

## VIAS DE FATO NO SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA ELÉTRICA E USO ILÍCITO DE ELETRICIDADE

WALTER T. ÁLVARES\*

*1. Objetivo temático na relação básica. 2. A concessão e o serviço público concedido de energia elétrica. 3. O sujeito intermediário do serviço público concedido. 4. Titularidade do usuário ao serviço. 5. O quadro geral da descontinuidade do serviço. 6. A força do ato administrativo e a proteção judicial do administrado. 7. Via de fato praticada pelo usuário. 8. Inidoneidade do consumidor. 9. Uso ilícito de corrente elétrica. 10. Conclusão.*

### *1. Objetivo temático na relação básica*

1. O objeto deste trabalho é o de desenvolver o resultado emergente de relações jurídicas entre usuários e concessionários do serviço público de energia elétrica em face de um duplo posicionamento ou iniciativa do consumidor, resultante de via de fato ou efeito de uso ilícito de energia elétrica. As relações possíveis podem variar de modo considerável, mas a pesquisa ficará limitada a duas abordagens conceituais que nuclearão a ordem temática, isto é: via de fato de usuário e uso ilícito da corrente, por iniciativa do usuário, como, por exemplo, alteração unilateral de demanda, porém, o ilícito considerado nesta pesquisa, não é o de natureza criminal, pois este já está caracterizado na figura do furto de eletricidade, capitulada no art. 155, § 3º, do Código Penal de 1940, e repetido pelo art. 164, § 3º, do Código Penal de 1969.<sup>1</sup>

\* Professor da Faculdade de Direito da UCMG.

<sup>1</sup> Cf. nosso *Direito da energia*. v. 2, p. 380.

2. Como é evidente trata-se de tentar enquadrar atividades, iniciativas, fatos, emergentes ou fluindo numa relação jurídica básica incorporada na relação concedente-concessionária-usuário, na sistemática do serviço público federal de energia elétrica.

A primeira e essencial conotação é de que o serviço público federal de energia elétrica, conquanto prestado na forma de concessão outorgada, não descaracteriza o seu aspecto, forma e conteúdo de serviço público, e que a relação entre concessionário e usuário não afasta a figura do poder concedente, do qual o concessionário é simples delegado.

3. A fixação temática supra tem particular importância, de vez que, do seu desdobramento emerge com muita clareza o direito aplicável às espécies possíveis, definindo os atos nele embasados e os que, por carência de suporte jurídico, ingressam no horizonte da vida de fato, ou submergem no limbo da iniciativa injurídica.

Ora, para bem demonstrar o pormenor, torna-se indispensável fixar as linhas gerais da concessão, em gênero, e do serviço público concedido, no caso brasileiro, e das relações concessionário-usuário, neste contexto, para que, assim, à luz do direito positivo, se possa comparar o modelo e a seqüência de fatos, cujo embasamento jurídico se possa desejar apurar.

## 2. *A concessão e o serviço público concedido de energia elétrica*

4. Resumimos a matéria no nº 396, v. 2 do *Direito da energia, in verbis*: “A concessão é um instituto comum ao direito administrativo e ao direito da eletricidade, ou, por uma cortesia, é um instituto de direito administrativo do qual se socorre o direito da eletricidade, que tem por característica, pacificamente admitida, a circunstância de um intermediário realizar um serviço que o poder público deveria prestar à comunidade.

A natureza jurídica deste instituto, no entanto, é matéria altamente controvertida, pois encarada no século XIX como um simples contrato (Blondeau, *La concession du service public*, 123), nele mesmo viu surgir o seu conceito de ato unilateral, de natureza administrativa, em uso na doutrina alemã (Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, II, 225), seguida pelo entendimento de uma operação complexa tendo por característica a natureza unilateral e autorizativa do ato (Ranelletti, apud Minozzi, op. cit. 17-18), ou ainda a concepção de Duguit, participando de sua teoria dos atos complexos (Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, I, 314), também endossada por Jèze

(*Principes généraux de droit administratif*, I, 61), enquanto outros a entendem como uma gestão de serviço público (Roger Bonnard, *Précis de droit public*, 243).

Laubadère considera-a como alguma coisa mista, meio contratual, meio regulamentar (Laubadère, op. cit. p. 219), e também Gabino Fraga nela vê um ato misto, composto de três elementos: um ato regulamentar, um ato condição e um contrato (Gabino Fraga, op. cit. p. 410), enquanto Waline acha mais exato conceituá-la como um contrato, ainda que o concessionário aceite de antemão que certas cláusulas sejam alteradas unilateralmente (Waline, op. cit. 392), ao passo que Fleiner, como os alemães, prefere nela encontrar um ato soberano, unilateral, do Estado (*Instituciones de derecho administrativo*, p. 279), e Zanobini encara-a como um ato administrativo unilateral e, quanto a ser definida como um contrato de direito público, prefere dizer que o melhor é evitar-se uma solução geral e abstrata, devendo-se considerar o que o direito positivo dispõe para cada caso particular (Zanobini, op. cit. III, 306-07).

Berçaitz oferece um resumo bibliográfico dos tratadistas que se inscrevem entre os que entendem a concessão como ato complexo, contratual e regulamentar, representando a doutrina mais aceita e autorizada, conquanto não aceita por ele próprio. Assim, entre os que defendem esse ato complexo estão Duguít, M. Hauriou, G. Jèze, R. Bielsa, F. Sarria, H. Berthelemy, Rodolfo Bullrich, Pierre Laroque, etc.”

5. Mais adiante, no mesmo livro, acentuávamos que a idéia, o conceito aderido à noção de concessão é tipicamente a de que uma atividade de determinada área de competência possa e passa a ser exercida por uma entidade delegada.

Veja-se bem um traço nítido do conceito — a delegação. No Brasil, em se tratando do serviço público federal de energia elétrica, então, chega a ter fundamento legal, como se conclui, por ilação do art. 170 do Código de Águas, que nega delegação de poder público à autorização, assim atribuindo-a à concessão. raciocínio este que se completa com declaração expressa do Decreto-lei nº 1 345, de 1939, ao considerar as concessionárias de energia elétrica como delegadas do poder público.

Ora, sendo a delegação “ein Akt organisatorischer Natur”, na expressão de Kuhne (*Das problem der Delegation*), efetivamente recebe-a da lei, adverte Franchini, dentro dos quadros do *an* e *quomodo* (dimensão espacial) e *quando* (dimensão temporal).<sup>2</sup> Por tudo isto é que Eisenmann vê nitidamente associa-

<sup>2</sup> Franchini. *La delegazione amministrativa*. p. 60.

dos os conceitos de delegação e competência, a ponto de sugerir que delegação de competência constitui um insuportável pleonismo, ao afirmar que “*Delegation einer Kompetenz*” constitui uma *Devolution der Kompetenz*.<sup>3</sup>

6. Assim a delegação não desnatura a concessão, pois *os usuários utilizam o serviço como se fosse o próprio concedente que estivesse prestando*,<sup>4</sup> constituindo-se em transferência de poder de determinado campo da atividade pelo concedente ao concessionário,<sup>5</sup> sendo esta transferência da própria essência da concessão, de direitos reservados ao concedente em campo e atividades quaisquer<sup>6</sup> outorgando o concedente ao concessionário um direito público subjetivo.<sup>7</sup>

Assim, a noção de delegação implica necessariamente uma vinculação entre o delegante e o delegado, como uma conotação básica.

7. Não se pode, na seqüência dessas idéias, deixar de considerar que a concessão também implica uma série de variações, algumas com tal desembaraço que, conquanto admitidas pela doutrina como sendo concessão, em uma abordagem estrita parece que se afastaria do conceito dela, ou no máximo, estaria tangenciando.

Vejam, por exemplo, que a doutrina francesa contempla espécies como concessão de serviço público, de trabalho público e de trabalho de interesse público.<sup>8</sup>

A doutrina anglo-saxônia desborda por uma colocação de *permit e franchise*, em alguns casos ou forçando uma elevada administratividade do instituto ou por vezes o empurrando *common-law* adentro (Schanzer, *Duty of a public utility*, Meeks, *Electric Power Industry*; Jones and Bigham, *Public Utilities*, Bauer, *Electric Power Industry*, etc.).

8. Ora, o que nos interessa basicamente na análise em exame é a concessão do serviço público, mas, nem por esta delimitação nos livraremos da exagerada

<sup>3</sup> Eisenmann. *Theorie von der Delegation*.

<sup>4</sup> Picirilli. *El privilegio en las concesiones de servicios publicos*.

<sup>5</sup> Mayer, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht*. v. 2, p. 95.

<sup>6</sup> Jellineck. *Verwaltungsrecht*. p. 527.

<sup>7</sup> Fleiner. *Derecho administrativo*.

<sup>8</sup> Waline. *Traité de droit administratif*; Laubadère. *Droit administratif*; Berçaitz. *Teoría de los contratos administrativos*; Jèze. *Principes généraux de droit administratif*; Blondeau. *La concession*...

especialização institucional francesa que ainda distingue entre serviço público comercial, serviço público industrial e o serviço público no sentido estrito do afetado à atividade indelegável do Estado. Por sua vez, entre nós, Pontes de Miranda contribui com a distinção entre serviço público e serviço ao público. E, em todo este quadro ainda não se deve esquecer, com sabor de satélite da concessão as figuras da permissão, autorização, de influência francesa da *permission de voirie*.

Mas, toda esta setorialização visa a segurança da abordagem, pois o que se quer examinar de modo adequado é o serviço que se constitui uma titularidade do poder público, o qual, por conveniências políticas, administrativas ou econômicas, entende como sendo melhor a prestação por intermédio de um delegado.

Na verdade o serviço público sendo constitucionalmente atribuído a uma área de competência na realidade representa uma nacionalização efetiva, do ponto de vista do direito potencial, e, se se exerce esta atribuição por via de concessão, trata-se de uma situação conjuntural, a qualquer tempo possivelmente comutadas, como sói ocorrer justamente por ser conjuntural.

