

# DA EXPANSÃO DA OFERTA DE ENERGIA ELÉTRICA EMERGENCIAL E O ADICIONAL TARIFÁRIO

*Mauro Roberto Gomes de Mattos*

*Advogado no Rio de Janeiro. Vice Presidente do Instituto Ibero Americano de Direito Público – IADP, Membro da Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social, Membro do IFA – Internacional Fiscal Association. Conselheiro efetivo da Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social.*

## I – INTRODUÇÃO

Por 275 votos a favor, 144 contrários e 8 abstenções, o Plenário da Câmara Federal aprovou o Projeto de Conversão à Medida Provisória nº 14/2001, que dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, recomposição tarifária extraordinária, cria o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica e dispõe sobre a universalização do serviço público de energia elétrica.

O projeto foi aprovado pelo Senado Federal, sendo convertido na Lei nº. 10.438/2001.

Tomando como base a aprovação da respectiva Medida pelo Senado, passaremos a tecer os seguintes comentários sobre o que vem estatuído naquele comando legal.

Inicialmente, reeditando as sábias palavras de Francisco Campos, é de se registrar:<sup>1</sup> “O poder público não é um poder irresponsável e arbitrário; ele se vincula e se limita pelos seus próprios atos. Não pode se reservar o privilégio, que se resume na mais cínica das prerrogativas que se arrazoava o poder absoluto, de surpreender a boa-fé dos que confiam na sua palavra ou nas suas promessas, violando aquela ou anulando essas, depois de haver conseguido, por causa de uma ou de outras, as prestações cuja execução havia sido feita

na fé, fundamental não só ao comércio jurídico, como à conveniência moral, de que a ninguém é lícito retirar a palavra empenhada ou desfazer a promessa mediante a qual obteve vantagem de outrem ou lhe causou ou infligiu sacrifício.”

Ora, esta expansão da oferta de energia emergencial, da forma como está redigida, afronta vários direitos básicos dos consumidores, colidindo com a legalidade e com as autorizadas palavras de Francisco Campos.

O artigo inaugural da Lei *sub oculis* está sendo redigido:

*“Art. 1º - Os custos, inclusive de natureza operacional, tributária e administrativa, relativos à aquisição de energia elétrica e à contratação de capacidade de geração ou potência pela Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial – CBEE serão rateados entre todas as classes de consumidores finais atendidas pelo Sistema Elétrico Nacional interligado, proporcionalmente ao consumo individual verificado, mediante adicional tarifário específico, segundo regulamentação a ser estabelecida pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.*

*§ 1º - O rateio dos custos relativos à contratação de capacidade de geração ou potência referidos no caput não se aplica aos consumidores integrantes da sub-classe residencial baixa renda.*

*§ 2º - O rateio dos custos relativos à aquisição de energia elétrica referidos no caput não se aplica aos consumidores integrantes da classe residencial e rural cujo mensal seja inferior a 350 KWh.*

*§ 3º - Os resultados financeiros obtidos pela CBEE em decadência da comercialização da energia elétrica adquirida na forma do caput serão destinados à redução dos custos a serem rateados entre os consumidores.”*

Impõe o Poder Público ao consumidor, mais uma vez, o ônus de custear e financiar a falta de planejamento do setor energético, pagando por custo que não deu causa. Foi assim no racionamento, onde a sobretaxa já rondava a vida do consumidor, como uma forma de brechar o consumo de energia elétrica. Através da cooperação, o consumidor reduziu

---

<sup>1</sup> Francisco Campos, *Direito Administrativo*, volume I, Livraria Freitas Bastos, 1958, ps. 70/71.

o consumo e se privou do conforto que a eletricidade lhe oferece, voltando ao tempo em que o ferro de passar roupas era movido pelo carvão. Verdadeiro retrocesso.

Pois bem, os custos e os encargos fiscais, segundo o artigo multicitado, ficam por conta de todas as classes de consumidores finais, excetuando os integrantes da sub-classe residencial baixa renda e os integrantes da classe residencial rural cujo consumo mensal seja inferior a 350 KWh. O artigo 13, da Lei de Concessões, permite que as tarifas sejam diferenciadas “em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários.”

Por outro lado, o Poder Público impõe ao consumidor, sem prejuízo do reajuste tarifário anual, previstos nos contratos de concessão de serviços públicos de distribuição elétrica, a recomposição tarifária extraordinária, nos seguintes índices (art. 4º):

- ≈ 2,9% para os consumidores integrantes das classes Residencial e Rural;
- ≈ 7,9% para os demais consumidores.

O § 2º, do mesmo artigo do diploma legal declinado, determina a não aplicação dos citados índices à tarifa de energia elétrica devida pelos consumidores integrantes da sub-classe residencial baixa renda.

