

A regulação dos serviços públicos de energia elétrica entre a regulação setorial e o direito do consumidor

rdai.com.br/ojs/index.php/rdai/article/view/165



Vitor Rhein Schirato Universidade de São Paulo (São Paulo, São Paulo, Brasil)

● <https://orcid.org/0000-0001-5563-2265>

DOI: <https://doi.org/10.48143/rdai/09.vrs>

Palavras-chave: Serviço público – Energia elétrica – Regulação setorial – Defesa do consumidor

Resumo

O objetivo deste estudo é discutir o regime jurídico de proteção do usuário do serviço público de distribuição de energia elétrica, analisando o quanto há de incidência de uma regulação estatal específica, inerente ao regime jurídico típico dos serviços públicos, e o quanto há de normas especiais de proteção e defesa do consumidor.

Biografia do Autor

Vitor Rhein Schirato, Universidade de São Paulo (São Paulo, São Paulo, Brasil)

Doutor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP. Mestre (LL.M.) em Direito Administrativo Econômico pela Universidade de Osnabrück, Alemanha. Membro da Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo (AIPDA). Secretário Acadêmico do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico – CEDAU. Advogado em São Paulo.
vitor.schirato@rsmc.com.br

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DI PIETRO, Alberto. Tiuela dei diritti, garanzie e servizi. In: AMMANNATI, Laura; CABIDDÙ, Maria Agostina; DE CARLI, Paolo (Org.). Servizi pubblici, concorrenza, diritti, Milão: Giuffrè 2001.

DUGUIT, Léon. De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service public, in *melanges maurice Hauriou*. Paris: Librairie Recueil Sirey, 1929.

FILOMENO, José Geraldo Brito et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

FORSTHOFF, Ernst. *Traité de droit administratif allemand*, Bruxelas: Établissements Émile Bruylant, 1969.

GUIMARÃES, Cesar Pereira. *Usuários de serviços públicos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética.

KOENIG, Christian; KÜHLING, Jürgen; RASBACH, Winfried. *Energierecht*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2013.

MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. *Autoridades reguladoras independentes*. Coimbra: Coimbra, 2003.

PINTO, Bilac. *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002 (atualizado por Alexandre Santos de Aragão).

SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre-iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A regulação do setor elétrico brasileiro. In: MONTROYA, Milton Fernando (Org.). *Trends and challenges in electricity and oil regulation*. Bogotá: Externado, 2017.

TORRICELLI, Simone. *Il mercato dei servizi di pubblica utilità*. Milão: Giuffrè, 2007.

Entre outros, confira-se: PINTO, Bilac. *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002 (atualizado por Alexandre Santos de Aragão).

Sobre essa questão, veja-se o nosso *Livre-iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 124 e ss.

Cf. MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. *Autoridades reguladoras independentes*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 11.

Evidentemente, havia exceções. Havia empresas estatais controladas pelos Estados que atuavam de forma verticalmente integrada, desempenhando atividades em geração, transmissão e distribuição, como era o caso das empresas estatais de São Paulo, Paraná e Minas Gerais (CESP, COPEL e CEMIG, respectivamente).

Embora a lei de proteção do consumidor seja do ano de 1990, o marco inicial de uma

proteção jurídica específica do consumidor vem com a Constituição Federal de 1988, eis que em seu texto havia a previsão expressa da edição de uma lei infraconstitucional para essa finalidade (artigo 5º, inciso XXXII) e que a proteção do consumidor constitui um dos princípios fundantes da ordem econômica constitucional (artigo 170, inciso V).

Sobre o tema, confira-se DUGUIT, Léon. De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service public, in *melanges maurice Hauriou*. Paris: Librairie Recueil Sirey, 1929. p. 255 e ss.

Conforme, entre outros, FORSTHOFF, Ernst. *Traité de droit administratif allemand*, Bruxelas: Établissements Émile Bruylant, 1969. p. 536-537 (tradução para o francês de Michel Fromont).

