com ênfase na conciliação e no arbitramento”⁶.

Seguindo esses princípios, o Regimento Interno da ANP, aprovado pela Portaria do Ministério de Minas e Energia nº 215, de primeiro de julho de 1.998, determina no artigo 33 que:

“Art. 33. Para fins previstos no art. 20 da Lei nº 9.478, de 1.997, a ANP, mediante conciliação e arbitramento, atuará de forma a....”⁷.

E, mais, o inciso X, do artigo 43 da Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1.997, também dispõe, entre outras competências, que:

“Art. 43. (...)

X – as regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional”⁸.

Pois bem, a indústria de exploração e transporte de petróleo, ao contrário da energia elétrica, não é tida como sendo serviço público e sim uma atividade econômica, conforme se depreende da Emenda Constitucional nº 9, de 09 de novembro de 1995, que deu nova redação ao artigo 177, da Constituição Federal, de 1988, daí o permissivo do arbitramento.

Ocorre, porém, que uma das funções relevantes tanto da ANEEL, quanto das agências estaduais, é buscar a solução de conflitos entre os agentes que desenvolvem atividades no setor

⁶grifei

⁷idem

⁸ibidem

elétrico, os usuários e os consumidores, por meio da mediação, e a arbitragem, somente quando solicitada pelas partes em litígio.

É neste cenário de transformações que se insere a iniciativa de proporcionar e motivar, que as agências de regulação utilizem meios extrajudiciais, como a arbitragem, para resolver controvérsias de forma ágil e com base no ordenamento jurídico.

As situações práticas e o debate sobre o tema é que possibilitarão que o diploma legal em questão possa ser adequado para uma utilização mais ampla, a fim de que este moderno e eficaz instrumento extrajudicial de composição de conflitos, contemple, também, contratos da administração pública.

Há que se ter presente, também, que tais agências, decorridos poucos anos de atuação, estão dando os primeiros passos de uma longa caminhada, em que a análise jurídica e doutrinária, das situações práticas sinalizará para a descoberta dos meios mais eficazes de exercerem suas funções.

Capítulo 5

A Integração do “Direito” no Relacionamento entre os Agentes do Setor Elétrico Paulista

Os temas a serem apresentados neste capítulo caracterizando o “estudo de campo”, são originários de inexistência ou de falta de clareza nas Resoluções do setor, ou decorrentes de práticas abusivas comuns e, portanto, consolidados entre agentes prestadores dos serviços de energia elétrica, fruto da prestação do mesmo através de monopólios, da inexpressiva atuação histórica do DNAEE, e da inexistência de legislação e fórum especial de garantia do direito do consumidor, que gradativamente se torna conhecedor dos dispositivos contidos no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1.990), bem como faz uso e requer sejam respeitados seus ditames.

Assim, serão apresentados alguns exemplos de processos instaurados na CSPE, que redundaram na efetiva integração do Direito na relação entre os agentes, deixando evidente que este procedimento ainda se mostra incipiente e que apenas a vivência neste novo universo e dos debates e discussões de cada ponto específico deverá se consolidar um diploma cada vez mais completo, ágil e eficiente em dirimir questões que envolvem a prestação de serviços públicos, nestes casos, voltados ao fornecimento de energia elétrica, mas que podem servir de arcabouço, também, para o gás canalizado quando de sua maior extensão na prestação dos serviços no Estado de São Paulo.

5.1. Ressarcimento de Danos Causados na Prestação dos Serviços

5.1.1. A Teoria Objetiva, do Risco Integral, ou do Risco Administrativo

Este subitem tem por objeto analisar as alegações das concessionárias, contidas em suas análises técnicas e jurídicas, em que procuram justificar os motivos pelo não atendimento de solicitações de consumidores relativas a danos causados por ocorrência nas redes de distribuição de energia, utilizando-se, para tanto, da teoria subjetiva, onde a responsabilidade do causador do dano somente se configura, se agiu com dolo ou culpa, razão, porque, atribuem a caso fortuito, força maior e ação de terceiro como fatores excusativos de responsabilidade.

A matéria não é nova, e já foi, por diversas vezes, apreciada, como rechaçada, pelos entes reguladores e de proteção ao consumidor, em face de iterativa jurisprudência sobre o assunto e da moderna doutrina aplicável à espécie. O fato é que a negativa de atendimento dos pleitos de consumidores acaba, quase sempre, levando a uma situação de conflito entre o concessionário distribuidor de energia elétrica e o usuário de tais serviços, em que se torna necessária à atuação do agente regulador para mediar e dirimir tais conflitos.

Comentários doutrinários à parte, e que não interessam ao tema central relativo ao ressarcimento dos prejuízos causados em equipamentos elétricos sofridos através da rede elétrica, o caso é que o esquema clássico da responsabilidade civil foi definitivamente alterado e ampliado pelo Código de Defesa do Consumidor – CDC

Sem sombra de dúvida, o direito brasileiro inovou em termos de defesa do consumidor. Todos os direitos e deveres relacionados, tanto ao consumidor quanto ao fornecedor, encontram-se sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, foi criado um microssistema, onde, somente, se conhecem matérias relacionadas à relação de consumo.

Antes da publicação do Código Consumerista, as obrigações exercidas entre “pessoas”, exceto as oriundas da relação de trabalho, eram reguladas ou pelo Código Civil (1916) ou pelo Código Comercial (1850). Com o Advento do referido diploma, as relações jurídicas, determinadas “relações de consumo”, passaram a ser, única e exclusivamente, regidas pelo CDC

Desta forma, esse Código nada revogou em termos de direito civil ou comercial, somente retirou-lhes a competência para disciplinar essa relação (Landini, 2001d).

Assim, todas às vezes que se estiver diante de uma relação de consumo, estar-se-á submetido às regras atinentes ao CDC. Entendendo-se por relação de consumo, aquela realizada entre fornecedor de um lado, e consumidor, de outro, cujo objeto seja o fornecimento do produto ou a prestação de serviço.

Para fundamentar a reparação civil, por danos causados por falha no serviço, o CDC afastou-se, portanto, da responsabilidade por culpa, que tem seu fundamento no art. 159, do Código Civil vigente⁹, adotando a responsabilidade sem culpa, fundada no risco, também conhecida por teoria objetiva, do risco integral, ou do risco administrativo (Landini, 2001e).

Essa responsabilidade, baseada no risco, veio ganhando, gradativamente, mais aplicabilidade tanto nas legislações modernas como na consciência dos juristas e julgadores, desde antes da Assembléia Nacional Constituinte, que acabou por aprovar, no Projeto de Constituição, dispositivo que consagra a teoria do risco administrativo, atribuível, também, às prestadoras de serviços públicos, ainda que empresas de direito privado (art. 44, § 7º - Capítulo VIII – Secção I – Disposições Gerais), tendo em vista o fenômeno da economia, denominada de massa, característica da sociedade atual.

O art. 37, § 6º, da Constituição Federal, de 1988¹⁰, incorporou, integralmente, a disposição contida no Projeto de Lei da Constituinte, de modo que, através da responsabilidade objetiva, o causador do dano – agente – mesmo que isento de qualquer culpa, deve ressarcir o prejuízo causado, porque sua responsabilidade é presumida e imposta por lei.

⁹ Art. 159 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

(...)

¹⁰ Art. 37 - (...)

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado, prestadoras de serviços públicos, responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Segundo essa teoria, devem ser consideradas como responsáveis as empresas criadoras de riscos, em busca de proveitos individuais. Se de suas atividades colhem grandes proventos, pondo em risco a segurança alheia, parece justo que carreguem os ônus, respondendo pelos riscos disseminados.

Resumindo, o fundamento principal dessa teoria condensa nas seguintes considerações (Lima, 1941): “Não é justo, nem racional, que a vítima que não colhe os proventos da atividade criadora dos riscos, e que para tais riscos não concorreu, suporte os azares da atividade alheia. A questão da responsabilidade, que é mera questão de reparação de danos, de proteção do direito lesado, de equilíbrio social, deve, pois ser resolvida atendendo somente aquele critério objetivo: quem guarda os benefícios que o acaso de sua atividade lhe proporciona deve, inversamente, suportar os males decorrentes da mesma atividade”.

Assim, a simples colocação de um serviço ou produto no mercado pode gerar a responsabilidade nesse serviço ou produto, em face de eventuais riscos que poderá representar. Genericamente, risco significa o perigo a que está sujeito o objeto de uma relação jurídica de perecer ou deteriorar-se.

Importante estudo sobre o declínio da responsabilidade, e de que esta se funda na culpa, aborda também o surgimento da teoria do risco, inclusive nos sistemas jurídicos estrangeiros (Dias, 1979). No sistema francês, por exemplo, o ilustre autor refere-se a Gaston Morin, para quem a culpa não é senão “uma mentira jurídica destinada a camuflar a realidade”. Pelo teor da afirmação do Jurista francês, pode-se entender a conclusão desse Autor, no sentido de que “com relação ao problema da culpa, em geral, fica positivada a necessidade de uma revisão no conceito de responsabilidade”.

Aliás, não é de hoje que os autores se preocupam em apontar a insuficiência da responsabilidade fundada na culpa, para sustentar reparação de danos, ao contrário do que sustentam alguns, que se colocam na contra-mão da corrente jurisprudencial e doutrinária dominante.

Nessa esteira, é, também, o art. 25, da Lei nº 8.987/95 (Lei de Concessões)¹¹, que nada mais fez senão reiterar, em nível infraconstitucional, o comando já inserto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, de 1988¹², bem como nas disposições contidas nos Contratos de Concessão – Distribuição, “que atribuem, ao concessionário, a responsabilidade por todos os prejuízos causados ao Poder Concedente, aos usuários, ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua essa responsabilidade”.

O CDC, que trata única e exclusivamente as relações de consumo, possui regras com características peculiares e marcantes, que não se confundem com de outros sistemas, também adota a responsabilidade objetiva em seus dispositivos legais. O artigo base, que funciona como ponto central de toda a responsabilidade civil, nesse Código, encontra-se arrolado entre os direitos básicos do consumidor. Segundo o inciso VI, do artigo 6º, do Código Consumerista, são direitos básicos do consumidor, a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais e difusos.

Os artigos 12, 14 e 22, do CDC regulamentam a responsabilidade do produto e do serviço. Quando nos artigos 12 e 14, o Código Consumerista utiliza a expressão “independentemente da existência de culpa”, institui a responsabilidade objetiva do fornecedor. Isso significa que o fornecedor será responsabilizado pela indenização, mesmo que não tenha agido com negligência, imperícia ou imprudência, ou seja, que não tenha tido culpa. Basta o consumidor provar a existência do fato, do dano e do nexo de causalidade entre ambos, para que tenha direitos a indenização do concessionário ou fornecedor do serviço.

No que concerne ao art. 22, os serviços públicos devem ser corretos, eficientes e seguros, inclusive os de atendimento ao consumidor, que forem criados e mantidos pelo Poder Público, o que, também, é função das Agências Reguladoras, dentre outras atividades de sua responsabilidade. O CDC estabelece que os referidos serviços, quando forem essenciais, como luz, água e telefone, sejam contínuos, valendo dizer, prestados sem interrupção, cabendo até

¹¹ Art. 25 - Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade.

(...)

¹² V. nota 10, p. 50.

mesmo ação judicial para obrigar as empresas públicas a prestarem os referidos serviços sem interrupção, bem como para a obtenção de indenização por danos sofridos com a interrupção dos referidos serviços.

No entanto, torna-se imperioso esclarecer que os incisos I e II, do parágrafo 3º, do art. 6º, da Lei nº 8.987, de 13.02.95¹³, ressaltam que “não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I – motivada por razões de ordem técnica de segurança das instalações; II – por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade”.

Após esta breve digressão, como defesa do concessionário ou do fornecedor, e para que haja o necessário equilíbrio entre as partes, o parágrafo 3º dos artigos 12 e 14, admitem tal possibilidade na hipótese de acidente de consumo. Essa defesa somente poderá se basear em duas condições excludentes de responsabilidade:

- a-) quando provar que, tendo prestado o serviço o defeito inexistiu;
- b-) e que a culpa pelo fato foi exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Frise-se que, mesmo quando comprovada a culpa de terceiro, conforme se verifica da letra “b” supra, o ressarcimento ao consumidor se dará pela concessionária, e, caso queira, promover a ação de regresso contra o causador do dano, sendo que o item 5.1.3. abrangerá com maior profundidade o assunto.

5.1.2. Força Maior e Caso Fortuito

Pois bem, a força maior e o caso fortuito, previstos no art. 1.058, e parágrafo único, do Código Civil¹⁴, também fazem cessar a responsabilidade, pois a constatação de uma dessas circunstâncias exclui a obrigação de reparar o dano.

¹³ 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, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º - Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 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.

¹⁴ Art. 1058 - O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito, ou de força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado, exceto nos casos dos arts. 955, 956 e 957.

A noção de caso fortuito ou de força maior (Álvares, 1978), decorre de três elementos: inevitabilidade, imprevisibilidade e irresistibilidade. Não há acontecimentos que possam, a princípio, ser sempre considerados casos fortuitos ou de força maior. Tudo depende das condições, de fato, em que se verifique o evento.

Portanto, danos materiais causados por descargas atmosféricas, tempestades, tormentas, vendavais, etc., são fenômenos naturais, totalmente previsíveis, no dia de hoje, e não mais reconhecidos como casos fortuitos ou de força maior, pela moderna doutrina, quanto pela jurisprudência dominante de nossos Tribunais.

Frise-se, por oportuno, que algumas empresas distribuidoras de energia elétrica, em razão disso, passaram, dentro de seus Programas Anuais de P&D (Pesquisa e Desenvolvimento), a desenvolver projetos correlatos de pesquisa de atividades das descargas atmosféricas, em suas respectivas áreas de concessão. Com o melhor conhecimento da fenomenologia das descargas atmosféricas, é possível projetar melhor as proteções das redes de distribuição, subsidiar estratégias de atendimento às ocorrências e prover as áreas de engenharia com informações que permitam avaliar o desempenho dos materiais e equipamentos instalados na rede de distribuição.

Assim, o que no início deste século era considerado caso fortuito ou de força maior, hoje, talvez já não o seja, e o que hoje se caracteriza como tal, amanhã poderá deixar de sê-lo em virtude do progresso da ciência, do desenvolvimento da tecnologia ou da maior providência humana.

5.1.3. Fato de Terceiro

Também o fato de terceiro, previsto no Código Civil (art. 1.520)¹⁵, sendo causa exclusiva de prejuízo, de idêntica maneira, faz desaparecer a relação de causalidade entre a ação e omissão do agente e o dano. No entanto, tal exclusão somente se dará quando o fato de terceiro ocorrer em circunstâncias que possam se assemelhar ao caso fortuito ou força maior, ou seja, de forma imprevisível ou inevitável. Nessas condições, se poderá falar em exclusão de responsabilidade do

¹⁵ Art. 1520. Se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este ficará com ação regressiva, no caso do art. 160, II, o autor do dano, para haver importância, que tiver ressarcido ao dono da coisa.
(...)

agente causador direto do dano. Caso contrário a responsabilidade e o dever de indenizar remanescerá com o prestador do serviço, em face de inexistência de relação comercial entre o causador do sinistro e solicitante. Entretanto, a concessionária é parte integrante do processo de dano, pois pode-se dividir a ocorrência em duas etapas, quais sejam, tomando, por exemplo, um abalroamento de poste:

a-) incidente provocado pelo Sr. Fulano de Tal, abalroando o poste XYZ/123, à rua XXX, altura do número xyz;

b-) curto-circuito provocado por abalroamento, seguido de interrupção de fornecimento a área suprida pelo alimentador Gato Preto 105 – 13,8 kV.

Pois bem, o Sr. Fulano de Tal é o causador do acidente, reconhecido, identificado, e com endereço conhecido, porém a causa do dano foi consequência das operações de proteção da rede, frente ao evento, conduzida até a unidade consumidora pela rede de distribuição da concessionária.

Neste caso o responsável pela Unidade Consumidora é ressarcido pela concessionária que inclui em sua ação de regresso junto ao Sr. Fulano de Tal, este e todos os demais valores dispendidos na reparação da rede de distribuição decorrentes do acidente.

Apesar de não estar explicitado no CDC, tais previsões são perfeitamente válidas para efeito de eventuais ocorrências que resultem em danos ao consumidor.

No entanto, a exoneração da responsabilidade civil por ato de terceiro somente terá lugar se for identificada a pessoa causadora do dano, e, ainda, necessário se torna haver prova de que o comportamento deste seja determinante exclusiva do resultado danoso, e que a participação no evento tenha se dado de maneira total, não se admitindo a participação de forma parcial.

Sobre o ponto, evidencia-se:

“Fundamental é estabelecer se para o fato danoso o comportamento do terceiro é a determinante exclusiva do resultado danoso” (Pereira, 1989).

Ainda sobre o tema, conclui-se:

A participação de pessoa estranha na causação do dano pode ocorrer de maneira total ou parcial, isto é, o dano será devido exclusivamente ao terceiro; ou reversamente este foi apenas co-partícipe, ou elemento concorrente no desfecho prejudicial. Apenas no primeiro caso é que se pode caracterizar a responsabilidade de terceiro, porque somente então estará eliminado o vínculo de causalidade entre o dano e a conduta do indigitado autor do dano.