Como visto, foi feito um divisor de águas, onde o consumidor de baixa renda foi excluído do rateio do custo sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, ficando também livre da recomposição tarifária extraordinária de que trata o *caput* do art. 4º, implementada por meio de aplicação às tarifas de fornecimento de energia elétrica dos índices percentuais já declinados, ao passo que os demais deverão arcar com os custos da respectiva expansão da rede.

## II - DA TARIFA E A COBRANÇA DO SEU ADICIONAL

A tarifa é paga pelo usuário do serviço, calculada com base no que foi efetivamente utilizado pelo mesmo. Ela serve como uma “retribuição que recebe o concessionário pela prestação dos serviços.”<sup>2</sup>

Bianchi<sup>3</sup> assim averba sobre o tema:

*“... la tarifa representa el precio que el usuario debe pagar por el servicio prestado. Pero como no todos los usuarios son iguales, hay diferentes precios que se colocan en una lista o catalogo de precios es la tarifa. Recibe también el nombre de cuadro tarifario, y representa así el monto de la retribución que el concesionario o licenciatarario recibe por la prestación de los servicios”.*

A política tarifária vem regulada, na concessão, pelo capítulo IV, da Lei nº 8.987/95, compreendendo o que vem contido nos artigos 9º, 10, 11 e 13.

Assim dispõe o artigo 9º, da Lei de Concessões.

*“Art. 9º - A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.*

*§ 1º - A tarifa não será subordinada à legislação específica anterior e somente nos casos expressamente previstos em lei, sua cobrança poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário.*

*§ 2º - Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.*

*§ 3º - Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado o seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou menos, conforme o caso.*

---

<sup>2</sup> Mauro Roberto Gomes de Mattos, *O Contrato Administrativo*, Ed. América Jurídica, 1ª ed., 2001, p. 279.

<sup>3</sup> Alberto B. Bianchi, “La tarifa em los Servicios Públicos”, in *Revista de Derecho Administrativo* nº 27/29, Año 10, Enero-Diciembre/1998, Ed. Depalma, Buenos Aires, p. 37.

*§ 4º - Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelece-lo, concomitantemente à alteração.”*

Não resta dúvida que a tarifa deverá permitir a justa remuneração para o concessionário, mantendo eficaz o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Exatamente esse equilíbrio é que torna o serviço adequado, onde vigora o princípio da modicidade da tarifa, pela razoabilidade dos preços cobrados.

Em economias como a do nosso país, onde o fator político e a falta de planejamento do Poder Público são uma realidade, o legislador permite revisões periódicas, a fim de preservar o que vem estatuído no edital do certame e no contrato, ou seja, o devido equilíbrio econômico-financeiro do ajuste.

Mesmo sendo por conta e risco do concessionário a exploração do serviço público, essa regra não é absoluta, pois as flutuações naturais que alterem significativamente a aléa econômica deverão ser consideradas, a fim de ser mantida a estabilidade financeira do contrato.

Desde 1959, que Marcel Waline<sup>4</sup> defende como “direito fundamental” o equilíbrio financeiro do contrato.

E o sempre arguto Caio Tácito,<sup>5</sup> em 1961, deixava registrado sobre o equilíbrio financeiro do contrato:

*“E princípio visa, sobretudo, à correlação entre os encargos e a remuneração correspondente, de acordo com o espírito lucrativo que é elementar aos contratos administrativos e, especialmente, à concessão do serviço público.”*

O objetivo da lei é que “sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se equilíbrio econômico-financeiro” (art. 10 da Lei de Concessões).

---

<sup>4</sup> Marcel Waline, *Droit Administratif*, 8ª ed., 1959, p. 574.

Pois bem, voltando ao núcleo central, se constata que a Medida Provisória do setor elétrico, reconhecendo o desequilíbrio do contrato de concessão com as empresas que exploram o segmento em questão, fruto da redução da geração de energia elétrica, transferiu para os consumidores o ônus da falta de planejamento do governo, impondo a recomposição tarifária extraordinária já descrita, que vigorará pelo período necessário à compensação do montante referido no § 9º, do art. 4º, da MP em tela.

Esta recomposição será aplicada tão-somente às áreas do Sistema Elétrico Interligado Nacional, onde foi instaurado o Programa de Redução do Consumo de Energia Elétrica, nos seguintes períodos:

✍ desde 1º de julho de 2001 até a extinção do Programa de Redução de Consumo de Energia Elétrica, para os consumidores atendidos por meio dos Sistemas Interligados das Regiões Sudeste, Centro-Oeste e Nordeste; e

✍ desde 1º de julho de 2001 até 31 de dezembro de 2001, para os consumidores dos Estados do Pará e do Tocantins e da parte do Estado do Maranhão atendida pelo Sistema Interligado Norte.

