

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**



COMO OS JUÍZES PENSAM?

**ESTUDO EMPÍRICO SOBRE O RECONHECIMENTO
DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS DA ANEEL
ENVOLVENDO RELAÇÕES DE CONSUMO NO
JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

ISABELLE DE LIMA LESSA

Rio de Janeiro, 2011

ISABELLE DE LIMA LESSA

COMO OS JUÍZES PENSAM?

ESTUDO EMPÍRICO SOBRE O RECONHECIMENTO DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS DA ANEEL ENVOLVENDO RELAÇÕES DE CONSUMO NO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso, sob orientação do professor Pablo Cerdeira apresentado à FGV DIREITO RIO como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Rio de Janeiro, 2011

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO



COMO OS JUÍZES PENSAM?

Elaborado por ISABELLE DE LIMA LESSA

Trabalho de conclusão de Curso apresentado à FGV DIREITO RIO como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Comissão Examinadora:

Nome do orientador: _____

Nome do Examinador 1: _____

Nome do Examinador 2: _____

Assinaturas:

Professor Orientador

Examinador 1

Examinador 2

Nota Final: _____

Rio de Janeiro, ____ de _____ de 2011

Ao João.

AGRADECIMENTOS

Pablo Picasso dizia que “existem pessoas que transformam o sol numa simples mancha amarela, mas há também aquelas que fazem de uma simples mancha amarela o próprio sol”... Este espaço destina-se a agradecer a todas as pessoas presentes na minha vida e que fazem de uma simples mancha amarela, o próprio sol.

Em um discurso inesquecível, o prof. Luiz Roberto Barroso, declarou que acreditava no bem, na justiça, no amor, na tolerância, na gentileza e bom humor como forma de realizá-los. Como ele, creio no amor, porque o que vale na vida são os nossos afetos... e sendo assim, agradeço ao João, essencial em minha vida, sobretudo pela compreensão das horas em que não pude dedicá-las a ele por conta deste Trabalho de Conclusão de Curso. Agradeço a minha avó Enecy (*in memoriam*) que apesar de não poder me ver ser um dia a nº 1, me inspira em todos os momentos a vencer com entusiasmo, a ultrapassar todas as dificuldades, mesmo que pareça impossível. Agradeço ao meu avô Raymundo, por me apoiar sempre e entusiasticamente. Agradeço aos meus pais, por todos os momentos, por todas as lições, por todos os esforços e empenho. Agradeço à minha família, minha tia, minha madrinha, minha afilhada, “meus meninos e meninas” que me fazem sentir especial e única. À minha avó Albertina que sempre pensou que não fosse estar mais entre nós neste momento... Vó, nós conseguimos! Agradeço ao meu padrinho, Ronaldo, por tudo, porque sem ele nada disso seria possível.

Estejam certos de que estar com vocês ou não estar com vocês é a medida do meu tempo, e que contar com vocês ou não contar com vocês faz toda diferença.

Por fim, e não menos importante — porque o que é importante se guarda para o final —, agradeço aos professores que me inspiraram nesta caminhada. Ao meu orientador, Pablo Cerdeira, pelas noites não dormidas fazendo este estudo, sobretudo por me inspirar a seguir nos caminhos da matemática aplicada ao direito e às pesquisas empíricas. Ao prof. Guilherme Leite, que me inspirou nos caminhos da sociologia e filosofia, que me inspirou dentro e fora da sala de aula — foram 6 períodos de aprendizado e um exemplo de professor para vida inteira. Ao professor Marcelo Lennertz, que me apresentou ainda no 2º período — mesmo que fora da grade curricular —, o direito administrativo regulatório, e o conflito que se retrata no presente trabalho. Ao prof. Leandro Molhano e Fabiana Luci, pelo estímulo à pesquisa e aos caminhos da ciência política. Ao prof. Thiago Bottino, por ser mais que um professor e amigo, um verdadeiro “pai” de todos nós alunos. Ao prof. Mário Machado, pelo talento em ensinar Teoria do Estado, bem como exemplo de honestidade intelectual. Ao prof. Ricardo Morishita, pelo exemplo, pelas lições e oportunidade de caminhar profissionalmente junto a ele. Ao prof. Joaquim Falcão, pelo exemplo de liderança e estratégias político-institucionais, sobretudo, por todo apoio e cooperação quando estava à frente do Centro Acadêmico Mário Machado - CAMM.

Agradeço também aos amigos, em especial à Amanda, pelas infatigáveis revisões de última hora, ao Yvison e Wellington, pelas intermináveis encadernações, à família FGV 13º, pelo apoio e carinho.

"HERE'S TO THE CRAZY ONES. THE MISFITS. THE REBELS. THE TROUBLEMAKERS. THE ROUND PEGS IN THE SQUARE HOLES. THE ONES WHO SEE THINGS DIFFERENTLY. THEY'RE NOT FOND OF RULES. AND THEY HAVE NO RESPECT FOR THE STATUS QUO. YOU CAN QUOTE THEM, DISAGREE WITH THEM, GLORIFY OR VILIFY THEM. ABOUT THE ONLY THING YOU CAN'T DO IS IGNORE THEM. BECAUSE THEY CHANGE THINGS. THEY PUSH THE HUMAN RACE FORWARD. WHILE SOME MAY SEE THEM AS THE CRAZY ONES, WE SEE GENIUS. BECAUSE THE PEOPLE WHO ARE CRAZY ENOUGH TO THINK THEY CAN CHANGE THE WORLD, ARE THE ONES WHO DO."

(Apple – Advertising Campaign, 1997)

"DE TANTO VER TRIUNFAR AS NULIDADES, DE TANTO VER CRESCER AS INJUSTIÇAS, DE TANTO VER AGIGANTAR-SE OS PODERES NAS MÃOS DOS HOMENS, O HOMEM CHEGA A DESANIMAR-SE DA VIRTUDE, A RIR-SE DA HONRA E A TER VERGONHA DE SER HONESTO."

(Rui Barbosa)

"O QUE EU ESPERO SENHORES, É QUE DEPOIS DE UM RAZOÁVEL PERÍODO DE DISCUSSÃO, TODO MUNDO CONCORDE COMIGO."

