

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

MARIA TEREZA FONSECA DIAS

EDINILSON DONISETE MACHADO

EMERSON GABARDO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Edinilson Donisete Machado, Emerson Gabardo, Maria Tereza Fonseca Dias – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-149-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Administrativo. 3. Gestão Pública. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

O Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública” I reuniu no XXV Encontro Nacional do CONPEDI um conjunto de artigos de alto nível. Reunidos na cidade de Brasília, pesquisadores de diferentes partes do país apresentaram temas originais e polêmicos mediante a construção de textos com alto requinte intelectual.

As discussões que se seguiram aos comunicados científicos também foram muito profícuas e propiciaram debates interessantes a respeito de questões como discricionariedade administrativa, participação popular, arbitragem, responsabilidade do Estado, parcerias público-privadas, competências federativas, desenvolvimento, serviços públicos, direitos fundamentais, licitações, contratos públicos, modelos de gestão, processo administrativo e sistemas de controle da atividade pública. De forma dialética, alunos de graduação, mestrado e doutorado, bem como professores e profissionais com diferentes formações colocaram suas posições com respeito e mediante a adoção de uma perspectiva dialógica horizontal, ou seja, manifestando posições convergentes e divergentes de forma democrática.

Como resultado deste processo estão sendo publicados neste volume os trabalhos selecionados pela comissão de avaliadores do Conpedi e que contou com a coordenação dos debates dos professores abaixo nomeados, que procuraram aprofundar as colocações feitas e apontar aprimoramentos importantes para a área do Direito Administrativo. Foi grande honra e satisfação da comissão ter compartilhado dos debates com os autores e demais participantes.

Destacou-se, neste grupo de trabalho, a interdisciplinaridade das temáticas do direito com as da gestão pública, mostrando os rumos para os quais caminha a pesquisa e as discussões da Administração Pública.

Merece parabéns o CONPEDI por realizar um evento tão sério e que já pode ser considerado o mais relevante momento de divulgação de investigações científicas brasileiras na área do Direito.

Bom proveito aos leitores.

Cordialmente,

Brasília, julho de 2016.

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

Centro Universitário Eurípedes de Marília

Universidade Estadual do Norte do Paraná

Prof. Dr. Emerson Gabardo

Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Universidade Federal do Paraná

Profa. Dra. Maria Tereza Fonseca Dias

Fundação Mineira de Cultura

Universidade Federal de Minas Gerais

O CORTE DE ENERGIA ELÉTRICA EM DETRIMENTO DO CONSUMIDOR HIPOSSUFICIENTE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

CUTTING POWER TO THE DETRIMENT OF THE DISADVANTAGED CONSUMER AT THE DEMOCRATIC RULE OF LAW

Jean Carlos Nunes Pereira ¹

Resumo

Direito Administrativo. Direito do Consumidor. Direito Constitucional. Teoria dos Direitos Humanos Fundamentais. Transversalidade. Estado Democrático de Direito. O corte no fornecimento do serviço público essencial de energia elétrica quando a inadimplência resulta da hipossuficiência do consumidor. Inviabilidade do corte que não seja por meio de propositura de ação judicial de que faça parte, num aspecto objetivo, discussão ancorada na Teoria dos Direitos Humanos Fundamentais, e, num aspecto subjetivo, o cidadão hipossuficiente acompanhado de defesa técnica e o Estado brasileiro.

Palavras-chave: Palavras-chave: direito administrativo, Energia elétrica, Dignidade humana, Estado democrático de direito

Abstract/Resumen/Résumé

Administrative law. Consumer Law. Constitutional right. Theory of Fundamental Human Rights. Transversality. Democratic Rule of Law. The cut in the supply of essential public service of electricity when the default results of consumer hipossuficiência. Cutting impracticality than through legal action, that part, an objective aspect, discussion anchored in the Theory of Fundamental Human Rights, and a subjective aspect, the hipossuficiente citizen accompanied by technical defense and the Brazilian State.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Keywords: administrative law, Electric power, Human dignity, democratic rule of law

¹ Mestre em Políticas Públicas. Professor de Direito Administrativo da Universidade Estadual do Maranhão. Defensor Público. Palestrante.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, encontram-se sedimentados em sede de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça alguns entendimentos relevantes e que melhor humanizam as soluções de conflitos envolvendo a prestação do serviço público essencial de energia elétrica e que restringem significativamente as hipóteses de sua suspensão unilateral. São considerados inadmissíveis os cortes que afetem a prestação de outros serviços públicos igualmente essenciais, a exemplo dos que se verificam em hospitais, em postos de saúde e escolas¹.

Do mesmo modo, os cortes de energia elétrica quando o procedimento de apuração de infração consistente em fraude no medidor é realizado de forma unilateral pela concessionária, sem a participação pelo consumidor orientado por defesa técnica, também são repelidos pela jurisprudência do aludido Tribunal². São ainda repudiados os cortes em se tratando de consumidor que necessita da prestação do serviço para tratamento domiciliar de enfermidade que reclame a existência aparelhos elétricos. O fundamento, neste caso, é o direito fundamental à integridade física e à saúde. Por fim, também não é aceito o corte como mecanismo de cobrança de débito antigos³, assim considerados os que ultrapassem os três últimos meses de prestação.

A princípio, em todos os demais casos, aqui não excepcionados, é admitida, de acordo com a Jurisprudência do STJ, a interrupção do fornecimento de energia elétrica por inadimplemento atual do consumidor. Embora com alguma divergência entre turmas nos primeiros julgados, a orientação assumiu contornos gerais com um precedente julgado sob a forma de Recurso Especial (nº 363943-MG/2004) pela 1ª Seção deste Tribunal resultante de mandado de segurança impetrado na origem por consumidora hipossuficiente que reclamava a continuidade do serviço, não obstante o inadimplemento em que se quedou havia seis meses.

Por este julgado, foram jogados em vala comum diferentes classes de consumidores, desde aqueles com poder econômico suficiente para adimplir suas obrigações e que não o fazem por pura negligência até o indivíduo que se encontra em grave estado de miserabilidade. Aliás, esse era o caso da impetrante do *writ* que gerou a controvérsia, desempregada por muitos meses e amparando uma mãe parálitica.

¹ RECURSO ESPECIAL Nº 848.784 - RJ (2006/0103580-0). Neste julgado, a ilustre Ministra Eliana Calmon empreende significativa incursão acerca dos conceitos de serviço público essenciais e não-essenciais bem como sobre o respectivo sistema remuneratório. O fundamento utilizado é extraído do próprio art. 6º, §3º, II, da Lei de nº 8.987/1995, no que este determina a observância do interesse público quando a interrupção do serviço decorra de inadimplemento do usuário.

² Por todos cite-se: RECURSO ESPECIAL Nº 1.284.741 - SP (2011/0234070-4).

³ AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 116.567 - RS (2011/0271885-3).

Vozes abalizadas na Doutrina, sobretudo na seara do Direito do Consumidor, passaram a advogar a tese, porém, de que, na atual conjuntura de expansão das normas constitucionais tuteladoras de direitos e garantias fundamentais, há necessidade de se distinguir a inadimplência decorrente da negligência daquela oriunda da hipossuficiência do consumidor⁴. O presente trabalho visa a aprofundar essa discussão com o reconhecimento de que o acesso ao serviço público essencial de energia elétrica constitui um direito a cuja efetivação o Estado brasileiro, por determinação constitucional, é conclamado a assumir a cota de responsabilidade que lhe compete, mormente quando se trata de população em situação de vulnerabilidade social.