Fica a ANEEL responsável pela homologação do valor devido à título de recomposição tarifária extraordinária, devendo seguir a liturgia legal do que vem estatuído no § 5º do art. 4º da referida Medida Provisória.

Não resta dúvida que as empresas distribuidoras de energia, durante o racionamento, tiveram graves e sérios prejuízos, devendo ser ressarcidas de tais desequilíbrios pelo Poder Concedente. As concessionárias não são culpadas pela grave omissão do poder público, pelo contrário, sofreram com a desaceleração do consumo .

Todavia, optou o Estado em transferir a sua obrigação contratual, para os já sofridos consumidores de energia elétrica, que, através das alíquotas de 2,9% (consumidores residenciais) e de 7,9% para os demais, deverão, no prazo médio de 36 meses, podendo

---

<sup>5</sup> Caio Tácito, *O Equilíbrio Financeiro na Concessão do Serviço Público*, RDA 63:3.

chegar, dependendo do caso, em até dez anos, pagar a conta que poder concedente deu causa, pela falta de planejamento do setor energético.

O prazo de vigência do reajuste será determinado de acordo com o prejuízo de cada distribuidora.

Pergunta-se: é lícita a transferência dos encargos do poder concedente para com os consumidores de energia elétrica?

Antes de responder a presente indagação, o art. 170, da CF, impôs que a ordem econômica observasse, dentre outros princípios, a defesa do consumidor (inc. V), sendo certo, que compete ao Estado promover a defesa do consumidor na forma da lei (art. 5º, XXXIII).

É dever do consumidor pagar a tarifa, levando-se em conta a prestação do serviço feito pelo concessionário, sem, contudo, obrigar-se a arcar com prejuízos ou defasagens que não deu causa.

Mesmo tendo a responsabilidade de pagar a tarifa cobrada, a Lei de Concessões garante ao consumidor o recebimento de um serviço adequado, que satisfaça as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua representação e modicidade das tarifas.

O princípio da modicidade das tarifas foi muito bem sublinhado pelo conceituado Diógenes Gasparini:<sup>6</sup>

*“A modicidade impõe sejam os serviços públicos prestados mediante taxas ou tarifas justas, pagas pelos usuários para remunerar os benefícios recebidos e permitir o seu melhoramento e expansão. Assim, os serviços públicos não devem ser prestados com lucros ou prejuízos, mas mediante uma retribuição que viabilize esses interesses. Em situações excepcionais, o Poder Público pode subsidiar seu custo.”*

---

<sup>6</sup> Diógenes Gasparini, *Direito Administrativo*, Ed. Saraiva, p. 215.

No presente caso, o Poder Público deve indenizar todo o prejuízo que foi causado aos consumidores e às empresas concessionárias de energia elétrica, que foram afetadas pelo racionamento.

Por outro lado, a eficiência na prestação de serviços públicos é uma obrigação constitucional, decorrendo do que vem estatuído no art. 37 da CF.

*In casu*, o Poder Concedente cobra um adicional de tarifa, até que seja recomposta a equação financeira do contrato de concessão em razão do racionamento de energia, onde o usuário do serviço ficou exposto à privação de consumo e às sobretaxas cobradas para aqueles que não conseguiram viver dentro de uma restrição de conforto, com a subtração da utilização de aparelhos modernos, que são eméritos sugadores de energia elétrica.

Mesmo sendo privado do seu conforto, deixando de receber o serviço adequado no período do racionamento, o usuário de energia elétrica está sendo compelido, mais uma vez, a arcar com despesa ilegítima, contraída pela omissão do poder público.

Esta conduta do poder público encontra repúdio, por seu turno, no art. 3º, II, do Decreto nº 2.335/97, que determina a ANEEL a regulamentação do mercado de energia elétrica, tomando como base a necessidade do consumidor e o pleno acesso aos respectivos serviços, com modicidade das tarifas, que significa dizer, que acréscimos indevidos ou injustificados não encontram eco.

Para tanto, a Lei nº 9.427/96, ao criar a ANEEL, colocou como missão da aludida autarquia a regulação do mercado e a fiscalização da produção, transmissão, distribuição e comercialização de Energia Elétrica (art. 2º), com o objetivo de se obter uma melhor racionalização do serviço concedido, com o menor custo possível.

Ora, qualquer falha verificada na indelegável missão da ANEEL, gera responsabilidade civil para a mesma. Até mesmo a omissão de fiscalização, por si só, traz



para o aludido ente público o dever de indenizar os particulares que foram prejudicados (art. 37, § 6º, da CF).