(Winston Churchill)

RESUMO

O estudo empírico busca verificar o quanto são reconhecidas pelo Judiciário as decisões administrativas da ANEEL envolvendo relações de consumo. Em especial, o tratamento dado às Resoluções 414/10 e 456/00. Na primeira parte, expõe-se o problema a ser investigado. Na segunda parte, descreve-se o objeto de pesquisa e a justificativa da escolha temática. Na terceira parte, descreve-se a metodologia utilizada. Na quarta parte, descreve-se e analisa-se os dados empíricos obtidos, apontando conclusões preliminares.

PALAVRAS-CHAVE: **DECISÕES ADMINISTRATIVAS ANEEL; CONFLITOS DE CONSUMO; PODER JUDICIÁRIO.**

ABSTRACT

This empirical paper search to verify how they are recognized, by Judiciary, administrative decisions of ANEEL involving consumer relations. In particular, the treatment of the Resolutions 414/10 and 456/00. The first part sets up the problem to be investigated. The second parte describes the research object and justification of choice issue. The third section describes the methodology used. The fourth section describe and analyze the empirical data obtained, indicating preliminary findings.

KEY WORDS: ADMINISTRATIVE; CONSUMER DISPUTES; JUDICIARY

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
Capítulo I – ESTADO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	12
Capítulo II - REGULAÇÃO	17
II.1 UM MODELO DE ESTADO	21
II.2 AGÊNCIAS REGULADORAS	25
Capítulo III – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA X JUDICIÁRIO – CLÁSSICO CONFLITO	29
III.1 A CRESCENTE JUDICIALIZAÇÃO DE SETORES REGULADOS	32
III.2. PERSPECTIVAS DE ANÁLISE: REVISÃO JUDICIAL X CONFLITOS DE MASSA	34
III.2.1 REVISÃO JUDICIAL	34
III.2.2. CONFLITOS DE MASSA	36
Capítulo IV – PARA CADA PROBLEMA COMPLEXO, UMA SOLUÇÃO SIMPLES, BRILHANTE E ERRADA	39
IV.1 ENERGIA ELÉTRICA	39
IV.2 AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL	41
IV.3. O ESTADO DO RIO DE JANEIRO	42
IV.4 UM PROBLEMA COMPLEXO: POR QUÊ?	48
Capítulo V – METODOLOGIA UTILIZADA	50
V.1 O ESTUDO EMPÍRICO EM DIREITO	50
V.2 DESCRIÇÃO DO MÉTODO UTILIZADO	53
V.2.1 MÉTODO DE SELEÇÃO DAS DECISÕES ESTUDADAS	54
V.2.2 DIFICULDADES ENFRENTADAS NO MAPEAMENTO DOS CASOS	56
Capítulo VI - ANÁLISE DE DADOS	66
VI.1 CARACTERÍSTICAS GERAIS DOS DADOS DA AMOSTRA	67
VI.1.1 CARACTERIZAÇÃO DOS DADOS E COMPARAÇÕES INICIAIS ENTRE LIGHT E AMPLA	67
VI.2 CARACTERÍSTICAS DA EMPRESA	70
VI.2.1 COMPARAÇÕES ENTRE LIGHT E AMPLA QUANTO AO TIPO DE LITIGÂNCIA	70
VI.2.2 CORTE DO FORNECIMENTO DE ENERGIA	72
VI.2.3 PRINCIPAIS OBJETOS	75
VI.2.4 MULTAS DECORRENTES DE TOI	77
VI.3 DADOS DAS PARTES NOS JULGAMENTOS	79
VI.3.1 JULGAMENTO JUIZADO ESPECIAL	79
VI.3.2 JULGAMENTO TURMA RECURSAL CÍVEL	81
VI.3.3 PROFUNDIDADE DA REFORMA	84
VI.3.4 HOUVE DEVOLUÇÃO DA MULTA DECORRENTE?	88
VI.4 CARACTERÍSTICAS DO JUDICIÁRIO EM RELAÇÃO À ANEEL	90
VI.4.1 ANÁLISE DO ENTENDIMENTO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS DO RIO DE JANEIRO EM RELAÇÃO À ANEEL	91
VI.4.1.1 Cita resolução da ANEEL?	91
VI.4.1.2 Aplica resolução ANEEL?	93
VI.4.2 CITA E APLICA CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR?	97
Capítulo VII – AS DECISÕES ADMINISTRATIVAS DA ANEEL SÃO RECONHECIDAS NO JUDICIÁRIO FLUMINENSE?	101
VII.1 TERMO DE OCORRÊNCIA DE INSPEÇÃO E IRREGULARIDADE - TOI	102
VII.2 VISÃO DA EMPRESA	105
VII.2.1 VISÃO DA EMPRESA SOBRE SI PRÓPRIA EM CASOS DE TOI	105
VII.2.2 VISÃO QUE A EMPRESA TEM SOBRE O JUDICIÁRIO NAS QUESTÕES DE TOI	106
VII.2.3 VISÃO QUE O JUDICIÁRIO TEM DA EMPRESA	107
VII.3 VISÃO DO JUDICIÁRIO SOBRE A ANEEL	109
CONCLUSÃO	111
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	115

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente estudo é fazer uma comparação entre aspectos doutrinários e empíricos do clássico conflito entre decisões administrativas do Executivo e decisões do Judiciário. Não é objeto deste estudo apontar uma solução para este conflito, mas apenas comprovar sua existência, o qual se encontra calcado nas próprias bases do Estado moderno — o Estado regulador e ao mesmo tempo provedor de soluções através de seu Poder Judiciário.

Segundo Habermas, em seu *Direito e Democracia* — entre faticidade e validade¹, é papel do Direito fornecer paz social. Esta afirmação, de cunho simples e objetivo, entretanto, pode ser transformada num ponto bastante complexo. A começar, beirando o limite entre o zetético e o dogmático de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, pela definição do que é o Direito.

No curso de Direito da Fundação Getulio Vargas, aprendemos que direito não é apenas aquilo que surge da sentença judicial, quando da aplicação da norma ao fato. Não é apenas a leitura de Miguel Reale, que engloba fato, valor e norma.