A questão, nesses termos colocada, além de complexa, apresenta contornos que precisam ser melhor aprofundados segundo as especificidades do caso concreto e consoante parâmetros da Teoria Geral do Direitos Humanos Fundamentais, sobretudo no que esta diz com a afirmação do postulado da dignidade humana e com a concretização do projeto de justiça social preconizado pelo Constituinte de 1988. Diversas decisões judiciais, a exemplo da referida acima prolatada pelo STJ, colocam-se na contramão desses parâmetros. Resulta exatamente desse descompasso a motivação para elaboração do presente trabalho, que se deterá especificamente na (im)possibilidade jurídica de corte administrativo do serviço público essencial de energia elétrica quando o inadimplemento atual resulta da hipossuficiência econômica do consumidor.

Busca-se, assim, demonstrar que o adequado tratamento do conflito em torno do

⁴ Entre os administrativistas, não é muito comum o enfrentamento aprofundado acerca do tema, tendo prevalecido a tese da possibilidade do corte (CARVALHO FILHO, 2009, p. 320; ARAGÃO, 2006, p. 26). Em posição divergente, ressalta-se Marinela e Bolzan (2008, p. 181) que, em corajoso artigo intitulado Serviço Público e a Incidência do Código de Defesa do Consumidor, sustenta a impossibilidade da interrupção independentemente do estado de miserabilidade do usuário inadimplente. Já entre os consumeristas o debate é mais intenso. Marques, Benjamin e Miragem (2010, p. 232), por exemplo, na obra Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, invocando normas de Direito Internacional, sustenta que “o corte ou suspensão do serviço essencial [a autora assim entende o de energia elétrica], face ao princípio da continuidade (art. 6º, X, c/c art. 22 do CDC), frente ao consumidor pessoa física, tendo em vista a sua ‘dignidade’ enquanto pessoa humana (art. 5º, XXXII, c/c art. 1º, III da CF/1988 c/c art. 2º do CDC), só pode ser possível excepcionalmente e quando não é forma de cobrança ou constrangimento, mas sim reflexo de uma decisão judicial ou do fim não abusivo do vínculo. O eminente Desembargador Rizzato Nunes (2009, p. 110), na obra Curso de Direito do Consumidor, em texto que revela a sua lúcida irresignação, assim se posiciona: Conforme veremos mais à frente, admitir-se-á o corte do fornecimento do serviço apenas após autorização judicial, se demonstrado no feito que o consumidor inadimplente, podendo pagar a conta – isto é, tendo condições econômico-financeiras para isso –, não o faz. Afora essa hipótese e dentro dessa condição – autorização judicial –, o serviço não pode ser interrompido. Já na obra capitaneada por Grinover (2011, p. 226) há interessante debate. Nela, Zelmo Denari, um de seus autores, ao tratar do princípio da continuidade dos serviços públicos, afirma que se consolida na doutrina: o entendimento de que a gratuidade não se presume e que as concessionárias de serviço público não podem ser compelidas a prestar serviços ininterruptos se o usuário deixa de satisfazer suas obrigações relativas ao pagamento. Assim como o particular, no contrato *facio ut des*, pode recusar o cumprimento da obrigação de fazer, na ausência do respectivo, assim também não há negar às concessionárias a mesma faculdade, nos contratos de Direito Público.

fornecimento de energia não se exaure na análise da aparente contradição entre o disposto na Lei de Serviços Públicos – e o no Código de Defesa do Consumidor - CDC, mas reclama uma investigação que tome por referência a cláusula constitucional de tutela da dignidade humana e o contraditório judicial de que faça parte o Estado.

2 DA NATUREZA JURÍDICA DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA ELÉTRICA

A análise realizada pelo STJ (Resp de nº 363943-MG/2004) constitui uma miniaturização (SANTOS, 2011, p. 152-153) do conflito em torno da suspensão do fornecimento de energia elétrica que não apreende toda sua carga de complexidade. É que entre o Estado e o destinatário do serviço público de energia elétrica estabelecem-se, pelo menos, três distintas relações jurídicas como contornos muito peculiares. O ponto de partida para identificação dessas três relações pode ser encontrado na natureza jurídica do serviço de energia elétrica. Não se trata de relação que possa ser encapsulada na relação de consumo estabelecida entre a concessionária e o consumidor ou usuário do serviço. Essa é apenas uma das relações. Prévia a esta e com maior carga de gravidade, existe a relação resultante do acordo celebrado entre o Poder Público Concedente e a empresa temporariamente contratada para a prestação do serviço público. Para fins deste trabalho, é adotada a concepção de Justen Filho (2005, p. 478) segundo a qual:

[...] serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executada sob regime de direito público.

O serviço de energia elétrica é um serviço público cuja titularidade é do Estado brasileiro, como expressamente assim o prevê a Constituição Federal, ao tratar da Ordem Econômica e Financeira do Estado, no seu art. 175, e ao distribuir a competência entre os entes federados, no art. 21, XII, *b*. Já a prestação desse serviço pode ser realizada diretamente pelo Estado ou transferida (outorga/delegação legal) aos particulares, mediante regime de concessão de serviço público. O agente contratado, o particular, o faz nos termos e limites estipulados na legislação correlata (em especial, as leis de nº 8.987/1995 e 9.074/1995) e no contrato de concessão, em regra, precedido de licitação.

Além dessa, há a relação existente jurídica existente entre a concessionária e o

consumidor, enquanto destinatário final, cuja regência é, pelo princípio da especialidade, do Código de Defesa do Consumidor. Foi sobre essa relação que se debruçou o mencionado julgado. Há, por fim, uma terceira, a relação jurídica estabelecida entre o cidadão e o Poder Público, aquele como destinatário e este como titular do serviço que, ao primeiro, será prestado⁵.

Embora os meandros existentes nessas relações sejam muitos e as linhas divisórias entre elas resultem deveras tênues, não resta dúvida de que a primeira e a terceira relações jurídicas são regidas, principalmente, por normas de Direito Administrativo, ao passo que a segunda é, predominante, regulada pelo Direito do Consumidor. Na primeira hipótese, uma licitação (ou termo de dispensa) precede o acordo cujos termos são previamente definidos em lei, edital e contrato de adesão, vinculando Estado e particular; na segunda, um cidadão, na condição de destinatário final, adquire o serviço de energia elétrica prestado por empresa. A incidência de normas consumeristas na relação jurídica estabelecida entre o consumidor e a concessionária de energia elétrica não elide a condição de serviço público presente na prestação deste serviço, como é expressamente previsto pelo art. 22 do CDC, mormente quando se observa que é o próprio Texto Constitucional que o nomeia como serviço público.