Como o racionamento foi implementado em nosso país em determinadas áreas, pela falha na transmissão e distribuição de energia elétrica, e competia a ANEEL implementá-las, salta aos olhos a sua total responsabilidade, pois a sua grave omissão gerou aos consumidores a obrigação de poupar energia ou se contentar com o pagamento de uma exorbitante sobretaxa, trazendo também desequilíbrio ao contrato de concessão.

O dano *in omittendo*, ou seja, quando houver omissão do poder público, capaz de causar dano ao particular, consubstancia-se a responsabilidade civil do Estado.

Sobre o tema, abra-se parênteses para registrar o posicionamento de José Cretella Júnior,<sup>7</sup> que alerta sobre o mau funcionamento da máquina estatal:

*“O mau funcionamento da máquina estatal, com reflexos sensíveis no funcionamento do serviço público, traduzido em concreto, por atos ou omissões do agente público, em decorrência da movimentação (ou inércia) do aparelhamento da Administração, tem, como conseqüência freqüente e profunda, uma série de danos causados aos administrados, prejuízos esses tanto maiores quanto mais poderosos e intervencionista se vai tornando o Estado em nossa época.”*

Clara é a lição do art. 159, do Código Civil:

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

E não resta dúvida que a omissão da ANEEL foi danosa para o consumidor, tendo em vista que deixou de fiscalizar e implementar o seu desiderato, acarretando um forçado racionamento de energia, com repercussão financeira no contrato de concessão, face ao desequilíbrio imposto às concessionárias.

---

<sup>7</sup> José Cretella Júnior, *O Estado e a Obrigação de Indenizar*, Ed. Forense, 1998, p. 27.

Adotamos aqui as robustas palavras da expressiva lição de José dos Santos Carvalho Filho:<sup>8</sup>

*“Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos.*

*A consequência, dessa maneira, reside que a responsabilidade civil do Estado, no caso de conduta omissiva, só se desenhará quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa. A culpa origina-se, na espécie, do descumprimento do dever legal, atribuído ao Poder Público, de impedir a consumação do dano.”*

E Mário Masagão<sup>9</sup> escreveu:

*“quando o serviço público: a) funciona mal; b) quando não funciona, devendo funcionar como na hipótese de inexecução de trabalhos públicos (...), c) quando o serviço funciona, mas só tardiamente e do retardamento advém dano.”*

É da pena de Aguiar Dias:<sup>10</sup>

*“são os fatos identificáveis como faltas no serviço público, conforme resultem: de mau funcionamento do serviço, do não funcionamento do serviço, do tardio funcionamento do serviço.”*

Duez e Debeyre,<sup>11</sup> reeditando a doutrina francesa, ratifica a culpa da ANEEL pela falha no seu poder de fiscalização, acarretando um mau funcionamento do serviço público:

*“A falha do serviço público não se encontra vinculada necessariamente à idéia de culpa de agente expressamente designado, identificado. Basta que dependa de má direção geral anônima do serviço, basta estabelecer que o serviço foi defeituoso na organização*

---

<sup>8</sup> José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*, 8ª ed., Ed. Lumen Juris, 2001, p. 427.

<sup>9</sup> Mário dos Santos Masagão, *Curso de Direito Administrativo*, 6ª Ed., 1977, p. 284.

<sup>10</sup> Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*, Ed. Forense, 6ª Ed., 1979, vol. 2, ps. 237/238.

<sup>11</sup> Duez e Debeyre, *Troité de Droit Administratif*, 1952, p. 421.

*ou no funcionamento, e que o prejuízo se origina desse defeito. Julgase o serviço e não o agente.*

A negligência do poder público causa um aumento injustificado da tarifa para quem não deu causa a este evento, pois o consumidor cumpriu a sua parte, e a grave omissão do ente regulador e a falta de planejamento no setor elétrico são os verdadeiros responsáveis pela caracterização do desequilíbrio do contrato de concessão.

A responsabilidade civil do poder público é latente, pois a falta de fiscalização da ANEEL possibilitou a imposição aos consumidores de energia, segundo a MP em questão, do dever de ressarcir às empresas concessionárias do prejuízo ocorrido com o racionamento de energia.

A concessão tem para o poder público um só objetivo, que é o de assegurar, mediante a colaboração particular, técnica e financeira, o funcionamento de um serviço cuja prestação lhe incumbe fornecer, por se tratar de um serviço atribuído à sua competência, sem que com isto imponha condições exorbitantes para os consumidores.