Para nós, direito é todo aquele sistema complexo que envolve desde o processo político de elaboração das normas até sua aplicação e suas consequências no mundo real.

É aquele sistema complexo composto não apenas de leis, mas de regulamentos, instruções, resoluções, portarias e todos os demais atos oriundos dos agentes públicos dotados de força.

Fatalmente, dentro de um sistema que engloba tantas possibilidades normativas, conflitos entre normas surgirão. E é neste contexto que inserimos àqueles entre o Poder Normativo das Agências Reguladoras como fonte do direito em possível impasse com outro agente fundamental: o Poder Judiciário.

¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, Volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

Seguindo ainda a linha lecionada pela Escola, adotamos um modelo de estudo diferenciado e de escala relativamente recente no campo jurídico: o estudo empírico. Entendemos que não podemos tratar de conflitos dessa natureza — envolvendo poderes legítimos do Estado — sem um mínimo de dados que nos permitam identificar se, e em que medida, tais problemas ocorrem.

É neste sentido que este trabalho é inovador. Ele não busca analisar conflitos entre o Poder Normativo e o Poder Jurisdicional apenas em seu aspecto teórico ou simplesmente pontual — caso a caso. Ele tenta identificar o problema e, a partir dele, sua genealogia.

Analogamente, podemos dizer que este trabalho tem por objetivo fazer um diagnóstico de um paciente. Como uma pessoa que chega ao médico e não se sabe, de antemão, o seu problema... tenta-se medir seus efeitos, as dores para a partir desses primeiros relatos seguir para os exames mais aprofundados. Esse é o caminho de investigação adotado.

Tratar-se-á de um típico caso em que a Administração Pública encampa uma tese e — diz-se — o Judiciário encampa outra: os conflitos de consumo do setor de energia elétrica no Estado do Rio de Janeiro, do qual se destaca proeminentemente os casos de TOI - Termo de Ocorrência de Inspeção e Irregularidades, procedimento instituído pela Resolução Normativa nº 456/2000 da ANEEL e modificado pela Resolução Normativa nº 414/2010 da ANEEL.

Verificar se esse fenômeno realmente ocorre, e em que medida, foi fundamental para, de forma empírica, analisar o conflito objeto deste trabalho: o conflito entre Administração Pública e o Judiciário. Este foi o nosso paciente.

Capítulo I – ESTADO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Estado, antiga instituição humana, é para muitos uma construção de vários grupos de uma dada população, num dado território, com heranças culturais comuns e com interesses conflitantes, mas que, todavia, precisam satisfazer suas necessidades com o objetivo comum de sobrevivência.

Apesar de em alguns Estados modernos como no Brasil — “país descoberto por conquistadores” —, sua evolução ter tido lógica distinta, uma vez que o Estado antecedeu a sociedade e a moldou com suas características patrimoniais², é nessa linha que Claudia Costin descreve o Estado, optando por uma definição “operacional que procura fugir dos embates ideológicos, sem desconsiderá-los”³.

“O Estado é o conjunto de regras, pessoas e organizações que se separam da sociedade para organizá-la. Esta visão parte do pressuposto de que o Estado nem sempre existiu, mesmo que alguma forma de organização da sociedade exista até em comunidades primitivas, como as de povos indígenas, em que as funções de organização da vida em sociedade são exercidas por Conselhos de Anciãos, pelo pajá e pelo cacique. Observe-se que em nenhum desses casos ocorre comando da comunidade. O estado só passa a existir quando o comando da comunidade é garantido por algum tipo de aparelho ou instância especializada que, funcionando de forma hierárquica, separa claramente governantes e governados.”

Sendo o Estado a instância que organiza a sociedade numa determinada estrutura de poder⁴, pode-se entender a Administração Pública como:

“... formada por órgãos e pessoas que trabalham contratadas pelo Estado, operacionaliza suas decisões na forma de prestação de serviços públicos, fiscalização, regulação e exercício de funções de soberania.”⁵.

² TORRES, Antônio. Essa Terra. Livraria Didática. 2004, p. 82

³ COSTIN, Claudia. Administração Pública. São Paulo: Elsevier – Campos.2010, p.1

⁴ *Ibid* p. 4

⁵ *Ibid*.p.4.

Logo, fica claro que o Estado está voltado para instituições ao passo que a Administração Pública está voltada para gestão, que o Estado busca o valor da concepção de poder compartilhado enquanto a Administração Pública preza a eficiência administrativa⁶. Sendo assim, uma Reforma de Estado equivale à mudança do modelo institucional porquanto uma Reforma Administrativa equivale à mudança na forma de gerir a estrutura administrativa.

Podemos assim dizer que o Brasil, apesar de poder ser caracterizado por mudanças no modelo de Estado — da economia liberal para a necessidade de satisfação dos direitos sociais; da crise deste modelo para a necessidade de novos investimentos, o Estado Empresário; e do Estado Empresário para o Estado Regulador — somente teve duas grandes reformas administrativas: a realizada por Getúlio Vargas a partir da década de 30 e a iniciada no final dos anos 80 que fortemente caracterizou as mudanças inseridas nos anos 90.

O Brasil de até 1930 é identificado pelo modelo de Estado Mínimo, liberal, dadas suas características, sobretudo na Administração Estatal que voltava-se primordialmente à garantia de liberdade, salubridade, arrecadação de impostos, relações exteriores e segurança no interesse de poucos⁷.

“Da descoberta do Brasil, em 22 de abril de 1500, até a Revolução de 1930, o Estado brasileiro pode facilmente ser descrito como grande instituição garantidora de privilégios sociais e econômicos de uma elite rural, aristocrática e parasita. Essa elite gravitava em torno do Estado e lhe arrancava os mais diversos privilégios”.

Trata-se de um modelo de administração calcado na centralização e no patrimonialismo e clientelismo⁸.

Como leciona o professor Sérgio Guerra, apesar de caracterizar-se esse período com um modelo de Estado Mínimo, Liberal, “no Brasil, pode-se dizer que sempre houve grande intervencionismo estatal.” E que, “por aqui, o liberalismo teria

⁶ GONÇALVES, Luis Estevam. *Apostila Governo e Administração Pública*, p. 18 – Curso de MBA em Administração Pública da FGV.