Exatamente por isso, uma correta apreensão do problema permite reconhecer que a responsabilidade pela prestação de um serviço público, como o de energia elétrica, não se exaure na relação de consumo concessionária/consumidor, porquanto, tanto será possível que o próprio Estado preste o serviço ao cidadão, caso em que a responsabilidade é direta, como também que o faça através de terceiros/delegatários, caso em que a responsabilidade, embora indireta e subsidiária, ainda persiste. Evidentemente, a atividade estatal neste setor não se encerra com a lavratura do contrato de concessão consequente à realização de licitação. Muito além disso, pela dicção constitucional, ao Estado cabe acompanhar através do poder de fiscalização (poder de polícia e poder hierárquico) o desempenho de toda a atividade, adotar providências que promovam o amplo acesso de todos ao serviço público essencial bem como criar as condições fáticas e jurídicas para reparação de danos decorrentes de sua má prestação, daí a inviabilidade de adoção de soluções simplistas que descurem dos variados interesses em questão. O direito de acesso do cidadão ao serviço público essencial de energia elétrica é oponível, portanto, não apenas e diretamente ao concessionário, mas também ao Estado.

⁵ Entre o Poder Concedente e o consumidor, Amaral (2002) sustenta a existência de duas relações jurídicas distintas: uma por ele denominada de relação jurídica de serviço público, estabelecida entre Poder Concedente – Concessionária – Consumidor, regida e pautada por normas do direito público; e outra, denominada de consumo, instaurada a partir da relação entre Concessionária – Consumidor. Divergindo deste posicionamento, Marinela e Bolzan (2008, p. 174) entende que a relação é de consumo de serviços públicos e que dela sempre faz parte o Estado, ora como agente fiscalizador ora como fornecedor do serviço.

3 O DIREITO DE ACESSO AO SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA ELÉTRICA COMO CONDIÇÃO PARA UMA EXISTÊNCIA DIGNA

A opção do Constituinte por considerar a energia elétrica um serviço público tem sua razão de ser. A vida moderna, a do século XXI, seja no campo seja na cidade, reclama o acesso à energia elétrica. Ainda que se encontre alguma dificuldade para reconhecer na prestação desse serviço um direito autônomo com contornos próprios, segundo assim entendemos, haver-se-á de admitir que a sua inexistência (ou inacessibilidade) torna muito difícil falar-se em dignidade humana em sua acepção material, substantiva⁶. Eis aí uma questão central da análise aqui desenvolvida. A relação intrínseca do gozo desse serviço como a efetivação concreta da dignidade humana.

A dignidade humana, na Carta de 1988, foi alçada à condição de princípio-fundamento da República com eficácia irradiante e que constitui o núcleo essencial de significativa parte dos direitos fundamentais. Em iluminado artigo intitulado *Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais*, o membro do Ministério Público Federal, Carlos Roberto Siqueira Castro (2006, p. 160, grifo do autor), acerca deste princípio, leciona:

Releva assinalar que o postulado da dignidade da pessoa humana em boa hora ingressou no direito positivo brasileiro, desde logo com a estatura inexecutável de *norma princípio* constitucional, alçada em fundamento do Estado brasileiro (Constituição Federal – art. 1º, III), o que vale dizer em pressuposto exirológico da organização política nacional. Essa hierarquia juspositiva por certo faz resultar consequências extremas e inexoráveis, uma vez que irradia para o plano da legalidade infraconstitucional um padrão de interpretação e de execução normativa, que é de observância compulsória, e que deve ser consentâneo com a máxima efetividade da cláusula supralegal da dignificação do homem.

Como mencionado, e o aludido ensaísta o esclarece, a dignidade humana, tanto quanto as normas programáticas que estabelecem o projeto de sociedade brasileira, constitui não apenas mecanismo de refreamento de condutas, sejam legislativas sejam administrativas e mesmo privadas, que agridam a condição humana digna do sujeito, como também importante mola propulsora de ações estatais destinadas a garantir, do ponto de vista material, a ampla

⁶ A energia, tanto quanto o serviço de água encanada e de saneamento básico, em dias atuais, é condição material para exercício pleno do direito à saúde, à alimentação e à segurança, enfim, para uma existência digna. A lei ordinária federal de nº 7.783, de 28 de junho de 1989, art. 10, traz importante baliza para definição do que pode ser considerado serviço público essencial, assim entendidos como aqueles indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. No parágrafo único do art. 11, essa mesma lei conceitua as necessidades inadiáveis como sendo aquelas que, se não atendidas, colocam em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.

promoção da existência humana digna. Neste particular, a dimensão positiva do princípio-fundamento dignidade humana atrai a incidência da igualdade em sua dimensão substantiva e material. É de se dizer as condições materiais de uma existência digna devem estar ao acesso de todos os indivíduos submetidos à ordem jurídica brasileira. Não por outra razão é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a teor do que dispõe o aludido art. 3º da Carta Política, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Portanto, além de uma dimensão normativa, sucintamente referida, a dignidade humana assegura, em sua acepção positiva, a adoção de políticas públicas e de ações governamentais que possibilitem as condições materiais, dentro de padrões razoáveis, de uma vida digna. Não se nega a dificuldade presente na definição do que são “condições materiais mínimas de uma vida digna”. Qualquer discussão a este respeito, porém, num Estado que se pretenda democrático e de direito, deve partir da noção de que ainda que se sustente que o máximo está a depender do esforço e do trabalho individual de cada um, o mínimo, pelo menos um mínimo, a todos deve ser assegurado pelo Estado pela sua simples condição de humanidade. Discussão mais acurada acerca do mínimo existencial e de seus limites, evidentemente, escapa aos estreitos limites da presente cogitação. Entretanto, adota-se para o que se pretende a concepção de necessidades humanas básicas para exercício da autonomia a saber, saúde preventiva e curativa, ensino básico, trabalho com remuneração digna, moradia, previdência social, assistência social, alimentação adequada e assistência jurídica pública⁷. A energia elétrica, se não considerada parte integrante dessas necessidades básicas, como aqui é sustentado, é, pelo menos, pressuposto da satisfação de muitas delas.

A energia elétrica foi, portanto, considerada pelo Constituinte um serviço público por se tratar de prestação essencial, num contexto de vida contemporânea, à efetividade de uma vida digna⁸. É justamente o acesso a esse serviço essencial para uma existência digna que entra em colisão com o dispositivo da Lei de Serviços Públicos (Lei de nº 8.987/1995) que prevê a possibilidade de corte em se tratando de inadimplemento do usuário.

5 DA INTELIGÊNCIA CONSTITUCIONAL E POSSÍVEL DO DISPOSTO NO ART. 6º DA LEI DE Nº 8.987/1995 À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

⁷ Gonçalves (2011, p. 186) afirma que esses direitos, componentes do que ela denomina de “[...] necessidades humanas básicas, nada há de supérfluo ou ligado ao consumismo do mercado capitalista. Cuida-se, por conseguinte, de necessidades que englobam objetivamente a dignidade humana”.

⁸ Neste sentido é o magistério de Justen Filho (2005, p. 480) para quem serviço público é um conjunto de ações estatais regidas pelo direito público voltadas especificamente à satisfação de direitos fundamentais.