Ora, no Brasil, o serviço de energia elétrica é constitucionalmente atribuído à União, que pode exercê-lo diretamente ou por via de concessão. A Constituição em vigor ratifica e reconhece uma situação jurídica que se impunha e veio se desenvolvendo desde o Código de Águas, em 1934, como demonstramos ao menos extensamente, se não o foi convincentemente, da página 266 à 308 de *Instituições de direito da eletricidade*, v. 1.

### 3. O sujeito intermediário do serviço público concedido

9. Tivemos oportunidade de expor no nº 403, do v. 2 do *Direito da energia* que “a relação jurídica clássica se desenvolve entre dois sujeitos: ativo e passivo; é linear. Ora, a relação jurídica da concessão desenvolve-se entre três sujeitos — é uma relação tripartite — pelo que deixará de ser uma relação linear para ser circular concêntrica. Com efeito, a concessão, se só existissem como sujeitos o concedente e o concessionário, não se consumaria, pois não operaria, não prestaria o serviço que é o seu objetivo. Por sua vez, a relação entre concessionário e usuário, sem concedente, não seria concessão. E, por fim, a relação entre concedente e usuário, sem concessionário, seria prestação direta de serviço e não concessão.

Por isto, na concessão a relação jurídica é circular concêntrica, do sujeito ativo, sujeito passivo e sujeito intermediário”.

10. Em outra parte acentuamos que a prestação desdobra-se mediante três sujeitos, no *serviço público de energia elétrica*: o poder concedente, o concessionário e o usuário. O sujeito ativo ora é o poder concedente, ora o usuário, sendo o concessionário o sujeito intermediário.

Poder-se-ia alegar que o concessionário seria sujeito ora ativo ora passivo em relação ao poder concedente, e, igualmente, em relação ao usuário.

Ora, é notório que o concessionário é somente um delegado do poder concedente, de sorte que a relação efetivamente é entre o poder concedente e o usuário. O fato da existência do concessionário não desnatura o caráter de serviço público e da perfeita relação entre o poder concedente e o usuário.

Quando o usuário é o sujeito ativo, ele o é de uma prestação de serviço que o concessionário presta pelo poder concedente, e, quando o usuário é o sujeito passivo, também é de uma prestação que deve ser satisfeita ao poder concedente, através do concessionário. Dir-se-ia: mas o concessionário também é sujeito ativo ou passivo em relação ao poder concedente; tem direitos e deveres. Isto é verdade, ao se considerar a concessão como um instrumento isolado, como uma fórmula jurídica no início de sua caracterização e ainda não operativa, porque, com efeito, *a principal razão da concessão é a prestação do serviço pelo poder concedente ao usuário*. O concessionário é mero delegado e os seus direitos e deveres, na prestação do serviço, em face do poder concedente ou em face do usuário, decorrem exclusivamente dos direitos e deveres do poder concedente frente ao usuário e deste para com aquele. Por isso é que não deixa de assistir razão à corrente doutrinária italiana que concebe que essas entidades devem integrar-se na classe de pessoas jurídicas de direito público.<sup>9</sup>

Não há, na prestação do serviço público, uma relação autônoma entre concessionário e usuário ou entre concessionário e poder concedente. A relação que existe sem dúvida é intermediária da relação principal, da relação abrangente, entre poder concedente e usuário.

Quando o concessionário exige do usuário, é em nome do poder concedente, que é a sombra, a cobertura da figura da concessão. Quando o usuário exige do concessionário, está a exigir do poder concedente, que é o verdadeiro titular do serviço público que está sendo executado.

A relação principal, portanto, é entre o poder concedente e o usuário. O concessionário representa um sujeito intermediário na relação jurídica, de vez que não possui um direito próprio, independente, a opor aos usuários, por-

<sup>9</sup> Cf. Caetano, Marcelo. *Direito administrativo*. p. 78.

quanto o seu direito decorre da concessão que lhe foi outorgada. O direito, em última análise, é do poder concedente, que será o titular da prestação a ser exigida por intermédio do concessionário.

Por sua vez o usuário não possui um direito originário, direto, em face do concessionário, mas em face do poder concedente, daí o mandado de segurança contra ato do concessionário (nº 401, v. 2).

Este o ponto que se quer deixar acentuado:

- a) os atos praticados pelo concessionário o são como delegado do poder concedente, enquanto na prestação de seu serviço público;
- b) logo, são atos nitidamente envolvidos de nuances administrativistas, e, por conseguinte, é uma atividade administrativista e emergente da prestação do serviço público concedido.

Por via de conseqüência há uma equação jurídica nítida na prestação do serviço público, embasada na legalidade do ato praticado pela administração, e, se houver qualquer desacerto, ilegalidade, irrompe a proteção ao administrado, pelas vias jurisdicionais previstas.

## 6. *Titularidade do usuário ao serviço*

11. Com efeito, há uma nítida equação de prestação do serviço, pela qual o pequeno usuário, ou de outra categoria, tendo satisfeito os requisitos da fórmula legal, fica titulado a receber o serviço. Estamos, a nosso ver, em pleno campo do ato-condição, fora de quadros contratuais, no sistema expresso por Duguit, Jèze, ou do ato intencional determinado, referido por Marcelo Caetano, ou o critério do montante variável (Cadart). (Veja item 14 infra.)

Desde que atendidos os requisitos da equação legal, o usuário fica titulado ao serviço, e esta é, no Brasil, a orientação administrativa federal, e a abertura dos tribunais. Façamos a indicação.

### 4.1 *Apreciação administrativa sobre fornecimento de eletricidade*

12. O antigo CNAEE (Bol. do CNAEE 5/96) já era expresso, ao tratar do tema que: “A natureza do chamado contrato de fornecimento”, já foi amplamente apreciada pelo Conselho em vários acórdãos, a começar pelo de nº 186, de 14 de janeiro de 1944; considerando que a legislação sobre águas e energia elétrica, a começar pelo Código de Águas, modificou radicalmente as relações

entre o poder concedente e os concessionários de serviço de eletricidade, e entre estes e os seus consumidores, passando os concessionários do chamado regime de proveito, cujo conceito, era sobretudo o do contrato bilateral, privado, mesmo nas relações do poder concedente, com os concessionários, para o regime de serviço pelo custo, regulando-se as relações das três entidades pelo direito público administrativo, para tornar os concessionários, na verdade, delegados da União; considerando, pois, que os fornecimentos de energia elétrica não são suscetíveis de contratos no seu sentido amplo, sejam de compra e venda, de empreitada ou de locação, por isso que as relações entre concessionários e consumidores não são privadas, e sim públicas, observadas as normas regulamentares estabelecidas no contrato de concessão, sendo este, sim, um contrato administrativo, que resulta do título de concessão.

E no acórdão 199, o Conselho também era expresso: “Esses contratos, apesar de sua denominação, não são mais que fórmulas normativas que aplicam à espécie disposições legais e regulamentares, de caráter geral, na prestação de um serviço público.”

#### 4.2 A contribuição judiciária sobre o fornecimento de eletricidade

13. Mas, a doutrina que adotamos não fica restrita à esfera administrativa, pois encontramos o Tribunal de Alçada de São Paulo oferecendo acórdão que representa peça de clareza admirável, no Brasil, sobre a natureza do fornecimento de energia elétrica e da posição da concessionária e do usuário. O acórdão, da lavra do Des. Lafayette Salles Júnior, não pode deixar de ser transcrito pela sua magnífica contribuição científica neste campo do direito da eletricidade. Diz o acórdão:

“Desde o Código de Águas, nesse ponto mantido pelos princípios firmados na Constituição de 1934, 1937 e 1946, o poder público chamou a si a exploração de energia elétrica, através de autorizações e concessões, erigindo-a, assim, em serviço público, mantido mediante empresas concessionárias. Adotou, em suma, o nosso legislador, atitude idêntica à de outros países, como a França, onde, ultimamente, se chegou a nacionalizar, até as empresas de eletricidade, transferindo-as a estabelecimentos públicos nacionais (Lei nº 46 628, de abril de 1946).

Desde então, impossível configurar-se o consumidor como mero comprador, em face do fornecedor, em idêntica posição, em suma, a quem compra uma mercadoria ou um artigo do produtor. Não se trata de simples contratante

de uma compra-e-venda, e, sim, de um verdadeiro usuário de um serviço público concedido.

Mostrou Jêze, em lúcidas páginas, a impossibilidade de se ver no usuário um contratante, um comprador, em contrato privatístico de adesão ou de *guichet*; o usuário não adere a qualquer contrato proposto pelo concessionário; as relações jurídicas entre ambos se fixam por leis e regulamentos.

No caso de funcionamento de serviços públicos, a situação dos usuários não é contratual, porque não há acordo de vontades. Examine-se um a um todos os serviços públicos; far-se-á em todos a mesma constatação: os agentes públicos sozinhos fixam, unilateralmente, as condições precisas, nas quais o serviço funcionará. Nem de fato, nem de direito, os usuários intervêm ou podem intervir. Nos casos bastante freqüentes, em que o serviço público constitui um monopólio, o usuário não tem mesmo o direito de recusar recorrer ao serviço público, porque só a administração pode fornecer a prestação. Exemplos: o Correio, o Telégrafo, telefone etc., tudo isso, não é de fato, é de direito.

Mais adiante, prosseguindo, destaca o mesmo tratadista: 'Tomemos o caso do serviço público postal, telegráfico ou telefônico, ou do serviço público de transportes por caminho de ferro.

Os usuários não discutem de modo algum as condições do funcionamento do serviço postal; eles não podem obter, a qualquer preço que seja, uma modificação do funcionamento do serviço, o mesmo ocorre para toda a gente, não somente de fato, mas também de direito.'

Qual é, então, a situação jurídica de um usuário?