⁷ BENTO, Leonardo Valles. *Governança e governabilidade na reforma do Estado: entre eficiência e democratização*, Barueri-SP: Manole, 2003.

⁸ Para ver mais sobre o assunto, ler HOLLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. Ed. 26. São Paulo: Companhia das Letras. 2006.

passado ao largo, e, como não poderia deixar de ser, a organização administrativa foi estruturada para esse fim intervencionista”.

Segundo ele, esse modelo não teria atingido o pleno bem estar da sociedade, demandando do governo uma atuação ativa em determinadas áreas, “inclusive — ou especialmente — na econômica e social”⁹ E é nesse contexto que Getúlio Vargas chega ao poder em 1930, sobrevivendo a política de “Estado Desenvolvimentista”, “caracterizado pela forte intervenção estatal, tanto no plano social, quanto no econômico”¹⁰

É nesse período que há a primeira grande transformação da organização administrativa brasileira, pois para a promoção do denominado “Estado Desenvolvimentista”, Getúlio Vargas reorganizou a estrutura administrativa do Estado, criando, inclusive, inúmeras entidades autárquicas¹¹ “que regulavam a produção e o comércio de alguns produtos, bem como estruturavam programas, visando direcionar atividades econômicas”¹². Passa-se então a um modelo de administração identificado como burocrático¹³.

Vê-se aqui que a administração ganha uma nova roupagem, surgindo a figura da administração indireta. Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, classifica-se a administração direta “quando exercida pelas diversas personalizações constitucionais, e indireta, quando operada por pessoas jurídicas de direito público ou privado,”¹⁴ (...) “instituídas por lei, conformando ambas a Administração Pública, em seu sentido objetivo”¹⁵.

A bem da verdade, a Era Vargas, como define o professor Sérgio Guerra, foi fortemente marcada

“... pela implementação de uma política de exploração das riquezas nacionais, com o Estado participando das atividades econômicas,

⁹ GUERRA, Sérgio. *Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede*, Rio de Janeiro: Fórum, 2012, p. 45.

¹⁰ *Ibid*, p. 49.

¹¹ Entende-se entidades autárquicas na Era Vargas como entes da administração indireta, constituídos por pessoas jurídicas administrativas. Suriman Nogueira de Souza Junior. Apostila do Curso de MBA em Administração Pública da FGV.

¹² *Ibid*, p. 49.

¹³ Burocracia no sentido Weberiano.

¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 122.

¹⁵ *Ibid*, p. 122.

principalmente aquelas de vital importância e que não tinham condições de se desenvolver, como no caso da siderurgia”¹⁶.

(...)

... aos poucos o Estado brasileiro foi tornando-se acionista, materializando-se sua atuação por meio das sociedades de economia mista e, depois, nas empresas públicas”. (...) “Razões diversas, todas de ordem prática, foram propiciando ao Poder Público o ensejo de associar-se a empresas particulares para o desempenho de certos serviços de natureza comercial ou industrial”.

Com o fim do segundo governo Vargas e com o início do governo de Juscelino Kubitschek, houve uma grande abertura ao capital estrangeiro, marcando um período de grande crescimento econômico, principalmente em virtude da instalação de diversos grupos multinacionais. Trata-se do Estado Empresário, que logo foi marcado pelo Golpe de 1964, o qual instituiu o regime militar no Brasil.

Embora o regime militar comandasse o país, o que caracterizou a volta do forte intervencionismo — institucionalização da ditadura —, surgiram nesse período grandes grupos estatais conhecidos como a “família Brás”: Telebrás, Eletrobrás, Siderbrás, entre outras. Ocorre que esse crescimento do Estado foi desmensurado, acabando por afetar “a própria separação dos poderes e conduzir à ineficácia do serviço público”¹⁷. Isto ocorreu pelo agigantamento do Estado que, ao se transformar num prestador de serviços, empresário e até mesmo investidor, fortaleceu demasiadamente o Poder Executivo, que “diante do complexo e demorado processo legislativo, passou a deter competência normativa, exercida pelos decretos-leis, leis delegadas e regulamentos autônomos”¹⁸.

Foi então, que no último governo militar, o do General João Figueiredo, que o Estado Empresário começou a dismantelar-se, quando fora implementado o Programa Nacional de Desburocratização – PND, dando início ao processo de privatizações, intensificada na década de 90¹⁹.

¹⁶ GUERRA, Sérgio. *Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede*, Rio de Janeiro: Fórum, 2012, p. 52.

¹⁷ *Ibid*, p.54.

¹⁸ *Ibid*, p.55.

¹⁹ Chama especial atenção o processo de privatização de empresas estatais no Reino Unido, e isto porque serviram de exemplo para muitos países em desenvolvimento. O primeiro a seguir tal modelo foi o Chile, ainda na década de 80, e a partir de 1990, quase todos os países do mundo já haviam conduzido alguma forma de privatização de serviços públicos ou empresas estatais.

É logo após que ocorre a queda do Regime Militar, tendo o Brasil em 1986 as primeiras eleições diretas, surgindo, portanto, em 1988 a nova Constituição da República Federativa do Brasil, uma Constituição pautada no Estado Democrático de Direito, demonstrando claramente o novo papel do Estado que passaria a ser agente normativo e regulador da atividade econômica, nos moldes de seu art. 174:

“Art. 174 – Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Pode-se dizer que a partir desta Constituição que iniciou a segunda grande reforma administrativa no Brasil, onde a Administração Pública deixa de ser burocrática — no sentido empregado ao modelo de administração iniciado na Era Vargas — para ser gerencial.

De acordo com Paulo Mattos, a onda mundial de privatizações esteve aliada a uma agenda macroeconômica que preconizava a austeridade fiscal. Sendo assim, um dos pilares da reforma seria a diminuição do tamanho do Estado, que permaneceria encarregado de prover apenas os serviços essenciais, em regra identificados àqueles que não pudessem ser satisfatoriamente providos pelo mercado. É neste contexto que a privatização foi o principal instrumento utilizado.