Como mencionado em item anterior, o Colendo Superior Tribunal de Justiça entendeu que o corte no fornecimento de energia elétrica, em se tratando de inadimplência resultante de hipossuficiência do consumidor, tanto não ofende ao CDC como cumpre o aludido dispositivo da Lei de Serviços Públicos. A questão, porém, segundo aqui entendemos, não se exaure na dicotomia existente entre o CDC e a LSP. Para o adequado tratamento da matéria, há a necessidade de situar a interpretação do dispositivo legal (art. 6º da LSP) num contexto constitucional de ampla promoção de direitos humanos bem como reconhecer a responsabilidade do Poder Público na garantia das condições materiais mínimas para uma existência digna. Antes disso, entretanto, é preciso reconhecer a prevalência do conjunto normativo de cunho protecionista presente no Código de Defesa do Consumidor em relação à infeliz disposição da Lei de nº 8.987/1995. Esta lei se ocupa, é preciso não esquecer, em caráter geral, do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, a teor do que dispõe o art. 175 da Constituição Federal. O seu artigo 6º, como mencionado, afirma não caracterizar descontinuidade a interrupção do serviço, após aviso prévio, decorrente de inadimplemento do usuário, desde que observado o interesse público.

De plano e da análise ainda perfunctória do dispositivo legal não é possível admitir o corte unilateral pela concessionária. É lição corrente no âmbito do Direito que a interpretação de normas que comportem a restrição de direitos deve ser o mais restritiva possível, não sendo razoável, onde o legislador não avançou, possa o intérprete ampliar as possibilidades de restrição. Naturalmente, a possibilidade de corte a que se refere o dispositivo é a que resulta de determinação da autoridade judicial em processo que ao usuário foi oportunizado o acompanhamento por meio de defesa técnica para pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. Toda razão, pois, assiste a Rizzatto Nunes (2009) ao afirmar não ser possível o corte senão por via judicial.

É de se acrescentar que a mesma Lei ao tratar das hipóteses de extinção do contrato de concessão somente o prevê unilateralmente por parte do Estado. Ao permitir a rescisão por iniciativa da concessionária, o seu art. 39, *caput*, esta Lei condicionou-a à via judicial, ou seja, em face do Poder Público, apenas por meio de ação judicial intentada com este fim será possível a rescisão do contrato⁹.

Por outro lado, causa perplexidade a expressão utilizada pela Lei para designar a

⁹O parágrafo único desse mesmo dispositivo é igualmente elucidativo, ao asseverar que mesmo intentada a ação, somente após o seu trânsito em julgado será possível a interrupção dos serviços por ela concessionária prestados. Naturalmente que se assim o é na relação com a parte mais poderosa (Poder Concedente) assim também o haverá de ser com a parte mais frágil da relação, o usuário.

pessoa inadimplente – usuário. É de se perguntar: ao assim se referir a Lei se reportava ao consumidor, em especial à pessoa física que utiliza a energia para fins residenciais? Temos defendido que mesmo o óbvio, em países com longo histórico de violação de direitos humanos como o nosso, precisa ser dito. É que ao tempo da publicação desta Lei estava em plena vigência e com larga aplicação o Código de Defesa do Consumidor, em que a categoria consumidor já era definida com grande margem de segurança. Em magistério bastante interessante, o parecerista Antonio Carlos Cintra do Amaral (2002) sustenta que usuário e consumidor não são as mesmas figuras jurídicas. O primeiro ostentaria um direito a um serviço adequado tanto em face da concessionária quanto do Poder Concedente cujo núcleo essencial seria regido pelo Direito Público; o segundo, o consumidor, teria direito apenas em face da concessionária, a existência do Estado nesta relação manifestaria cunho estritamente fiscalizatório e a regência ficaria a cargo do específico direito do consumidor. Para fundamentar seu ponto de vista, o Doutrinador colaciona dispositivo da Emenda Constitucional de nº 19/1998 (art. 27), em que, em plena vigência do CDC, é determinado ao Congresso Nacional a edição de Lei de Defesa do Usuário de Serviço Público. De fato, numa interpretação possível: ou usuário e consumidor são a mesma figura jurídica e a disposição do legislador é absurda, ou são sujeitos jurídicos distintos a atrair, para aquele, regramento particularizado. Reforça ainda essa tese o fato de que a Lei de nº 9.791/1999, ao acrescentar o art. 7º-A à Lei de Serviços Públicos (Lei de nº 8.987/1999), estabeleceu expressamente que as seis opções de data de pagamento de faturas devem ser ofertadas pelas concessionárias tanto ao usuário quanto ao consumidor. Claro, portanto, que da dicção da lei não são eles a mesma figura. A prevalecer esse entendimento, que nos parece acertado, toda e qualquer interrupção do fornecimento de energia elétrica decorrente de inadimplemento do consumidor seria ilegal, pela razão óbvia de inexistência de previsão legal neste sentido¹⁰.

Cogitemos, porém, que ao tratar do usuário a Lei de Serviços Públicos tenha pretendido abranger também o consumidor. A solução ainda assim não pode ser outra. É que ao suscitar a possibilidade de interrupção do fornecimento do serviço em razão do inadimplemento, a Lei não pretendeu açambarcar as situações concretas em que a causa deste seja a condição, temporária ou não, de miserabilidade do usuário. E nem poderia, afinal a escassez de recursos financeiros coloca o indivíduo em verdadeiro estado de necessidade, não sendo possível exigir qualquer outra conduta que não a de prover alimentação e saúde, *stricto*

¹⁰ Observe-se que o art. 7º, *caput*, desta Lei atrai expressamente a incidência do Código de Defesa do Consumidor também para as relações estabelecidas com os usuários, certamente o fez com a finalidade de regramento provisório, até que a legislação específica para o usuário seja editada.

*sensu*¹¹. O estado de pobreza não é algo que deva ser agravado ou objeto de discriminação pelo Estado. Como mencionado, em norma programática iluminada, a Constituição Federal ressaltou constituir objetivo fundamental de nossa República Federativa a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º CF). Permitir a suspensão nessas condições é, de um lado, aumentar o fosso de sua pobreza, privando o indivíduo – e sua família – do vital à sadia qualidade de vida (art. 225 CF); e, de outro, comprometer o organismo social, porquanto, a aludida privação propicia o surgimento de endemias e o comprometimento da própria segurança do indivíduo e de sua família, gravames para os quais, de uma forma ou de outra, serão destinados recursos públicos que têm origem última na sociedade. Indiscutível, pois, que o melhor caminho é o da prevenção. Indubitavelmente, o que pretendeu a Lei foi alcançar aquelas situações em que o inadimplemento, comprovado judicialmente sob o manto do contraditório e da ampla defesa, decorreu da negligência do usuário, que podendo não efetuou regularmente o pagamento das tarifas exigidas. Qualquer solução diferente exigirá que o indivíduo sacrifique a própria existência e a de sua família em nome da conta de luz.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça, debatida neste trabalho, negligencia esses fatos para se preocupar com a “saúde” financeira da empresa, o que evidentemente fere por completo a razoabilidade e a técnica da ponderação de valores tão cara à moderna dogmática do Direito. E é justamente na noção de ponderação e de proporcionalidade (BARROSO, 2009, p. 304-305) que reside a única inteligência possível do disposto na LSP quando esta estabelece ser possível o corte desde que observado interesse público. A disposição legal não é das mais felizes. De fato, o conceito “interesse público”, em países com graves históricos de arbitrariedades e de abusos como o nosso, tem servido de apanágio para práticas escusas e de fundamento para violação de direitos fundamentais (JUSTEN FILHO, 2005, p. 35-47). O interesse coletivo, como expressão de uma vontade coletiva, geral, de um direito difuso, não resta dúvida, deve ser levado em consideração pelo aplicador do Direito quando da aplicação concreta de normas jurídicas. Ele, entretanto, expressa, apenas e tão somente, uma face do Estado Democrático de Direito. Opondo-se à decisão majoritária, ao interesse da maioria – muitas vezes sob a frágil fórmula “interesse público” –, estão os direitos fundamentais da criatura humana a cuja eficácia todos, Estado de sociedade, encontram-se constitucionalmente vinculados (JUSTEN FILHO, 2006, p. 45). E, neste aspecto, a afirmação dos direitos fundamentais também constitui “interesse público”.