Responde Jêze: 'É uma situação jurídica geral, impessoal. Todos os indivíduos preenchendo as condições fixadas pelas leis e pelos regulamentos sobre a organização de tal serviço público podem exigir que o serviço funcione a seu proveito e nas condições legais e regulamentares. Não há, aí, o menor traço de contrato. O usuário manifesta sua vontade unilateral de beneficiar-se do funcionamento do serviço público. Os agentes públicos têm o dever funcional, enquanto prepostos ao serviço público, de fazê-lo funcionar sobre o pedido de todo o indivíduo nas condições legais e regulamentares. Nada mais e nada menos. O usuário não é *credor* duma prestação, no sentido de credor em consequência de um contrato de venda. O conteúdo da prestação não é fixado por acordo das partes; as condições para que a prestação seja efetuada não fazem, nem podem fazer objeto dum acordo de vontades. Tudo é unilateral. O serviço público se organiza, unilateralmente, pelos agentes públicos; funciona segundo as instruções dos agentes públicos; os prepostos ao funcionamento do serviço público não são obrigados de uma dívida para com os usuários.

Tudo se passa como no serviço da Justiça' (*Les principes généraux du droit administratif*, v. 3, p. 13 e segs.).

Esta é, pois, a situação jurídica de um usuário, pouco importando se o serviço público seja prestado diretamente, ou por intermédio de um concessionário. *Trata-se de uma situação não contratual e sim de direito público administrativo*, exorbitante de alçada do direito privado.

Posta a questão nesses termos, impossível se verifica enquadrar-se o fornecimento de eletricidade como uma venda ou uma consignação, ou uma das operações disciplinadas no Código de Impostos e Taxas, Livro I. Este não cuidou da incidência fiscal sobre a prestação de um serviço público a um usuário, como é o fornecimento de eletricidade.

Não previu a imposição fiscal do tributo de vendas sobre serviço público executado por concessionários sujeitos a normas legais e regulamentares.

Pelo exposto: Acordam, em Segunda Câmara Civil do Tribunal de Alçada, por maioria de votos, dar provimento ao recurso, para julgar improcedente a ação."<sup>10</sup>

14. Mas, pouco importa mesmo qual a colocação doutrinária, e conquanto indicando o que nos parece adequado, como foi fundamentado, todavia, apresentamos no nº 359, do v. 2 do *Direito da energia*, a riqueza do tema, com 26 possíveis posições distintas, mas, em todo caso, como é óbvio, mesmo nos casos contratuais, ponderavam Gosset (op. cit. 178), Rueck (*Schweizerisches Elektrizitätsrecht*, 106), Eiser (*Energiewirtschaftsrecht*, I, 168), nenhuma conflitando com a atribuição do poder concedente delegar ao concessionário a prestação do serviço segundo as regras administrativas do mesmo, contra as quais o consumidor nada pode argüir, adita ainda Eiser (op. cit. loc. cit), donde irrompe a forma de titularidade do usuário a esta prestação, e, cuja irregularidade da parte do consumidor o torna inidôneo à continuação do fornecimento ou início de sua prestação, como veremos adiante.

Verificada a *titularidade do serviço*, vejamos agora o esquema estrutural e a dinâmica de descontinuidade do mesmo serviço por motivações variadas.

##### 5. O quadro geral da descontinuidade do serviço

15. A descontinuação do serviço público federal de energia elétrica apresenta o seguinte quadro, onde harmonizamos parâmetros doutrinários, de direito positivo local e de direito comparado, a saber:

<sup>10</sup> *Revista de Direito Administrativo*, v. 54, p. 53.

1. Descontinuação do serviço:
  - a) permanente
  - b) temporária
2. Descontinuação temporária:
  - a) suspensão
  - b) interrupção
3. Suspensão:
  - a) decorrente de faculdade atribuída à concessionária
  - b) decorrente de obrigação regulamentar
4. Interrupção:
  - a) decorrente de desídia
  - b) decorrente de caso fortuito
  - c) decorrente de força maior

16. Ora, cada posição apresentada tem um regime específico, desdobrando-se em uma série de conotações peculiares, como estudamos em livro especializado, já citado.

No caso em exame, deve-se estudar o embasamento de uma descontinuidade temporária, via suspensão do serviço, dentro da faculdade regulamentar atribuída à concessionária.

Vejamos as relações tópicas do posicionamento legal e doutrinário supra dimensionados, e, assim, vamos descendo cada vez mais do esquema geral ao caso particular da via de fato de usuário, numa seqüência metodológica escolhida para esta exposição.

### 5.1 A suspensão do fornecimento

17. Nem se discute no Brasil que a concessionária, por respaldo administrativo legal, pode proceder a suspensão do fornecimento, nos casos previstos. Não só a autoridade concedente lhe dá apoio, sob embasamento legal, assim como os próprios tribunais, examinando espécies, são incisivos em reconhecer a suspensão por falta de pagamento,<sup>11</sup> ou por falta de cumprimento de exigências técnicas e legais por parte do usuário,<sup>12</sup> no que seguem a orientação

<sup>11</sup> Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Revista Jurídica*, v. 27, p. 313.

<sup>12</sup> Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Minas Forense*, v. 27, p. 92.

que resulta evidente da prática de todos os países, conforme revela o direito comparado.<sup>13</sup>

O uso irregular de eletricidade, por parte do usuário, também pode ser objeto não só de suspensão do fornecimento, como até de aplicação de multa, como na Grécia, Austrália, Bolívia. Enquanto isto, em El Salvador, Peru e na Inglaterra, o uso irregular pode até caracterizar crime, como, por exemplo, o desperdício injustificável.

18. Veja-se, portanto, o rigor temático: nem via de fato, nem justiça pelas próprias mãos oriunda de nenhuma das partes, com uma só definição — a lei pode, e em todos os países faculta, que a concessionária proceda a suspensão do fornecimento por falta de pagamento ou irregularidades manifestas.

Ora, a concessionária, desde que não pratique via de fato, nem ilegalidade, tem o respaldo legal para, por sua força e atribuição administrativa, proceder por sua iniciativa a suspensão do fornecimento, logo, não se trata de exercício arbitrário das próprias razões, mas exercício de atribuições legais.

E o único país no mundo, como se verifica pelo direito comparado, que só permite a suspensão do fornecimento mediante intervenção judicial, é o Panamá, mesmo assim a lei abre exceção, para os seguintes casos, quando não haverá necessidade de intervenção de autoridade de espécie alguma, para que a concessionária consume o corte, a saber: consumo mediante fraude, defeito de instalações que representem perigo de segurança das pessoas.<sup>14</sup>

19. Por conseguinte, o quadro geral é o seguinte para o Brasil, como de resto para o mundo inteiro, na área do que descrevemos por direitos tecnológicos-econômicos, como é o direito da energia, e nele, o ramo do direito da energia elétrica ou direito da eletricidade, e como uma imposição mesmo deste tipo de setorialização jurídica, a saber:

1 É de competência administrativa a execução de ofício, o *privilège du préalable*, a iniciativa para executar suas decisões.

<sup>13</sup> Cf. Remaury. *Electricité*. p. 195; Eiser. *Energiewirtschaftrecht*; will. *Electricity*. p. 29; Gosset. *Distribution d'électricité et usager*. p. 178-9. Para cotejo, veja *Cadernos Jurídicos da Eletricidade*, edição do IDE, n. 7, indicando legislação de inúmeros países.

<sup>14</sup> Decreto-lei nº 31, art. 113. In: *Caderno Jurídico de Eletricidade*. Instituto de Direito de Energia, v. 7, p. 51.

2. A concessão outorgada constitui delegação de poderes pelo poder concedente ao concessionário para prestação do serviço público que o concedente efetiva através do concessionário ao consumidor.

3. A lei e regulamentos permitem que a concessionária efetive corte, suspensão de fornecimento, nos casos especificados.

4. O ato da concessionária, com respaldo legal, é inatacável, até prova em contrário, aferido pela prestação jurisdicional própria.

5. Se o ato da concessionária for ilegal, isto é, via de fato, abuso de poder, etc., cabe ao usuário lançar mão da proteção judicial, pela via do mandado de segurança, pois enquanto isto, permanece o abrigo e princípio de ausência de ilegalidade do ato administrativo, como se sabe e ainda melhor se indicará adiante.

20. Ora, este posicionamento básico que indica a conduta legal da concessionária certamente impõe uma contrapartida e um corresponsivo por parte do usuário, isto é, em hipótese alguma utilizar ou lançar mão de via de fato, tentando, mesmo contra abuso da concessionária, fazer justiça com as próprias mãos, e, pela razão muito simples de que, contra atos administrativos, do poder público, ou de seus delegados, cabe a medida jurisdicional própria, como se desdobrará a seguir.

#### 6. *A força do ato administrativo e a proteção judicial do administrado*

21. A noção de que o poder administrativo, dentro do regime administrativo arma a administração, por toda parte, um pouco mais, juridicamente, que aos particulares, para a ação e atividade específica do mesmo é posta em destaque por Rivero,<sup>15</sup> e o ato unilateral para a execução por via administrativa é salientado por Hauriou, sob a designação de decisão executória ou *execution préalable*,<sup>16</sup> por Waline como tendo caráter obrigatório e caráter executório,<sup>17</sup> por Laubadère como constituindo a execução de ofício ou o *privilège du préalable*.<sup>18</sup> e por Vedel, como ação de ofício, que pode ser executado pela força pela própria administração.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> Rivero. *Droit administratif comparé*. p. 186.

<sup>16</sup> Hauriou. *Précis de droit administratif*. v. 2, p. 361.

<sup>17</sup> Waline. *Traité de droit administratif*. p. 5-6.

<sup>18</sup> Laubadère. *Traité de droit administratif*. p. 170.

<sup>19</sup> Vedel. *Cours de droit administratif*. p. 187.

Ora, este poder de ação unilateral é constatado universalmente, em todas as legislações, inclusive na inglesa.<sup>20</sup> E acrescenta-se que o ato administrativo, até prova em contrário, flui pela sua força própria com a conotação de legalidade, que cabe à prestação jurisdicional esclarecer, em face de recursos específicos.<sup>21</sup>

Mas, se esta competência e atribuição pela delegação passam do concedente ao concessionário, para tornar efetivo o ato administrativo, nem por isto a recíproca é verdadeira para o usuário, isto é, este não pode ir à iniciativa de execução direta, de vida de fato, e não pode por justamente ter as vias judiciais e administrativas de recurso, e por estar a administração sujeita à responsabilidade pelos seus atos, como seqüência natural de que é vedado ao particular agir por conta própria, e fazer justiça com as próprias mãos.