No mundo contemporâneo introduziram-se certas atividades geradoras de risco, como atividade atômica, exploração de minérios, manipulação de produtos químicos, a energia elétrica, etc. (Bittar, 2001). Em razão disso, desenvolveu-se a teoria do risco das atividades perigosas, com responsabilidade objetiva, onde se ressalta:

“Assim, nessa nova concepção, basta que exista nexo de causalidade entre o exercício da atividade e o dano superveniente para que se completem os pressupostos da responsabilidade em concreto”.

“Preocupação, primeira, é nesse sistema, a pessoa da vítima, cuja condição pessoal, ou posição econômica, ou mesmo as incertezas do processo muitas vezes a afastava, na teoria anterior, da justa indenização pelo dano sofrido”.

“A obrigação de reparar o dano surge, pois, do simples exercício da atividade que o agente desenvolve, em seu interesse e sob seu controle, em função do perigo que dela decorre para terceiros. Tem-se, então, o risco como fundamento da responsabilidade”, segundo o mesmo autor.

Quanto a abaloamento de postes e objetos atirados nas redes distribuidoras de energia elétrica, atribuídos a fatos de terceiros, e freqüentemente utilizados como excludente de responsabilidade pelas concessionárias dos serviços públicos de energia elétrica, como já

expendido anteriormente, necessita que o terceiro (causador do dano) seja identificado e que seja comprovado que o dano se deu, única e exclusivamente, por sua ação. O que se torna de difícil comprovação é a não participação da concessionária no evento. É que poderia ela, caso mantivesse instalados dispositivos protetores de desligamentos, evitar eventuais transtornos ou curtos-circuitos, com conseqüentes danos ao consumidor, o que à evidência caracteriza a *faute de service*, que determina a sua responsabilidade, ainda que parcial, no evento danoso, como apresentado no exemplo.

Outro aspecto relevante na caracterização do risco em casos de ressarcimento de danos por terceiros, é que a exclusão da possibilidade, ou de sua redução quase plena, é factível pela implementação de um sistema subterrâneo, eliminando o acesso ao sistema. Entretanto, sua implantação é extremamente onerosa, quando comparada com as alternativas aéreas, fazendo com que o prestador do serviço opte pela redução do custo, porém assumindo uma condição de risco operativo maior. Não há, portanto, que se alegar inevitabilidade ou força maior quando da concretização da ocorrência.

Trata-se de uma opção que teve por base a melhor alternativa econômico-financeira sendo necessário, portanto, incluir-se uma reserva para suportar os ônus decorrentes das solicitações de ressarcimentos de danos, por toda a extensão de vida útil do empreendimento, em função da alternativa escolhida.

5.1.4. Queda ou Contato de Galhos, Árvores e Outros Objetos

Outro fato comum se relaciona com a queda ou contato de galhos, árvores ou outros objetos atirados sobre a rede de energia elétrica, sempre atribuída pelas concessionárias senão como caso fortuito, como culpa de terceiro, o que também não lhes assiste razão.

O que há, na verdade, é uma clara distinção entre os preceitos que regulam a servidão, constituída em áreas de domínio privado (artigo 151, letra “c”, do Decreto nº 24.643/34; artigos 1º ao 7º, do Decreto nº 35.851/54; e artigo 108, letra “c”, do Decreto 41.019/57), e aqueles que regem as servidões administrativas, instituídas em áreas de domínio público (artigo 151, letra “a”,

do Decreto nº 24.643/34; artigo 108, letra “a”, do Decreto nº 41.019/57; artigos 1º ao 7º, do Decreto nº 84.389/80 combinado com o Decreto nº 86.859/82).

Disso decorre que se torna possível falar, no âmbito da legislação setorial, em poda preventiva e emergencial, quando se trata de servidão que onere propriedade privada, e, unicamente, em poda emergencial, quando essa servidão se acha sobre área de domínio público.

Nesse passo, convém destacar que se está a considerar a poda emergencial como a que se torna necessária para eliminar, de imediato, as condições inseguras impostas pela interferência de árvores na rede elétrica, e por seu turno, como poda preventiva, aquela que se realiza diante de indícios, de que as condições inseguras, que irá reclamar uma intervenção de emergência, venham a ocorrer.

Assim, cumpre esclarecer que sendo poda emergencial um dever, frente a uma situação fática que impõe o pronto atendimento, para afastar-se um perigo iminente, tem-se que, apesar de constituir-se numa atitude lógica e natural, ainda assim, encontra previsão legal, expressa no nosso ordenamento civil, que a esse respeito reconhece que “não constitui ato ilícito a destruição de coisa alheia a fim de remover perigo iminente” (art. 160, inciso II, Código Civil)¹⁶, “desde que não excedido o limite do indispensável” (artigo 160, § único), desse mesmo diploma legal.

Desse modo, apresentando-se a poda emergencial como um dever que tem de ser cumprido, ainda que venha a ferir direito de outrem, pela destruição de coisa, pouco importará para o caso que a árvore esteja em área de servidão de domínio público ou privado, já que aquilo que se requer é a remoção do perigo iminente.

Já as podas preventivas, justificadas, por si, pela ameaça às linhas de transmissão e de distribuição, que se caracterizam como um prenúncio de um perigo futuro potencial, exigem, igualmente, para que venham a ser executada, a existência de uma norma legal para ampará-las, ou então a ocorrência de um concurso de vontades, a exemplo dos convênios, com tal objetivo, comumente celebrado entre Municipalidades e concessionários.

¹⁶ V. nota 13, p. 53.

Porém, o direito de deter a ameaça à linha de transmissão e distribuição, sem concurso de vontade do proprietário da área objeto da servidão, acha-se, unicamente, estabelecido para servidões instituídas em áreas de propriedade privada, vez que no tocante àquelas constituídas em áreas de domínio público a lei nada dispõe a respeito. Com efeito, por integrarem os chamados “bens públicos” as arborizações urbanas estão sob o domínio do poder público municipal (artigos 65 e 66, I, do Código Civil.)¹⁷ e, por isso, compete-lhe a sua manutenção, pelos serviços regulares de poda.

Isso significa dizer que, no quanto se refere às servidões administrativas, que oneram as vias públicas dos municípios, ter-se-á que buscar o consentimento prévio destes para que se possam efetuar as podas preventivas. O que é totalmente desnecessário quando se tratar de poda emergencial, ante o disposto no parágrafo 2º, do artigo 3º, do Decreto nº 35.851/54¹⁸, que permanece vigendo há mais de quatro décadas.

Mas, ainda que a conduta omissa fosse da Municipalidade e não da concessionária, caberia a esta o dever de indenizar e, ato contínuo, promover a ação de regresso contra o culpado, conforme estabelece o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, de 1988¹⁹.

A mesma característica se dá com cartazes, placas, outdoors, etc., instalados ao longo das redes de distribuição e transmissão, exigindo ações corretivas e preventivas do prestador do serviço, assumindo o procedimento aqui aventado.

¹⁷ Art. 65 - São públicos os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados, ou aos Municípios. Todos os outros são particulares, seja qual for à pessoa a que pertencerem.

Art. 66 - Os bens públicos são:

I - de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças;

(...)

¹⁸ Art. 3º - (...)

§ 2º - Aos concessionários é assegurado o direito de mandar podar ou cortar quaisquer árvores que, dentro da área da servidão ou na faixa paralela à mesma, ameçam as linhas de transmissão ou distribuição.

¹⁹ V. nota 10, p. 50.

5.1.5. Nexo de Causalidade

Para a consolidação do direito ao ressarcimento de danos do solicitante (Rodrigues, 1976) exige-se a prova da existência da relação de causalidade: “Para que surja a obrigação de reparar, mister se faz a prova de existência de uma relação de causalidade entre a ação ou a omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima. Se a vítima experimentar um dano, mas não se evidenciar que o mesmo resultou do comportamento ou da atitude do réu, o pedido de indenização, formulado por aquela, deverá ser julgado improcedente.”

Não há, pois, responsabilidade sem prejuízo. O prejuízo causado pelo lesante é o dano. “Em nenhum caso, a responsabilidade das pessoas físicas, ou jurídicas, pode prescindir do evento danoso”. Sem o dano não há responsabilidade civil, sendo necessário, para haver a reparação que entre o ato ilícito e o dano se verifique, o nexos lógico da causa e efeito (Cretella Júnior, 1988).

Disso resulta que a condição *sine qua non* da existência do prejuízo, para o surgimento da responsabilidade, e conseqüente possibilidade de ressarcimento a favor do agente passivo seja a pessoa que sofreu o prejuízo.

Os pressupostos da responsabilidade são: “Aquele que infringe a norma; a vítima da quebra; nexos causal entre o agente e a irregularidade; o prejuízo ocasionado – o dano – a fim de que se proceda à reparação, ou seja, tanto quanto possível, ao reingresso do prejudicado no status econômico anterior ao da produção do desequilíbrio patrimonial” (Cretella Júnior, 1988).

O que se verifica, porém, é que nem sempre o lesado consegue provar esses elementos e, em conseqüência, a vítima remanesce não indenizada, posto se admita que foi efetivamente lesada. Dentro da doutrina de culpa, dependerá da comprovação pelo lesado, da vulneração de norma preexistente e o vínculo de causalidade entre o dano e antijuridicidade da conduta do agente.

Em face do acima consignado, vale lembrar ainda, por oportuno, que o art. 6º, inciso VIII, do C.D.C., estabelece a inversão do ônus da prova. Portanto, se ocorreu a inexistência de nexos causal, entre a existência do fato e o dano, compete à concessionária fazer prova, caso a caso, e

de forma insofismável, que o sinistro não ocorreu, ou na hipótese de que tenha ocorrido, por culpa única e exclusiva do consumidor ou do terceiro; nesta última condição devendo, ainda, haver o ressarcimento e a busca da concessionária junto ao culpado, do repasse deste ônus.

5.1.6. Corrente Jurisprudencial

“O desenvolvimento da ciência, o progresso do maquinismo, a multiplicação e mecanização dos meios de transporte trouxeram uns aumentos brutais de acidentes, criando uns novos estados de coisas, que não se compara com o passado. Não podendo evitar esse crescente número de vítimas, se faz necessário, ao menos, proporcionar a elas os meios adequados para se indenizarem” (Josserand, 1936).

Assim, a jurisprudência, acabou por afastar da teoria da culpa, no sentido de alargar a responsabilidade daqueles que exploram e administram as coisas tidas como perigosas, situando-se, na hipótese, as empresas que compõem o setor elétrico, como se verifica em decisões de nossos mais diversos Tribunais, cujas transcrições de suas ementas se encontram no ANEXO I. desta dissertação.

5.1.7 - Considerações e Ações Adotadas sobre este Escopo pela Agência Paulista

Frente à valorização de exercer as ações delegadas pela ANEEL, a CSPE atua na função de ouvidoria que, basicamente, fornece informações e respostas às dúvidas dos consumidores, de uma forma geral, além de ser um “terceiro estágio” recursivo de atendimento do setor elétrico, sendo os primeiros o escritório local da concessionária, e a Ouvidoria da própria concessionária.

Caso a solicitação do pleiteante não tenha sido atendida pela concessionária, em seus dois estágios, ou a solução apresentada pela mesma não lhe seja satisfatória, apresenta-se ao consumidor mais uma alternativa recursiva que é a Agência Estadual, ou, no Estado em que não haja agências conveniadas, a ANEEL.

A ação recursiva, ou a solicitação do consumidor, ingressa na Ouvidoria da Agência Estadual ou da ANEEL e é analisada tanto em relação ao pleito apresentado quanto à forma de atuação comercial no relacionamento com o solicitante.

Dentre as questões apresentadas pelos consumidores, o ressarcimento de danos se mostrou como um dos mais significativos, e onde havia, e ainda há, uma certa área obscura nos diplomas legais do setor elétrico.

É preciso que se diga, no entanto, que no caso da energia elétrica, as Agências Reguladoras responsáveis pela fiscalização da prestação desses serviços, em face do disposto no inciso IV, do artigo 3º, da Lei nº 9.427, de 26.12.96²⁰, nada inovaram ou inventaram (Andrade, Landini e Prado Júnior, 2001). Estão apenas a exigir que as concessionárias ou permissionárias de energia elétrica, melhor observem as disposições contidas em seus contratos de concessão, ou nos atos de outorga estabelecidos com o Poder Concedente, bem como o disposto no art. 101, da Resolução ANEEL nº 456, de 29.11.2000, e que cumpram, também, o que se encontra previsto nas seguintes leis, como na atual Carta Política:

- Artigos 6º, inciso VI, 12 e 14, § 3º e 22, § único, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor);
- Artigo 7º, inciso I, e 25, da Lei nº 8.987/95 (Lei de Concessões);
- Artigos 5º, inciso X, e 37, § 6º, da Constituição Federal/88.

É importante frisar que a maioria dos autores que comentam o CDC entende que o legislador adotou a responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco administrativo. “Somos, assim, pela aplicação, entre nós, da doutrina do risco administrativo, como já a defendia o insigne Amaro Cavalcanti, escrevendo que ‘assim como a igualdade dos direitos, assim também a igualdade dos encargos é hoje fundamental no direito constitucional dos povos civilizados’. Portanto, dado que um indivíduo seja lesado nos seus direitos, como condição ou necessidade do bem comum, segue-se que os efeitos da lesão, ou os encargos de sua reparação devem ser

²⁰ Art. 3º - (...)

IV - celebrar e gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, expedir autorizações, bem como fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões e a prestação dos serviços de energia elétrica.

igualmente repartidos por toda a coletividade, isto é satisfeito pelo Estado a fim de que, por este modo, se restabeleça o equilíbrio da justiça cumulativa” (Dias, 1979).

Nesse aspecto, acrescenta-se que a responsabilidade objetiva do CDC é fundada na teoria do risco criado. Basta a existência do dano e do nexo de causalidade entre esse dano e o prejuízo, para nascer a obrigação de indenizar, excluindo-se qualquer indagação a respeito de eventual proveito econômico para o agente.

Assim, para que o concessionário justifique de forma inequívoca a inexistência de responsabilidade sobre os danos causados aos consumidores, ou co-habitadores, no local onde se realiza o suprimento de energia elétrica, lhe cabe o ônus da prova.

Para tanto, o órgão regulador descentralizado procurou adequar esta condição obtendo o consenso de todas as 13 (hoje são 14) concessionárias distribuidoras de energia elétrica existentes no Estado de São Paulo à época (2000), em razão de haver-se discutido, particularmente, suas normas e procedimentos, tendo-se, inclusive, elaborado uma cartilha de conduta para os concessionários relativos aos PID's (Pedidos de Indenizações por Danos).

Nessa cartilha, e em conformidade com o disposto no Código de Defesa do Consumidor, art. 14, § 3º, “o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I – que tendo prestado serviço o defeito inexiste; II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”, foi acordado que:

- Quando o concessionário, ao responder solicitação de ressarcimento do consumidor, exigir previamente à sua decisão final, um ou mais orçamentos para avaliação do reparo solicitado, estará se comprometendo, indiretamente, à efetivação do ressarcimento solicitado, sendo que os custos decorrentes da obtenção dos demais orçamentos exigidos, além daquele em que se efetivará a execução do serviço de reparo, se houver, deverão ser, também, por ele suportados;

- Para a comprovação da qualidade do serviço prestado ao consumidor na data e horário contidos no pedido de ressarcimento, o concessionário deverá apresentar gráficos e registros que comprovem, de forma inequívoca, a inexistência de problemas de desempenho do sistema elétrico;
- São considerados como requisitos da boa prática da prestação dos serviços, a correta proteção da rede a interferências externas. A concessionária deverá obter a comprovação das particularidades da ocorrência em instalações elétricas de unidades consumidoras circunvizinhas àquela que registra a solicitação;
- No caso do dano ter sido originado por um terceiro agente, como, por exemplo, um abalroamento de poste por veículo, embora possa se responsabilizar o agente ativo e dele procurar o recebimento dos prejuízos, cabe a concessionária, em primeira instância, indenizar seu consumidor em decorrência do dano ter sido viabilizado pelos meios físicos da rede da concessionária.

Também ficou acordado entre o órgão regulador estadual e as distribuidoras de energia, em reunião ocorrida em 15.08.2000, nas instalações da Agência Reguladora Paulista, que o indeferimento somente se caracterizaria, quando:

- O concessionário não dispuser de registro de ocorrência para o alimentador e transformador de suprimento à unidade consumidora do reclamante, sendo a mesma a única solicitação existente para esta data, horário e local. A ocorrência será caracterizada por qualquer forma de registro, tanto aqueles decorrentes do contato dos consumidores (telefone, e-mail, carta, balcão de agência, etc.), quanto àqueles decorrentes de falhas de desempenho ou de ocorrências no sistema próprio ou interligado com influência naquela unidade consumidora;
- Estiver configurada que a potencialidade do evento registrado não seja suficiente para causar o dano a que se solicita ressarcimento, em função das características do equipamento danificado. Ficou também consensado que a configuração da potencialidade de eventos, de uma forma geral, deve ser evidenciada através de estudos específicos e

contar com as particularidades decorrentes de rede, inerentes ao fornecimento da unidade consumidora solicitante, a ser caracterizado após a conclusão dos projetos P & D cooperativo, ora em desenvolvimento.²¹. Portanto, os estudos e caracterização da potencialidade de eventos decorrentes de falhas do sistema elétrico, não se encontram disponíveis atualmente, e deverão ser gradativamente integrados aos mecanismos de análise de PID's, sempre que for obtido o consenso entre concessionárias e órgãos reguladores sobre a sua aplicabilidade; e,

- As análises de PID's desenvolvidas pelas concessionárias deverão incluir identificações do sistema elétrico que supre a unidade consumidora, por exemplo, o alimentador e a unidade (ou estação) transformadora para consumidores em baixa tensão (110) 127/220 volts.