Todavia, impor ao particular/consumidor adicional tarifário para suprir a falta de um planejamento, que acarretou injustificado prejuízo para o concessionário, se afigura como abuso de poder, pois o ato omissivo acarreta para o poder público o dever de indenizar os danos concebidos pela sua falha. Aí se inclui tanto os consumidores como as empresas concessionárias do serviço público. Se o Estado agrava as obrigações livremente assumidas pelo concessionário, este tem direito a que se restabeleça a equação financeira, de maneira que continue inalterado o equilíbrio inicialmente estabelecido entre os encargos e a remuneração, sem que isto acarrete a alteração na modicidade da tarifa.

Importa ressaltar que, se empresas privadas que prestam serviços públicos devem atender ao princípio da modicidade na fixação de seus preços, a Administração Pública (que atua única e exclusivamente, em função do interesse público), com muito mais razão, está obrigado a atendê-lo, não repassando o custo da sua falta de planejamento a terceiros.

Como claramente se vê da análise anteriormente feita, a utilização de fatores inadequados para medir o custo do serviço prestado em cada caso, acarreta a cobrança de um adicional de tarifa inadequado, deixando de proporcionar à Administração a contra-prestação razoável pelo serviço, onerando excessivamente os consumidores de energia elétrica.

Rafael Bielsa<sup>12</sup> já advertia:

*“En efecto, la concesión no puede ser un medio de ganancia arbitraria a costa del usuario o consumidor, o del Estado; y reciprocamente éstas deben pagar el justo precio del servicio.”*

Portanto, entendemos que a responsabilidade com o desequilíbrio da equação financeira do contrato de concessão é do poder público, que criou desconforto para os consumidores, além de instituir um adicional de tarifa, independentemente do reajuste anual, capaz de fazer frente ao ato omissivo do Estado.

### **III – RESPONSABILIDADE DA ANEEL PELA FALTA DE REGULAÇÃO RETIRANDO DO CONSUMIDOR A OBRIGAÇÃO DE REPARAR O QUE NÃO DEU CAUSA**

Como visto, competia a ANEEL, segundo o art. 3º, da Lei nº 9.427/96, que a instituiu, dentre outras:

*“Art. 3º - Além das incumbências prescritas nos arts. 29 e 30 da Lei nº 8.997, de 13 de fevereiro de 1995, aplicáveis aos serviços de energia elétrica, compete especialmente à ANEEL:*

*I – Implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995;*

*II – promover as licitações destinadas à contratação de concessionárias de serviço público para produção, transmissão e*

---

<sup>12</sup> Rafael Bielsa, *Estudios de Derecho Publico I Derecho Administrativo*, 1950, tomo I, Ed. De Palma, Buenos Aires, p. 622.

*distribuição de energia elétrica para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos.”*

Ora, a partir do momento em que a ANEEL não implementou as competentes licitações para a contratação de concessionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica, gerou prejuízos para os consumidores e para os concessionários do serviço público, devendo, portanto, arcar com sua grave omissão, pois possui como missão, dentre outras, controlar e regular os serviços públicos privatizados, primando pela qualidade e eficiência da prestação de serviços do contratado. Da irregularidade do seu desempenho ou defeito da regulação e controle do mercado ao qual possui competência, que importe em prejuízo para o consumidor ou para o concessionário, nasce a obrigação do ente público em reparar o dano verificado:<sup>13</sup>

*“Debiendo el Estado responder – em general – por sus faltas de servicio, idéntico critério también aplicarse a la actividad desarrollada por los entes Reguladores de servicios públicos, como lógica consecuencia de su carácter de entidades públicas em ejercicio de la función administrativa. Ello implica, fundamentalmente, que los Entes Reguladores serán responsables frente a los usuarios, por los daños y perjuicios ocasionados a los usuarios por el incumplimiento o la irregular ejecución de las actividades de control a su cargo (art. 42 C.N.), ya sea que la violación a las obligaciones del servicio regular, provenga de la ejecución de hecos, actos u omisiones.”*

Citado pelo respectivo publicista portenho, Ernesto N. Bustelo, a Corte Suprema da Argentina,<sup>14</sup> acompanhando a tendência do mundo moderno, que é a de compelir o Estado a responder pela falta de um serviço público que deveria prestar ou regular, assim sentenciou:

*“... quien contrae de la obligación de prestar un servicio público, lo debe realizar en condiciones adecuadas para llegar al fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios causados por su incumplimiento o ejecución irregular... La falta de servicio es una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio*

---

<sup>13</sup> Ernesto N. Bustelo, “Responsabilidad Del Estado por la Actividad u Omission de Los Entes Reguladores de Servicios Públicos Privatizados”, in *Servicios Públicos, Institutos de Estudios de Derecho Administrativo*, Ediciones Dike, Mendoza, Argentina, os. 438-439.