Capítulo II - REGULAÇÃO

É comum relacionar o termo “regulação” à necessidade de correção de falhas de mercado²⁰.

Isto porque a primeira grande teoria da regulação — a análise normativa como uma teoria positiva (NPT) —, dominante até o começo dos anos 60 nos EUA e preconizada por Joskow e Noll²¹, considerava que as falhas de mercado eram as reais razões que levavam à regulação de determinada atividade.

S. Peltzman²² esclarece que tal teoria acreditava que, uma vez adotadas medidas regulatórias, supor-se-ia que os agentes reguladores diminuíssem ou eliminassem as ineficiências geradas por tais falhas — apesar de vários economistas apontarem que uma lista de potenciais falhas de mercado jamais estaria completa.

O fato é que muitos economistas defenderam por anos a ideia de que o mercado era falho por si só e, portanto, seria necessária a intervenção estatal de modo a corrigir tais falhas do mercado²³ e, também, estabilizar o desenvolvimento do país.

Ocorre que do mesmo modo como se defendeu a necessidade de intervenção estatal no mercado para corrigir falhas e proporcionar estabilidade econômica, surgiram também defensores de que o Estado — aqui entendido como governo —, também, possuía falhas, e que muitas das vezes, quando atua, os resultados pioram ao invés de melhorar.

²⁰ As falhas de mercado mais comuns: externalidades, assimetria de informações, bens públicos, monopólio natural, não esquecendo que outra "falha de mercado" potencial seria a competição imperfeita (monopólios, oligopólios, monopsônios e mercados em competição monopolística).

²¹ JOSKOW, Paul; NOLL, Roger. "Regulación económica. Desregulación y reforma regulatoria durante la década de losochenta," Documentos de Trabajo 1999- p175, Departamento de Economía - Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

²² PELTZMAN, Sam. "Toward a More General Theory of Regulation". In *The Journal of Law and Economics*, Volume XIX (2), agosto 1976.

²³ As falhas de mercado mais comuns: externalidades, assimetria de informações, bens públicos, monopólio natural, não esquecendo que outra "falha de mercado" potencial seria a competição imperfeita (monopólios, oligopólios, monopsônios e mercados em competição monopolística).

S. Peltzman, bem como Stigler e Becker²⁴, merecem destaque como defensores da existência de falhas de governo. Eles deram início à chamada Teoria Econômica da Regulação — a segunda grande teoria da regulação —, a qual levantou que os políticos tem uma tendência a não só se preocuparem com o bem estar social, como também e principalmente, com o seu próprio interesse.

Essa teoria sustenta que os políticos tem objetivos concretos, como voto e dinheiro e que uma consequência da política regulatória seria que os membros de grupos afetados tenderiam a votar a favor ou contra o político responsável pela decisão. Nas palavras de Stigler, “uma vez que o objetivo último deste político é garantir e aumentar seu poder, ele opta por decisões que o beneficiarão eleitoralmente²⁵”.

Para Stigler, decisões sobre políticas regulatórias poderiam também gerar contribuições de campanha, propinas ocasionais ou trabalhos bem pagos após a vida pública²⁶. E mais que isso. Uma vez que produtores e consumidores não dispõem do mesmo nível de organização política, o próprio processo político tenderia para setores em que fosse possível maximizar riquezas ou em que as perdas de bem estar fossem menores²⁷. Ou seja, a regulação não conseguiria por si só maximizar a riqueza disponível.

Conclui-se então que, enquanto a primeira teoria tenta acabar com as ineficiências do mercado através da intervenção estatal, a segunda teoria sustenta que o estado possui falhas também, as chamadas falhas de

²⁴PELTZMAN, Sam. A teoria Econômica da Regulação depois de uma década de desregulação. In MATTOS, Paulo. *Regulação Econômica e Democracia: o debate Norte-Americano*, São Paulo: CEBRAP/Editora 34, 2004.

²⁵STIGLER, Georg. A teoria da Regulação Econômica. In MATTOS, Paulo. *Regulação Econômica e Democracia: o debate Norte-Americano*, São Paulo: CEBRAP/Editora 34, 2004.

²⁶ Faz sentido, neste diapasão, lembrar do que diz a *Public Choice Theory* -Teoria da Escolha Pública, da qual se destacaram James Buchanan, Arthur Seldon e Gordon Tullock Enquanto alguns economistas veem a política como um obstáculo “irritante, incompreensível e antieconômico” para um bom programa, os defensores da teoria da escolha pública veem no estudo da política através de instrumentos econômicos a possibilidade de se responder às questões que frustram as boas políticas. Para tanto, os analistas da teoria da escolha pública não fecham os olhos para individualismo dos agentes políticos, e por isso presumem que tais atores são maximizadores auto interessados, ou seja, que são indivíduos racionais buscando seus interesses através da política e de políticas públicas. Como interesses, podemos entender votos, orçamentos, lucros, poder, dentre outros.

²⁷BUCHANAN, James; SELDON, Arthur; TULLOCK, Gordon. *Falhas de Governo: uma introdução à Teoria da Escolha Pública*, Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2005.

governo, o que nos levaria a supor que “permitir” uma intervenção estatal seria arriscado.

Fato é que estes argumentos que vão de um extremo a outro só valeriam se estivéssemos na década de 70. Hoje, e principalmente, depois de se ver a recente experiência americana com a crise financeira, não há mais espaço para se sustentar que o mercado por si só resolveria tudo. Do mesmo modo que não há como se sustentar que o Estado resolverá tudo por suas próprias mãos, até porque a crise do “*welfarestate*” está na história para nos lembrar.

Neste contexto, amadurecido, onde falhas de mercado e falhas de governo se comunicam, nada mais interessante do que mercado e estado se comunicarem também, como dois sistemas complementares ao ambiente comum, seja com atritos e provocações ou com cooperação e desenvolvimento conjunto.