As concessionárias de energia elétrica, assim procedendo, além de estarem cumprindo as disposições legais vigentes, também estarão cumprindo o estabelecido no artigo 3º, inciso I, da atual Carta Política, ou seja, estarão construindo uma sociedade livre, justa e solidária (Andrade, Landini e Prado Júnior, 2000).

5.2 Compartilhamento de Infra-Estrutura: Custos de Re-Locação e Remoção de Postes de Sustentação da Rede Elétrica

5.2.1. Uso e Compartilhamento de Infra-Estrutura

A utilização da infra-estrutura, para suporte à prestação de serviços essenciais, tem gerado alguns conflitos entre concessionários e consumidores. Em outra época, essa questão girava exclusivamente em torno de investimentos (para a sua implantação ou uso comum), cujo déficit ainda se verifica em vários setores. Hoje, porém, a discussão se dá em relação ao uso das infra-estruturas existentes dos diversos prestadores de serviço público.

As razões para a mudança de enfoque são múltiplas. O investimento maciço em infra-

²¹ Exemplificando: Ressarcimento de danos elétricos (Companhia Paulista de Força e Luz), Metodologia para suporte à análise de pedidos de indenizações em queimas de aparelhos (Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A.) e Interferência de ocorrência na rede de distribuição nas queimas de eletroeletrônicos (Companhia Piratininga de Força e Luz).

estruturas no Brasil, atual ou previsto para futuro próximo, fez com que a escassez de infraestrutura deixasse de ser o único foco de preocupação das políticas públicas.

A privatização, de boa parte desses ativos, colocou em pauta a relação entre a propriedade privada e o interesse público envolvido na sua utilização. O desenvolvimento tecnológico e industrial fez crescer a demanda e a diversidade de usos para uma mesma infra-estrutura. A competição em vários setores, anteriormente impermeável à iniciativa privada e à lógica de mercado, tornou os antigos monopólios estatais num ponto de atrito entre os diversos concorrentes. E isto porque, nos dias de hoje, gasodutos podem hospedar cabos de fibra ótica ou de energia elétrica, dutos são implantados sob vias públicas, rodovias, e no mar, cabos telefônicos e de TV a cabo em postes de sustentação da rede elétrica.

5.2.2. Interesse Público

Sob o ponto de vista jurídico, a questão do uso da infra-estrutura envolve o seu enquadramento como bens afetos a serviços públicos ou atividade de interesse público. Abrange, também, os limites da intervenção do Estado sobre a propriedade privada, a proteção ao investimento privado e a capacidade regulatória estatal sobre os diversos agentes, concorrentes ao uso dessas infra-estruturas.

Com as privatizações, aumentaram as preocupações com as exigências de interesse público sobre as infra-estruturas. Os novos modelos setoriais previram, sem exceção, restrições a livre utilização da infra-estrutura e o dever de seu compartilhamento.

No setor elétrico, o modelo regulatório assegura aos fornecedores e “consumidores livres” de energia o amplo acesso às redes de transmissão e distribuição, mediante o ressarcimento do custo do transporte, e o custeamento de sua conexão as mesmas. Segundo definido no inciso IV, do art. 2º, da Resolução ANEEL nº 456, de 29 de novembro de 2000, “consumidor livre” é o consumidor que pode optar pela compra de energia elétrica de qualquer fornecedor, conforme legislação e regulamentos específicos. Nas telecomunicações, as empresas prestadoras de serviço de interesse coletivo devem disponibilizar suas redes a outras prestadoras da mesma classe de serviços.

5.2.3. Compartilhamento

O “direito de acesso” aos postes, dutos, condutos e servidões administrativas, necessário à prestação dos serviços é uma questão essencial para o desenvolvimento do país e para a racionalização dos recursos disponíveis.

Por isso, as Agências Reguladoras dos setores de energia elétrica, telecomunicações e petróleo houveram por bem expedir resoluções conjuntas, sobre o compartilhamento de infraestrutura.

Trata-se de uma referência na constituição do marco regulatório sobre o uso da infraestrutura.

Por elas, garante-se, a todos os agentes atuantes nos três setores, o direito de compartilhar infraestrutura de outro agente. O compartilhamento deve observar os princípios de: otimização de recursos e redução de custos operacionais; aumento dos benefícios dos usuários dos serviços; ampla, livre e justa competição; tratamento não discriminatório; e preços justos e razoáveis.

O direito de acesso e de convivência, entre diferentes serviços de interesse público sobre uma mesma infraestrutura tem sido amplamente, reconhecido pelo Poder Judiciário. Os tribunais têm garantido o direito à fixação de preços considerados razoáveis para o compartilhamento de infraestrutura, quando inexistente consenso comercial.

Cumprido ressaltar, entretanto, que esta prática já é, de longa data, utilizada por empresas de energia elétrica, telecomunicações, com caráter mais amplo, em linhas de distribuição, e em áreas urbanas, pois a infraestrutura destas redes também é, de forma geral, utilizada para os serviços de sinalização de trânsito.

A principal característica dos acordos comerciais existentes na história do setor elétrico brasileiro se afigura como a do uso da rede de distribuição de energia elétrica, normalmente a primeira a fazer a implantação da infraestrutura de suporte de rede, para, posteriormente, servir também de sustentação das redes dos serviços de telecomunicações, geralmente telefonia.

Entretanto, em face destas empresas terem implantado os seus sistemas compartilhados na era Estatal, as relações comerciais entre as mesmas chegam a ser pífia, ou seja, meramente, uma formalização do direito de uso, sendo que o seu custo de cessão se mostrava incompatível para suportar a operação e manutenção, sem considerar-se as necessidades de adaptação, frente às alterações tecnológicas onde a ampliação de seu uso face o crescimento populacional e de negócios (comercial e industrial).

5.2.4. Concorrência

Segundo a doutrina, diante de monopólio de infra-estrutura única e indispensável, o detentor da infra-estrutura tenderá a restringir o acesso de outros competidores ou exigir preço excessivo para seu uso. Tal questão chegou ao ramo do direito Concorrencial, em aplicação da doutrina americana denominada *essencial facility*.

Um exemplo bastante significativo (Nusdeo, 2000) foi a ação judicial movida pela MCI contra a AT&T, em razão desta última, detentora do monopólio de telefonia fixa local, negar-lhe algumas interconexões, o que a impedia de fornecer o serviço de telefonia interurbana, na qual concorria a própria AT&T. A doutrina desenvolvida a partir do caso determina que a empresa titular de algo considerado uma *essencial facility* – no caso, a AT&T – é obrigada a torná-la disponível em bases não discriminatórias.

Tal doutrina vem sendo mais aplicada a casos concretos envolvendo infra-estruturas essenciais. Outro caso recente é o do acesso ao gasoduto Brasil-Bolívia pela British Petroleum, cujo desfecho foi a imposição, pelo Agente Regulador – ANP - Agência Nacional de Petróleo - obrigando a Petrobrás a conceder o compartilhamento por preço razoável.

A recente submissão ao CADE, do Ministério da Justiça de controvérsia sobre redes de postes envolvendo empresas de telecomunicações e distribuidoras de energia, é nova etapa do processo de crescente proteção regulatória do interesse público, envolvido no uso das infra-estruturas. A otimização do uso das redes essenciais é de interesse do País, dos consumidores e de seus usuários.

Não compartilhar implicaria desperdício na capacidade existente, e desnecessária duplicação das infra-estruturas atuais, sem benefício para os consumidores. Resta saber, no entanto, se tal liberdade de acesso dos competidores às redes já construídas desencorajaria novos investimentos em implantação de infra-estrutura, que ao que parece é uma questão chave do novo ciclo regulatório, ou promoveria sua ampliação, devido a possível repartição do ônus dos custos de implantação, manutenção e a operação dos mesmos.

5.2.5. A Preservação do Equilíbrio Financeiro do Contrato de Concessão

Dentro dessa nova-velha, característica de uso das redes de distribuição, as solicitações de alteração física por consumidores de energia elétrica, ou empreendedores de novos negócios, em propriedades contíguas às faixas de servidão, requerem a análise dos custos de re-locação e remoção de postes de sustentação da rede elétrica, tornando-se necessário, primeiramente, examinar o parágrafo único do art. 175 da Constituição de 1988²², dadas as inovações nele introduzidas, para a análise da questão de compartilhamento de infra-estrutura, e em especial quanto aos custos destas obras.

Dispõe o mencionado parágrafo:

“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 usuários²³;

III – política tarifária²⁴;

²² Art. 175 - Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

(...)

²³grifei

²⁴idem

IV – a obrigação de manter o serviço adequado”.

Comparando-se essa disposição com a da Carta de 1969 (art. 167), verifica-se que houve certa alteração no modo de conceituar-se a concessão de serviços públicos. Ao mesmo tempo em que foi excluída a referência à “preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato” – visto tratar-se de princípio inerente ao instituto da concessão, preferiu-se adotar duas fórmulas genéricas, determinando-se que caberá a lei dispor sobre “os direitos dos usuários” e a “política tarifária”. Dessa omissão constitucional não se deve inferir que tal direito deixou de existir, já que dele deriva o calço jurídico de outros alicerces do nosso sistema legal”, e assevera-se que o “equilíbrio econômico-financeiro no contrato de concessão estará ao menos implícito, uma vez que nunca será dado fazer exigências que redundem num gravame econômico” (Martins, 1988).

O “equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão (e de todo o contrato desse tipo) é um direito irrenunciável e indisponível do particular contratado” (Mukai, 1988).

Sobre esta citação, esclarece (Meirelles, 1993) que “não importa a supressão desses direitos das concessionárias, mesmo porque a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro está assegurada pelo estatuto jurídico das Licitações e Contratos Administrativos”.

Com a retirada da referência “preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato”, pela Carta Política de 1988, é incontestável que se quis estabelecer claramente, que as concessões e permissões de serviços públicos obedecem a diretrizes políticas próprias e variáveis, de conformidade com a natureza e as finalidades dos serviços. Isto significa que, no setor de energia elétrica, vigora uma política que, de maneira autônoma, visa tanto à proteção do concessionário detentor da infra-estrutura e permissionário (com direito a remuneração que lhe permita manter serviço adequado), como dos usuários, incluindo-se, nestes, empresas que compartilham da infra-estrutura.

Vale, pois, ressaltar que uma questão é inseparável da outra, uma vez que, com base na tarifa a ser cobrada de todos os usuários – conforme diversos critérios técnicos e de justiça social, prefixados em leis e regulamentos – também se fixam os deveres de cada consumidor.

Há, pois, uma equação econômico-financeira entre a previsão global, da receita tarifária devida à empresa detentora dos ativos, e os direitos e deveres de cada usuário, na medida de sua participação, na fruição do serviço concedido, motivo pelo qual o mandamento constitucional prevê lei própria para definir os direitos dos usuários, em se tratando de serviços públicos.

Note-se que essa equação econômico-financeira não constitui privilégio ou regalia do concessionário ou permissionário, mas sim uma exigência do serviço público, o qual, em princípio, deve sustentar-se e desenvolver-se em razão das tarifas outorgadas, cujo cálculo leva em conta tanto o custo do serviço e sua adequada remuneração quanto o interesse geral da comunidade.

Pois bem, das considerações supra resultam duas conseqüências essenciais, a saber:

a) a legislação que rege os serviços públicos é especial, obedecendo a uma política tarifária própria;

b) em razão dessa política tarifária é que a lei deve estabelecer os direitos dos usuários.

A razão de ser dessa correlação resulta do fato inconteste de que um serviço público não pode sofrer solução de continuidade, como decorrência de desídia ou de incapacidade econômica de usuários, que deixem de satisfazer ao pagamento de seus débitos, sendo certo que – conforme a natureza de cada serviço – normas especiais prevêm os modos de agir do concessionário para as diversas hipóteses que eventualmente se apresentem.

5.2.6. A Hipótese dos Custos de Re-Locação e Remoção de Postes

O arcabouço regulatório dos concessionários e usuários da infra-estrutura dos serviços de distribuição de energia elétrica não contempla as hipóteses de direitos e deveres dos agentes compartilhantes e do consumidor de energia, que suporta os custos de prestação deste serviço. Um destes casos é o atendimento de solicitações de remoção e/ou re-locação de postes, por parte de usuários, que, muitas vezes, se sentem impossibilitados de melhor desfrutar de sua

propriedade, seja ela, residencial comercial, industrial ou outros, devido às locações de poste defronte seus imóveis, e, em especial, defronte o acesso de veículos.

Tanto é fato que o art. 109 da Resolução ANEEL nº 456/2000²⁵, que elenca os serviços cobráveis, realizados a pedido do consumidor, não menciona a hipótese de remoção de postes. Deveria, então, tais serviços serem atendidos? O atendimento seria gratuito? Evidente que, para a primeira indagação, a resposta é sim, e, para a segunda, é não. A gratuidade não pode ser considerada como um princípio comum ao conjunto dos serviços públicos.

Esse entendimento fundamenta-se, no que concerne, ao primeiro caso, ao contido no parágrafo primeiro, do art. 98, da supra mencionada Resolução, que dispõe:

“§ 1º a estrutura adequada é a que, além de outros aspectos vinculados à qualidade do atendimento, possibilita ao consumidor ser atendido em todas as suas solicitações e reclamações sem que, para tanto, tenha de se deslocar do município onde reside”²⁶.

Quanto ao segundo caso, que se refere à gratuidade do serviço, relativo a eventual remoção de postes, não seria possível, face ao disposto no parágrafo 2º do art. 1º, da Lei nº 8631/93:

“§ 2º Os níveis das tarifas a que se refere o “caput” deste artigo corresponderão aos valores necessários para a cobertura do custo do serviço de cada concessionário distribuidor, segundo suas características específicas, de modo a garantir a prestação dos serviços adequados”²⁷.

Importante frisar que a Constituição, também, previu a participação do usuário quando estabeleceu, em seu art. 37, § 3º, com redação dada pela Emenda Constitucional 19, de 1998, que a lei disciplinará as formas de participação do usuário na Administração Pública Direta e Indireta,

²⁵ Art. 109 - Os serviços cobráveis, realizados a pedido do *consumidor*, são os seguintes:

- I. vistoria de *unidade consumidora*;
- II. aferição de medidor;
- III. verificação de nível de tensão;
- IV. *religação* normal;
- V. *religação* de urgência;
- VI. emissão de segunda via de *fatura*.

²⁶ grifei

²⁷ idem

estipulando um conjunto mínimo de regras a serem, necessariamente, observadas com a edição da respectiva lei.

Como se percebe, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos não é um mero fim a ser perseguido, mas, antes, uma determinação constitucional que decorre da correlação de uma política tarifária com a adequada prestação do serviço, inexistindo controvérsia no âmbito da doutrina autorizada.

Conceituando a matéria, evidencia-se que:

“O equilíbrio econômico-financeiro (ou equação econômico-financeira) é a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações, assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe correspondera. A equação econômico-financeira é intangível. Vezes à basto tem os autores encarecido este aspecto (Mello, 2000).

E, mais:

“Para tanto, o que importa, obviamente, não é a aparência de um respeito ao valor contido na equação econômico-financeira, mas o real acatamento dele. De nada vale homenagear a forma quando se agrava o conteúdo. O que as partes colimam em um ajuste não é satisfação de fórmulas ou de fantasias, mas um resultado real, uma qualidade efetiva que se determina pelo espírito da avença: vale dizer, pelo conteúdo verdadeiro do convenciado” (Mello, 2000).

É sabido que, na composição da tarifa (preço público) não se insere eventual projeção de remoção e re-locação de postes, razão pela qual tais serviços deverão ser suportados pelos consumidores, desde que razões de ordem técnica permitam o atendimento.

Por oportuno, é de se frisar que o próprio Código de Defesa do Consumidor, no parágrafo 2º, de seu art. 3º, define serviço como sendo “qualquer atividade fornecida no mercado de

consumo, mediante remuneração, inclusive às de natureza financeira, de crédito, e securitário, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Entretanto, o usuário de um dos serviços, por exemplo, energia elétrica, ao solicitar a remoção do poste, deve suportar os custos referentes aos ativos de outros usuários do poste, como, o de telefonia TV a cabo, infovias, etc., às vezes mesmo não sendo consumidor destes serviços, e, geralmente, com custos significativamente superiores aos de energia elétrica, uma vez que o concessionário, como evidenciado, é remunerado pela cessão deste ativo.

Torna-se evidente que a não existência de um regramento eficaz contribui para que o usuário dos serviços de energia elétrica possa ser onerado não apenas com o repasse dos custos de outros agentes, mas também quanto a prazos para execução de obras. E isso porque, um dos principais entraves observados encontra-se na necessidade das concessionárias cumprirem prazos e regras estabelecidas para o setor elétrico em relação a seus consumidores.