<sup>14</sup> Suprema Corte da Argentina, CS, abril 28-1998, Zacarias, Cláudio H., “Córdoba, Província de y ots” s/ Sumario, E.D. Diário Del 12/2/99, apud Ernesto N. Bustelo, cit. ant., p. 438.

*regular, lo cual entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño...”*

A lição extraída do direito comparado se aplica ao nosso direito interno, em virtude da similitude dos ordenamentos jurídicos de ambos países, que se inspiraram na teoria do risco administrativo, para impor ao Estado a obrigação de arcar com a responsabilidade de indenizar pelos danos causados por ação ou omissão que seus agentes públicos ou prestadores de serviços causem à terceiros.

Nessa moldura, a Carta Magna de 1988, praticamente seguindo a esteira das demais, direcionou, em seu artigo 37, § 6º, a teoria do risco administrativo também para as empresas de direito privado prestadoras de serviço público.

Como os entes reguladores possuem a personalidade jurídica de direito público, a falta de serviço, ou omissão danosa, gera responsabilidade civil, cabendo-os reparar danos advindos da sua culpa. Repassar estes encargos para os consumidores é uma inversão da culpa estatal, e, segundo os ditames legais, deverá o ente público arcar com a sua responsabilidade.

Revela-se, portanto, esta cláusula como abusiva para os consumidores, tendo em vista que estão sendo compelidos a assumir o prejuízo causado ao concessionário do serviço pelo poder público.

Ora, esta transferência de encargo encontra freio no Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que a Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento pleno das necessidades dos consumidores, bem como a proteção de seus interesses econômicos, a teor do que vem encartado no *caput* do seu artigo 4º.

Por interesse econômico, não resta dúvida que o Poder Público não estará legitimado a repassar ônus e encargos que foram contraídos, pela sua inoperância, aos consumidores. Pelo contrário, o princípio é inverso, deverão, segundo a lei, os órgãos

públicos defenderem o interesse econômico dos consumidores, não permitindo que sejam compelidos a arcar com responsabilidades que não contraíram.

Por outra vertente, tem-se que o encargo oneroso para o consumidor, por uma grave falha da agência que deveria regular o serviço de energia com eficiência, acarreta uma quebra do interesse econômico do consumidor, que pagará pela grave omissão de quem deveria protegê-lo na relação de consumo.

As cláusulas contratuais que tornem ou estabeleçam prestações desproporcionais para o consumidor são nulas, por ser um direito básico do mesmo.

Aliás, esta é a dicção do art. 6º, V, do CDC:

*“Art. 6º - São direitos básicos do consumidor:*

*V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.”*

Não se afigura como proporcional e razoável a cobrança de 2,9% (consumidor residencial) e 7,9% para os demais, em 36 meses, ou o tempo que for necessário para suprir o desequilíbrio do contrato de concessão firmado com as concessionárias de energia elétrica.

A desproporcionalidade entre a prestação e contraprestação decorrente da relação de consumo de energia elétrica é latente, tendo em vista que o consumidor é responsável pelo pagamento da tarifa, que deve ser proporcional aos custos marginais, ou seja, aquele que o usuário do serviço paga proporcionalmente ao custo da distribuição da energia direcionada para ele, não podendo o poder concedente repassar custos que foram criados pela omissão da ANEEL em suprir as suas finalidades básicas de “regular e fiscalizar a produção, a transmissão, a distribuição e a comercialização de energia elétrica” no período que antecedeu ao racionamento de energia.

O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC,<sup>15</sup> em outra oportunidade, se posicionou sobre o tema, com a seguinte visão:

*“Outro sinal de gritante imprudência e falta de cautela para com o trato do serviço público de distribuição de energia elétrica é a absoluta ausência, no contrato de concessão, cujas cláusulas são fixadas pela ANEEL, de mecanismos de controle para se acompanhar com a devida rigidez e minúcia:*

*a) a definição de política tarifária; b) a equação econômica – financeira do ajuste.”*

Não resta dúvida que a falta de uma política energética séria e competente trouxe para as concessionárias dos respectivos serviços e para os consumidores inúmeros dissabores.

Certo também que se adimpla com o desequilíbrio financeiro do contrato. Errado, porém, é eleger o contribuinte como o responsável pelo devido equilíbrio financeiro do contrato, em razão de não ter dado azo. Não foi pelo consumo de energia que houve o respectivo desequilíbrio, e sim pela sua falta, acarretada pela inoperância de transmissão e distribuição de energia elétrica.

Ou seja, o poder público, mesmo possuindo verba para tal fim, não investiu corretamente no setor elétrico, apostando em um aumento de chuvas, que ao ficarem escassas fragilizaram todo o sistema. Para evitar o apagão, o consumidor se submeteu, com êxito, às metas de racionamento determinadas pelo poder concedente.