E mesmo quando se debate no campo da administração, certas soluções e repercussões que ficam sem possibilidades práticas de dimensionar a responsabilidade de administração por parte do administrado, os juristas que expõem a variedade desses posicionamentos não hesitam, por outro lado, como Hector Barbe Perez, professor da Universidade da República do Uruguai (Montevideo), à frente, de apontar a necessidade de novos instrumentos de trabalho na área, e ainda vai além, ao sugerir que se “dé intervención en todas esas etapas a los interesados e afectados directamente por su gestión”, intervenção dos interessados na seqüência de ato, “una intervención oportuna en las elucubraciones administrativas”, ainda que os excessos não se possam de todo eliminar.<sup>22</sup>

22. Vejamos, por exemplo, a dimensão do tema com a indicação britânica, no *leading case* de *Rex versus Electricity Commissioners*, quando se dizia: “Todas as vezes que uma autoridade dotada de competência legal, de determinar questões que tenham conseqüências sobre os direitos dos cidadãos, exceder na sua competência, está sujeito ao controle jurisdicional, e nunca que o cidadão faça as vezes do controle jurisdicional.”<sup>23</sup>

<sup>20</sup> Lefebure. *Le pouvoir d'action unilaterale de l'administration en droit anglais et français*. v. 1 e segs.

<sup>21</sup> Cf. Arndt. *Der Verwaltungsakt als Grundlage der Verwaltungsvollstreckung*. v. 2, p. 81; Forsthoff. *Verwaltungsrecht*. v. 1, p. 206; Wolff. *Verwaltungsrecht*. v. 1, p. 328.

<sup>22</sup> Barbe-Perez. Orden económica y social. In: *Perspectivas del derecho publico en la segunda mitad del siglo XX*, homenaje a Sayagues-Laso, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, n. 13 a 16, 1969.

<sup>23</sup> Lefebure. *op. cit.* p. 73.

Com efeito, na Inglaterra, como por toda parte, de resto, todo ato que traga um efeito e ameça aos direitos das pessoas deve ser justificado, e, se não o é, pode ser levado perante os tribunais *por via de recurso apropriado*, expõe Lefebure e continua, que na França o recurso por excesso de poder é aberto para os casos, *mesmo sem texto de lei*, contra os atos administrativos, de forma a assegurar uniformidade aos princípios do direito e o respeito à legalidade.<sup>24</sup>

Veja-se bem: *até em casos não previstos em lei, o recurso abre-se para a proteção ao cidadão, e nunca a via de fato particular, a justiça pelas próprias mãos.*

Ora, um ponto central para a atividade administrativa está praticamente na competência legal daquele que a utiliza, na forma da lei. Por isto mesmo, a pessoa ou a autoridade que toma uma decisão deve justificar o seu ato sob todos os pontos de vista, e, basicamente, também, o relativo à sua competência. Na Inglaterra, lembra Lefebure há mesmo até via de recursos contra quem usurpa função pública, e a falta de competência legal é objeto de *injunction in the nature of quo warranto*.<sup>25</sup>

## 6.1 O remédio jurisdicional

23. A exposição de Bielsa presta-se de modo conveniente ao desdobramento que se vem tentando fazer, quando o mestre argentino explicava que “en lo que respecta a los usuarios del servicio publico, es decir, administrados, ya hemos notar que ellos tienen derechos subjetivos e intereses legítimos. Tienen derechos subjetivos en cuanto usuarios del servicio en virtud de los contratos que celebren, sea de transporte si se trata de ferrocarriles, tranvías, etc., sea de suministro, si se trata de corriente eléctrica, agua, etc.”<sup>26</sup>

Mas, ponderava de modo muito conspícuo: “Pero el administrado debe saber que tiene derechos subjetivos e intereses legítimos, y que éstos deben ser defendidos como el derecho lo quiere, y no con sucedáneos repudiados por la moral y la justicia.

Cuando existen recursos jurisdiccionales, todo aquel que tiene conciencia de su derecho debe repudiar cualquier medio que pretenda sustituir al recurso jurídico.

<sup>24</sup> Id. *ibid.* p. 97.

<sup>25</sup> Id. *ibid.* p. 99.

<sup>26</sup> Bielsa. *Estudios de derecho publico*. v. 1, *Derecho administrativo*, p. 22.

El derecho administrativo advierte de que hay recursos jerárquicos, reclamaciones administrativas, recursos contenciosos para combatir la obstrucción, la desidia, la arbitrariedad, la venalidad.

El derecho administrativo, com sus recursos jurisdiccionales, hace que el administrado adquiera conciencia de su situación jurídica frente a la administración pública.”<sup>27</sup>

24. Não é outra a exposição de Waline, no serviço de energia elétrica, *in verbis*: “Voici un exemple caractéristique: une société d’électricité concessionnaire d’une ligne déclarée d’utilité publique, donc substituée à l’administration, construit une ligne; elle se trouve implanter un pylône sur une propriété privée, dans des conditions évidemment illégales. Le propriétaire scie le pylône; il est poursuivi en vertu de l’article 257 du Code Pénal pour dégradation d’édifice public. La Cour d’appel prononce la relaxe de ce propriétaire, motif pris de l’illégalité de l’édification du pylône; mais, sur pourvoi, l’arrêt est cassé par la Chambre criminelle, qui indique formellement dans son arrêt *que si le propriétaire se croit lésé, il doit recourir aux voies de droit, c’est-à-dire faire un procès à la société d’énergie électrique, la faire condamner à enlever son pylône et au besoin à des dommages intérêt, mais qu’il ne peut pas se faire justice à lui-même*” (Crim. 24 oct. 1946 — D. 1947.37, rapp. Pépy).<sup>28</sup>

E corrobora Laubadère: “Cette règle a été fréquemment appliquée aux compagnies concessionnaires d’électricité qui bénéficient, à certaines conditions, de servitudes de passage sur les propriétés privées (installations de pylônes, supports, fils); *lorsque ces opérations se font irrégulièrement* et deviennent des voies de fait, le juge condamne leur auteur à enlever ou détruire les installations irrégulières” (v. les arrêts de la Cour de cassation rapportés au D. 1937.1.17. Rapport Pilon, Note Blaevoet). Cfr. *supra* p. 73.<sup>29</sup>

Pois, continua o mestre gaulês: “La situation juridique de l’administré au regard de la légalité. . . celui-ci peut exiger que l’administration respecte son obligation; *il a pour cela des voies de droit* qui lui permettent notamment de faire annuler les actes administratives illicites.”<sup>30</sup>

E depõem Duez et Debeyre: “On a alors cherché la garantie de l’administré dans une autre voie en faisant appel au contrôle juridictionnel.”<sup>31</sup>

<sup>27</sup> Id. *ibid.* p. 216.

<sup>28</sup> Waline. *Traité de droit administratif.* p. 480.

<sup>29</sup> Laubadère. *Manuel de droit administratif.* p. 95.

<sup>30</sup> Id. *ibid.* p. 87.

<sup>31</sup> Duez & Debeyre. *Traité.* nº 349.

E a lição de Otto Mayer: “Existe, sobre todo, un medio de protección que pertenece propiamente a la justicia es aquel que consiste en poner el poder publico a disposición de los intereses individuales, del cual se puede provocar una decisión bajo ciertas condiciones y siguiendo ciertas formas. A esta se llama la *via de derecho*; es una via, jurídicamente regalada que el sujeto debe seguir para obtener, si ha lugar, la protección del poder publico.”<sup>32</sup>

A contribuição de Gosset: “Les intéressés ne pourraient rétablir, aux-même, les branchements coupés par la Cie. pour défaut de payment du prix, sans s’exposer à l’amende et aux dommages prévus etc.”<sup>33</sup>

A regra alemã: “Hausanschlüsse werden ausschliesslich durch das EW hergestellt und unterhalten. . . Der Abnehmer darf *keinerlei* Einwirkurgen auf den Hausanschluss vormehmen oder vormehmen lassen.”<sup>34</sup>

A regra brasileira: “Ao consumidor é proibido tocar nos medidores e nos fios de ligação à rede de distribuição.”

E continua a regra brasileira, que também se veda o seguinte: “Bem como usar qualquer artifício para lesar a concessionária.”<sup>35</sup>

É escusado continuar se alinhando mais citações, todas semelhantes, por todos os países.

## 7. *Via de fato praticada pelo usuário*

25. Ora, o usuário que, sem lançar mão dos remédios judiciais, por seus próprios meios procurar remediar o que lhe parecer injusto, como religar uma instalação cujo fornecimento foi suspenso pela concessionária, por exemplo, este consumidor estaria cometendo ato que caberia ao titular de poder jurisdicional examinar o motivo, e com competência para determinar o remédio, por via de recursos próprios.

Ora, *não se pode admitir que cada cidadão se constitua juiz de ato administrativo*, e, informa Debary, para o sistema francês, que a Corte de Cassação veda aos particulares resistir até às vias de fato, irregularidades da administração, sob pena de incidir nas conseqüências do art. 209 do Código Penal. E por quê? Porque “les voies de droit en notre système son suffisants pour garantir les particuliers”.<sup>36</sup>

<sup>32</sup> Mayer, Otto. *Derecho administrativo alemán*. v. 1. p. 201.

<sup>33</sup> Gosset. *Distributeurs d’électricité et usagers*. p. 179.

<sup>34</sup> Eiser. *Energiewirtschaftsrecht*. v. 4, p. 28.

<sup>35</sup> Portaria nº 670/68; no mesmo sentido, Portaria nº 377/75.

<sup>36</sup> Debary. *Le voie de fait en droit administratif*. p. 17.