5.2.7. A Continuidade dos Serviços

As concessionárias têm a obrigação de colocar a energia elétrica a disposição de seus consumidores de forma contínua, o que é feito, mas, se o consumidor não cumprir a sua parte, pagando as tarifas ou os serviços solicitados e realizados, a concessionária não estará obrigada a atendê-lo, face ao disposto no art. 3º, parágrafo 2º, do Código de Defesa do Consumidor²⁸.

Ante a interpretação de alguns juízes que entendem que o serviço de energia elétrica é um serviço essencial à população, e que como tal, não pode sofrer solução de continuidade, torna-se necessário ressaltar ainda uma vez que, “não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: (i) motivada por razões de ordem técnica de segurança das instalações; (ii) por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade”, conforme expressamente estabelecido nos incisos I e II, do parágrafo 3º, do art. 6º da Lei nº 8.987, de 13.02.95 (Lei de Concessões).

²⁸ V. nota 13, p. 53.

Ainda no que se refere à continuidade, alguns entendem que desse princípio decorre a regularidade. No entanto, há outras visões evidenciando que: “são duas regras distintas, porque a continuidade se refere à realização do serviço público sem interrupções e a regularidade se vincula à prestação devida de acordo com as regras, normas e condições preestabelecidas para esse fim ou que lhe sejam aplicáveis. Então, a regularidade é um filio em relação à continuidade, pois pode ocorrer que um serviço seja prestado com continuidade, mas sem regularidade. No entanto, é impossível o serviço ser regular se não for contínuo” (Grotti, 2000).

5.2.8. As Resoluções Conjuntas n^os 001 e 002, de 24 de Novembro de 1.999 e 27 de Março de 2.001

Quando das solicitações de remoções e re-locações de postes, as concessionárias de energia elétrica, em razão da Resolução Conjunta n^o 001, de 24.11.99, que aprova o regulamento conjunto para compartilhamento de infra-estrutura entre os setores de energia elétrica (ANEEL), telecomunicações (ANATEL) e petróleo (ANP), têm incluído nos orçamentos apresentados aos consumidores-solicitantes valores relativos ao uso compartilhado, e em especial quanto aos serviços de telecomunicações, tal qual telefonia, TV a cabo, fibra óptica, por entenderem tais concessionárias, ser tal cobrança devida.

O citado regulamento define infra-estrutura como sendo as servidões administrativas, dutos, condutos, postes e torres, de propriedade, utilizados ou controlados, direta ou indiretamente pelos agentes que exploram os serviços a eles afetos, bem como cabos metálicos, coaxiais e fibras óticas, não ativadas.

Segundo, ainda, o referido regulamento, ao agente que explora um dos serviços públicos acima elencados, cabe o direito de compartilhar infra-estrutura de outro agente, de qualquer destes setores, de forma não discriminatória e a preços e condições justas e razoáveis, cabendo à Agência reguladora do setor de atuação do agente detentor, ou seja, aquele que administra ou controla uma infra-estrutura, zelar para que sejam atendidos os critérios que satisfaçam a caracterização do serviço adequado, tal qual descrito no parágrafo 1^o, do Artigo 6^o, da Lei n^o 8.987, de 13.02.95, pelo uso compartilhado da mesma, estimulando a otimização de recursos, a redução de custos operacionais, além de outros benefícios aos usuários dos serviços prestados.

Nesse sentido, há que se frisar que tanto a Resolução ANEEL nº 456/2000, quanto a Resolução Conjunta nº 001/99 e seu Anexo, são omissos a respeito, da re-locação e remoção de postes, razão porque não há respaldo legal para que o consumidor pague ao concessionário de energia elétrica, valores relativos ao compartilhamento dessa infra-estrutura, até porque poderá, nem mesmo estar usufruindo desses serviços.

Assim é que, ao invés de procurarem inserir nos seus regulamentos, que estabelecem as condições gerais de fornecimentos dos serviços abrangidos pelos três setores envolvidos, e acima mencionados, preferiram expedir a Resolução Conjunta nº 002, de 27.03.2.001, que aprova o regulamento conjunto de resolução de conflitos das Agências Reguladoras dos setores de energia elétrica, telecomunicações e petróleo.

Por essa razão, passou a competir às Agências Reguladoras a arbitragem para o equacionamento de eventuais conflitos entre Detentora (Concessionária de Distribuição ou Transmissão de Energia Elétrica) e Ocupantes (Empresas de Telecomunicações de Uso coletivo), surgidos em matéria de interpretação e aplicação do regulamento, quando do desenvolvimento das negociações de contratos de compartilhamento, através de processo de arbitragem definido por tal Resolução.

A Resolução Conjunta nº 002, de 27 de março de 2001, em seu artigo 2º²⁹, instituiu a Comissão de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo, a qual será responsável pela solução de conflitos, apenas entre esses agentes. A referida Comissão tem caráter permanente, devendo ser composta por dois membros de cada agência e seus respectivos suplentes, e se reunir, sempre que provocada. A composição da mesma poderá variar, dependendo dos setores envolvidos e dos agentes vinculados ao conflito, em análise.

Os processos de resolução administrativa deverão ser conduzidos pelas agências objetivando assegurar a ampla, livre e justa competição entre os agentes e os benefícios aos

²⁹ Art. 2º - Instituir a Comissão de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo, de caráter permanente, composta por dois representantes de cada Agência, a serem nomeados mediante portaria específica de cada órgão, em até vinte dias após a publicação deste Ato.

usuários dos serviços. As decisões da Comissão têm efeito vinculante na esfera administrativa e, uma vez proferida, só caberá recurso ao Poder Judiciário. Eventuais descumprimentos das decisões constituirão infrações a serem apuradas e sancionadas mediante processos administrativos punitivos instaurados pela agência à qual se vincula o agente infrator. Neste forum, não estão previstas regulamentações ou administrações de conflitos com consumidores dos serviços e do detentor do patrimônio (poste)

5.2.9. A Arbitragem

Conquanto o processo de arbitragem contido na Lei nº 9.307, de 23.09.96, traga inúmeras vantagens sobre justiça estatal, em especial quanto à celeridade, sigilo, escolha do direito aplicável, escolha dos árbitros, etc. (Roque, 1997), na solução de eventuais conflitos surgidos entre os agentes exploradores de serviços públicos de energia elétrica, prestadores de serviços de telecomunicações de interesse coletivo e agentes exploradores de serviços de transporte dutoviário de petróleo, seus derivados e gás natural, em matéria de aplicação e interpretação do Regulamento Conjunto de Compartilhamento de Infra-Estrutura entre esses três setores, quando das negociações e da execução de contratos decorrentes do uso compartilhado de instalações, os eventuais custos de re-locação e remoção de postes remanesce, dentre outros, somente sendo possível, aos órgãos regulamentadores e fiscalizadores dirimirem tais conflitos, se autorizados por suas leis criadoras, e designados pela convenção entre as partes (Landini, 2001f).

5.2.10. A Vedação Legal

Na verdade, o que está a ocorrer nos processos de atendimento ao pleito de consumidores de energia elétrica que solicitarem a remoção ou re-locação dos postes, é uma espécie de “operação casada”, vedada pelo inciso I, do art. 39, do Código de Defesa do Consumidor³⁰, onde se condiciona à remoção e re-locação do poste de sustentação da rede de distribuição de energia elétrica, a pagamentos de valores correspondentes aos serviços a serem requeridos aos outros agentes, o que constitui crime contra ordem econômica e contra as relações de consumo (Lei nº 8.137/90, art. 5º, II e III).

³⁰ Art. 39 - É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, entre outros:

I – condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

(...)

Ademais disso, as concessionárias de energia elétrica ao “cederem”, mediante contratos, suas instalações para o uso compartilhado de infra-estrutura aos demais setores, em especial de telecomunicações, não o fazem de forma gratuita, razão pela qual auferem receitas específicas com a cessão da área do poste a ser removido ou re-locado.

Ora, se nesses contratos a concessionária de energia elétrica não considera a probabilidade de eventuais pedidos de remoção ou re-locação na composição do custo unitário de sua infra-estrutura, não é justo que, ao depois, venha transferir o ônus decorrente de sua “falha” ao consumidor de energia elétrica, que como já expendido anteriormente, muitas vezes não é usuário dos demais serviços disponíveis nos referidos postes.

Por essa razão, entende-se que a relação de consumo é estabelecida entre o concessionário dos serviços públicos de energia elétrica e o consumidor, sendo indevido qualquer outro valor a ser cobrado do solicitante, a título de serviços de terceiros, pois afronta a Política Nacional de Relações de Consumo, contida no art. 4º e seus incisos, do Código de Defesa do Consumidor.

Sendo a energia elétrica um bem essencial à coletividade, não é legal, nem justo, que a concessionária seja obrigada a remover e re-locar seus postes de sustentação da rede de distribuição de energia elétrica, a quem não paga, da mesma forma que obrigar o pagamento de serviços que não fazem parte da relação de consumo, estabelecida por um contrato de adesão, objeto de expressa regulamentação por parte do Código de Defesa do Consumidor, em seus artigos 54 e parágrafos, e há longo tempo em uso no setor de eletricidade. São notórios as penalidades a que os consumidores e concessionários se sujeitam no caso de infração contratual, que não ficam adstritas às relações entre empresa e o consumidor, visto repercutir negativamente sobre a integridade ou higidez de um serviço público.

Nesse caso, não está efetivamente em jogo o interesse da empresa concessionária, mas sim o da sociedade inteira, sendo facilmente previsível o colapso dos serviços se se generalizasse tais solicitações, cujo atendimento não se encontra contemplado na tarifa, a qual constitui preço público, e não preço fixado pelo empresário.

O agente detentor da concessão explicita o que, a seu ver, os recursos inerentes à cessão onerosa de parte de sua estrutura de suporte das redes de distribuição, está sendo contabilizada à parte e que deverá prover um fator de redução e modicidade de custos para os consumidores do setor elétrico, através do fator “X” da equação de reajuste/revisão tarifária, que seria minimizado por este fato.

Entretanto, a análise dos balanços destas empresas não evidenciam tais ações, e, mesmo se se considerasse legal a “operação casada” imposta quando da efetivação do atendimento dos pleitos dos consumidores na remoção/re-locação de postes, seria necessário questionar o prejuízo individual de cada solicitante, bem como a extensão do benefício de redução tarifária a todos os consumidores ligados aos usuários da infra-estrutura do setor elétrico.

O que se percebe, na realidade, é que as concessionárias sequer dispõem de amparo técnico/econômico/financeiro para o equacionamento do custo unitário de locação dos postes, quiçá para prever e incluir aqueles advindos da remoção e/ou re-locação dos mesmos.

5.2.11. O Poder-Dever dos Concessionários de Energia Elétrica

Parece indiscutível a configuração jurídica dos direitos e deveres dos concessionários e dos consumidores, como direito especial perante o Código de Defesa do Consumidor, que constitui, por sua própria natureza, uma lei geral.

Se assim é, não se pode olvidar que as leis especiais que atendem às peculiaridades da realidade sócio-econômica regulada devem prevalecer sobre aquela que dispõe de maneira genérica, ou como diziam os antigos, com mais precisão, o *ius commune* não pode impedir a vigência e eficácia do *ius singulare*.

“Ainda hoje se alude, a cada passo, à distinção clássica entre Direito comum, e Direito singular (*ius commune* e *ius singulare*). O primeiro contém normas gerais, acordes com princípios fundamentais do sistema vigente e aplicável universalmente a todas as relações jurídicas a que se referem; o segundo atende a particulares condições morais, econômicas, políticas, ou sociais, que

se refletem na ordem jurídica, e por esse motivo subtrai determinadas classes de matérias, ou de pessoas, às regras de Direito comum, substituídas de propósito por disposições de alcance limitado aplicável, apenas, às relações especiais para que foram prescritas” (Maximiliano, 1988).

“De fato, o Direito especial abrange relações que, pela sua índole e escopo, precisam ser subtraídas do Direito comum. Entretanto, apesar desta reserva, constitui também, por sua vez, um sistema orgânico e sob certo aspecto, geral: encerra também regras e exceções. A sua matéria é, na íntegra, regulada de modo particular (...)” (Maximiliano, 1988).

Com apoio nas razões de fato e de direito expostas no presente caso, reafirma-se o já dito, inicialmente quanto à plena legitimidade e juridicidade do “poder-dever”, conferido às concessionárias ou permissionárias de serviço público de energia elétrica, para cobrar pelo serviço de remoção e re-locação de postes de sustentação da rede distribuidora de energia elétrica, por solicitação do consumidor. Porém, não se pode permitir a inclusão, nos valores a serem cobrados, eventuais serviços na forma de compartilhamento de infra-estrutura, em razão de seus agentes não estarem inseridos na relação de consumo estabelecida entre concessionário de energia elétrica e consumidor desse serviço, bem como por não haver considerado, no custo unitário da infra-estrutura compartilhada eventual necessidade de sua remoção ou re-locação.

Assim procedendo, as concessionárias distribuidoras dos serviços públicos de energia elétrica não estarão apenas obedecendo às disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor quanto observando também a Política Nacional de Relações Consumo, evitando-se eventuais conflitos, por práticas abusivas, entre o concessionário de energia elétrica e consumidor desses serviços, que é, e será tido sempre, como o elo mais frágil nesta relação de consumo.

5.2.12. Considerações e Ações Adotadas sobre este Escopo pela Agência Paulista

Embora o artigo 109, da Resolução ANEEL nº 456/2000³¹, que trata da cobrança de serviços não mencione, dentre os serviços cobráveis, a remoção e re-locação de postes, por elencar apenas os serviços não concorrenciais, não há quaisquer resquícios de dúvida quanto à

³¹ V. nota 25, p. 72.

plena juridicidade do “poder-dever” conferido às concessionárias ou permissionárias de serviço público de energia elétrica para cobrar pelo serviço de remoção e re-locação de postes de sustentação da rede distribuidora de energia elétrica, por solicitação do consumidor, desde que o poste não tenha sido locado de forma incorreta pelo concessionário. Nesta hipótese, nenhum ônus poderá recair ao consumidor/pleiteante.

O que não se admite é a inclusão, nos valores a serem cobrados do consumidor/solicitante, de eventuais serviços na forma de compartilhamento de infra-estrutura (telefonia, TV a cabo, fibra ótica, etc), que como já frisado, no subitem anterior, pelo fato de que seus agentes não estarem inseridos na relação de consumo estabelecida entre concessionário de energia elétrica e consumidor deste serviço, como também, por não haver sido previsto no custo unitário da infra-estrutura compartilhada eventual necessidade de sua remoção ou re-locação.

Este é o entendimento da CSPE para os casos em que é chamada a intervir para dirimir impasses desta natureza. No entanto, algumas concessionárias suscitaram a hipótese de que o solicitante possa não ser consumidor, por não fazer uso dos serviços de energia elétrica, como por exemplo, a hipótese do pedido de remoção/re-locação de poste partir de uma banca de jornal.

O entendimento que conquanto a concessionária possa estar prestando um serviço, para solicitante não consumidor, o CDC em seu art. 3º e §§ 1º e 2º definem fornecedor, produto e serviço como sendo:

"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, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou **comercialização de produtos ou prestação de serviços**.

§1º- Produto é **qualquer bem**, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§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"³².

³²grifei

Pois bem, o CDC chama de fornecedor toda empresa, sociedade ou pessoa que, de alguma forma, receba dinheiro em troca de um produto ou serviço, aí se incluindo os serviços públicos. Por isso, aquele que ao recorrer a um hospital, escola pública, ao usar o telefone, a luz, a água ou o transporte público será tido como consumidor, já que o Poder Público e suas empresas são fornecedores.

Portanto, a definição é a mais abrangente possível, para evitar que eventual conduta danosa ao consumidor escape à aplicação do Código. O Poder Público só é fornecedor quando presta um serviço mediante a cobrança de preço, como o fornecimento de água, luz e telefone. Os demais serviços públicos mantidos com cobrança de impostos não constituem relação de consumo.

Até mesmo a atividade bancária, creditícia, financeira e securitária, enquanto prestadores de serviços, aí se incluindo o crédito, submetem-se às normas do Código de Defesa do Consumidor na condição de fornecedores de serviços. Portanto, os usuários são consumidores de serviços bancários e estão protegidos pelo Código. Nesse sentido a Justiça vem reconhecendo que os serviços bancários, como caderneta de poupança, caracterizam a relação de consumo. Também se enquadram como consumidores de serviços às pessoas que fazem um seguro ou recorrem a um financiamento para a compra de um bem.

Isso leva a concluir, que independentemente do solicitante de remoção ou re-locação de poste ser, ou não, consumidor da concessionária, ele será tido, no momento em que solicitar a remoção ou a re-locação, como usuário de seus serviços, e ela, como fornecedora ou prestadora de serviços. Nesse sentido, se faz oportuno mencionar o parágrafo único, do Art. 2º do CDC:

“Art. 2º (...)

Parágrafo único: Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

Nesse sentido também tem se pronunciado a CSPE para casos em que o solicitante não é consumidor da concessionária. No entanto a matéria, por não estar regulamentada, foi discutida

em audiência pública promovida pela ANEEL, onde se debateu o assunto e se ofereceram sugestões, para a edição de uma nova Resolução entre os agentes envolvido.