¹¹ Neste sentido, vide a Lei de nº 11.445/2007.

O próprio Celso Antonio Bandeira de Mello (2002, p. 50), destacado expoente da geração que teorizou o regime jurídico administrativo, manifestava preocupação com o caráter por demais fluido da expressão interesse público. E de fato o grande e histórico esforço desse jurista resultou da necessidade de escoimar do âmbito do Direito Administrativo o personalismo patológico – infelizmente, assaz presente – na forma peculiar de gerir a “máquina pública” no Brasil. Tratava-se, naquele momento primeiro, de extinguir a promíscua relação entre espaços públicos e privados a que tão brilhantemente se reporta Raimundo Faoro, no magistral e clássico *Os donos do poder*.

A má interpretação do postulado, porém, e a sua ínsita fluidez permitiram que a expressão interesse público passasse a ser utilizada, na prática, para justificar as mais injustificáveis condutas. Nem mesmo o avanço doutrinário – e hoje legislativo – de obrigatoriedade da motivação conseguiu extirpar, com relativo nível de segurança, o arbítrio e o abuso no seio da Administração Pública. Aliado a isso, o fenômeno da constitucionalização do Direito colocou no epicentro do ordenamento jurídico, não mais um “interesse público”, mas a prevalência e efetivação dos direitos humanos fundamentais¹². Administrativistas renomados passaram a rediscutir a utilidade e a prevalência, *a priori*, do denominado interesse público, sobretudo quando em rota de colisão estiverem direitos humanos fundamentais que também, e por sua vez, paradoxalmente, integram a noção ampla de interesse público¹³. Daí a necessidade de utilização do postulado da ponderação como mecanismo de sopesamento de interesses/direitos conflitantes. Eventual prevalência do “interesse público” somente é verificável, à luz do caso concreto, como resultado de complexo processo de ponderação entre interesses e direitos conflitantes, isto é, a partir do sopesamento das circunstâncias fáticas e

¹² Binenbojm (2008, p. 65, grifo do autor), em feliz síntese acerca da constitucionalização do direito, esclarece que ela “não se esgota na mera disciplina, em sede constitucional, de questões outrora reguladas exclusivamente pelo legislador ordinário. Ele [o processo de constitucionalização do direito] implica, mais que isso, o reconhecimento de que toda a legislação infraconstitucional tem de ser interpretada e aplicada à luz da Constituição, que deve tornar-se uma verdadeira bússola, a guiar o intérprete no equacionamento de qualquer questão jurídica. Tal concepção, que vem sendo rotulada como neoconstitucionalismo, impõe aos juristas a tarefa de revisitar os conceitos de suas disciplinas, para submetê-los a uma releitura, a partir da ótica constitucional. Trata-se de realizar uma verdadeira filtragem do direito, de modo a interpretar os seus institutos, buscando-se não só evitar conflitos com a Lei Maior, mas também potencializar os valores e objetivos que esta consagra”.

¹³ Em belíssima tese, Binenbojm (2008, p. 105) leciona: “Note-se bem: não se nega a existência de um conceito de *interesse público*, como conjunto de ‘interesses gerais que a sociedade comete ao Estado para que ele os satisfaça, através da ação política juridicamente embasada (a dicção do Direito) e através de ação jurídica politicamente fundada (a execução administrativa ou judicial do Direito). O que se está a afirmar é que o *interesse público* comporta, desde a sua configuração constitucional, uma imbricação de interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares, não se podendo estabelecer a prevalência teórica e antecipada de uns sobre outros. Com efeito, a *aferição* do interesse prevalecente em dado confronto de interesses é procedimento que *reconduz* o administrador público à interpretação do *sistema de ponderações* estabelecido pela Constituição e na lei, e, via de regra, obriga-o a realizar o seu próprio juízo ponderativo, guiado pelo dever da proporcionalidade”. A este respeito vide também Sarmento (2006, p.267-325).

normativas incidentes.

Pois bem, é exatamente essa compreensão inadequada do que efetivamente significa a expressão “interesse público” contida no dispositivo legal que, entre outros elementos, levou a Corte Federal a admitir o corte mesmo que em detrimento da existência de direitos humanos fundamentais em vias de sacrifício. Ao fazê-lo, esquece-se de que a finalidade fundamental dos direitos é servir como garantias contra-majoritárias, cláusulas de tutela inatingíveis, em sua totalidade, por decisões que, a pretexto de democráticas, aniquilem seu núcleo essencial ou comprometam significativamente sua eficácia (ALEXY, 2008, p. 447). Mais do que o “interesse público”, como da dicção literal da lei, o que se pretende é que a satisfação patrimonial, e meramente patrimonial da concessionária, não ocorra às custas do sacrifício de direitos humanos fundamentais, notadamente da plena efetivação do postulado jusfundamental da dignidade humana em sua acepção substantiva, concreta. Esse é o único sentido possível para a expressão “interesse público” utilizada pela Lei: sopesamento dos interesses estritamente financeiros da entidade prestadora do serviço público essencial de energia elétrica e da efetividade de direitos fundamentais.

Ora, como muito bem identificado por Marques, Benjamin e Miragem (2010) na citação aludida, o corte no serviço de energia elétrica não tem outra finalidade senão compelir o consumidor a adimplir suas dívidas perante a concessionária. O objetivo não é a extinção do contrato, mas seu adimplemento. Se assim o é, a pergunta formulada no julgado não apenas perde relevância como o próprio sentido. A questão não está em saber se é “lícito ao vendedor de energia elétrica cortar o fornecimento deste bem, quando o consumidor hipossuficiente deixa de pagar o respectivo preço”. A pergunta pertinente passa a ser outra: é este o meio, do ponto de vista do ordenamento jurídico brasileiro, mais adequado para cobrança de débitos decorrentes da prestação do serviço de energia elétrica? Ou ainda: a medida administrativa de corte bem como a previsão legislativa respectiva resistem ao exame da proporcionalidade?