Nessa moldura, se afigura como irrazoável compelir o consumidor a recomposição tarifária extraordinária imposta pelo poder público.

---

<sup>15</sup> Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC, *A Proteção do Consumidor de Serviços Públicos*, Ed. Max Limonad, 2002, p. 440.



#### **IV – INDENIZAÇÃO NÃO PODE SER REPASSADA AO CONSUMIDOR COMO ADICIONAL TARIFÁRIO.**

Não resta dúvida que a quebra da equação econômico-financeira do contrato administrativo, por parte do poder concedente, garante o devido restabelecimento das condições iniciais do pacto.<sup>16</sup>

Geralmente, o desequilíbrio do contrato administrativo é ocasionado por fatores estranhos ou inexistentes quando da celebração do ajuste. Isto se dá para que o fator do tempo não possua o condão de alterar ou apagar o equilíbrio-financeiro que deve reger as relações contratuais entre o poder público e o administrado, mantidas as condições efetivas da proposta vencedora no certame, na forma do art. 37, XXI da CF.

Note-se bem, no presente caso não houve congelamento da tarifa ou adoção de índices ou coeficientes de reajustes descompassados com a realidade do custo do serviço.

O que ocorreu foi um racionamento de energia que, além de prejudicar a concessionária do serviço, que teve na redução de consumo graves e sérios prejuízos, prejudicou, de outro lado, o sofrido consumidor, que poupou energia e teve o serviço colocado à sua disposição sem qualidade e com péssima eficiência.

Na realidade, o desequilíbrio causado única e exclusivamente pelo poder concedente do contrato administrativo, representa a obrigação da ANEEL de indenizar as concessionárias do serviço e os próprios consumidores que comprovem que tiveram prejuízos advindos da falta do serviço público verificada. Rotular a indenização como adicional tarifário, imposto ao consumidor se afigura como inconstitucional, pois o art. 37, § 6º da CF, não permite que o poder público transfira para o particular o dever de indenizar “pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.”

Inverter o citado comando constitucional para direcioná-lo ao consumidor, obrigando-o a pagar indenização rotulada de “adicional tarifário”, macula e fere o princípio da

responsabilidade civil do poder público quando ele não cumpre o seu dever, por ação ou omissão e causa dano ao usuário do serviço.

Relevante é a passagem vinda do direito comparado, onde Ernesto N. Bustelo,<sup>17</sup> em laço de extrema felicidade, averba:

*“Los marcos regulatorios consagran expresamente la responsabilidad de los Entes Reguladores ante el incumplimiento de las funciones y obligaciones inherentes a su cargo (art. 75, Ley 24.065; art. 69, Ley 24.076), estableciendo que cualquier persona cuyos derechos se vean afectados por dichos actos u omisiones, podrá ejercitar las acciones legales tendientes a lograr que el ente y/o los miembros de su directorio cumplan con la ley. Pero a los efectos de verificar la existencia de faltas de servicio, necesariamente habrá que acudir aquellas normas que establecen los deberes a cargos de los Entes, y en tal sentido, la normativa vigente, muestra la existencia de numerosas disposiciones que establecen deberes a cumplir por tales entidades.”*

Na mesma balada, Débora Burgos y Mercedes Marchand<sup>18</sup> assinalam:

*“... Los Entes Reguladores son responsables frente al usuario por el daño derivado del incumplimiento de los deberes que le impone la normativa vigente...”*

E sobre a conduta omissiva do ente regulador, Bustelo<sup>19</sup> deixou escrito:

*“... la suspensión del servicio y se produce un daño, parece lógico concluir que la actitud omisiva adoptada por el Ente Regulador obró como causa del daño y por tanto debe responder por los perjuicios ocasionados (...) – deberá responder asimismo, por las omisiones en que incurra en su función de fiscalización y control (art. 1112 y 1074, Código Civil), y que actúen como causa inmediata y directa de daños a los usuarios.”*

---

<sup>16</sup> Cf. Mauro Roberto Gomes de Mattos, *O Contrato Administrativo*, Ed. América Jurídica, 2001, 1ª ed., p. 297.

<sup>17</sup> Ernesto N. Bustelo, cit. ant., p. 439.

<sup>18</sup> Débora Burgos y Mercedes Marchand, *Responsabilidad de Las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos*, J.A. n° 6.026, revista del 26/02/97, Buenos Aires, p. 6.

<sup>19</sup> Ernesto N. Bustelo, cit. ant., p. 440.

A falta de serviço ou omissão da ANEEL está interligada a falta de uma política séria de energia elétrica, onde não houve licitações destinadas à contratação de concessionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica, obrigando os consumidores a receberem o serviço com o racionamento, ou seja, tiveram que diminuir o consumo, com séria e grave privação de qualidade de vida e de conforto.