Disso resultou a Resolução ANEEL nº 581, de 29.10.02, que estabelece os requisitos mínimos aplicáveis ao cumprimento do disposto no “caput” do art. 5º do Regulamento Conjunto para Compartilhamento de Infra-Estrutura entre Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo, aprovado pela Resolução Conjunta ANEEL/ANATEL/ANP nº 001, de 24.11.99, que não esgota a questão, e que, certamente, não evitará conflitos entre concessionários de energia elétrica/consumidores/solicitantes.

E isto porque o art. 8º da Resolução ANEEL nº 581/02, estabelece que “Terceiros que solicitarem modificação ou adequação na infra-estrutura compartilhada deverão arcar com todos os custos decorrentes”. Ora, é evidente que o texto legal procura estabelecer, apenas tão somente, os requisitos mínimos aplicáveis ao cumprimento do parágrafo único, do art. 5º, da Resolução Conjunta nº 001/99³³, não sendo aplicável, por consequência, as solicitações de eventuais pedidos de remoções ou re-locações de postes. No entanto, a matéria não se encontra exaurida, e vem sendo objeto de consulta à ANEEL para que esta esclareça, definitivamente, se “terceiros” conforme estatui o art. 8º, da Resolução ANEEL nº 581/02, estariam apenas os agentes diretamente envolvidos no compartilhamento da infra-estrutura, e que é o que se espera, ou todos aqueles (consumidores ou não) interessados na modificação.

Caso esta última hipótese seja o entendimento da ANEEL, o consumidor/interessado na remoção ou na re-locação estará obrigado a pagar o custo dos serviços de outros agentes que não integram a relação comercial estabelecida com a concessionária de energia elétrica, podendo, inclusive, não ser usuário dos serviços dos demais compartilhantes da referida infra-estrutura.

³³ Art. 5º - O atendimento a parâmetros de qualidade, segurança e proteção ao meio ambiente estabelecidos pelos órgãos competentes, assim como de obrigações associadas às concessões, permissões ou autorizações outorgadas ou expedidas pelo Poder Concedente e de boas práticas internacionais para prestação dos respectivos serviços, não deve ser comprometido pelo compartilhamento.

Parágrafo único – Caberá à Agência reguladora do setor de atuação do Detentor regulamentar os requisitos mínimos aplicáveis ao cumprimento do disposto no *caput* deste artigo.

5.3. A Figura do “Insumidor”

5.3.1. Objeto

A dura realidade vivenciada, atualmente, e, gradativamente, usada pelos consumidores decorrente da jurisprudência firmada pelo CDC, inclui como motivo de conflitos entre consumidores classificados como não residenciais, e concessionárias distribuidoras de energia elétrica, a figura do insumidor defendida por alguns brilhantes juristas, e que tem como único objetivo, o de eximir as concessionárias distribuidoras de energia elétrica de eventuais responsabilidades por danos causados pela prestação dos serviços, fazendo exurgir o “consumidor” como sendo aquele que utiliza a energia elétrica como um insumo, no processo produtivo industrial, comercial ou agropecuário de seu empreendimento.

Isto significa dizer que o “insumidor” seria um consumidor intermediário, e não o destinatário final, e, portanto, não incluído como tendo sua relação comercial suportada pelo CDC (Wald, 1999).

Assim, pode-se dizer que todas as construções jurídicas, envolvendo “insumidor”, tem o condão de isentar as concessionárias de energia elétrica de ressarcimentos por danos, num verdadeiro desvio ao dispositivo constitucional previsto no art. 37, parágrafo 6º, que estabelece:

“Art. 37. (...)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado, prestadoras de serviços públicos, responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Ademais disso, em nível infraconstitucional, os artigos 7º, inciso I, e 25 da Lei nº 8.987/95 (Lei das Concessões) e os artigos 14, parágrafo 3º, e 22, parágrafo único, da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) contem disposições expressas no sentido de que as concessionárias deverão responder pelos prejuízos causados ao consumidor.

Se já não bastasse isso, além das disposições de proteção ao consumidor previstas nos contratos de concessão, o artigo 101 da Resolução ANEEL nº 456, de 29.11.2000, que regula as condições gerais de fornecimento de energia, também consigna que:

“Art. 101. Na utilização do serviço público de energia elétrica fica assegurado ao consumidor, dentre outros, o direito de receber o ressarcimento dos danos que, porventura, lhe sejam causados em função do serviço concedido”.

Cumpre ressaltar que, sem sequer imaginar a desqualificação dos juristas que defendem a figura em questão, a mesma emergiu por demanda de órgão representante das concessionárias de energia elétrica do país, no período em que esse setor, através da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, desenvolvia estudos e debates visando a edição da Resolução nº 456/2000, que estabelece as “Condições Gerais de Fornecimento de Energia Elétrica”, e, que, durante as tratativas (Audiência Pública), em que discussões, análises, suportes legais e regulatórios sobre o assunto foram praticamente exauridos, avaliou-se a questão apresentada, e, como, já demonstrado, pela consolidação do art. 101, da Resolução ANEEL 456/2000, entre outros, não foi acatada a sugestão das “distribuidoras” oferecida para composição do arcabouço regulatório do Setor Elétrico Brasileiro.

5.3.2. Relação de Consumo

No entanto, torna-se necessário frisar que a relação de consumo é entendida como sendo aquela realizada entre fornecedor de um lado e consumidor de outro, cujo objeto seja produto ou serviço. Aliás, o próprio Código de Defesa do Consumidor se encarregou de fazer a distinção de ambos os institutos (Souza, 1993). Assim, se não existir a identificação de ambas as figuras, não se estará diante de uma relação de consumo, e, por conseqüência, se estará fora do âmbito do Código Consumerista, que é exatamente o pretendido pela Associação Brasileira das Distribuidoras de Energia Elétrica – ABRADDEE, no sentido de que a figura do “insumidor” venha a ser reconhecida, para que suas associadas venham se furtar da responsabilidade que lhes é inerente.

Diante desta situação, vê-se a necessidade de se delimitar, precisamente, ambos os pólos da relação de consumo, ou seja, o consumidor e o fornecedor.

O art. 3º, “caput”, do CDC conceitua o fornecedor, no seguinte teor:

“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, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

O objetivo do Código de Defesa do Consumidor, foi, entre outros, o de dar maior amplitude possível ao leque daqueles denominados fornecedores (Filomeno, 1993).

Assim, como deflui do artigo em questão, os fornecedores podem ser pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, assim com entes despersonalizados.

As pessoas jurídicas de direito público, podem ser interna ou externa. Estas últimas são regidas por normas e princípios de direito internacional. Já, as pessoas jurídicas de direito público interno, se dividem em administração direta e indireta. Inclusive, o Código relaciona, como um dos direitos básicos do consumidor, a adequada e eficaz proteção dos serviços públicos (art. 6º, inc. X).

Ainda, entre os fornecedores, o Código Consumerista elenca os entes despersonalizados. Estes, de grande relevância para efeitos deste Código, formam figura *sui generis*. Diferenciam-se das outras formas de grupos organizados com objetivo comum, fundamentalmente, em virtude da ausência formal de elemento essencial para que se possam considerar pessoa jurídica, a “*affectio societatis*”, ou seja, a intenção expressa de manter vínculo associativo.

Encontram-se, entre estes, a família, a massa falida, as heranças jacente e vacante, este último já ultimamente sendo considerado, fora do Brasil, como uma figura especial de pessoa jurídica e não apenas como ente despersonalizado (Souza, 1995).

Do outro lado da relação jurídica, encontra-se o consumidor, responsável por incansáveis estudos, de forma a tentar, ao menos colocá-lo em igualdade de condições na sociedade massificada, frágil e desinformada.

5.3.3. Conceituação de Consumidor

Ao se referir à definição de consumidor, atribui-se um “conceito nebuloso”, e observa-se que tal expressão comporta um sentido lato e um sentido estrito (Silva, 1990).

Em sentido lato, consumidor é aquele que adquire, possui ou utiliza um bem ou serviço, quer para uso pessoal ou privado, quer para uso profissional. O que importa é que alguém seja consumidor de um bem, isto é, consuma, complete, termine os processos econômico, dando satisfação a necessidades pessoais, familiares e/ou profissionais.

Em sentido estrito, consumidor é, apenas, aquele que adquire, possui ou utiliza um bem ou serviço para uso privado (pessoal, familiar ou doméstico), de modo a satisfazer as necessidades pessoais e familiares, mas não já o que obtém ou utiliza bens e serviços para satisfação das necessidades da sua profissão ou da sua empresa.

Ainda, segundo Silva (1990) a noção doutrinal mais corrente e generalizada é a segunda.

Assim é que os doutrinadores brasileiros, procurando evitar entraves encontrados na doutrina européia, esclareceram no art. 2º do CDC, o conceito de Consumidor, como sendo:

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

Como se percebe, nitidamente, da definição do artigo supra, o legislador brasileiro, optou por uma definição objetiva de consumidor (Souza, 1993).

Aqui, não há que se fazer distinção, se quem adquire é pessoa jurídica ou física, se terá uso profissional ou não. O que o CDC deixou bem claro, é que será consumidor aquele que adquire ou utiliza, produto ou serviço, como destinatário final (Donato, 1994).

A definição exata de consumidor é de suma importância, pois é ela que estabelecerá a dimensão da comunidade ou grupo a ser tutelado, e por esta via, os limites da aplicabilidade do direito especial. Conceituar consumidor, em resumo, é analisar o sujeito da relação jurídica de consumo, tutelada pelo Direito do Consumidor (Benjamin, 1967).

Como se percebe o caput do art. 2º trata especificamente da definição *strictu sensu* de consumidor, ou seja, aquele consumidor visto de forma individualizada.

Entretanto, a tutela coletiva dos consumidores também é abordada. A primeira abordagem encontra-se no parágrafo único do art. 2º do CDC, dispõe:

“Art. 2º (...)

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

Diante da comparação deste parágrafo com o caput do art. 2º, percebe-se que agora o tratamento dado ao consumidor é diferente, uma vez que não mais se vê, isoladamente, mas como coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis.

Outro dispositivo do Código, que observa o consumidor, sob a ótica coletiva, tange-se ao conteúdo do art. 17³⁴, de onde se extrai que, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

O CDC equiparou aos consumidores, neste caso específico, às vítimas de acidentes de consumo. Esses acidentes de consumo derivam-se exclusivamente da responsabilidade do fornecedor, pelo fato do produto e do serviço, sendo este último o caso de que se trata.

Desta forma, qualquer cidadão que tenha sofrido dano, oriundo de um produto ou serviço defeituoso, para efeitos de responsabilidade civil, será considerado consumidor. São, comumente,

³⁴ Art. 17 - Para efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

denominados “*bystander*”, ou seja, expectador, uma vez que mesmo não participando da relação de consumo, são equiparados a consumidores. Cabe, neste sentido, assegurar o ressarcimento da queima de um aparelho eletrodoméstico de um morador de unidade consumidora, no caso de energia elétrica, sem que o mesmo seja o responsável pelo pagamento da respectiva fatura de consumo.

De forma idêntica, o Código, em seu art. 17, equipara as vítimas do fato do produto e do serviço a consumidores, o que significa estar nessas condições o “consumidor intermediário” (comerciante, v. g.) e outras vítimas (terceiros), mesmo que não participem da relação de consumo, denominados pela doutrina e pela jurisprudência americanas de “*bystander*”, autorizados a acionar o fornecedor pela responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço, na qualidade de consumidores, e, com as mesmas prerrogativas a estes deferidas pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Souza, 1993)

Dessa forma, verifica-se claramente, que a figura do “insumidor” inexistente no Código de Defesa do Consumidor, na legislação do setor elétrico, quanto na legislação pátria, razão pela qual esta é inaceitável, sob qual seja o pretexto utilizado.

Aliás, a própria ABRADÉE ficou-se quanto à orientação anteriormente dada às concessionárias, no sentido de não efetuarem os ressarcimentos pleiteados, ante as determinações da ANEEL, contida nos Ofícios Circulares nºs 145 e 527, respectivamente de 17.03.99 e 14.07.99, Comunicado ao Público, de 06.04.99, e, mais recentemente no Ofício Circular nº 124/2002-DR/ANEEL, de 18.02.2002, e Ofício nº 338/2002-SMA/ANEEL, de 18.04.2002, cujas cópias integram o presente trabalho (**ANEXO II**), consciente da legislação vigente e da necessidade de se cumprir o estabelecido no inciso I, do art. 3º, da Constituição Federal, de 1988³⁵.

Portanto, as construções jurídicas “criadas” por alguns juristas, no que se refere à figura do insumidor, buscando justificar o indeferimento aos pedidos de ressarcimento de danos por parte

³⁵ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
(...)

de consumidores não residenciais, não encontram o menor respaldo jurídico, quer na lei, quanto na doutrina, bem como na jurisprudência dominante, razão porque não pode ser aceita, como pretexto para os indeferimentos aos pleitos verificados.

5.3.4. Considerações e Ações Adotadas sobre este Escopo pela Agência Paulista

No que concerne a pleitos de ressarcimentos de danos em aparelhos eletrodomésticos e eletroeletrônicos, e relativamente às determinações da Agência Reguladora Estadual quanto ao pronto ressarcimento ao solicitante, desde que entenda esta procedente o pleito, algumas concessionárias, no sentido de se eximirem da responsabilidade quanto a este ressarcimento, têm procurado suscitar em seus recursos administrativos a figura do “insumidor”, ou seja, aquele consumidor, não residencial, que utiliza a energia elétrica como insumo, para fugirem dos preceitos do CDC.

A hipótese é completamente esdrúxula. À luz do CDC, o que caracteriza o consumidor é a aquisição de um bem ou serviço como usuário final. Neste sentido estariam excluídos os revendedores de energia elétrica. Porém, pretender afastar da proteção da legislação do consumidor a costureira ou o borracheiro que consomem eletricidade para exercer seu ofício é absolutamente despropositado. Mesmo a indústria siderúrgica pode ser considerada consumidora nas relações que trava com seu fornecedor de café ou com a revendedora de automóveis que lhe vende veículos para integrar sua frota.

A Comissão de Serviços Públicos de Energia – CSPE, nas diversas impugnações aos recursos administrativos interpostos por concessionárias de energia elétrica, no sentido de ser totalmente descabida a tese ventilada, e de que haveria, no setor elétrico, a diferença entre consumidor e insumidor tem se pronunciado pela improcedência de tal argumentação, e mantido as determinações às concessionárias, no sentido de que os danos reclamados, de natureza elétrica, sejam ressarcidos, desde que os valores pleiteados sejam razoáveis.

Portanto, no âmbito do setor elétrico a sustentação de tal figura, tão criativa quanto estapafúrdia, torna-se desprovida de respaldo legal, por ser desconhecida da legislação setorial, quanto da legislação consumerista.

5.4 Outros Escopos que Mereceriam Tratamento Semelhante

Além dos casos específicos aqui tratados, muitos outros estão a merecer tratamento semelhante por parte dos legisladores, Poder Concedente, Agências Reguladoras, uma vez que escaparam tanto do regramento legal, como do regramento normativo. Assim, inúmeras outras questões chegam, quase que diariamente, ao conhecimento da ANEEL, e das agências conveniadas para que possam dirimir tais questões.

Como exemplo pode-se citar a sobreposição de poderes, em face da grande proliferação de loteamentos urbanos clandestinos, que acabam, sempre, constituindo um problema social. Assim, alguns representantes da Procuradoria de Justiça Estadual com intuito de inibir, com rigor, as instalações destes núcleos, acabam por atuar sobre as empresas prestadoras de serviços públicos, e, em especial, de energia elétrica, no sentido de que além das exigências contidas na Portaria ANEEL nº 456, de 29.11.2000, que regula as condições gerais de fornecimento de energia elétrica, venham solicitar também, quando do atendimento de novos pedidos de ligações, o título de propriedade do imóvel, comprovação da observância da legislação de preservação do meio ambiente, aprovação do loteamento pela Prefeitura Municipal, dentre outros documentos.

Também as travessias aéreas sobre as faixas de domínio das rodovias, por cabos condutores de energia elétrica têm se tornado dificultosos, em face das exigências das empresas concessionárias de rodovias, que procuram cobrar elevados valores por estas autorizações das empresas concessionárias de energia elétrica. Tal problema, antes desconhecido, tornou-se uma constante após a desestatização dos setores de transporte e de energia elétrica, o que também necessita ser melhor equacionado, em face de conflitos entre a legislação estadual e federal.

Outra questão que se apresenta diz respeito à arbitragem. Poderiam as agências “dirimir” controvérsias através de arbitramento, ou estariam elas apenas capacitadas a solucionar as questões que lhes são apresentadas apenas pela mediação? Alguns juristas entendem que a falta

de disposição explícita, caracterizada em nossa doutrina como “silêncio eloqüente”, isto é a negação da competência por falta de disposição expressa na Lei, não tem o condão de transformar, “aquilo que não existe em não ser negado” e, sim em afirmar que “o fato de não constar na lei significa que o poder estava sendo negado” (Vianna, 2001). Outros, mais radicais, entendem que a atuação das agências se restringe apenas às competências previstas em suas leis criadoras. Portanto, embora algumas agências, dentre as quais a Comissão de Serviços Públicos de Energia – CSPE atuem como “árbitros” quando solicitado pelas partes controversas, o assunto necessita de melhor equacionamento.