Na Decisão 66,248, decidiu a Corte (in verbis): “o fornecimento de energia elétrica é uma atividade pública do mais alto significado, porque o fornecimento de energia elétrica pertence ao campo das atividades essenciais (Daseinsvorsorge) e é uma prestação que se destina a cobrir as necessidades essenciais para assegurar uma existência humana digna aos cidadãos” (tradução nossa).

Sobre essa evolução, confira-se: DI PIETRO, Alberto. *Tiuela dei diritti, garanzie e servizi*. In: AMMANNATI, Laura; CABIDDÙ, Maria Agostina; DE CARLI, Paolo (Org.). *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, Milão: Giuffrè 2001. p. 314 e ss.

Para uma sistematização das discussões doutrinárias, confira-se: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 513 e ss.

No Brasil, por exemplo: GUIMARÃES, Cesar Pereira. *Usuários de serviços públicos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. p. 224 e ss.

Entre outros, no Brasil, confira-se: FILOMENO, José Geraldo Brito et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 131.

Entre outros, confira-se: JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética. p. 560.

Cf. TORRICELLI, Simone. *Il mercato dei servizi di pubblica utilità*. Milão: Giuffrè, 2007. p. 328-329.

Sobre o tema, confira-se: SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre-iniciativa nos serviços públicos*, cit., p. 227 e ss.

Sobre o tema, confira-se: DI PIETRO, Alberto. *Tiuela dei diritti, garanzie e servizi*, cit., p. 317 e ss.

Por exemplo, o AgInt no AREsp 1061219/RS, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 22.08.2017, com relatoria do Ministro O.G. Fernandes, em que se repetiu o entendimento da possibilidade de inversão do ônus da prova em litígio entre usuário de

energia elétrica e a respectiva concessionária do serviço público de distribuição.

É o caso, por exemplo, da suspensão de fornecimento por falta de pagamento. Em que pese haver a proteção das normas de direito do consumidor, há entendimento consolidado na jurisprudência de que pode haver suspensão de fornecimento em caso de não pagamento em função das normas regulamentares do serviço público. Por mais impreciso que seja, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em matéria de suspensão de fornecimento de energia elétrica é o seguinte: “A jurisprudência desta Corte, entende que a exigência de débito pretérito referente ao fornecimento de energia não viabiliza por si só a suspensão do serviço; o corte pressupõe o inadimplemento de dívida atual, relativa ao mês do consumo, sendo inviável a suspensão do abastecimento em razão de débitos antigos” (AgRg no REsp 1390384/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, j. 17.03.2016, DJe 04.04.2016). Nesse sentido, também: AgRg no AREsp. 276.453/ES, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 08.09.2014; AgRg no AREsp. 412.849/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 10.12.2013).

Valendo-nos de uma distinção apresentada por Alexandre Santos de Aragão, a Lei 13.460/2017 utilizou-se de um conceito amplo de serviço público, nele incluindo todas as atividades prestacionais do Estado (cf. Direito dos serviços públicos, cit., p. 143 e ss.). Tal conceito é demasiadamente amplo, abrangendo atividades de claro cunho econômico (os chamados serviços públicos industriais e comerciais, segundo a nomenclatura francesa), sendo muito difícil uma tentativa de se encontrar elementos comuns de proteção aos cidadãos em todas as mais diferentes relações jurídicas subjacentes.

A ideia de relação de consumo, para fins do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, consiste na existência de três elementos fundamentais: o fornecimento de um bem ou serviço, um adquirente desse bem ou serviço para suas necessidades finais e a situação de hipossuficiência do consumidor em relação ao fornecedor (Cf. FILOMENO, José Geraldo Brito et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, cit., p. 28).

Sobre o tema, confira-se: KOENIG, Christian; KÜHLING, Jürgen; RASBACH, Winfried. *Energierecht*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2013. p. 29-31.

Sobre o tema, confira-se: SCHIRATO, Vitor Rhein. A regulação do setor elétrico brasileiro. In: MONTOYA, Milton Fernando (Org.). *Trends and challenges in electricity and oil regulation*. Bogotá: Externado, 2017. p. 131 e ss.