Hoje, mais do que a concepção econômica da regulação, a qual caracteriza-se pela intervenção direta nas decisões de mercado, tais como definição de preços, competição, entrada e saída de novos agentes nos mercados²⁸, assume especial importância a regulação social, a qual destina-se a proteger o interesse público nas áreas de saúde, segurança, meio ambiente e em questões nacionais, devendo a regulação atuar sobre recursos sociais que não estão sujeitos a transações de mercado, mas que, no entanto, são importantes ou mesmo imprescindíveis à produção de um bem ou serviço regulado²⁹.

Trata-se, nas palavras de Marçal Justen Filho, da passagem pelas duas “ondas regulatórias”³⁰, a regulação econômica combinada com a regulação social.

²⁸ Para a OCDE, nessa categoria a reforma deve se propor a aumentar a eficiência econômica por meio da redução de barreiras à competição e à inovação, utilizando a desregulamentação, a privatização e fornecendo estrutura para o funcionamento e a supervisão das atividades do mercado.

É de extrema importância expor que a proposta de reforma regulatória da OCDE influenciou amplamente os países latinos, entre eles o Brasil. Tal proposta, a partir do âmbito de atuação do Estado, apresentou **três categorias da atividade regulatória**, as quais devem ser entendidas como um conjunto fundamental para a reforma do Estado: a regulação econômica, a regulação social e administrativa.

²⁹ Segundo a OCDE, cabe nesse plano da reforma aferir a necessidade de intervir em decisões relativas à provisão de bens públicos e à proteção social, reduzindo os efeitos das externalidades geradas por outros agentes sobre a sociedade.

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das Agências Reguladoras*, São Paulo: Dialética. 2002.

“Regulação é um conjunto ordenado de políticas públicas, que busca a realização de valores econômicos e não econômicos, reputados como essenciais para determinados grupos ou para coletividade em seu conjunto. Essa políticas envolvem a adoção de medidas de cunho legislativo e de natureza administrativa, destinados a incentivar práticas privadas desejáveis a e a reprimir tendências individuais e coletivas incompatíveis com a realização dos valores prezados. As políticas regulatórias envolvem inclusive a aplicação jurisdicional do Direito”

Na atualidade, como bem observaram Robert Baldwin e Martin Cave³¹:

- i) existe uma preocupação em se assegurar um nível mínimo de serviços essenciais,
- ii) de se prevenir práticas anti-competitivas,
- iii) de se alocar e distribuir produtos quando necessário para se garantir o interesse público e
- iv) de se proteger interesses de gerações futuras.

Tais motivos não devem ser entendidos isoladamente, afinal, é justamente sua combinação casuística que leva ao ato regulatório.

A releitura dessas teorias apresenta-se de extrema relevância num trabalho acadêmico para compreensão de um dado contexto, no entanto, há que se ressaltar que, ao se estudar o fenômeno no Brasil, as características da formação do Estado Regulador — afirma Paulo Mattos³² — “antes de se apresentarem relacionadas a disputas entre economistas neoclássicos e economistas keynesianos, estariam vinculadas a disputas entre interpretações do Brasil”³³, as quais tomam por foco a dinâmica política da relação entre Estado e Sociedade, como pode-se observar da leitura do capítulo anterior.

³¹ Baldwin, Robert e Cave, Martin. *Understanding Regulation, Theory, Strategy, and Practice*, Oxford University Press.

³² MATTOS, Paulo. *A formação do Estado Regulador*. CEBRAP. Novos Estudos, 76. Novembro de 2006.

³³ *Ibid.*

Isto não significa que não seja necessário entender o conceito de regulação. Somente que ao tentar relacioná-lo à realidade brasileira, deve-se tomar por conta algumas peculiaridades que somente a história pode dispor.

II.1 UM MODELO DE ESTADO

“Regular pode ter muitos significados”³⁴. E é verdade, a atividade regulatória do Estado pode assumir uma roupagem jurídica, por ora, econômica e, por ora, política, ou ainda, todas juntas ao mesmo tempo³⁵.

Por este motivo, não seria elusivo considerá-la como um *identifiable and discrete mode of governmental activity*³⁶, dada a sua capacidade de restringir e prevenir condutas não desejáveis — *red light*³⁷ —, ao mesmo tempo em que pode estimular e facilitar comportamentos de interesse público — *green light*³⁸.

Existem várias formas de intervenção estatal na atividade econômica³⁹. A regulação é, pois, “um conjunto de técnicas administrativas de intervenção sobre a economia”⁴⁰, onde a Administração Pública assume um papel gerencial e o Estado

³⁴ MATTOS, Paulo. *O Novo Estado Regulador no Brasil - Eficiência e Legitimidade*, São Paulo: Singular, 2006.

³⁵ De acordo com o Prof. Paulo Mattos³⁵, seria possível identificar as três perspectivas presentes no processo regulatório: uma jurídica, onde regular pode ser entendido como exercício da função normativa³⁵; uma econômica, que pode ser entendida como a correção de falhas de mercado e técnicas administrativas de estabilização e desenvolvimento econômico; e por fim, uma política, que pode ser analisada sob dois enfoques, o da teoria política (debate sobre o liberalismo e a democracia) e o da economia política (debate sobre incentivos e ações de grupos de interesses). Paulo Mattos, Op. Cit.

³⁶ BALDWIN, Robert e CAVE, Martin. *Understanding Regulation, Theory, Strategy, and Practice*, Oxford University Press.

³⁷ C. Harlow and R. Rawlings. *Law and Administration*, 2ª ed., Londres 1997, Capítulos 2 e 3.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Para Marcos Juruena, são formas de intervenção estatal: normativa, repressiva, tributária, regulatória, exploração direta da atividade econômica. (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 22). Para Celso Antônio Bandeira de Mello: poder de polícia, incentivos e atuação direta empresarial. (MELLO, Celso Antônio de. *Curso de Direito Administrativo*, 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 619). Para Diogo de Figueiredo: regulatória, concorrencial, monopolista e sancionatória. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório. Rio de Janeiro: Renovar. 2003* p. 129).

⁴⁰ MATTOS, Paulo. *A formação do Estado regulador*. CEBRAP. Novos estudos 76. Novembro 2006 p.140.

um papel fiscalizador, incentivador, planejador — regulador num sentido amplo, genérico⁴¹ — por meio de comandos normativos.