Num Estado Democrático de Direito toda e qualquer restrição a um direito humano fundamental, ancorada na Constituição, deve ser realizada a partir do sopesamento das circunstâncias fáticas e normativas incidentes ao caso concreto. É justamente a proporcionalidade, enquanto técnica de solução de conflitos/colisões, que permitirá, ao aplicador do Direito, o alcance da justa medida, isto é, da restrição que, sem aniquilar o núcleo essencial de um direito¹⁴, efetive em maior extensão um outro igualmente presente e

¹⁴Sem que se pretenda aqui avançar na interessante discussão acerca do que seria o “núcleo essencial dos direitos fundamentais”, saliente-se apenas que com essa expressão se pretende que um mínimo de eficácia seja mantida ainda que incidente e inafastável uma restrição constitucionalmente admitida.

em oposição no caso concreto. Reside, pois, na proporcionalidade a calibração adequada entre o princípio majoritário – princípio democrático – e as garantias contra-majoritárias – os direitos humanos fundamentais. Para tanto, são apresentadas pela moderna dogmática do Direito três fases a serem observadas quando da imposição de alguma medida restritiva de direito. Na primeira, é verificado se o meio proposto é idôneo à promoção do fim perseguido; na segunda, é considerada a necessidade da medida, indaga-se se a medida restritiva é de fato indispensável; por fim, na terceira fase, é verificado se os fins colimados justificam a restrição imposta a um determinado direito fundamental¹⁵.

Submetendo a previsão normativa (art. 6º da LSP) – e mesmo o ato administrativo da concessionária – que possibilita o corte, ao crivo da proporcionalidade, verifica-se que a medida é desproporcional. O fim colimado, não resta dúvida, é a satisfação financeira do credor, objetiva-se com o corte o adimplemento da dívida resultante, em tese, do consumo regular de energia elétrica. A própria pergunta formulada no julgado (“- É lícito ao vendedor de energia elétrica cortar o fornecimento deste bem, quando o consumidor deixa de pagar o respectivo preço?”) evidencia que a permissão legal para o corte, hoje sob a chancela da jurisprudência do STJ, não possui outro objetivo senão o pagamento da fatura pelo usuário.

A previsão normativa – e o ato administrativo de corte que dela decorre – esbarra, preliminarmente, no exame da adequação, isto é, esse meio não é idôneo para realização do desiderato. Suspender o fornecimento não fará com que o consumidor hipossuficiente inadimplente pague suas faturas. O inadimplemento não está a resultar de negligência – quando então a medida propiciaria os fins desejados –, mas da inexistência de recursos financeiros. Na prática, porém, após a realização do corte, é comum ocorrer o pagamento pelo consumidor hipossuficiente. Doações, empréstimos, contribuição de parentes e amigos e, às vezes, ao sacrifício de outros direitos, é efetuado o pagamento da fatura. Cogitemos, então, que em significativa parcela dos casos, o fim esperado seja alcançado pela medida. Ainda assim, a medida é desproporcional.

É que a medida é desnecessária considerando a existência de outra, inclusive mais segura, o contraditório judicial de que também faça parte o Estado. O corte, na hipótese de hipossuficiência aqui tratada, por si só não garante o pagamento do débito. O contraditório judicial do qual também faça parte o Poder Concedente garante, sendo lícito o débito, o

¹⁵Lecionando acerca do tema, esclarece Ávila (2011, p. 174-175): “O exame da proporcionalidade aplica-se sempre que houver um *medida concreta* destinada a realizar uma *finalidade*. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame de adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito)”.

adimplemento, senão pelo consumidor hipossuficiente, pelo Estado. Evidencia-se assim que existe outra medida igualmente adequada, menos restritiva a direitos e também mais segura, que melhor atinge o fim colimado. Além de inadequada, portanto, a medida é desnecessária, desproporcional (ÁVILA, 2011, p. 182). Em todo caso, porém, ainda que superados esses dois, a medida esbarraria no exame seguinte.

De fato, é na proporcionalidade em sentido estrito que se verifica com maior evidência os efeitos deletérios da medida. É que em nome da satisfação de um crédito compromete-se a efetivação da própria dignidade humana. Mais uma vez com Ávila (2011, p. 185), é preciso perguntar: o grau de importância da promoção do fim (direito de crédito da empresa) justifica o grau de restrição causada a direitos fundamentais (saúde, alimentação, sadia qualidade de vida, segurança, enfim dignidade humana)? As vantagens causadas pela promoção do fim (direito patrimonial) são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção dos meios (comprometimento da dignidade humana)? É a esse interesse que a lei chamou de “interesse público”? Não, definitivamente não é para chancela de tais violações que se presta o Direito¹⁶. A resposta nos conduz à vedação ao corte condensada no art. 42, do CDC, que impede, na cobrança de débitos, meios que coloquem o consumidor em situações de constrangimento ou de ameaça ou que lhe exponham ao ridículo. Caminha-se, nesta perspectiva, para humanização do conflito em torno do fornecimento de energia elétrica.

6 O CONTRADITÓRIO JUDICIAL DE QUE FAÇA PARTE O ESTADO BRASILEIRO: uma solução adequada ao conflito em torno da prestação do serviço público essencial de energia elétrica

Desse modo, a solução adequada do conflito em torno do fornecimento energia elétrica passa, de um lado, pelo reconhecimento de que o acesso a esse serviço é um direito

¹⁶ A proporcionalidade, desenvolvida sobretudo pela doutrina e pela jurisprudência constitucional alemãs, com base na construção prussiana setecentista de proporcionalidade no *Polizeirecht*, especialmente na aplicação de pena e no exercício do poder de polícia, é regra hoje inspirada tanto no conceito de Estado de Direito, quanto na estrutura ou essência dos direitos fundamentais, orientada para solução de conflitos de direitos. **Essa regra é desdobrada em três máximas: de adequação ou instrumentalidade (*Geeignetheit, Tauglichkeit*), entendida como aptidão, em tese, para o meio escolhido pelo legislador promover ou produzir o resultado pretendido; de necessidade (*Erforderlichkeit, Notwendigkeit*), que obriga a um prévio exame dos meios disponíveis, de modo a se optar por aquele menos gravoso ou mais benéfico (*Gebot des mildesten Mittels*) ao direito restringido, importando na imprescindibilidade e infungibilidade do meio escolhido; e proporcionalidade em sentido estrito (*Abwägung, Propotionalität*), que demanda do legislador um sopesamento de importância entre os direitos, bens, valores ou interesses em conflito (ALEXY, 2008, p. 111, grifo nosso). (SAMPAIO, 2003, p. 62).**

fundamental da criatura humana (senão autônomo, pelo menos, como expressão substantiva do princípio fundamento da dignidade humana) e, de outro, pela pertinência subjetiva do Estado na demanda em que se objetiva o corte. A insuficiência do tratamento, em regra, dado pela Jurisprudência e Doutrina ao tema, não se releva apenas por restringir o conflito à oposição entre a LSP e o CDC, mas também por não reconhecer a existência de um direito a que o Estado está constitucionalmente obrigado a efetivar. O reconhecimento do acesso ao serviço de energia elétrica como direito fundamental resulta, do ponto de vista formal, da cláusula constitucional de abertura prevista no art. 5º, §2º da CF; e, do ponto de vista material, da constatação de que os padrões de conforto e de sobrevivência digna alcançados por determinada sociedade devem ser assegurados, em sua acepção básica, a todos os seus integrantes, protegendo os indivíduos contra o retrocesso (GONÇALVES, 2011, p. 199).