A *via de fato* se opõe à *via de direito*. Ora, a via de fato é proibida aos particulares. Depõe Waline “elle est interdite aux particuliers, qui doivent s’adresser aux tribunaux pour se rendre justice”.<sup>37</sup>

26. Este, o ponto nuclear, central, deste tema, a respeito de via de fato, como a seguinte pergunta:

— Pode o usuário por sua iniciativa fisicamente conectar-se ao sistema, uma vez desligado pela concessionária?

O problema da falta de pagamento, ou do pagamento e demora da religação, por corte por falta de pagamento, perde toda importância, diante da disciplina essencial:

- a) para o usuário: respeitar as regras do serviço, e, via administrativa ou judicial, atacar ilegalidades cometidas pela concessionária;
- b) para a concessionária: aplicar sua legislação de regência e executar os atos com competência regulamentar, inclusive a execução *de officio*.

Ora, se uma concessionária efetivamente tiver suspenso o fornecimento por falta de pagamento, e, uma vez feito este pagamento, ao providenciar a religação, constatar a religação por iniciativa do usuário, evidentemente terá se registrado quebra das regras de proteção do serviço e *tendo o consumidor desrespeitado as referidas regras, tornando-se, portanto, inidôneo para a continuação ou prestação do mesmo*, impõe-se novamente a suspensão do mesmo fornecimento, e tudo *em homenagem à verdade jurídica de que um homem não pode ser juiz de sua própria causa*,<sup>38</sup> e Lord Campbell depunha, em voto: “É da mais alta importância que, a máxima de que nenhum homem é juiz de sua própria causa, seja guardada com caráter sagrado.”<sup>39</sup>

27. Com efeito, é fácil imaginar-se qual seria a desordem do serviço público, seja lá qual for, e do serviço público de energia elétrica, em particular, se cada administrado, se cada usuário, decidisse ou pudesse, por sua iniciativa, realizar o que lhe parecesse justo ou o seu direito, quando, para isto, existem as vias

<sup>37</sup> Waline. *Droit administratif*. p. 430.

<sup>38</sup> Wade & Philips. *Constitutional law*. p. 311.

<sup>39</sup> Lefebure. *op. cit.* p. 123.

jurídicas próprias, e, no caso do direito positivo brasileiro, está especificamente determinado na figura do mandado de segurança.

Mas, no caso de energia elétrica, além da desordem geral, ainda se acoplam os riscos com o contato com o fluido perigoso e letal, se manejado sem as devidas cautelas, podendo levar a conseqüências irreparáveis pessoais e patrimoniais.

Mas, não só isto, pois sabe-se que determinadas interferências podem prejudicar o sistema de energia elétrica, e, em alguns casos, poderia até causar uma interrupção total. Imagine-se, por exemplo, um usuário em alta tensão, por sua iniciativa realizando ligação e religação, conectando-se ou não ao sistema, no momento que lhe aprouvesse, sob o argumento de ilegalidade de ato da concessionária, pois este usuário pela sua interferência, em carga elevada, poderia fazer o sistema, como um todo, ou parcialmente, colapsar, trazendo a desordem, prejuízos, e danos a toda uma população ou setor ponderável de usuários.

Seria justo, portanto, que o discutível direito de um usuário pudesse interferir com o direito tranqüilo dos demais usuários, potencialmente, pela sua iniciativa de atribuir-se o poder de fazer e desfazer ligação ao sistema?

A resposta só pode ser pela negativa.

Mas, a via de fato realizada pelo usuário, rompendo os dispositivos técnicos da entrada de serviço e realizando a ligação por sua iniciativa e poder, traz uma contrapartida de extrema seriedade e conseqüências e que se nucleia no problema de idoneidade do usuário para ser contemplado no esquema de ato-condição que o titula ao recebimento e prestação de energia elétrica.

É o que passamos a examinar.

## 8. *Inidoneidade do consumidor*

28. A noção do consumidor inidôneo decorre de lei, pois, com efeito, o Decreto-lei nº 2 676, de 1940, é expresso em que o concessionário que se negar a realizar o fornecimento ou continuá-lo pode incidir na pena de caducidade da concessão, que é a penalidade máxima no direito da eletricidade, no sistema brasileiro,<sup>40</sup> salvo se a negativa for fundada em: a) razões de ordem técnica; b) inidoneidade do consumidor.

A noção de inidoneidade é ampla, e abrange, pela própria latitude desejada pela lei, toda a variável gama de fatos, atos, circunstâncias que fundamentem

<sup>40</sup> Cf. *Direito da energia*. v. 3, cap. 27.

o justo receio (potencial) para motivar a negativa do início do fornecimento, ou a constatação de fatos verificados que fundamentem a concessionária a não continuar o fornecimento.

Assim, se a concessionária verificar, por exemplo, que foi violado o lacre da entrada de serviço, ou que o consumidor tocou onde lhe era vedado, e, ou que, por sua confessada iniciativa, promoveu ligação de suas instalações à rede de distribuição da concessionária, o que é atribuição privativa desta, parece que fica de evidência solar que o consumidor quebrou a equação da prestação do serviço, e por suas próprias mãos, praticou o que lhe era vedado, por ser faculdade da concessionária, como delegada do poder concedente. Tendo, assim, o usuário, rompido as regras da prestação do serviço, então, como é óbvio, tornou-se inidôneo para a continuação do seu recebimento, pois, em vez de buscar a proteção judicial, tomou a justiça nas próprias mãos, o que lhe era vedado, e incidiu em via de fato, que coloca sua atividade na linha injurídica que o conduz à insanável posição de usuário inidôneo, em relação à equação do serviço a ser prestado (o que não tem nada a ver com as suas qualificações morais, intelectuais, profissionais, familiares, que podem ser reconhecidas como de elevado teor, e nem sequer se imagina discutir, ou trazer a menor dúvida ou discussão, por manifestamente impertinente).

29. A inidoneidade do consumidor, referida pela lei, é a resultante de ato, ação, conduta do usuário que o torna inconveniente ou faltoso em relação aos regulamentos do serviço a ser prestado pela concessionária em nome do poder concedente a quantos estiverem titulados, pela equação do serviço, a receber sua prestação.

Então, por exemplo, romper o selo, lacre, fazer ligação com as próprias mãos, efetivamente é quebra e violação da equação do serviço, donde, a inidoneidade, figura esta com embasamento legal.

Que quer dizer, do ponto de vista semântico, o idôneo? Simplesmente: apto, capaz, competente, possuidor de condições.

Assim, o idôneo, na equação do serviço público federal de energia elétrica, é aquele que tem condições para a prestação do serviço, o que é apto a atender aos requisitos da fórmula de prestação, o competente e apto a atender as regras e exigências das condições de fornecimento.

30. Ora, uma das condições da equação é que o consumidor pagará suas contas, não tocará nos instrumentos da concessionária, não tocará nos medidores, e, por conseguinte, muito menos, como uma consequência necessária, não

quebrar o selo ou lacre de suas instalações, e ainda muito menos fazer ligação por iniciativa própria.

Os medidores não podem ser tocados, diz a regra brasileira, e, por toda parte existem proteções idênticas, como selo do poder concedente, no Canadá, selo de garantia, na Inglaterra,<sup>41</sup> e na Alemanha não se discute que estão na posse do concessionário e os usuários respondem por sua violação.<sup>42</sup>

O consumidor que praticar semelhante quebra de conduta, nas linhas da equação de prestação do serviço, é inidôneo, seja tão santo quanto o Papa, tão rico quanto Rockefeller, tão poderoso quanto era Mao-Tse-Tung.

31. No sentido da lei, a noção de inidoneidade do consumidor não é uma conotação moral, mas a carência de requisitos para a titularidade do serviço, dentro do quadro ou da fórmula do ato-condição do fornecimento de energia elétrica.

Assim, o consumidor idôneo é o apto, competente, capaz, portador da titularidade jurídica à prestação do serviço na fórmula ou forma do regulamento de prestação do fornecimento de energia elétrica.

E em sã e tranqüila interpretação dos fatos, à luz do embasamento legal, não é portador desses requisitos quem não paga o fornecimento ou comete via de fato, e faz justiça com as próprias mãos, a qual é vedada à própria concessionária, pois a sua capacidade de suspender o fornecimento não é justiça com as próprias mãos, mas decorre de atribuição legal e regulamentar, o que é muito diferente da conduta do consumidor que, diante do ato da concessionária, porventura ilegal, deve buscar a proteção jurisdicional adequada, na via judicial do mandado de segurança.

### 9. *Uso ilícito de corrente elétrica*

32. Mas, também há irregularidade grave na iniciativa de consumidor que por sua iniciativa altera o esquema de fornecimento, pois o usuário não pode aumentar sua carga ligada sem autorização prévia do concessionário, e, se isto praticar, arma ao concessionário do poder de suspender o fornecimento de eletricidade. Era a regra da Portaria nº 670/68, sobre condições gerais de forne-

<sup>41</sup> Will. op. cit.

<sup>42</sup> Eiser. op. cit. v. 4, p. 33; Fischerhoff. *Rechtsfragen der Energiewirtschaft*. v. 1, p. 179.

cimento, e que continua sendo a regra na Portaria nº 377/75, em vigor. Vejamos:

Portaria nº 670/68: Nº 22 — As concessionárias *poderão* suspender o fornecimento de energia:

g) em caso de aumento de carga sem a necessária aprovação do concessionário.

A mesma regra, *ipsis litteris*, é repetida pela Portaria nº 377/75, no nº 52, h.

O critério é velho, desde os inícios do serviço público de energia elétrica e é universal. Vejamos, por exemplo, a lei inglesa de 1899 dispor expressamente: “Any consumer has required the undertaker to supply him with a maximum power of any specified amount, *he shall not be entitled to alter that maximum except upon one month’s notice to the undertaker.*”<sup>43</sup>

Na França, antes da nacionalização, o regime comum das *police d’abonnement* e os *cahier-de-charge* tipos, a conduta era a seguinte: “Les polices peuventelles interdire aux usagers de modifier leurs installations sans autorisation préalable du distributeur.”