Também os casos das cooperativas de eletrificação rural trazem, ainda, questões com as concessionárias de energia elétrica que não se encontram resolvidas. Há problemas quanto a compatibilização de áreas destas cooperativas para fins de regularização como permissionárias, o que fará com que as concessionárias venham perder algumas localidades dentro de sua área de concessão. As propostas tarifárias das cooperativas, e a qualidade dos serviços como permissionárias necessitam ser estabelecido através de contratos de adesão, o que também ainda não se fez. Também há que se estabelecer mecanismos compensatórios para as cooperativas, conforme disposto na Resolução ANEEL nº 12, de 11.01.2002, e a necessidade de regulamentação dos artigos 17 e 18 da Lei nº 10.438, de 26.04.2002, que dentre outras providências dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial e recomposição tarifária extraordinária.

Estes são apenas para citar, alguns dos inúmeros escopos que mereceriam regulamentação por parte dos órgãos competentes, no sentido de se eliminar, de forma definitiva, casos em que se gera a dúvida entre as partes envolvidas, por falta de legislação específica e regulamentações que disciplinem tais questões.

Capítulo 6

Considerações Finais

6.1 - Conclusões e Recomendações

Um dos principais aspectos tratados neste trabalho é evidenciar o grau de evolução alcançado nas relações técnico-comerciais entre consumidores e prestadores dos serviços de energia elétrica, frente a gradual abertura deste mercado, do forte ingresso do direito na busca do equilíbrio destas relações e apresentar um quadro da necessidade de sua evolução e consolidação, sugerindo a continuidade do tema e do grande espaço que se configura neste cenário.

Como visto neste trabalho, o Direito de Energia Elétrica Brasileiro passou, e ainda passa, por uma grande transformação, saindo de um sistema de alto nível de regulamentação em direção a um sistema de livre concorrência. A sociedade e os agentes de mercado ainda se preocupam com esta transição. A legislação brasileira que positiva o Direito da Energia Elétrica deve ainda sofrer ajustes ao longo da trajetória de transição. Porém, sendo o objetivo do livre mercado almejado, deve haver estabilidade no regramento destas relações, para que as atividades econômicas e o usuário dos serviços de energia elétrica não sejam prejudicados, e, ainda, que o país possa manter o seu ritmo de crescimento.

Para tanto, deve ser reconhecida a necessidade de um Código de Energia Elétrica, para que a legislação inicial anterior a desestatização da década de 90, ainda em vigor, as disposições do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078, de 11.09.90) no que se referir à prestação de serviços, e as recentes introduções de novas regulamentações a partir da Lei de Concessões (Lei nº 8987, de 13.02.95), sejam consolidadas com o novo ordenamento de livre concorrência.

Essa idéia de codificação não é nova, pois assim já pensava Álvares (1978). Aliás, uma das moções, aprovadas, no I Seminário Nacional do Direito de Energia, promovido pelo Instituto de Direito de Energia – IDE, em 20-24 de novembro de 1983, reconhecia a necessidade de instituição de um grupo de trabalho, junto ao Poder Concedente, integrado por elementos de vários segmentos do setor elétrico, para a elaboração da Consolidação do Direito de Energia Elétrica, com vista a uma futura codificação.

A questão do usuário do serviço público, apenas para exemplificar, ainda está a merecer tratamento mais aprofundado por parte da doutrina. Poucos são os estudos sobre o tema, em particular sobre a aplicabilidade das normas de proteção ao consumidor em favor dos usuários do serviço público.

Assim é que, os novos tempos - e, com eles, a nova configuração dos ordenamentos jurídicos – estão revolucionando, os limites ou fronteiras dos distintos ramos do Direito, traçando uma delgada linha divisória entre o público e o privado.

Da análise dos casos apresentados como “trabalho de campo” surge, com toda a clareza, que tanto o Direito da Concorrência como o dos Serviços Públicos se publicizaram ou republicizaram, mas dentro da especialidade do Direito Administrativo. Um, abandonando o Direito Penal e o Comercial. Outro, mantendo-se dentro do Direito Público Administrativo, especialmente o processo de reforma do Estado e, em consequência, das privatizações de sua gestão.

Mas a novidade que modificou substancialmente esta realidade normativa foi a subordinação destas leis, regras e princípios do Direito Administrativo da Concorrência e dos Serviços Públicos ao sistema de direitos e garantias estabelecido na Constituição Federal, de 1988, para os consumidores e usuários.

No entanto, a troca de experiências no setor vem demonstrando, há anos, que as concessionárias têm entendimentos e procedimentos os mais diversificados quanto a diversas matérias, como no caso da ocorrência de pleito de ressarcimento de danos de consumidores.

Assim é que, enquanto algumas empresas demonstram interesse em possuir uma padronização de procedimentos, respaldados na atual legislação, outras há que os aplicam de maneira nem sempre eficiente. A par disso, em todas as oportunidades em que ocorre a intervenção do órgão regulador, evidencia-se a necessidade da criação de normas, consolidadas em um único instrumento, que possibilitem a atuação, de forma sistemática e uniforme das concessionárias, na tratativa de problemas que envolvam danos e eventuais ressarcimentos.

Outra matéria é o caso de compartilhamento de infra-estrutura, citado na presente dissertação, a Resolução Conjunta nº 001, de 24 de novembro de 1999, orienta, explica e estabelece parâmetros para o uso compartilhado entre empresas exploradoras de serviços públicos de energia elétrica, telecomunicações de interesse coletivo e transporte dutoviários de petróleo, seus derivados e gás natural. Conforme estabelece a Resolução, os agentes desses setores formulariam entre si contratos visando o compartilhamento da infra-estrutura.

Ainda, de acordo com a Resolução, a livre negociação entre as partes as conduziria à celebração dos mencionados contratos de compartilhamento, onde as estas, em comum acordo, estabeleceriam as condições para o compartilhamento, deveres e direitos recíprocos, e, ainda, o preço devido para o compartilhamento.

Contudo, os principais entraves observados encontram-se na necessidade das concessionárias cumprirem prazos e regras estabelecidas para o setor elétrico em relação a seus consumidores, como na liberdade contratual das partes no que se refere ao preço a ser cobrado pelo compartilhamento da infra-estrutura. É evidente que a não existência de um regramento eficaz contribui para que o usuário dos serviços de energia elétrica possa ser onerado quanto a prazos para execução de obras, ou o repasse dos custos de outros agentes, que por ventura utilizem as instalações compartilhadas, quando dos pleitos de remoção e re-locação de postes de sustentação da rede elétrica, como apontado no presente trabalho.

Frise-se ademais, que a discussão quanto ao preço devido pelo compartilhamento tem sido objeto de discussão entre detentores e promitentes ocupantes, impedindo a concretização de

contratos de compartilhamento, o que tem levado detentores e promitentes ocupantes, na ausência de normas mais eficazes, a buscar soluções para seus litígios perante o Poder Judiciário.

Outro caso trazido à colação se refere a figura do “insumidor”, que diga-se ainda uma vez, inexistente tanto na legislação setorial, quanto no Código Consumerista. No entanto, para difundir essa figura algumas concessionárias de energia elétrica, sempre no sentido de se eximirem da responsabilidade quanto a eventuais ressarcimentos por danos causados na prestação dos serviços, procuraram usar o argumento de que as empresas, ou seja, seus clientes empresariais não são consumidores finais de energia elétrica, por entenderem que o uso da energia para as empresas é diferente de uma pessoa física, porque para elas a energia seria um insumo.

A idéia ventilada aqui ou acolá de que haveria, no setor elétrico, a diferença entre consumidor e “insumidor” é absolutamente descabida. Os primeiros – que contariam com a proteção do CDC – seriam apenas os contratantes de energia para uso doméstico. Os segundos seriam todos aqueles que adquirissem energia elétrica para o uso de qualquer tipo de atividade produtiva. Ora, o que caracteriza o consumidor, à luz do CDC, é a aquisição de um bem ou serviço como usuário final. No entanto, há decisões isoladas do Poder Judiciário acolhendo a figura do “insumidor”, por ignorarem que por executar um serviço público, a concessionária responderá objetivamente pelos danos causados aos seus usuários, nos termos previstos no art. 37, parágrafo 6º da Constituição Federal, de 1988³⁶.

Por tudo isso, e em razão do momento histórico atual, assim como da evolução econômica, social, cultural e constitucional, é necessário que se proceda à revisão de enfoques tradicionais a respeito da Constituição e dos princípios constitucionais. Assim, é necessário que se supere a análise que vem sendo desenvolvida, buscando, principalmente, elaborar regras que permitam seu uso e vedem o abuso tanto de concessionários de energia elétrica, quanto de seus consumidores.

Da mesma forma, faz-se necessário que os princípios da separação de poderes e da legalidade sejam analisados em consonância com a evolução apontada, com as alterações efetuadas no Estado atual. Como o Estado se transformou em Estado Regulador, é necessário que

³⁶ V. nota 10, p. 50.

disponha de instrumentos úteis, adequados e consolidados para o cumprimento de seu papel, daí a idéia de codificação, ou seja, de um Código de Energia Elétrica ou Lei da Energia Elétrica.

Neste enfoque é que tem destaque proeminente o caráter de agilidade e de suporte técnico e jurídico das Agências Reguladoras. Os temas tratados neste trabalho esboçam o grande embate que se apresenta das questões do direito integrado ao serviço público de fornecimento de energia elétrica, fazendo-se mister a necessidade da sua codificação, que à exemplo do Código de Defesa do Consumidor, que trata exclusivamente das relações de consumo, poderia intervir nas relações entre distribuidores, geradores, transmissores e comercializadores de energia elétrica com os usuários desses serviços.

Mas, Código ou Lei? Na prática, não se verifica nenhuma diferença. Desobedecer a um Código ou a uma Lei daria na mesma. Na verdade o Código é a lei que regula determinado assunto de forma mais completa e sistematizada. Por isso, poder-se-ia falar tanto em Código da Energia Elétrica, como em Lei da Energia Elétrica, pois ambas as formas estariam corretas. É o que este trabalho busca iniciar, motivando a realização de outros trabalhos neste mesmo sentido, que objetivem clarear questões oriundas de regras difusas ou até da inexistência destas, e que podem ser minimizadas ou até eliminadas pela negociação de procedimentos padronizados entre os agentes.

Talvez seja esse o vértice da pirâmide hermenêutica que permitirá encontrar a racionalidade do sistema, que, como se pôde observar, dista até o presente de ser uma realidade empírica.

Que assim seja.

Referências Bibliográficas

Álvares, W. T. *Instituições do Direito da Eletricidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

Andrade, M. T. O.; Prado Júnior, F. A. A.; e Landini, L. A. R. Uniformização de Providências Quanto ao Atendimento de Pleitos de Consumidores Relativos a Danos Decorrentes da Prestação dos Serviços Concedidos. 2000. In: *I Congresso Brasileiro de Regulação de Serviços Públicos Concedidos*, 2000, Salvador.

Andrade, M. T. O., Landini, L. A. R. e Prado Júnior, F. A. A. Ressarcimento de Consumidores Relativos a Danos Decorrentes da Prestação dos Serviços Concedidos – uniformização de procedimento. In: *2ª Reunión Internacional de Distribución y Comercialización de Energía Eléctrica, Comisión de Integración Energética Regional – CIER*, 2001, Lima, Perú.

Andrade, M. T. O., e Ramalho, E. L. O Setor de Energia Elétrica e suas Inter-Relações com o Mercado. In: *Seminário: Preços e Tarifas em Serviço Essenciais com Foco nos Mercados de Gás e Eletricidade*, 1999, Rio de Janeiro.

ANEEL. Contrato de Concessão de Distribuição nº 162/98, anexo III, subitens III.1a e III.1b; 1998, Brasília. (<http://www.aneel.gov.br>).

Bajay, S. V. Estrutura Institucional, Composição do Parque Gerador, Aparato Regulatório e Políticas Energéticas em Diversos Países. In: *Curso de Especialização Sobre o Novo Ambiente Regulatório, Institucional e Organizacional dos Setores Elétrico e de Gás Natural – Cenários 2000*, 2000, São Paulo.

- Benjamin, A. H. V. O Conceito Jurídico de Consumidor. In: Revista dos Tribunais, v. 628, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- Bittar, C. A. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Forense Universitária, 2001.
- BNDES, A Regulação da Infra-Estrutura: A Experiência Recente no Brasil; Rio de Janeiro, 1996.
- Campos, C. M. *Introdução ao Direito de Energia Elétrica*. São Paulo: Ícone, 2001.
- Centro da Memória da Eletricidade no Brasil. Energia Elétrica no Brasil: Breve Histórico: 1880-2001; Rio de Janeiro, 2001.
- Cretella Júnior, J. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- Cuéllar, L. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.
- Dias, D. S. e Rodrigues, A. P. Estado e Energia Elétrica – Experiências Internacionais de Desregulamentação e o Caso Brasileiro; Rio de Janeiro, 1994.
- Dias, J. A. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- Di Pietro, M. S. Z. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 1999.
- Donato, M. A. Z. Proteção ao Consumidor: Conceito e Extensão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- ELETROBRÁS, Revista Comemorativa dos 30 Anos; Rio de Janeiro, 1991.
- ELETROBRÁS, Plano Decenal de Expansão 1999/2008; Rio de Janeiro, 1999.
(<http://www.eletrabras.gov.br/atuacao/planodecenal.htm>)

- Filomeno, J. G. B. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. São Paulo: Forense Universitária, 1993.
- Gordillo, A. A. *Tratado de Derecho Administrativo*. T.I, 1974.
- Grotti, D. A. M.; Sundfeld, C. A. (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- Jéze, G. - *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1950.
- Josserand, L. - *Evolution e Actualités*. Paris: Delloz, 1936.
- Landini, L. A. R. Fiscalização em Energia Elétrica. In: *Institute for International Reserch – IIR*, São Paulo; 2001a.
- Landini, L. A. R. O Processo de Fiscalização Técnica. In: *workshop* Proteção ao Consumidor e Melhoria dos Serviços de Atendimento ao Cliente, USAID – United States Agency for International Development, IIE - Institute of International Education, e Comissão de Serviços Públicos de Energia - CSPE, São Paulo – SP; 2001b.
- Landini, L. A. R. Processo de Mediação e Arbitragem no Setor Público. In: *Curso de Mediação e Arbitragem*, Instituto Nacional de Mediação e Arbitragem – INAMA, Conselho Regional dos Contabilistas do Estado de São Paulo e Câmara de Comércio do Mercosul, São Paulo – SP; 2001c.
- Landini, L. A. R. Teoria do Risco Objetivo nos Serviços Públicos de Energia Elétrica. 2001. In: *II Congresso Brasileiro de Regulação de Serviços Públicos Concedidos*, São Paulo; 2001d.
- Landini, L. A. R. Pedido de Indenizações por Danos – PID’s. In: *workshop* “Proteção ao Consumidor e Melhoria dos Serviços de Atendimento ao Cliente”, USAID – United States

- Agency for International Development, IIE - Institute of International Education, e Comissão de Serviços Públicos de Energia Elétrica – CSPE, São Paulo; 2001e.
- Landini, L. A. R. Compartilhamento de infra-estrutura: custos de re-locação e remoção de postes de sustentação da rede de energia elétrica. 2001. In: *II Congresso Brasileiro de Regulação de Serviços Públicos Concedidos*, São Paulo; 2001f.
- Landini, L. A. R. O Papel da Agência Reguladora na Fiscalização do Setor Elétrico Paulista. In: *1º Seminário Aspectos Sociais do Fornecimento de Energia Elétrica*, Jaci, São Paulo; 2002.
- Laubadère, A. D. *Droit Public Économique*. Paris: Delloz, 1976.
- Lima, A. Da Culpa ao Risco, apud Josserand, “Les Transports”, ns. 557 e segs.; “Cours”, vol. II, ns. 458 e 488; Léon Michel, “La Responsabilité des Maîtres”. In “Revue Critique”, pág. 592; Savatier, “Règles Génér.de la Responsabilité”, In “Rev. Critique”, pág. 409 e segs.); 1934.
- Martins, I. G.; Bastos, C. R. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- Martins, I. G. *Administração Pública na Constituição de 1.988*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- Maximiliano, C. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- Meirelles, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1990.
- Meirelles, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- Mello, C. A. B. Abastecimento de Água – Serviço Público – Regime Jurídico – Tarifas. São Paulo: Revista de Direito Público, nº 55-56, 1980.

- Mello, C. A. B. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- Mello, C. A. B. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- Mello, C. A. B. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- Mukai, T. *Licitações e Contratos Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- Neto, D. F. M. *Administração Pública Consensual: Convênios, Consórcios e Acordos de Programa*. Rio de Janeiro: In: *Congresso Nacional de Procuradores do Estado*, 21., 1995.
- Nusdeo, A. M. O.; Sundfeld, C. A. (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- Pereira, C. M. S. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- Pinheiro, A. C. et al. *A privatização no Brasil*; 2000.
- Rios, J. O. (Coord.) et al. *Código de Defesa do Consumidor ao Seu Alcance*. São Paulo: IDEC, 1996.
- Rocha, J. A. *A Lei de Arbitragem (Lei 9.307, de 23.9.1996) Uma Avaliação Crítica*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- Rodrigues, S. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1976.
- Roque, S. J. *Arbitragem a Solução Viável*. São Paulo: Ícone, 1997.
- Silva, J. C. *A Responsabilidade Civil do Produtor*. Coimbra: Almedina, 1990.