Para Jacques Chevallier, a regulação distingue-se das demais formas de intervenção, vez que seu papel é muito mais de um “supervisor” do jogo econômico do que de um ator, ao contrário, funciona muito mais como árbitro, estabelecendo regras, enquadrando a atuação dos operadores, compondo conflitos, diminuindo tensões, harmonizando as ações de modo a garantir uma relação equilibrada⁴².

Fato é que trata-se de uma escolha política, consubstanciada numa racionalidade econômica, e que por fim, materializa-se por meio da atividade normativa.

Sendo assim, a opção de um modelo de estado é sempre política. O que difere é a racionalidade por trás desta opção.

A decisão de se transformar o Brasil num Estado Regulador tem como justificativa por trás desta decisão um peso fortemente econômico. O país precisava reerguer-se e havia ficado claro que o modelo anterior não havia dado certo. O fato de tal opção política estar na Constituição não é um argumento puro em si. Essa opção do Constituinte está calcada numa necessidade de desenvolvimento, principalmente econômico do país. A juridicidade, por sua vez, é o que dá certa segurança e legitimidade ao modelo eleito.

No Brasil, houve um processo político que culminou num novo marco constitucional: a Constituição Federal de 1988, a qual trouxe em seu bojo a transformação de um estado meramente de direito para um estado democrático de direito. Isto significa garantir determinados direitos individuais e sociais, mas com uma diferença em relação ao “*welfarestate*”: na Constituição de 1988, o modelo de

⁴¹Para Paulo Mattos, “Ao definir o conteúdo da regulação, a administração pode escolher diferentes técnicas para gerar efeitos sobre a economia. Cada Técnica tem uma lógica própria que está relacionada ao tipo de estrutura ou relação econômica a ser regulada e aos objetivos da regulação, considerando os efeitos almejados (política industrial, correção de falhas de mercado, estímulo ao desenvolvimento regional, estímulo à concorrência, etc). Tendo em vista que a escolha de tais técnicas é feita pela Administração (e não livremente pelos agentes do mercado) e que constituem formas de intervenção (externas) sobre a dinâmica (interna) de funcionamento da economia”, Paulo Mattos prefere adotar a expressão “regulação” genericamente para “caracterizar qualquer forma de intervenção do Estado na economia”, sejam formas de planejamento econômico ou formas de correção de falhas de mercado.

⁴² CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós Moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho, Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.73.

estado social e empresário que haviam “quebrado” o país junto à crise fiscal, não mais teria espaço. O Brasil passara a assumir um papel de fiscalizador, regulador, gerencial.

É o que diz expressamente o art. 174⁴³ da Carta Magna, bem como das emendas constitucionais a partir de 1995⁴⁴, observando-se assim a existência de uma racionalidade, ou ainda, um argumento jurídico que justifique a intervenção do estado na economia.

Neste sentido, Marçal Justen Filho⁴⁵ destaca que a concepção regulatória retrata uma redução nas diversas dimensões da intervenção estatal no âmbito econômico, incorporando uma concepção de subsidiariedade⁴⁶, conforme pode-se depreender da leitura do art. 173 da Constituição Federal de 1988:

“Art. 173 – Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Resta claro, assim, que a Constituição de 1988 constitui verdadeiro ponto de partida⁴⁷ para se compreender as mudanças observadas na forma de participação do Estado na economia. Mas somente o ponto de partida! Isto porque é preciso

⁴³ “Art. 174 – Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

⁴⁴ Segundo o professor Sérgio Guerra, “As Emendas Constitucionais cujas matérias estão voltadas à nova política de retirada do Estado da execução direta das atividades econômicas são as de nº 5, de 15 de agosto de 1995, que transferiu aos Estados a competência para a exploração diretamente, ou mediante concessão, dos serviços públicos de distribuição de gás canalizado; nº 6, de 15 de agosto de 1995, que pôs fim à distinção entre o capital nacional e o estrangeiro; nº 7, de 15 de agosto de 1995, que tratou da abertura para navegação de cabotagem; nº 8, de 15 de agosto de 1995, que flexibilizou o monopólio dos serviços de telecomunicações e de radiodifusão sonora e de sons e imagens; e nº 9, de 9 de novembro de 1995, que flexibilizou o monopólio da exploração do petróleo e do gás natural”. Sérgio Guerra. Apostila “Serviços Públicos e Regulação” do Curso de Direito da FGV.

⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 21.

⁴⁶ “Insero no Princípio da Proporcionalidade, mais especificamente em seu elemento necessidade, está o Princípio da Subsidiariedade, que, na seara do Direito Econômico, impõe ao Estado que se abstenha de intervir e de regular as atividades que possam ser satisfatoriamente exercidas ou auto-reguladas pelos particulares em regime de liberdade”. Alexandre Santos de Aragão.

⁴⁷ Ela que culminou de um largo processo político, tem nitidamente insculpida a racionalidade econômica regulatória por trás de todo seu processo de elaboração normativa constituinte. É a compilação normativa desta racionalidade e deste processo político

interpretá-la junto ao processo histórico de formação da burocracia estatal no Brasil — este que encontra-se breve evolução no Capítulo I deste trabalho.

Para Paulo Mattos, “importar modelos não é uma novidade e não é algo característico apenas de países em desenvolvimento”⁴⁸, uma vez que países desenvolvidos também o fazem.

“Ocorre que, quando os modelos importados são aplicados, é inerente ao processo político de implementação a sua adaptação à dinâmica interna da burocracia estatal de cada país. Ou os modelos são adaptados assumindo-se inteiramente os pressupostos teóricos que lhes deram origem, **ou, na adaptação, são tomados apenas como referência e, nesse caso, ganham novo sentido no contexto de análise do processo histórico de formação da burocracia estatal de cada país**”.⁴⁹ (grifo nosso)

No caso brasileiro, os modelos foram adaptados — tomados como referência — ganhando um novo sentido dado o contexto histórico de formação da burocracia estatal no Brasil.

Paulo Mattos ressalta ainda que o Brasil não possui um modelo único de Estado Regulador, dispondo de diversos “instrumentos úteis às políticas de fomento ao desenvolvimento econômico, com diferentes mecanismos jurídicos-institucionais”⁵⁰.