E, se isto não faz, então: “Le distributeur aura encore le droit de couper le courant.”<sup>44</sup>

Por sua vez, a jurisprudência francesa é tranqüila, segundo Remaury, a respeito do que é proibido, “défense à l’abonné de modifier ses installations sans autorisations écrite du concessionnaire”.

E dizia o Tribunal de Toulouse: “Le fact que cet abonné bénéficiait d’un abonnement au compteur ne sufflt point a couvrir l’infraction”, isto é, nem o fornecimento medido cobria ou dispersava a infração.<sup>45</sup>

E, por sua vez, na lição de Colliard, no caso de ultrapassagem de potência, por se constituir uma carga para o concessionário, então, os cadernos de encargos prevêm penalidades, de duas categorias: ou não taxam a potência excedente, mas a energia excedente era faturada com tal peso que levaria o consumidor a regularizar o ultrapassamento, ou a energia consumida não era taxada de modo especial, mas o próprio excedente de potência. Então, prossegue Colliard, o consumidor em falta (*l’abonné fautif*) tinha uma possibilidade de arrepender-se de seu desvio, e pedia nos três meses seguintes ao exce-

<sup>43</sup> Will. *Electricity supply*. p. 192.

<sup>44</sup> Gosset. *Distributeur d’électricité et usagers*. p. 181.

<sup>45</sup> Remaury. *Electricité*. n.ºs 952, 954.

dente de potência uma majoração adequada, relativa ao primeiro ultrapassamento e sem exceder de 20% de sua carga inicial.<sup>46</sup>

Na Alemanha, a regra não é menos rigorosa, isto é, *representa violação às condições de fornecimento a alteração de instalações sem autorização*, e sem a notícia prévia à concessionária, expõem Elser-Riederer, Ludwig, Cordt, Stech, etc., trazendo o texto legal:

— “Erweiterungen und Abänderungen bestehender Anlagen bedürfen vorheriger Anmeldung.

— Das EW ist berechtigt, die Versorgung fristlos einzustellen, wenn der Abnehmer die Bestimmungen dieser allgemeiner Bedingungen zuwiderhandelt insbesondere;

b) unbefugte Änderungen an der bestehenden Einrichtungen.”

Isto é, é necessário dar aviso prévio, e se isto não ocorrer, alterações nas instalações constituem violação que justificam a concessionária a suspender, sem prazo, o fornecimento.<sup>47</sup>

Ou ainda: se o fornecimento se faz sem que estejam sendo obedecidas as condições gerais, a concessionária pode aplicar multa, e, se o tempo da irregularidade não se puder apurar, a multa pode ir até o prazo de um ano.<sup>48</sup>

Também o depoimento de Pipia, já no seu tempo: “Labbonato non potrà fare *nessuna modificazione all impianto interno senza averne dato avviso, e senza averne ottenuto dichiarazione di ricevuta; la osservanza di quest’obbligo é imposta sotta pena di vedersi privato della corrente.*”<sup>49</sup>

Na Suíça, o tema tem uma dupla abordagem e com ainda maior rigor, pois lá existe regra sobre instalação elétrica ao lado de regra sobre fornecimento, cabendo a outras entidades registradas, que não a concessionária, realizar qualquer alteração, ampliação ou melhoramento de instalações elétricas, emitindo certificado, e, *fora deste quadro, a violação tem conseqüências penais.*<sup>50</sup>

A responsabilidade do consumidor comum, neste particular de alterações, ampliações, no sentido de não ter interferência com o fornecimento, pondera Hose, é o mesmo do consumidor especial.<sup>51</sup>

<sup>46</sup> Colliard. *Droit de l’électricité*. p. 181-2.

<sup>47</sup> Eiser. *Energiawirtschaftrecht*. v. 4, p. 30; Cordt. *Elektrizitätswirtschaft*. p. 141.

<sup>48</sup> Eiser. op. cit. p. 35.

<sup>49</sup> Pipia. *Elettricità nel diritto*. p. 194.

<sup>50</sup> Ruck. *Schweizerisches Elektrizitätsrecht*. § 89.

<sup>51</sup> Hose. *Energieversorgungsvertrag*. p. 63.

Finalmente, basta a consulta ao Caderno Jurídico da Eletricidade nº 7, editado pelo Instituto de Direito da Energia, para verificar-se, da página 46 a 56, a variedade de casos de suspensão de fornecimento, onde estão contemplados o ultrapassamento e excedente de potência, sem autorização da concessionária, como se vê de lei da Argentina, Austrália, Bolívia, Peru, além dos casos de *uso irregular de energia como o previsto na legislação australiana*, quando, então, se constitui crime se o consumidor “uses a larger lamp or other consuming device than he has contracted to pay for”.

Por conseguinte, provado está, à luz do direito da eletricidade, no Brasil e no exterior, que o consumidor não pode, sem autorização do concessionário, elevar sua carga instalada, e, se o faz, coloca-se em posição faltosa.

Poderá a concessionária suspender o fornecimento, ou, em vez disto, preferir ajustar as contas, o que não se constitui novidade, pois, em casos semelhantes, na Alemanha, se apontam cálculos de accertamentos até dois anos para trás, na exposição de Eiser, relativo a erros ou enganos apurados: “Die Auswirkung der Fehler sich über eine langere Frist hinaus erstreckt, so wird die Rechnung bis zur Höchstdauer von zwei Jahren berichtigt.”<sup>52</sup>

A referência na portaria de tarifas em vigor no sentido de cobrar a concessionária para trás somente até três meses, diz respeito a engano, faltas, atribuídas à concessionária, enquanto que a nossa abordagem discute a irregularidade atribuída ao usuário, logo, inaplicável a regra.

33. Assim, pode-se inserir a suposição supra no quadro geral das variantes do que L’Huillier fixaria com a doutrina de que o emprego da energia em condições outras que não a prevista para o fornecimento de eletricidade, então, constituiria um *uso ilícito de corrente elétrica*.<sup>53</sup>

Assim, pode estar inequivocamente emergindo uma relação jurídica ilícita, na relação entre usuário e concessionário, como seja o uso de energia e de potência, além daquele previsto no pedido inicial da ligação, e resultante de alteração em equipamentos elétricos do usuário, sem permissão, consulta ou autorização do concessionário.

O ato ilícito estará, portanto, evidente, pois terá havido excedente de demanda sem a cobertura da autorização, e, é muito certo, “la conducta ilícita consiste siempre en que el sujeto se coloca de algum modo, ya sea mediante

<sup>52</sup> Eiser. op. cit. v. 4, p. 38.

<sup>53</sup> L’Huillier. *Distributions d’énergie électrique*. p. 126.

un acto positivo, ya sea por medido de una omisión en contradicción con un mandato cualquiera del ordinamento jurídico, es decir, con una norma”.<sup>54</sup>

Ora, tendo havido ação ou omissão (não se suprindo de autorização do concessionário) por parte do usuário, assim, entrou em conflito com norma específica do serviço de energia elétrica, como já vimos.

Ora, como é óbvio, o ilícito não pode fundamentar direito, de quem o pratica, e, muito menos, ter força para alicerçar enriquecimento sem causa, pois, o ultrapassamento de carga, sem reajustamento da contraprestação monetária à concessionária, somente favorece ao consumidor, e, por conseguinte, constitui enriquecimento sem causa, às custas do fornecimento da concessionária, como se desenvolverá adiante.

### 9.1 Inserção da doutrina no direito positivo

34. O uso ilícito de corrente, referido por L’Hullier, se insere, ou se engasta no conceito clássico de ato ilícito, igualmente contemplado no Código Civil Brasileiro, logo, direito positivo.

Na lição de Pontes de Miranda, verifica-se que os “fatos ilícitos absolutos são inadimplementos de deveres”, e, assim, prossegue, isto pratica, “quem deixa de pagar o que comprou e põe-se na situação semelhante a quem arromba a cerca do vizinho, ou a quem desligar a corrente elétrica. . .”,<sup>55</sup> só que, no caso em estudo, supõe-se que *não se desligou, mas se excedeu na utilização da corrente elétrica*, sem autorização exigida pela regra jurídica de regência.

Ora, o usuário tem o dever de usar a corrente elétrica nos limites da carga ligada originária, e, se exceder, causa dano, por isto, como se vê, e ainda com Pontes de Miranda: “Dano é a perda, dano é o prejuízo sofrido”,<sup>56</sup> que pode resultar do ato do usuário, não cumprindo o dever de limitação da carga, e de não a ultrapassar sem autorização do concessionário, assim caracterizadamente ofendendo o direito do concessionário. Vale a pena ver a caracterização da figura em Pontes de Miranda: “As ofensas podem ser a direitos, pretensões e ações que nascem de negócios jurídicos, ou a direitos, pretensões e ações que não dependam de existir entre o ofendido e o ofensor relação jurídica especial.”<sup>57</sup>

<sup>54</sup> Oertmann. *Derecho civil*. § 62; p. 2.

<sup>55</sup> Pontes de Miranda. *Tratado*. § 3 107, p. 3, 4.

<sup>56</sup> Id. *ibid.* p. 2.

<sup>57</sup> Id. *ibid.*

Assim, o dever não cumprido causando dano, e o prejuízo sofrido deve ser compensado, sendo ainda muito certo, a expressão perdas e danos também se refere a danos emergentes e lucros cessantes, isto é, perde-se o que se deixa de ganhar, ou sofre-se a diminuição do valor do que se tem.<sup>58</sup>

Ora, o concessionário perdendo o que lhe era devido pelo excedente da potência de demanda, e sofrendo diminuição na sua remuneração, por este mesmo fato atribuído ao usuário, esta quebra da equação do serviço precisa ter o equilíbrio restabelecido, sob pena de abrigar-se, indefensavelmente, o enriquecimento injustificado do usuário, como se verá, matematicamente, adiante.