Para garantir indistintamente o acesso aos padrões atuais de uma vida digna, ao Estado incumbe duas ordens de ações: uma de viés não-intervencionista; e, outra, de cunho notadamente prestativo. De fato, tanto os direitos fundamentais tradicionalmente chamados “de defesa” quanto os “de prestações” manifestam-se na realidade concreta sob as faces tanto de um “direito a ações” como um “direito a não-intervenções”, daí porque se dizer que sua divisão é muito mais didática do que efetivamente estrutural (ALEXY, 2008, p. 280). Assim se verifica com o direito de acesso ao serviço público essencial de energia elétrica, enquanto feixe de posições jurídicas que não apenas devem ser protegidas como potencializadas em máxima eficácia (ALEXY, 2008, p. 193-208).

Numa dimensão negativa, essas posições garantem ao seu titular que ações estatais ou de particulares não embarquem ou dificultem a plena fruição do serviço público essencial. Eventual restrição a essa posição jurídica fundamental haverá de ser validada pela Constituição e efetivada sob o postulado da proporcionalidade segundo os parâmetros já mencionados. Numa dimensão positiva, de prestação, elas impõem ao Estado, seja diretamente seja através de seus agentes delegatários, a promoção ampla de acesso e de garantia de continuidade do serviço público essencial. É dessa dimensão que resulta a relação adrede desconsiderada – Poder Concedente e cidadão.

Essa concepção de acesso à energia elétrica, parece-nos, mais consentânea com o sistema constitucional brasileiro, na medida em que permite a publicização do conflito em torno da inadimplência quando decorrente da hipossuficiência. É bem verdade, que ainda que se entendesse tratar-se de conflito eminentemente privado, cuja solução seria construída exclusivamente sob a égide das “leis de mercado”, pautados pelo exercício pleno e consciente da autonomia dos sujeitos envolvidos (que muito bem se insere na lógica neo-liberal,

infelizmente ainda prevalecente no Direito), haver-se-ia de reconhecer a incidência das disposições constitucionais que estabelecem os princípios gerais da ordem econômica, mormente quando estes, no caput do art. 170, estabelecem os seus fundamentos – valorização do trabalho humano e livre iniciativa – e os seus objetivos – a todos garantir uma existência digna, conforme os ditames de justiça social.

Entretanto, é imperioso reconhecer-lhe a natureza pública, por se tratar de questão a que o Estado precisa assumir a cota de responsabilidade que lhe compete na efetivação do projeto de justiça social preconizado pelo Constituinte de 1988. A incidência do interesse público, no presente caso, somente pode indicar a necessária pertinência subjetiva do Estado neste tipo de relação jurídica de modo a garantir não a supremacia absoluta e apriorística do interesse público, mas o resguardo das condições materiais mínimas de uma existência digna. Não se olvide que é o Estado o titular do serviço, é ele, portanto, o sujeito passivo primeiro da relação jurídica consistente no direito do indivíduo de ter acesso ao serviço público essencial. Antes do concessionário, mero delegatário da prestação do serviço, é contra o Estado que se volta a pretensão do titular do direito fundamental de acesso ao serviço de energia elétrica. O intenso – e sob alguns aspectos, desastroso – processo de “modernização” porque passou o aparelho estatal brasileiro na final da década de 1990, sobretudo com o processo de “descentralização” por meio das chamadas agências reguladoras, não pode servir de apanágio para que o Estado transfira ao particular (concessionária) uma responsabilidade que por expressa dicção constitucional é sua e que historicamente jamais foi por ele assumida a contento.

O modelo de gestão por meio da delegação a particulares e conseqüente fiscalização da prestação do serviço por meio de agências (neste caso Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL) não elide de modo algum a responsabilidade que é, antes de tudo, do Estado pela prestação do serviço essencial. Responsabilidade essa que, para grupos vulneráveis, hipossuficientes economicamente, deve assumir o contorno de seguridade social, amparo que a todos, independentemente de contribuição, deve assistir, conforme se depreende do disposto no art. 203 da CF.

Não se admite mais possível o Estado brasileiro, que se pretende democrático e de direito, fazer o mais uma vez o papel de *Pôncio Pilatos*. Impende que ele assuma sua responsabilidade no resgate aos grupos historicamente marginalizados e faça cumprir os mandamentos constitucionais que determinam a erradicação da pobreza e o combate e toda e qualquer forma de exclusão social (art. 1º e 3º da CF, principalmente). Bem se vê que o infeliz argumento utilizado no julgado (e em muitos outros) de que à concessionária não cabe fazer

benemerência para desempregados não se assenta em bases sólidas.

O argumento não é infeliz apenas porque desconsidera a cláusula geral de solidariedade¹⁷ que a todos, Estado e sociedade, vincula, mas, fundamentalmente, porque negligencia o papel que deve ser assumido pelo Poder Concedente num Estado Democrático de Direito.

Se se trata de relações privadas, travadas a partir de uma situação fática pautada pela igualdade material ou pelo menos pela auto-suficiência econômica de parte mais fraca da relação jurídica e – mais ainda – se se trata de direitos disponíveis – não é razoável exigir a manutenção da prestação de um serviço ao inadimplente. A hipótese, porém, tratada neste trabalho é bem diferente. Trata-se da efetivação de um direito fundamental de acesso a um serviço que é condição necessária para uma existência digna. O que se pretende não é a consolidação da inadimplência. A presença do Estado no pólo passivo da demanda, seja promovida pelo concessionário seja pelo consumidor, ainda que a título de denúncia à lide, possibilitará que este arque com o custeio da manutenção de um serviço público mínimo, de modo a garantir o funcionamento de uma residência parcamente mobiliada de eletrodomésticos, “benemerência” que do ponto de vista constitucional constitui seu impostergável dever.

Do mesmo modo, resta superado também o argumento de predição utilizado pelo STJ de que a inadimplência do consumidor em estado de miserabilidade levaria a uma reação em cadeia na qual ninguém mais pagaria a conta de luz e, em pouco tempo, a concessionária iria à falência e restaria comprometida toda a prestação do serviço público essencial. É curioso perceber que o julgado, nem mesmo no voto do Relator, aponta, em elementos processuais, as razões de seu convencimento acerca do risco de falência da empresa. É de se dizer, não há a prova [pelo menos não se indicou a folha dos autos] de que alguém já tenha deixado de pagar energia porque o vizinho é beneficiado por algum programa social, ou simplesmente tenha deixado de pagar a conta. E mais grave. Não há qualquer indicação no julgado do *quantum* de perdas da concessionária em razão de inadimplência do consumidor de baixa renda, isto é, não são apresentados dados, estatísticas e planilhas indicativas do quanto efetivamente significa essa inadimplência para o orçamento da concessionária. Que a

¹⁷ Tratando ressaltando que a Constituição brasileira, além de garantidoras de direitos fundamentais, é também uma constituição social, esclarece Sarmiento (2006, p. 286): “Na Constituição brasileira, a igualdade não é só um limite, mas antes uma meta a ser perseguida pelo Estado, justificadora de enérgicas políticas públicas de cunho redistributivo, que podem gerar forte impacto sobre direitos patrimoniais de particulares. A solidariedade também deixa de ser apenas uma virtude altruística, promovida por pontuais ações filantrópicas, convertendo-se em princípio constitucional, capaz de gerar direitos e obrigações inclusive na esfera privada, e de fundamentar restrições proporcionais às liberdades individuais”.