O desequilíbrio causado pelo poder público, no contrato de concessão de energia, não pode ser repassado ao consumidor como um adicional tarifário, pois o consumidor não deu azo à falta de planejamento do ente regulador do serviço. Na verdade, o prejuízo causado pelo poder público é uma indenização, que deverá ser adimplida pelo Estado e não pelo consumidor.

Essa hipótese, de indenizar, vem elencada no art. 23, XI, da Lei de Concessões, devendo o contratante arcar com o prejuízo que causou:

*“Art. 23 – São cláusulas essenciais do contrato de concessão os relativos:*

*XI – aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações decididas à concessionária, quando for o caso;”*

Sobre esta imposição legal, deixamos registrado anteriormente:<sup>20</sup>

*“Visando uma proteção, o legislador elegeu a indenização como obrigação do poder concedente, que, ao utilizar-se do seu ius variandi, causando prejuízo injustificado ao contratado, terá que compensá-lo, através de uma justa indenização, pois o fim público não possui a finalidade de trazer insegurança jurídica para a parte mais fraca na relação do contrato administrativo.”*

As indenizações deverão estar reguladas no contrato, não apenas para evitar dificuldades no momento em que for calculada, mas também quanto aos critérios que serão verificados quando do respectivo pagamento. Quanto mais clara for a regra, mais cristalina

---

<sup>20</sup> Mauro Roberto Gomes de Mattos, cit. ant., p. 297.

será a fórmula que será utilizada para o pagamento da indenização. Repassá-la para o consumidor fere o dever de indenizar imposto pela CF ao poder público, que deverá proporcionar ao consumidor modicidade da tarifa, e por modicidade se deve entender que não poderá ser adicionada ao custo da tarifa fatores econômicos que deverão ser arcados pelo Estado. A transferência desse encargo, com a eleição do usuário do serviço, através de um pagamento adicional da tarifa, representa um enriquecimento ilícito, ou sem causa, do poder público, que está obrigado a reparar todos os prejudicados pelos danos causados.

Não é justo, e nem moral, que o Estado, ao omitir-se na sua responsabilidade de órgão regulador, criando verdadeiro caos para toda a sociedade, emita promissórias contra os que foram prejudicados pela sua própria falta de serviço, cobrando-lhes um adicional tarifário variável de 2,9% a 7,9% sobre o total do consumo mensal, para fazer frente ao prejuízo causado aos concessionários do serviço.

A ANEEL, a teor do art. 37, § 6º, da CF, deverá responder pela grave omissão, não sendo constitucional o repasse dessa determinação constitucional para os consumidores do serviço.

Por fim, ainda que se torne exaustivo, é de se abrir parênteses para registrar o seguinte posicionamento, que se encaixa como uma luva ao caso *sub-oculis*:<sup>21</sup>

*“Los Entes Reguladores, son responsables, por el irregular cumplimiento de sus funciones, tanto por los hechos, como por sus actos u omisiones, que ocasionen daños a los usuarios y que éstos no tengan la obligación legal de soportar  
(...) Para responsabilizar al Estado por la actividad de los Entes Reguladores, será pues necesario, no sólo acreditar el irregular cumplimiento de los deberes legalmente impuestos al Ente, sino además, el nexa causal entre el daño y el incumplimiento.”*

---

<sup>21</sup> Ernesto N. Bustelo, cit. ant., ps. 442/444.

Por tanto, a indenização cobrada, fruto do dano causado pela ANEEL, é fruto do devido nexo causal havido entre a omissão do poder público e o dever de ressarcimento às concessionárias do serviço.<sup>22</sup>

## **V – CONCLUSÃO**

Concluimos pela ilegalidade da MP do setor elétrico, quando a mesma prevê adicional tarifário (reajuste) para o consumidor fazer frente ao prejuízo das distribuidoras durante o racionamento de energia.

Lícita é a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, custeado por quem deu causa a todo prejuízo: o poder público.

**MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS**

---

<sup>22</sup> “Responsabilidade Civil. Danos produzidos por agentes públicos. Teoria do risco administrativo. A prova do dano causado pelo agente público e o nexo causal entre a ação do agente e os danos caracterizam a responsabilidade das pessoas jurídicas de Direito Público. As questões de fato apreciadas e decididas pelo v. acórdão não podem ser revistas em sede de recurso especial. Não houve violação do art. 159 do Código Civil. Recurso Improvido.” (STJ, REsp nº 38.666-SP, Rel. Min. Garcia Vieira, 1ª T., DJ de 8/11/93, p. 23.537.