- Souza, J. J. M. Responsabilidade da Empresa Pelo Fato do Produto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- Souza, J. J. M. Código de Defesa do Consumidor Comentado. In: Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, 1995.
- Sundfeld, C. A. (Coord.) et al. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- Vianna, G. D. F. Contrato de Compartilhamento de Infra-Estrutura entre Setores de Energia e Telecomunicações. In: *II Congresso Brasileiro de Regulação de Serviços Públicos Concedidos*, São Paulo; 2001.
- Viscusi, W. K. *Economics of Regulation and Antitrust*. Mit Press, 1995.
- Wald, A. Os Serviços Públicos no Estado Moderno. In: Separata da Revista de Informação Legislativa. Senado Federal; Brasília, 1986.
- Wald, A. Ausência de Responsabilidade das Distribuidoras de Energia Elétrica pela Interrupção Ocorrida em 11.03.99 (Parecer). Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica – ABRADEE. São Paulo; 1999.

ANEXO I

Corrente Jurisprudencial (Ementário)

INDENIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL – EMPRESA DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – ATIVIDADE TIDA COMO PERIGOSA – OBRIGATORIEDADE DE CONSERVAR A REDE, EVITANDO DANOS A TERCEIROS EM DECORRÊNCIA DE FENÔMENOS NATURAIS PREVISÍVEIS – ART. 159 DO CÓD. CIVIL – RECURSO NÃO PROVIDO.

Ementa Oficial:

“A empresa concessionária de fornecimento de energia elétrica, atividade tida como perigosa, é obrigada a conservar a rede, evitando danos a terceiros em decorrência de fenômenos naturais previsíveis – Aplicação do art. 159 do CC”. (Turma Recursal Única dos Juizados Especiais, Cível e Criminal – Ap. Cível nº 001.96.012698-9 – Apelante: Cia. de Eletricidade do Acre - j. 08.04.97 – RJE-9, pág. 289/291).

INDENIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL – SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – DANOS EM APARELHOS ELETRODOMÉSTICOS DE CONSUMIDOR POR SOBRECARGA DE ENERGIA – RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Ementa Oficial:

Condenação em dinheiro – Serviço de fornecimento de energia elétrica – Danos em aparelhos eletrodomésticos de consumidor por sobrecarga de energia – Responsabilidade da concessionária.

Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionários, permissionários ou sob qualquer forma de empreendimento, são obrigadas a oferecer serviços adequados, eficientes e seguros, respondendo, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados ao consumidor pelo descumprimento da obrigação “(Segundo Colégio Recursal de São Paulo – Recurso nº 484 – Apelante: Eletricidade de São Paulo S.A. - j. 21.08.96 – rel. Des. Carlos Barros Nogueira – RJE –2, p. 163/166)”.

RESPONSABILIDADE CIVIL – COMPANHIA DE ENERGIA ELÉTRICA – EXERCÍCIO DE ATIVIDADE PERIGOSA GERADORA DE RISCOS – NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE SUA ATIVIDADE E DANO SUPERVENIENTE –REPARAÇÃO MATERIAL - CUMULAÇÃO COM DANOS MORAIS – INADMISSIBILIDADE.

Ementa Oficial:

“Pelo simples exercício da atividade perigosa que desenvolve, geradora de risco, assume a companhia de energia a obrigação de indenizar; basta que exista nexo de causalidade entre o exercício da atividade e o dano superveniente, para que se completem os pressupostos da responsabilidade objetiva. Se o dano permite reparação material, não há que falar em indenização por dano moral, não sendo admissível nessa hipótese, a cumulação das duas espécies de reparação”.(TJMG- Ap. 42830/0 – 3ª Câmara. – Apelante: Cia. Energética de Minas Gerais - j. 17.08.96 – rel. Des. Lúcio Urbano – DJ 17.09.96).

RESPONSABILIDADE CIVIL – DESPRENDIMENTO DE OBJETO DA REDE DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA, COM DANOS EM EDIFÍCIO FRONTEIRIÇO – DEVER INDENIZATÓRIO DA COMPANHIA ESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA – DOCTRINA DO RISCO INTEGRAL – CASO FORTUITO – QUANDO NÃO SE PÕE COMO ESCUSATIVA.

Ementa Oficial:

“A responsabilidade civil do Estado, estendida também às pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, o direito positivo a fundamenta na teoria do risco integral, também denominado risco administrativo, que faz exurgir o dever indenizatório sempre que o funcionamento do serviço cause prejuízo à esfera de outrem. Ainda que o evento danoso (quebra de vidros em edifício) provenha do desprendimento de objeto (‘punho’) da rede de transmissão de energia elétrica, provocado por fato da natureza (tempestade), este não serve, por si, de escusativa do dever indenizatório. Conquanto invocáveis caso fortuito e força maior, a adoção da doutrina do risco integral afasta, como escusativa, o simples caso fortuito, exigível que é, na hipótese, a ocorrência de caso fortuito externo ou força maior externa, inocorrentes na espécie. Indenização devida. Apelação provida”. (TARS – Ap. Cível nº 194188629 – Sexta Câmara Cível – Apelante: Cia. Estadual de Energia Elétrica - j. 17.11.94 – JIS – p. 3).

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – INDENIZAÇÃO – INCÊNDIO RESIDENCIAL CAUSADO POR CURTO CIRCUITO ELÉTRICO – INEXISTÊNCIA DE PROVA DE QUE O EVENTO RESULTOU DE DEFEITO, FALHA, IMPERFEIÇÃO OU OMISSÃO DE SERVIÇO CONFIADO À CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA ELÉTRICA – VERBA INDEVIDA.

Ementa Oficial:

“A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviço público, embora de natureza objetiva, com base no risco administrativo, somente ocorre em face à existência de nexos causal entre o dano e a ação administrativa. Em caso de incêndio residencial causado por curto circuito elétrico, cumpre ao interessado demonstrar que este resultou de defeito, falha, imperfeição ou omissão do serviço confiado à execução da economia mista concessionária de energia elétrica, sem o que é de regra a improcedência da ação”. (TJAP – Ap. Cível nº 519/98 – Câmara Única – Apelante: Companhia de Eletricidade do Amapá – CEA – j. 09.12.98 – rel. Juiz convocado Raimundo Vales – DJ. 17.01.99).

RESPONSABILIDADE CIVIL –INDENIZAÇÃO – EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – ATIVIDADE DE RISCO –MENOR

VITIMADO POR ELETROPLESSÃO – NEGLIGÊNCIA DA CONCESSIONÁRIA – OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR.

Ementa Oficial:

“Queda de fio de luz sobre cerca de arame. Menor vitimado por eletroplessão ao tentar transpô-la. Alegação de caso fortuito. Pensão alimentícia. Limitação até a data em que o menor completaria 25 anos de idade. Objetiva é a responsabilidade da empresa pública pelos danos causados a terceiros, que por eles responde se não comprovada a culpa exclusiva destes. A Queda de condutor de energia elétrica, em situação de normalidade, caracteriza negligência da manutenção da rede elétrica e não caso fortuito. Se disso decorre a morte de filho menor, resta a obrigação de indenizar. O pensionamento, tratando-se de vítima com apenas seis (6) anos de idade, limita-se ao período compreendido entre os doze e vinte e cinco anos de idade”. (Apelação Cível – 0048746500 – Foz do Iguaçu – Juiz Jesus Sarrao – Quinta Câmara Cível – Julg. 26.08.92 – Ac. 1670 – publ. 02.10.92

RESPONSABILIDADE CIVIL: 1 – MORTE CAUSADA POR CHOQUE ELÉTRICO. ROMPIMENTO DE FIO. RESPONSABILIDADE. DANO MORAL. DANO MATERIAL. 2 – INDENIZAÇÃO. PENSÃO. FIXAÇÃO. CRITÉRIO PARA SUA FIXAÇÃO. 3 - ELETROCUSSÃO. ELETROPLESSÃO. CERTEL – COOPERATIVA REGIONAL DE ELETRIFICAÇÃO TEUTÔNIA.

Ementa Oficial:

Ação de reparação por danos materiais, morais e pensionamento mensal à autora menor. Morte da esposa e mãe dos autores por eletrocussão, em virtude de queda de fio elétrico. Responsabilidade indenizatória de empresa concessionária de serviço público de fornecimento de energia elétrica. Natureza da responsabilidade. Devida a cobertura das despesas com funeral e sepultamento. Caracterização dos danos morais. Obrigatoriedade de pensionamento a menor. A responsabilidade indenizatória de empresa concessionária de serviço público – distribuição de energia elétrica – decorre do risco administrativo a que esta sujeita – art. 37, § 6º, da Constituição

Federal. A morte de esposa e mãe caracteriza danos morais. Devidos são em tal hipótese. Assim como devido é o pensionamento da filha menor, embora não exercesse, a vítima, atividades diretamente lucrativa, afeita as lides domésticas e as próprias lides agrícolas, contribuindo para a economia familiar. O valor dos danos deve ser fixado consideradas as circunstâncias de cada caso, com ponderação, bom senso e critério, observado o caráter ao mesmo tempo reparatório e preventivo da condenação, suportável para o ofensor, mas pesado e sensível a sua economia. Ação julgada procedente em parte no Juízo de Primeiro Grau. Provimento em parte do apelo da é, reduzindo-se o valor dos danos morais e do pensionamento a autora menor. (12 fls) (APC nº 599158201, Sexta Câmara Cível, TJRS, Relator: Des. Osvaldo Stefanello, julgado em 30.08.2000).

RESPONSABILIDADE CIVIL –ADMINISTRATIVO –RESPONSABILIDADE –
ACIDENTE DE VEÍCULO –REPARAÇÃO – CULPA DO MOTORISTA DO CARRO
OFICIAL.

Ementa Oficial

I. A Delegacia do Ministério das Minas e Energia é órgão da Administração Federal e, de acordo com a teoria objetiva do risco administrativo, tem a Administração Pública o dever de indenizar a vítima que demonstre o evento danoso ocasionado por ação ou omissão do Poder Público, além do nexo causal (CF, art. 37, parágrafo 6º). II. Quando veículos transitando por direções que se cruzem, se aproximarem de local não sinalizado, terá preferência de passagem o que vier da direita. III. A prova técnica concluiu que "causa determinante no acidente de que trata o presente laudo, o condutor do veículo 2 (réu), ao ingressar no cruzamento, infringiu o art. 13, do Decreto nº 62.127 do CNT". IV. Remessa improvida. Sentença que se mantém. (TRF 1ª R. – REO 01000215485 – PA – 3ª T. – Rel. Juiz Cândido Ribeiro – DJU 14.05.1999 – p. 86).

RESPONSABILIDADE CIVIL – CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO DE
FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – FORNECIMENTO DE ENERGIA
ELÉTRICA – INTERRUPTÃO – PRODUTO ALIMENTÍCIO – PERDA TOTAL – DANO

MATERIAL –RESPONSABILIDADE OBJETIVA – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – CONDENAÇÃO EM DANOS MATERIAIS.

Ementa Oficial

Perecimento de produtos alimentícios, pela interrupção de abastecimento de energia. Responsabilidade objetiva à luz do Código de Defesa do Consumidor. Não há que se perquirir culpa. Inversão do ônus probatório em favor da vulnerabilidade do consumidor – art. 6º, VIII, da Lei nº 8.078/90. Provas documentais (notas fiscais) e testemunhais em prol da Autora/1ª Apelante. Prejuízos de estoque comprovados. Remodelação das instalações frigoríficas foge aonexo causal. Ausência de comprovação de despesas com a troca de motores. Incabíveis os lucros cessantes. Restou não comprovada a paralisação das atividades, na fase instrutória da ação. Sentença a quo mantida. Recursos desprovidos. (TJRJ – AC 3.281/1999 – (Ac. 20081999) – 8ª C.Cív. – Rel. Des. Carpena Amorim – J. 04.05.1999).

CONSTITUCIONAL – RESPONSABILIDADE CIVIL – DANOS OCACIONADOS POR SOBRECARGA NA REDE DE ENERGIA ELÉTRICA – CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO.

Ementa Oficial:

Responsabilidade objetiva (art. 37, § 6º, da Constituição da República). Alegação de caso fortuito não provada. Manutenção da sentença. Sendo objetiva a responsabilidade da concessionária de serviço público, somente poderá ser exonerada provando que o dano alegado por particular decorreu de culpa deste, de terceiro, ou de caso fortuito. Não comprovada cabalmente a ocorrência desta última excludente, representada, no caso, por uma descarga atmosférica que danificou eletrodomésticos do autor, confirma-se a sentença que julgou procedente o pedido de condenação a indenizar. (TJMG – AC 128.733/3 – 2ª C. Cív. – Rel. Des. Fernandes Filho – J. 16.03.1999).

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – CONCESSIONÁRIA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA ELÉTRICA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO.

Ementa Oficial:

Procede a indenização, contra a concessionária de serviço público de energia elétrica, por culpa objetiva e risco administrativo, quando falta ao dever de fiscalização em local por onde passa fio de alta tensão, abrangendo tal indenização danos materiais e morais. Sentença mantida, parcialmente. (TJMG – AC 149.527/4 – 5ª C.Cív. – Rel. Des. Cláudio Costa – J. 02.09.1999).

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - MORTE POR DESCARGA DE ALTA TENSÃO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DE CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA.

Ementa Oficial:

As pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos, tal como o Estado, a partir da Constituição de 1988 respondem objetivamente pelos riscos decorrentes da sua atividade. A exclusão dessa responsabilidade só tem lugar no caso de inequívoca ocorrência de algumas das causas excludentes do nexo causal, ônus da empresa prestadora de serviços públicos. Não comprovado o fato exclusivo da vítima, nem motivo de força maior, cabe à empresa fornecedora de energia elétrica responder pela morte da vítima, atingida por descarga de alta tensão. (TAMG – AC 0274395-5 – 7ª C. Cível. – Rel. Juiz Antônio Carlos Cruvinel – J. 20.05.1999).

DIREITO ADMINISTRATIVO - DIREITO CONSTITUCIONAL-RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: ART. 37, § 6º, CF. FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO DISTRITO FEDERAL – PEDIDO INDENIZATÓRIO FORMULADO PELO GENITOR (VÍTIMA REFLEXA). MORTE DO FILHO MENOR POR ELETROPLESSÃO (VÍTIMA DIRETA).

CONTATO COM FIOS DE ENERGIA ELÉTRICA DESENCAPADOS NO INTERIOR DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO DA REDE PÚBLICA – DESCUIDO DA ADMINISTRAÇÃO EM MANTER SUAS INSTALAÇÕES IMUNES À EXPOSIÇÃO DE TERCEIROS A RISCOS.

Ementa Oficial:

1 – Não afasta a responsabilidade objetiva indenizatória do estado, o fato de o menor estudante, ao pular o muro do estabelecimento, ter caído sobre a caixa de energia elétrica vindo, como consequência, a entrar em contato com os fios ali instalados e desencapados, de que decorreu seu imediato falecimento por eletroplessão – 2 – A prova dos autos revela que a caixa de energia elétrica não guardava a mínima segurança indispensável para sua destinação – 3 – O impacto do corpo da vítima não seria o suficiente para o desprendimento da tampa, nem o quebraamento de suas bordas, se as condições de construção daquele compartimento guardassem a recomendação de segurança necessária – 4 – é dever da administração prevenir e evitar eventuais acidentes, com danos pessoais e irreparáveis àqueles que freqüentam suas dependências, principalmente em se cuidando de estabelecimento escolar, que oferece ensino de 1º grau para crianças – 5. Indenização em favor do genitor correspondente a uma pensão mensal de 2/3 do salário mínimo, a partir da data do evento até quando a vítima viesse a completar 25 anos – Mais despesas de funeral – Incidentes juro e correção monetária, na forma do julgado – Recurso conhecido e improvido – Unânime. (TJDF – EI 3732296 – (Reg. 25) – 1ª C. Cív. – Rel. Des. Edmundo Minervino – DJU 25.11.1998).

REPARAÇÃO CIVIL – ELETROCUSSÃO – MORTE DE MENOR – FIO DE ALTA TENSÃO PARTIDO POR FENÔMENO ATMOSFÉRICO, ATINGINDO O MENOR QUE TRANSITAVA POR VIA PÚBLICA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CONCESSIONÁRIA PRESTADORA DO SERVIÇO PÚBLICO QUE VITIMOU O MENOR – INTELIGÊNCIA DO § 6º, DO ART 37, DA CF 88 – APELO DESPROVIDO.

Ementa Oficial:

A concessionária de energia elétrica responde objetivamente por danos que o serviço causar a terceiros. A indenização é devida mesmo que a vítima seja menor, não se questionando se contribuía economicamente com o orçamento familiar, estendendo-se a reparação até a estimativa de vida de vinte e cinco anos, no âmbito material, sem prejuízo da recompensa moral. (TJSC – AC 97.005979-5 – SC – 2ª C. Cível. Rel. Des. Anselmo Cerello – J. 07.05.1998).

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA – CURTO – CIRCUITO – INCÊNDIO – DESTRUIÇÃO DE REFLORESTAMENTO DE EUCALIPTOS E ERVA – MATE – INDENIZAÇÃO DEVIDA – RELAÇÃO DE CAUSALIDADE DEMONSTRADA – RECURSO DA RÉ DESPROVIDO.