É excusado fazer aqui desfilarem, sobre ato ilícito, legião de autores *no sistema jurídico latino*,<sup>59</sup> ou autores alemães sobre o *sistema germânico*<sup>60</sup> ou ainda no *sistema anglo-americano*, com a noção de *trespass*, donde se originaram as fontes e a cobertura de proteção como através de *trespass on the case*, e do direito-equidade de que não há agravo sem reparação,<sup>61</sup> *todos esses sistemas concorrentes* no embasamento procurado, pois, para nossa abordagem, existe, expresso, o art. 159 do Código Civil, e já com a cobertura da doutrina nacional, com as suficientes referências à lição de Pontes de Miranda.

## 9.2 A demanda de potência e sua apuração

35. O Decreto nº 62 724, de 1968, dispõe que os concessionários promoveriam a medição do fornecimento aos consumidores do grupo A, para verificar o consumo de energia e a demanda de potência.

Ora, o pedido inicial de ligação deve estabelecer qual a demanda de potência contratada, em relação à carga ligada, mesmo se se tratar de somente troca de carta entre as partes, que assim se constituirá em um verdadeiro contrato, tal como justifica e explana Gosset: “À défaut de signature d’une police, *les stipulations incrites dans une lettre seraient suffisantes pour prouver l’exist-*

<sup>58</sup> Id. *ibid.*

<sup>59</sup> Cf. Ruggiero. *Instituzioni de diritto privato*. v. 2, § 186; Savatier. *Responsabilité civile*. 1, *passim*; —. *Cours de droit civil*. v. 1; Mazeaud. *Responsabilité civile*. v. 1, *passim*.

<sup>60</sup> Ennecerus. *Tratado de direito civil*; Thur. *Tratado de las obligaciones*. v. 1, p. 264.

<sup>61</sup> Cf. Rabasa. *Derecho anglo-americano*. p. 239; Garnier. *La notion de trespass en droit anglais*.

*tence d'une convention.*" E esclarecia: "Ainsi en a décidé la Cour de Cassation dans en arrêt."<sup>62</sup>

Dúvida, todavia, não pode haver da existência de um pedido de ligação, embasada em uma forma obrigacional linear clássica, de sujeitos ativo e passivo, em obrigação com prestações recíprocas e sucessivas. Ora, o direito brasileiro também acolhe o contrato epistolar, como se sabe, e é despidendo discurrir sobre assunto de conhecimento geral.

Portanto, um contrato, mesmo epistolar, pode determinar implicitamente a demanda contratada. E, sobre este alicerce, podem se desenvolver as relações pertinentes ao fornecimento de energia, gerando para o usuário, o direito ao recebimento do serviço e, para a concessionária, o direito ao recebimento da tarifa, em sua dupla manifestação, isto é, estruturalmente em forma binômia, tendo por componentes exatamente a *demanda de potência* e o *consumo de energia*.

A circunstância de não haver medição da demanda de potência não descaracteriza o caráter binômio da tarifa, como, aliás, deixa claro o próprio Decreto nº 62 724/68, tanto assim que, mesmo com o sistema em curso, deu prazo para que as concessionárias promovessem a instalação de medidores de demanda.

Por conseguinte, o que se quer frisar é que a potência de demanda existe, em uma tarifa binômia, mesmo que não rigorosamente medida, pois é intrínseco o seu posicionamento na composição do preço público da eletricidade.

A prova evidente, de que o componente de demanda não implica, necessariamente, para sua existência, o pressuposto da medição, é de que, na tarifa dos consumidores do bloco B, são as mesmas calculadas sob a forma binômia, aí abrangendo demanda e consumo, e, depois, convertidas para a forma monômia, sendo certo que não há medidores de demanda de potência para esta classe de consumidores.

36. Por conseguinte, é possível existir e ser cobrada uma potência de demanda, ainda que eventualmente não verificada pela medição respectiva, pois, como já se indicou, a tarifa reflete este componente de demanda, no caso dos consumidores de classe A, ainda é possível adotar-se, por exemplo, a demanda contratada, mesmo sem medição ou apurar-se a demanda média.

Vejam os significado da demanda em relação ao conceito de carga ligada. A carga ligada significa a soma da capacidade total de todos os elementos (mo-

<sup>62</sup> Gosset. op. cit. p. 67.

tores, lâmpadas, aparelhos, etc.) ligados ao circuito elétrico alimentado pela concessionária.

Ora, se todos esses elementos, esses aparelhos fossem postos a funcionar ao mesmo tempo, então, a sua carga ligada seria igual a sua demanda.<sup>63</sup>

Então, em princípio, e teoricamente, a demanda máxima equivale à carga ligada, logo, é possível, sem medição, indicar-se a demanda teórica, donde a conclusão de que se pode, pela carga ligada saber qual a demanda máxima teoricamente possível de uma instalação elétrica.

Ocorre, todavia, que nem sempre todos os elementos estão funcionando, e, daí, há uma diferença entre a soma da carga dos aparelhos e a potência utilizada.

Justamente aí está o chamado *fator de demanda*, que é exatamente a relação entre toda a carga ligada e a demanda máxima que esta carga tenha utilizado, ou por outras palavras, é a porcentagem entre a soma total dos aparelhos ligados e a potência por eles utilizada.

Assim, suponha-se que se tem uma carga ligada de 10 kW e que a demanda máxima, isto é, a potência puxada da fonte supridora, seja de 8 kW, então, diz-se que o fator de demanda é de 80%.

Desta forma, desde que um determinado consumo de energia seja solicitado, isto implicará que estará havendo uma determinada demanda, para a respectiva carga ligada. Ora, se este consumo aumenta, terá aumentado necessariamente a demanda, e como o fator de demanda é sempre otimizado em taxa de 85%, segue-se que um maior constatado aumento de consumo sugere aumento da carga ligada, e numa seqüência necessária também o da respectiva demanda, tudo regulado pelo fator de demanda alcançado.

Isto é o que se quer demonstrar, ou seja, mesmo sem medição é possível apurar-se que a demanda pode ter sido aumentada, como uma conseqüência de acréscimo de carga ligada, e é preciso ficar bem claro desta forma: desde que conhecida a carga ligada (kW) e o consumo de energia (kWh) é possível calcular o fator de carga, e, conhecido este, pode-se calcular a demanda média, mesmo *sem* medição. Devantéry, aliás, é expresso: os kW de ponta de carga podem ser medidos ou *estimados*.<sup>64</sup>

A fórmula é singela, pois se o fator de carga seria igual ao consumo dividido pela carga ligada, esta multiplicada por hora, então, a demanda média (kW) igualmente seria o consumo dividido pelo fator de carga, este multipli-

<sup>63</sup> Cf. Skrotzki & Vopat. *Applied energy conversion*. p. 364.

<sup>64</sup> Devantéry. *Le prix d'électricité*. p. 127.

cado por hora. Ora, o que se quer dizer, frisar, acentuar é que a concessionária pode, pelo conhecimento da carga ligada e pelo consumo medido, saber que a demanda média foi alterada, e esta alteração leva à conclusão de alteração da carga ligada de instalações existentes de um consumidor qualquer.

37. Que se visa com este componente de demanda? Exatamente o seguinte, segundo a legislação em vigor: um percentual do preço público da eletricidade, fixado na tarifa, é destinado a atender aos seguintes encargos da concessionária: remuneração legal, quota de reversão, quota de depreciação, parcela relativa a demanda de energia adquirida, diferenças de câmbio, etc.

Ora, o não-pagamento, pelo usuário, da demanda correspondente ao consumo de energia, simplesmente representaria um deplecionamento, um esvaziamento do preço devido ao concessionário, e, por via de consequência, recebendo o usuário a energia, estaria se enriquecendo indevidamente, por não haver o correspondente ao componente de demanda na composição do preço, mediante a forma de tarifa binômia.

Ora, se isto não ocorrer, isto é, este pagamento, ou se isto for negado ao concessionário, então, é evidente que não se estará aplicando a disposição expressa do art. 180 do Código de Águas, lei federal, que impõe a remuneração do capital do concessionário, reservas e despesas, tal como se indicou, a respeito de estruturação do componente de demanda.

Temos, então, que o acoplamento do art. 180, de lei federal, que é o Código de Águas, desdobrado no art. 14, do Decreto federal nº 62 724/68, forma um sistema que protege a concessionária, donde o esvaziamento do recebimento, do pagamento da demanda, pela não aplicação desse sistema legal, constitui efetivamente uma negação da referida legislação, além de causar um prejuízo inequívoco ao concessionário.

Ora, o encargo de demanda baseia-se em dado oferecido sobre o máximo de uso de carga durante um certo período, devendo, por conseguinte, estar a concessionária preparada para fornecer energia elétrica dentro da exigência do consumidor, do que, é óbvio, lhe é devida uma remuneração. Em consequência, repete-se, ninguém põe em dúvida que se torna necessário cobrir os encargos de capital da usina, que deve estar constantemente pronta para atender ao consumidor, pois a sua carga ligada exige uma energia que fica permanentemente à sua disposição, logo, e então, o componente de demanda foi concebido como maneira deste tipo de remuneração dos investimentos e instalações do concessionário. Assim, qualquer deplecionamento, esvaziamento, restrição a este componente de demanda, no preço público da eletricidade,

constitui prejuízo certo ao concessionário, na fração do consumo do usuário, e, negado este direito do concessionário, representa inequivocamente uma negação de aplicação do sistema legal federal do art. 180 do Código de Águas, combinado com o art. 14 do Decreto nº 62 724/68.

Assim, enquanto a demanda cobre e compensa o investimento de capital da concessionária, corporificado em instalações sempre à disposição do usuário, em 24 horas por dia de serviço contínuo, enquanto isto, o encargo de consumo refere-se ao custo da produção e distribuição da energia, mas, os dois componentes, *demanda e consumo*, constituindo o preço devido ao concessionário, pela energia entregue ao usuário.

Este ponto é essencial, pois a amputação, diminuição, restrição do componente de demanda constitui uma limitação ilegal àquilo que é devido pelo investimento da concessionária, e refletido nas instalações a serviço do consumidor.