Nos termos dos artigos 15 e 16 da Lei 9.074/95, os consumidores livres que podem adquirir energia no ambiente de livre contratação são aqueles com carga mínima de 3.000 KW, atendidos em tensão superior a 69 kV até 01 de janeiro de 2019 e, a partir dessa data, em qualquer tensão.

O sistema interligado nacional é um mecanismo de organização do setor elétrico brasileiro, no qual restam interligadas as principais instalações de geração de energia

localizadas no território nacional por meio de amplo sistema de transmissão. A operação desse sistema interligado é feita pelo Operador Nacional do Sistema, entidade de direito privado criada nos termos da Lei Federal 9.648, de 27 de maio de 1998. Às concessionárias de transmissão de energia elétrica cabe tão somente a construção, operação e manutenção de suas redes, sendo a operação do sistema realizada centralizadamente pelo NOS.

Eis o texto da ementa do Acórdão em discussão (in verbis): “Direito do consumidor. Tarifa de energia elétrica. Ausência de prequestionamento. Súmula 211/STJ. Reposicionamento. Restituição. Ocorrência de engano justificável. Art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. Pagamento simples. Abrangência da restituição. Súmula 7/STJ. 1. Trata-se de Ação Ordinária proposta contra concessionária de energia elétrica que busca ressarcimento de tarifa cobrada indevidamente. 2. A infração aos arts. 186, 927, 932, III, e 933 do Código Civil não foi examinada pelo Tribunal de origem, que se limitou a analisar a questão sob a ótica do CDC. 3. É inadmissível Recurso Especial quanto a matéria inapreciada pelo Tribunal a quo. Aplicação da Súmula 211/STJ. 4. O entendimento desta Turma sobre a incidência do art. 42, parágrafo único, do CDC é pacífico no sentido de que a devolução em dobro não está condicionada à existência de má-fé ou de culpa; entretanto, é possível a devolução simples por engano justificável (REsp 1.231.803/MS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 22.3.2011, DJe 31.3.2011). 5. Na hipótese dos autos, consignou-se não ter havido erro imputável à parte recorrida (Enersul), de modo que, para acompanhar as razões recursais, no ponto, seria preciso verificar o conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. 6. Da mesma forma, o Tribunal local afirmou, com base em Resoluções da Aneel, que o período sobre o qual deve recair a restituição é tão-somente o compreendido entre abril de 2005 a dezembro de 2007. 7. A revisão dessa orientação impõe necessário reexame do arcabouço probatório que acompanha os autos, a atrair o óbice da Súmula 7/STJ: ‘A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial’. 8. Recurso Especial não provido” (destacamos) (STJ, REsp 1250314/MS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 07.06.2011, DJe 10.06.2011).

Eis a ementa do Acórdão (in verbis): “Processual civil. Ação civil pública. Encargos de energia elétrica. ‘Seguro-apagão’. Legitimidade ativa. Ministério público. Direitos transindividuais. 1. O Ministério Público, por força do art. 129, III, da Constituição Federal, dos arts. 81 e 82, do CDC e art. 1º, da Lei 7.347/85, é legitimado a promover Ação Civil Pública na defesa de direitos transindividuais, nestes incluídos os direitos dos consumidores de Energia Elétrica. 2. Deveras, restou assentado nesta E. Corte que os encargos tarifários de Capacidade Emergencial – conhecido também como seguro apagão, criados pela Medida Provisória 14, de 21.12.2001, convertida na Lei 10.438, de 26.04.2002, tem natureza de preço público, consubstanciando, assim, contraprestação de caráter não-tributário. Precedente: (REsp 692550/RS, DJ 21.03.2005). 3. A remuneração dos serviços prestados pelas empresas concessionárias de serviços públicos tem natureza jurídica ou preço público, sendo regida por normas atinentes ao direito privado. 4. Sobressai da doutrina de Hugo Nigro Mazzilli que: ‘Embora o CDC se