inadimplência gera um ônus econômico à empresa, não resta dúvida. Mas qual a relevância desse ônus? O que ele significa em termos de comprometimento financeiro da entidade? Não estaria ele englobado pela estimativa de perda e risco utilizado na elaboração da tarifa pela qual todos pagam?¹⁸ Esses elementos não deveriam ser provados pela concessionária durante o processo?¹⁹

Ademais, a pertinência subjetiva do Estado brasileiro na demanda em torno do acesso ao serviço básico de energia elétrica faz superar o argumento de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, tantas vezes levantado como óbice à proibição do corte unilateral. É que a aludida equivalência é oponível ao Estado – Poder Concedente – e não ao particular, sobretudo aquele em condição de miserabilidade. Trata-se cláusula específica do contrato de concessão e que, naturalmente, deve ser observada pelo Estado, assumindo a responsabilidade que lhe compete e arcando com os custos da manutenção de um serviço mínimo que garanta a dignidade de uma família hipossuficiente.

A União possui programa específico voltado para consumidores de baixa renda²⁰. Ações dessa natureza, entretanto, não exaurem a responsabilidade do Estado brasileiro, seja porque nem sempre a pessoa hipossuficiente tem acesso a essa informação seja porque a concessionária raras vezes observa que a inclusão nelas decorra de um dado objetivo: consumo abaixo dos limites fixados nas leis concessivas do benefício. Ademais, a leitura cumulativa de vários meses, defeitos técnicos no medidor, instalações elétricas internas da residência em condições precárias podem apontar para um consumo irreal fazendo com que o consumidor hipossuficiente seja excluído do rol de beneficiado pelo programa. A licitude da cobrança também constitui interesse público porque deve velar o Estado, fiscalizando os meios de cobrança utilizados pela concessionária.

Em verdade, o corte, na solução aqui proposta, continua possível, porém, por vias muito mais seguras e democráticas, o que torna adequada a solução do conflito em torno do fornecimento de energia elétrica e impede, ou pelo menos, minimiza a perpetuação de ilegalidades. Como lembra Ferrajoli (2011, p. 108), em lição de extraordinária beleza, a satisfação (observância e promoção) de direitos fundamentais (inclusive sociais básicos

¹⁸ Marinela e Bolzan (2008, p. 178-179) levanta ainda interessante argumento segundo o qual o corte unilateral viola a vedação de que a responsabilidade pelo débito restrinja-se ao devedor. Com o corte não apenas o devedor, mas toda a família é privada do serviço público essencial. O Ministro José Delgado, no julgado do RE 363.943-MG, em voto-vista divergente, menciona ainda a possibilidade de a concessionária valer-se de contrato de seguro para precaver-se de eventuais prejuízos decorrentes da inadimplência.

¹⁹ Naturalmente a via eleita para manifestação do interesse da consumidora no julgado referência neste trabalho é por demais estreita para fins probatórios. Entretanto, mesmo em outros processo em que esta restrição processual não existe o entendimento foi mantido, a exemplo do RESP 596320/2006.

²⁰ A este respeito ver: Lei de nº 12.212/2010.

ligados à sobrevivência - acrescentamos, como o é o de energia elétrica) é também condição para efetivação da paz, tanto no plano interno quanto internacional, a que se reporta a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

É chegada a hora de reconhecer neste conflito a existência de direito titularizado pelo cidadão beneficiário do serviço essencial e de “convidar” o Estado brasileiro a desempenhar seu papel na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º CF).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese a jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça ter pacificado seu entendimento pela viabilidade do corte do serviço público de energia elétrica, mesmo na hipótese em que o inadimplemento da fatura haja decorrido da condição de miserabilidade do consumidor, a questão exige um tratamento que leve em consideração a Teoria dos Direitos Fundamentais e o contraditório judicial de que faça parte o Estado brasileiro.

As razões da exigência de uma incursão cognitiva mais profunda quanto à questão radicam na própria natureza do serviço de energia elétrica. Acima, demonstrou-se tratar-se de serviço público essencial que, ainda que não seja considerado direito autônomo, constitui condição material para a plena efetividade do princípio-fundamento da dignidade humana. Essa natureza também releva a existência de relações jurídicas não debatidas no julgado do STJ que pretendeu a pacificação da questão, a exemplo da que se estabelece entre o cidadão, titular do direito à prestação, e o Estado, constitucionalmente responsável por garantir sua fruição. A forma adequada para discussão jurídica acerca do corte é exatamente a que desnuda essa relação sob o contraditório judicial. Se a condição de pobreza não pode ser óbice a que o indivíduo tenha acesso às condições mínimas para uma existência digna e se isto não pode ser oposto à concessionária de energia elétrica, é indubitável a pertinência subjetiva do Estado na construção democrática, sob crivo do contraditório judicial, de uma solução adequada para o conflito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. **Distinção entre usuário do serviço público e consumidor**. [S.l.:s.n.], 2002.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos e Direitos Fundamentais (2006, p. 26). In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. (Orgs). **Direitos fundamentais**: estudos

em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico... Brasília, DF, 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm>. Acesso em: 25 jun. 2012.

_____. Lei nº 12.212, de 20 de janeiro de 2010. Dispõe sobre a Tarifa Social de Energia Elétrica; altera as Leis nos 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.925, de 23 de julho de 2004, e 10.438, de 26 de abril de 2002; e dá outras providências. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12212.htm>. Acesso em: 25 jun. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 363943-MG/2004. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Minas Gerais, 2004. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7400042/recurso-especial-resp-363943-mg-2001-0121073-3>>. Acesso em: 25 jun. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 848.784 - RJ (2006/0103580-0). Relatora: Ministra Eliana Calmon. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/7963279/pg-666-diario-de-justica-da-uniao-dju-de-01-02-2008>>. Acesso em: 25 jun. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.284.741 - SP (2011/0234070-4). Relator: Ministro Castro Meira. Santa Catarina, 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/34530326/stj-17-02-2012-pg-570>>. Acesso em: 25 jun. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo em Recurso Especial Nº 116.567 - RS (2011/0271885-3). Relator : Ministro Cesar Asfor Rocha. Rio Grande do Sul, 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/pesquisa_revista_eletronica.asp>. Acesso em: 25 jun. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARE 639337 AgR / SP - São Paulo. Relator: Min. Celso de Mello. São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 15 jul. 2012.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo, direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris Editora, 2009.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. **Direitos fundamentais**:

estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Organizadores, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais**: releitura de uma constituição dirigente. Curitiba: Ed. Juruá, 2011.

GRINÖVER, Ada Pellegrini. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentários pelos autores do anteprojeto. 10. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro Forense: 2011. v. 1.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Paraná: Ed. Saraiva, 2005.

MARINELA, Fernanda; BOLZAN, Fabrício. **Leituras complementares de direito administrativo**: advocacia pública. Salvador: Jus Podium, 2008.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2002.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor: com exercícios**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum**: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. (org.) **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor ricardo lobo torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.