Por conseguinte, parece-nos que tem todo amparo qualquer providência do concessionário, dentro dos limites legais, para haver o que lhe é devido dentro do sistema econômico que alicerça o preço público da eletricidade, na forma de tarifa binômia, no Brasil, com a legislação federal já indicada.

Não se conseguindo este resultado, então, como é evidente, o preço público foi decomposto e restringido a um só componente, e, como é certo, estará sendo quebrado o equilíbrio da equação financeira do serviço público de energia elétrica, que também é assegurado por lei federal, como se vê do art. 178, c, e dos já mencionados arts. 180 e 181, todos do Código de Águas.

Conquanto existam rápidas referências doutrinárias com relativa reserva sobre o conceito de encargo de demanda,<sup>65</sup> no nosso caso são inteiramente irrelevantes, pois no Brasil a noção de demanda e sua aplicação decorre de lei, e lei federal.

### 9.3 Repercussões econômicas e técnicas da demanda

38. Ora, é sabido que não se faz estoque de eletricidade, pois no próprio momento em que o consumidor a solicita, ligando os comutadores, neste mesmo instante ela é gerada.

É o que demonstra Sanford, de maneira tão viva e colorida, no seu idioma, que vale a pena o conhecimento de suas próprias expressões: "Electricity is

<sup>65</sup> Bauer. *Electric power industry*. p. 88; Bolton. *Electric engineering economics*. v. 2, p. 190.

not stored but is made at the instant that is required. The customer snaps a switch and his order is flashed back through the distribution system, which is our retail outlet; the substation, which is our warehouse; the transmission line, which is our bulk transportation; the generator, which is our factory and delivery is made before he can get his hand away from the switch.”<sup>66</sup>

E completa Girtanner: “Die elektrische Energie ist keine Lagerware, sondern sie muss in Augenblick ihres Verbrauches erzeugt werden”,<sup>67</sup> isto é, é gerada no instante de ser usada.

Por conseguinte, *as instalações do concessionário devem estar dimensionadas para esta demanda*, o que é recentemente posto em destaque também por Gervasoni *no particular do reflexo tarifário*.<sup>68</sup>

Ora, o investimento, para atender pronta demanda, precisa ser remunerado, e efetivamente o é, através do componente de demanda da tarifa, e, não pago o componente de demanda, incontestavelmente o concessionário não está sendo remunerado segundo a lei.

Mas, ainda há o pormenor técnico de que não pode o consumidor alterar suas instalações em virtude de risco potencial para o sistema da concessionária, pois como a concessionária conhece a carga ligada ao seu sistema, então dimensiona o mesmo para o respectivo atendimento. Ora, a entrada instantânea de determinada demanda, não prevista, pode causar danos ao sistema, com repercussões em todos os demais consumidores. Então, não é justo que um consumidor, para sua própria satisfação, e sem autorização da concessionária, ponha em risco o funcionamento de todo o sistema, com potenciais prejuízos a terceiros, além da depleção do componente de demanda de tarifa, como já se referiu.

Ora, verificando-se a existência do fato de excedente não permitido de demanda, que, por si só causa efeitos jurídicos, então, este ilícito uso de corrente elétrica, por sua vez nucleia a posição do consumidor inidôneo, que, também, armaria o concessionário, alicerçado no sistema jurídico brasileiro, a suspender ou negar-se ao fornecimento de energia.

Sobre as coordenadas do sistema a respeito do consumidor inidôneo, e as conseqüências deste posicionamento, já vimos anteriormente, nos números 28 a 31.

<sup>66</sup> Sanford. *Electric distribution fundamentals*. p. 19-20.

<sup>67</sup> Girtanner. *Verstaatlichung oder der aktive Gemeinschaftlenkung des schweizerischen Elektrizitätswirtschaft*. p. 6.

<sup>68</sup> Cf. Gervasoni. *Zunehmende Bedeutung der Leistungsmessung als Tarifgröße*. In: *Elektrizitätswirtschaft*, v. 15, p. 713, September 1975.

## 9.4 Enriquecimento injustificado

39. Ora, tendo causado um ato ilícito, do qual resultou um excedente de demanda de potência no seu fornecimento, sem a contrapartida remuneratória, então, como consequência necessária, houve um enriquecimento injustificado do usuário, embasado no suprimento da energia que lhe fez a concessionária, para carga ligada acima daquela do pedido originário de ligação.

Este enriquecimento injustificado, em linhas gerais, com Pontes de Miranda poderia ser assim caracterizado: “Cada pessoa tem o seu patrimônio, que é a soma dos bens da vida, de valor econômico, que lhe pertencem. Se um retira, por ato seu, ou não, do patrimônio do outro, para o seu, ou para o terceiro, algum bem da vida, ou parte dele, há de haver justificação para isto, ou o enriquecimento é injustificado.”<sup>69</sup>

Veja-se o duplo posicionamento: ilícito e enriquecimento injustificado, ajustando-se e correspondendo à equação jurídica em exame.

A semelhança entre enriquecimento injustificado e ato ilícito é posta em destaque por Pontes de Miranda, ainda que distinga poder existir enriquecimento injustificado sem ato ilícito (por ex.: avulsão).<sup>70</sup>

No entanto, frisa com toda clareza, quando se acoplam o ato ilícito e o enriquecimento injustificado *in verbis*: “Entre o dano derivado de ato ilícito e o enriquecimento injustificado há de comum serem diferença de patrimônio de outrem, no momento *a* e no momento *b*: ali, mudança negativa; aqui positiva. Pode dar-se o dano pela diminuição (*damnum emergens*) ou pela cessação de aumento de patrimônio (*lucrum cessans*); e o enriquecimento, pelo aumento (*lucrum emergens*), ou pela não diminuição (*damnum cessans*).”<sup>71</sup>

A colocação supra é de precisão matemática, constituindo até fórmula a aplicar-se à espécie. Senão vejamos:

1. Excedente de potência de demanda sem autorização (ato ilícito);
2. Efeitos da ilicitude (enriquecimento injustificado), pois causou:
  - a) à concessionária *damnum emergens* ou *lucrum cessans*
  - b) e ao usuário *lucrum emergens*.

Dentro deste quadro, não se pode negar a ilicitude da utilização de excedente de demanda, de que resultou manifesta vantagem para o usuário, sem a contraprestação que era devida ao concessionário.

<sup>69</sup> Pontes de Miranda. *Tratado*. § 3 132, p. 1.

<sup>70</sup> Id. *ibid.* p. 3.

<sup>71</sup> Id. *ibid.*

Esta fórmula bem se ajustaria aos *standards* sugeridos pelo deão Pound, no particular de responsabilidade (*Liabilities*) e *torts*, no direito americano, quando define o *standard* com “a measure of conduct prescribed by law from which one departs at his peril of answering for resulting damage or of illegal invalidity of what he does”.<sup>72</sup> Ora, a fórmula que desenvolvemos poderia se inserir também no quadro das *doctrinal formulations*, defendidas por Keeton, sobre responsabilidade por atos ilícitos.<sup>73</sup>

A seqüência da fórmula sugerida também mostra como quando se pratica iniciativa não permitida, que é o conceito do ato ilícito do BGB (Código Civil Alemão) — *unerlaubte Handlungen* (art. 823), então, irrompe, exige-se compensação, sob pena de motivar enriquecimento injustificado, também ainda no BGB, art. 812 — *ungerechtfertigte Bereicherung*, e veja-se como se acoplam em títulos subseqüentes os dois conceitos neste monumento jurídico que é o Código Civil Alemão.

No mesmo sentido o Schweizerisches Obligationenrecht (Código Suíço das Obrigações) cujo art. 41, sobre atos ilícitos — *unerlaubte Handlungen*, é seguido em seção imediata, pelo art. 62, sobre enriquecimento injustificado — *ungerechtfertigte Bereicherung*.

Por sua vez, no campo das provas, Kisch refere-se àquelas em que o ato ilícito praticado já causaria, por si mesmo, efeito jurídico.<sup>74</sup> Uma verdadeira aplicação da regra anglo-saxônia do *res ipsa loquitur*. E, com efeito, a “transmissão de valor econômico resultante duma energia criadora é considerada como fonte do enriquecimento injustificado,”<sup>75</sup> desde que sem causa.

## 10. Conclusão

40. Nesta altura, e depois das considerações feitas, parece-nos que podemos tirar, com base na recorrência do raciocínio deduzido, a seguinte conclusão em forma silogística, a saber:

Exceder, ultrapassar a demanda de potência e aumentar a carga ligada, sem autorização do concessionário, representa ilícito de uso de corrente elétrica, pois:

<sup>72</sup> Pound. *Jurisprudence*. p. 127.

<sup>73</sup> Cf. Keeton. Creative continuity in the law of torts. In: *Harvard Law Review*, p. 495, 1962.

<sup>74</sup> Kisch. *Deutsches Zivilprozessrecht*. v. 2. p. 86.

<sup>75</sup> Lucas. *Volonté et cause*. Apud Ripert. *A regra moral*. p. 260.

- a) *fator técnico*: a prestação do serviço foi alterada unilateralmente, contra os regulamentos do poder concedente e virtualmente podendo danificar o sistema do concessionário em detrimento do serviço público federal de energia elétrica;
- b) *fator econômico*: o concessionário deixou de receber o percentual do componente da demanda fixada na tarifa binômia, em face da lei e atos do poder concedente federal.

Se o usuário praticar este ato, isto é, sem autorização exceder a carga ligada e a demanda de potência, e isto ficar provado, então, e em conclusão silogística a seguir:

Logo, não é jurídico que o concessionário sofra um *lucrum cessans* por ato ilícito do usuário, e que este tenha *lucrum emergens* como *abonné fautif* (consumidor faltoso), donde, o imperativo de compensar o prejuízo da concessionária, e, assim, evitar-se o enriquecimento indevido do usuário.

Fica, assim, a nosso ver, demonstrado que nem vias de fato, nem uso ilícito favorecem ao consumidor que, contra a concessionária dispõe de remédio eficaz e imediato, como é o mandado de segurança.