refira a ser uma relação jurídica básica o elo comum entre os lesados que comunguem o mesmo interesse coletivo (tomado em sentido estrito), ainda aqui é preciso admitir que essa relação jurídica disciplinará inevitavelmente uma hipótese fática concreta; entretanto, no caso de interesses coletivos, a lesão ao grupo não decorrerá propriamente da relação fática subjacente, e sim, da própria relação jurídica viciada que une todo o grupo. Assim, por exemplo, tomemos um contrato de adesão, com uma cláusula ilegal. A ação civil pública que visa à anulação dessa cláusula envolverá uma pretensão à tutela de interesse coletivo em sentido estrito, pois o grupo atingido estará ligado por uma relação jurídica básica comum, que, nesse tipo de ação, deverá necessariamente ser resolvida de maneira uniforme para todo o grupo lesado. Tanto os interesses difusos como os coletivos são indivisíveis, mas se distinguem não só pela origem da lesão como também pela abrangência do grupo. Os interesses difusos supõem titulares indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, enquanto os coletivos dizem respeito a grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, ligadas pela mesma relação jurídica básica. Por sua vez, os interesses coletivos e os interesses individuais homogêneos têm também um ponto de contato: ambos reúnem grupo, categoria ou classe de pessoas determináveis; contudo, distinguem-se quanto à divisibilidade do interesse: só os interesses individuais homogêneos são divisíveis, supondo uma origem comum. (A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 17^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 52/53).

5. Declarada a ilegalidade da exação dos encargos tarifários, esta será a mesma para todo o grupo de consumidor, independentemente da quantia de consumo de cada um deles (interesse coletivo, indivisível). Hipótese diversa seria a pretensão de restituição das parcelas pagas indevidamente, porquanto individualizada de acordo com o consumo de cada consumidor, de sorte que teríamos interesses individuais homogêneos, porquanto divisíveis.

6. Recurso especial provido, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que, afastando o fundamento ilegitimidade do Ministério Público Federal, proceda novo julgamento” (STJ, REsp 799.669/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 02.10.2007, DJ 18.02.2008).

Eis a ementa do Acórdão (in verbis): “Ação declaratória de constitucionalidade. Medida Provisória 2.152-2, de 1º de junho de 2001, e posteriores reedições. artigos 14 a 18. Gestão da crise de energia elétrica. Fixação de metas de consumo e de um regime especial de tarifação. 1. O valor arrecadado como tarifa especial ou sobretarifa imposta ao consumo de energia elétrica acima das metas estabelecidas pela Medida Provisória em exame será utilizado para custear despesas adicionais, decorrentes da implementação do próprio plano de racionamento, além de beneficiar os consumidores mais poupadores, que serão merecedores de bônus. Este acréscimo não descaracteriza a tarifa como tal, tratando-se de um mecanismo que permite a continuidade da prestação do serviço, com a captação de recursos que têm como destinatários os fornecedores/concessionários do serviço. Implementação, em momento de escassez da oferta de serviço, de política tarifária, por meio de regras com força de lei, conforme previsto no artigo 175, III da Constituição Federal. 2. Atendimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo em vista a preocupação com os direitos dos consumidores em geral, na adoção de medidas que permitam que todos continuem a

utilizar-se, moderadamente, de uma energia que se apresenta incontestavelmente escassa. 3. Reconhecimento da necessidade de imposição de medidas como a suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores que se mostrarem insensíveis à necessidade do exercício da solidariedade social mínima, assegurada a notificação prévia (art. 14, § 4º, II) e a apreciação de casos excepcionais (art. 15, § 5º). 4. Ação declaratória de constitucionalidade cujo pedido se julga procedente” (STF, ADC 9, Rel. Min. Néri da Silveira, Rel. p/ Acórdão Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. 13.12.2001, DJ 23.04.2004 (grifos nossos)).

A submissão e a publicação de artigos são gratuitos; avaliados por pares; o periódico utiliza o CrossCheck (antiplágio) e cumpre com o Guia dos Editores da *COPE - Committee on Publication Ethics*, além das recomendações Elsevier e SciELO. Confira as Regras para a submissão e avaliação da RDAI.