Ementa Oficial:

A responsabilidade objetiva das concessionárias de energia elétrica tem sido reiteradamente afirmada pelos Tribunais, posto que a distribuição de energia elétrica é atividade perigosa por sua própria natureza. Responde, portanto, a concessionária pelos danos decorrentes de incêndio causado por curto-circuito na rede de energia, independente de sua culpa. Pedido Certo – Discriminação dos danos e dos seus valores – Revelia – Sentença Ilíquida – Impossibilidade – Exegese do § Único, do art. 459, do CPC. (TJSC – AC 97.002616-1 – SC – 3ª C.Cív. Rel. Des. Silveira Lenzi – J. 05.05.1998).

RESPONSABILIDADE CIVIL DE CONCESSIONÁRIA DO SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – ACIDENTE CAUSADO POR DESCARGA ELÉTRICA – INCAPACIDADE DA VÍTIMA PARA O TRABALHO – PENSÃO VITALÍCIA – DANO MORAL – DESPESAS COM SERVIÇOS HOSPITALARES – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO – RESPONSABILIDADE CIVIL – ELETROCUSSÃO

Ementa Oficial

Responsabilidade da empresa de energia elétrica, cujos fios passam a uma distância mínima do prédio onde se hospedava o autor. A responsabilidade é objetiva, só excluída por caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima. Hipótese em que está demonstrada ainda a

omissão da empresa elétrica. Procedência do pedido, com imposição das verbas indenizatórias necessárias à reparação do dano. (TJRJ – AC 8129/96 – Reg. 060697 – Cód. 96.001.08129 – 1ª C. Cív. – Rel. Des. Martinho Campos – J. 08.04.1997).

ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA – CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA (CELESC) – CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA IMPLANTAR UMA LINHA DE TRANSMISSÃO – DANOS CAUSADOS EM PROPRIEDADE PARTICULAR – DEVER DE INDENIZAR NÃO AFETADO POR CLÁUSULA QUE ESTABELEÇA A RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DA CONTRATADA.

Ementa Oficial:

O direito do terceiro lesado de ser indenizado pelo ente público dono da obra, não pode ser afetado por qualquer relação convencional existente entre este e a empresa contratada para executá-la, porquanto a regra da responsabilidade objetiva contida no art. 37, § 6º, da Carta Magna, é de ordem pública e, assim, intransacionável entre os contratantes. “A Administração pode reforçar essa responsabilidade com a solidariedade do empreiteiro, mas não pode reduzi-la ou excluir-se da obrigação de indenizar o dano causado por suas obras” (Yussef Said Cahali). PERDAS E DANOS – COMPROVAÇÃO – INDENIZAÇÃO DEVIDA – APURAÇÃO DO QUANTUM EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA – Se os danos foram demonstrados adequadamente, inarredável o dever de indenizar, podendo a apuração do quantum ser relegada para a fase liquidatória. (TJSC – AC 96.012023-8 – SC – 3ª C.Cív. – Rel. Des. Eder Graf – J. 06.05.1997)

ANEXO II

Ofício Circular nº 145 /1999-ANEEL

Brasília, 17 de março de 1999

Senhor Presidente:

A Diretoria da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, no uso de suas atribuições conferidas pelo inciso V, do art. 3º, da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, pelos incisos I e IX do art. 3º e incisos IV, XV, XVI, XIX, do art. 4º, do Decreto nº 2.335, de 06 de outubro de 1997, tendo em vista a interrupção no fornecimento de energia elétrica que afetou o Sistema Interligado Sul/Sudeste/Centro-Oeste, ocorrida na noite do dia 11/03/1999 e considerando:

- o monitoramento, pela ANEEL, das solicitações de indenização de prejuízos com posicionamento diário de sua evolução por parte dos concessionários;
- o acompanhamento técnico da fiscalização da ANEEL junto aos concessionários, com relação ao atendimento às solicitações de ressarcimento;
- a responsabilidade dos concessionários em indenizar danos causados aos consumidores por deficiência relativa à prestação dos serviços.

2. Ratifica sua orientação sobre os procedimentos a serem adotados pelos concessionários de serviços públicos de energia elétrica, no que se refere às solicitações de indenizações por prejuízos causados aos seus consumidores, em decorrência do mencionado incidente:

• **QUANTO AO RECEBIMENTO DAS RECLAMAÇÕES, COM BASE NA PORTARIA DNAEE Nº 466/97:**

- os concessionários deverão registrar todas as solicitações formuladas diretamente pelo consumidor ou por intermédio dos órgãos ou entidades representativas dos mesmos, e proceder a análise técnica dos pleitos formulados, segundo procedimentos existentes.



(Fls 02 de Ofício Circular nº 145 /1999-ANEEL de 17/03/1999)

• QUANTO AO RESSARCIMENTO DOS PREJUÍZOS:

- os concessionários deverão instituir "rito sumário" para análise e decisão das solicitações apresentadas, manifestando-se no prazo máximo de 15 (quinze) dias do seu recebimento;
- solicitações analisadas e deferidas, deverão ser ressarcidas imediatamente aos consumidores, nos termos da legislação em vigor;
- solicitações analisadas e indeferidas deverão ser informadas aos consumidores, por escrito, devidamente fundamentadas com o resultado da análise técnica procedida, para cada caso analisado.

3. Informa, ainda, que o atendimento às solicitações decorrentes do mencionado fato continuará sendo objeto de monitoramento constante desta Agência, através da Superintendência de Mediação Administrativa Setorial e Agências Estaduais Conveniadas, conforme orientações específicas já expedidas.

Atenciosamente,

JOSÉ MÁRIO MIRANDA ABDO
Diretor-Geral



03
A.

COMUNICADO AO PÚBLICO

Tendo em vista o "Comunicado ao Público", divulgado pela Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica – ABRADDEE nesta data, a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL informa aos consumidores de energia elétrica o seguinte:

1. O ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores em decorrência de deficiências no fornecimento de energia elétrica é de responsabilidade das empresas concessionárias do serviço público de distribuição, independentemente da comprovação de culpa do agente e sem prejuízo do direito de ação regressiva, segundo preceituam o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, o art. 25 da Lei nº 8.987, de 1995 (Lei de Concessões), e o art. 14, § 3º, da Lei nº 8.078, de 1990 (Código de Defesa do Consumidor);

2. O processo de reestruturação do setor elétrico, dentro do qual a ANEEL desempenha as funções de regulação, fiscalização e mediação de conflitos entre os concessionários prestadores do serviço e os consumidores usuários, não pode ser colocado em xeque por atitudes de confrontação adotadas por parte de qualquer dos agentes;

3. A ANEEL considera inaceitáveis e repudia quaisquer tentativas nesse sentido, contrárias ao interesse público, e reitera seu compromisso de defesa do consumidor de energia elétrica, por entender que não pode o concessionário distribuidor postergar providências para o ressarcimento de danos decorrentes da interrupção do fornecimento, por conta de investigação de responsabilidades;

4. O desatendimento de recomendação específica nesse sentido, expedida por esta Agência, caracteriza descumprimento das normas legais, regulamentares e contratuais do serviço, sujeitando os concessionários às penalidades previstas na Resolução ANEEL nº 318/98;

5. Em razão disso, a Agência está expedindo, nesta data, Termos de Notificação às empresas concessionárias associadas à ABRADDEE, envolvidas nos problemas de fornecimento de energia elétrica ocorridos no Sistema Interligado Sul/Sudeste/Centro-Oeste no dia 11 de março de 1999, para efeito da aplicação das penalidades cabíveis, nos termos das normas em vigor.

Brasília, 6 de abril de 1999.

JOSÉ MÁRIO MIRANDA ABDO
Diretor-Geral



Ofício Circular nº 524/1999-DR/ANEEL

Brasília, 14 de julho de 1999.

Senhor

A Diretoria da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, no uso de suas atribuições, e tendo em vista consulta de consumidor a esta Agência quanto ao prazo legal máximo para os concessionários de energia elétrica receberem solicitações de ressarcimento referentes a danos causados pela interrupção no fornecimento de energia elétrica, a exemplo da ocorrência que afetou o Sistema Interligado Sul/Sudeste/Centro-Oeste, na noite do dia 11/03/1999, vem à presença de V.Sa., para expressar o seguinte entendimento.

2. Conforme se depreende do Art. 26, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor-CDC), o prazo decadencial para se reclamar de serviço de energia elétrica é de 90 (noventa) dias, posto que o mesmo é um serviço durável, haja vista seu requisito de continuidade estatuído no próprio CDC.

3. Dessa forma, todos os consumidores que procuraram o concessionário para solicitar ressarcimento nos 90 (noventa) dias subsequentes ao evento declarado deverão ter seus pedidos registrados e analisados.

4. Considerando a abrangência do dispositivo legal retro mencionado (Art. 26, da Lei nº 8.078/90), determinamos que os concessionários adotem este mesmo prazo decadencial para todo e qualquer pedido de ressarcimento decorrente de eventos ocorridos na prestação de serviços de energia elétrica.

A Sua Senhoria o Senhor

(Fls. 02 do Ofício Circular nº 527 /1999-DR/ANEEL, de 14/07/1999).

5 Eventuais solicitações indeferidas, anteriormente à data de recebimento deste Ofício, por motivo de prazo decadencial inferior a 90(noventa) dias, deverão ser reanalisadas e informadas aos consumidores sobre os respectivos resultados.

6 Esclarecemos, finalmente, que a definição do prazo decadencial referido neste ofício circular, para a apresentação de pedidos de indenização às concessionárias não alide o consumidor de reivindicar judicialmente a sua pretensão no prazo de cinco anos, nos termos do (art. 27, da Lei nº 8.078/90).

Atenciosamente,



JOSÉ MÁRIO MIRANDA ABDO
Diretor-Geral

Ofício Circular nº 527/1999

SGAN 603, Módulo "J" - Brasília-DF CEP 70830-030 Fone (061) 312-5955 FAX (061) 312-5965

DOCUMENTO CÓPIA



AGÊNCIA NACIONAL DE
ENERGIA ELÉTRICA

Ofício Circular nº 324/2002-DR/ANEEL

Brasília, 12 de Fevereiro de 2002.

Assunto: Adequação de procedimentos.

Prezado Senhor,

A Diretoria da Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel, face à interrupção no fornecimento de energia elétrica ocorrida no dia 21 de janeiro de 2002 que afetou os Sistemas Interligados Sudeste/Centro-Oeste e Sul e atendendo ao que determinou a Resolução nº 103, de 24 de janeiro de 2002, da Câmara de Gestão da Crise de Energia – GCE, criou um grupo de trabalho especial conforme consta da Portaria Aneel nº 028, de 13 de fevereiro de 2002, publicada no DOU de 15 de fevereiro de 2002.

2. Este grupo terá a função específica de avaliar os danos causados em equipamentos elétricos dos consumidores, decorrentes do desligamento supramencionado e tem a composição abaixo, sendo que Manoel Eduardo Miranda Negrisoni, da SMA, fará a coordenação operacional do mesmo:

- Paulo Jerônimo Bandeira de Mello Pedrosa – Diretor Ouvidor da ANEEL;
- Manoel Eduardo Miranda Negrisoni – SMA/ANEEL;
- Paulo Henrique Silvestrini Lopes – SFE/ANEEL;
- Francisco Ivaldo Andrade Frota – SRC/ANEEL.

3. As informações sobre os registros e tratativas adotadas para atendimento às solicitações de ressarcimento de danos ora em estudo, deverão ser enviadas até o dia 25 do mês analisado, para a primeira quinzena deste, e até o dia 10 do mês seguinte, para a segunda quinzena do mês analisado, dentro do padrão contido na planilha anexa, a Superintendência de Mediação Administrativa Setorial – SMA/Aneel.

4. Solicitamos, ainda, o envio à SMA de relatórios minuciosos referentes a danos ocorridos em virtude da interrupção em estudo, que tenham, conforme prevê o parágrafo único do art. 5º da Resolução GCE nº 103/02, relevante alcance social, tão logo os mesmos sejam comunicados à concessionária, com vistas a subsidiar a adoção das medidas cabíveis por parte da Secretaria de Defesa Civil do Ministério da

A Sua Senhoria o Senhor

NOME

Cargo

Empresa

Cidade/Estado.

Nº Documento SIC

48512.007221/02-00/18/1

Código:

SGAN Q603 / Módulos I e J
Brasília-DF Brasil
CEP 70830-030

DOCUMENTO CÓPIA



AGÊNCIA NACIONAL
ENERGIA ELÉTRICA

(Fls. 02 do Ofício Circular nº 24 / 2002-DR/ANEEL, de 18/02/02).

Integração Nacional. Tal relatório deverá conter, no mínimo, as seguintes informações: descrição do fato consumidor(es) atingido(s), impacto da ocorrência, montante do prejuízo e providências adotadas pela concessionária.

5. Na oportunidade, ratificamos os procedimentos utilizados pelas concessionárias de serviço público de energia elétrica, no que se refere às indenizações por prejuízos causados aos seus consumidores, especialmente quanto ao recebimento das reclamações, com base na Resolução ANEEL n° 456/00, art. 101.

6. Reiteramos ainda a orientação quanto ao ressarcimento dos prejuízos, ressaltando que as concessionárias, quando da análise e decisão das solicitações apresentadas, deverão manifestar-se no prazo máximo de 30 (trinta) dias a contar do seu recebimento, conforme prevê o art. 97 da já citada Resolução Aneel n° 456/00. Os resultados das análises das solicitações, deferidas ou indeferidas, deverão ser informados aos consumidores, por escrito, com a devida fundamentação técnica.

Atenciosamente,


PAULO PEDROSA
Diretor Ouvidor

Ofício nº 338/2002-SMA/ANEEL



Assunto: Ressarcimento de danos elétricos.

Senhor Presidente,

Recebemos a correspondência CT-P-167/2002, datada de 01.04.2002, por meio da qual V.Sa. faz alegações quanto às orientações dadas por esta ANEEL acerca dos pedidos de ressarcimento por danos em equipamentos elétricos recebidos e deferidos ou não pelas concessionária, devido ao blecaute de 21.01.2002.

2. No entendimento desta Agência os consumidores prejudicados com perdas parciais ou totais de equipamentos elétricos não podem ficar na dependência da apuração de responsabilidades de terceiros, não vinculados a eles diretamente, sob a alegação que não houve culpa da empresa concessionária. Tal entendimento é possível através da leitura do texto constitucional, uma vez que a Constituição Federal, no seu art. 37, §6º, define que as prestadoras de serviços públicos são responsáveis pelos danos causados por terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

4. Assim também estabelecem os artigos 95 a 101 da Resolução 456, da ANEEL, o art. 25 da Lei nº 8987/95, a chamada Lei de Concessões, bem como o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), em seu art. 14. Dessa forma, o consumidor tem o direito de ser ressarcido dos danos causados em virtude da prestação do serviço de energia elétrica, porquanto a interrupção no fornecimento havida no último dia 21 de janeiro não se encontra entre exclusões à obrigação da concessionária do serviço público de energia de ressarcir os eventuais danos percebidos pelos consumidores, conforme detalhado pelo Ofício-Circular nº 124/2002-DR/ANEEL, de 18/02/2002.

5. Neste caso, o reclamante enquadrando-se na definição legal de consumidor, conforme estabelecido no art. 2º do Código de Defesa do Consumidor - CDC, configurar-se-á como usuário final de energia elétrica, e havendo a existência do liame causal entre a ação ou omissão e o dano, não conseguindo a Concessionária provar culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros deverá efetuar o ressarcimento integral ao consumidor.

A Sua Senhoria o Senhor
Joaquim Silva Filipe
Presidente da Bandeirante Energia S/A.
São Paulo - SP.
Bandeirante-Ação-Ressarc. Danos/2002

SGAN Q503 / Módulos 1 e 2
Brasília-DF Brasil
CEP 71201-900

(Fls. 02 do Ofício nº 228/2002-SMA/ANEEL, de 18/04/02)



6. Adicionalmente, o art. 22 do CDC, assim como o art. 6º da Lei nº 8.987/95, já citados e o Contrato de Concessão prevêem que as empresas responsáveis pelo fornecimento do serviço público de energia elétrica são obrigadas a fornecer serviços adequados, eficientes e seguros e, quanto aos serviços essenciais, estes devem ser prestados de forma contínua. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas nestes instrumentos, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados.

7. Tais providências deverão ser adotadas pelas concessionárias, sem prejuízo ao cumprimento do Contrato de Uso do Sistema de Transmissão celebrado entre distribuidoras, transmissoras e o Operador Nacional do Sistema - ONS, o qual informa os procedimentos para casos onde é possível definir qual o agente que originou a perturbação, assim como a metodologia para rateio das indenizações pagas nas ocorrências em que a responsabilidade não possa ser exclusiva e comprovadamente atribuída a um deles ou para aquelas que o ONS tenha dado causa.

Atenciosamente,


MANOEL EDUARDO M. NEGRÃO
Superintendente de Medição Administrativa Setorial

UNICAMP
BIBLIOTECA CENTRAL
SEÇÃO CIRCULANTE

SGAN 6603 / Módulo 1 e J
Brasília-DF 51257
CEP 70830-030
Tel-161: 312-5600
www.aneel.gov.br