Sabe-se que as origens da regulação remontam a experiência americana e inglesa, bem como decorrem do contexto de transformações mundiais da relação entre Estado e mercados culminadas pelo processo de desregulação e liberalização da economia vista nos Estados Unidos pelo Governo Reagan e no Reino Unido pelo Governo Teatcher, na década de 1980.

No Brasil essas duas referências estão presentes, e portanto, nas palavras de Paulo Mattos, “misturam-se modelos institucionais de regulação voltados para a correção de “falhas de mercado” e para o estímulo da concorrência entre empresas”⁵¹ (...) “com modelos de regulação e planejamento econômico voltados

⁴⁸ MATTOS, Paulo. *A Formação do Estado Regulador*, CEBRAP, Novos Estudos 76. Novembro, 2006.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*

para o desenvolvimento setorial, exportação, inovação em matéria de pesquisa e política industrial”⁵².

E foi neste contexto de Reforma do Estado e Reforma Administrativa que surgiram as denominadas Agências Reguladoras Independentes — as quais estão intimamente ligadas ao primeiro modelo⁵³ supracitado.

II.2 AGÊNCIAS REGULADORAS

Como visto acima, existem dificuldades em se aproveitar as experiências regulatórias de outros países, dada a impossibilidade de se transplantar um instituto desenvolvido numa realidade, cultura e ordenamento jurídico tão distintos. Marçal Justen Filho adverte que o “fenômeno da globalização não eliminou (ainda?) essa obstáculo”, o que não significa que não seja válido buscar referências na experiência internacional.

Ao passo do entendimento exposto por Carlos Ari Sundfeld, acredita-se que “a opção por um sistema de entes com independência em relação ao Executivo para desempenhar as diversas missões regulatórias é uma espécie de medida cautelar contra a concentração de poderes nas mãos do Estado”⁵⁴.

Mais que uma medida cautelar contra concentração de poderes nas mãos do Estado, a regulação especialmente exercida por meio das agências reguladoras, de acordo com Sérgio Guerra, — “tem-se sustentado” — visa a promoção da competitividade, a garantia do direito de consumidores e usuários dos serviços públicos, o estímulo ao investimento privado, a busca da qualidade e segurança dos serviços a menores custos possíveis para seus usuários, a remuneração adequada dos investimentos realizados nas empresas prestadoras de serviço, a diminuição

⁵² *Ibid.*

⁵³ Aliás, referente a ele, tem-se não somente a figura das Agências Reguladoras Independentes, como também, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica — hoje unificada à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça —, a Secretaria de Acompanhamento Econômico, entre outros órgãos.

A par do segundo modelo, estão BNDES, Embrapa, Finep, Apex-Brasil, CGEE, ABDI, entre outras organizações.

⁵⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Serviços Públicos e Regulação Estatal, em Direito Administrativo Econômico*, São Paulo: Malheiros – SBDP, 2001, p.25.

dos conflitos entre consumidores e as empresas prestadoras de serviço e, por fim, a prevenção de abusos de poder econômico por agentes prestadores de serviço público⁵⁵.

Nas palavras de Marçal Justen Filho, “essas entidades refletem um projeto político amplo, orientado a substituir a atuação estatal em determinados segmentos por outros modelos de organização político jurídica”⁵⁶.

Agências Reguladoras Independentes são, pois, autarquias especiais, ou seja, entidades dotadas de personalidade jurídica de interesse público, integrantes da administração indireta, cuja lei instituidora prevê algumas peculiaridades no regime jurídico aplicável, o que proporcionam, nas palavras de Marçal Justen Filho “uma margem de autonomia jurídica que não se encontra na maior parte das entidades autárquicas”⁵⁷.

Tais peculiaridades envolvem a competência regulatória de determinados setores, poderes de intervenção no domínio econômico, o que envolve poderes regulamentares, poderes de polícia para fiscalizar as atividades econômicas privadas dos setores regulados e ainda, para arbitrar litígios entre poder concedente — o Estado, a Administração Pública — e empresas concessionárias — empresas que detêm a concessão do serviço público —, bem como entre tais empresas e os consumidores — ou usuários⁵⁸.

“Ademais disso, o regime jurídico da agência reguladora independente compreende a redução do grau de subordinação da entidade em face da Administração direta. Isso se produz por meio de um regime especial de investidura e demissão dos administradores das agências, os quais são providos em cargos em comissão por prazo certo”⁵⁹. Possui ainda um “regime de autonomia econômico financeira, visando a dotar a entidades de meios para o desempenho de suas funções”⁶⁰.

⁵⁵ GUERRA, Sérgio. Apostila “Serviços Públicos e Regulação” do Curso de Direito da FGV.

⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras*. São Paulo: Dialética, 2002, p.343.

⁵⁷ *Ibid*, p.343.

⁵⁸ Para fins deste trabalho, considerar-se-á usuários como consumidores que utilizam serviços públicos.

⁵⁹ *Ibid*, p.343.

⁶⁰ *Ibid*, p. 343

Como leciona o Prof. Alexandre Aragão,

(...) as agências reguladoras independentes, baseadas nas diretrizes gerais fixadas em lei, exercem grande variedade de poderes: normativos, propriamente ditos ou de natureza concreta; de solução de conflitos de interesses; investigativos; fomentadores; e de fiscalização, preventiva ou repressiva.

Contudo, tais características não são exclusivas das Agências Reguladoras. Ou seja, outros órgãos da Administração Pública, que não necessariamente independentes, dispõem dos mesmos poderes outorgados pelo Legislador.

Ainda de acordo com Aragão há que destacar devidamente o papel do poder normativo, vista sua natureza eminentemente técnica, uma vez que “é a razão de ser das entidades reguladoras independentes, ao que podemos acrescentar o fato de a competência normativa, abstrata ou concreta, integrar o próprio conceito de regulação”. E além disto, ressalta que

(...) também são conferidos amplos poderes normativos em matéria de segurança da atividade regulada, procedimentos técnicos de medição, possibilidades de suspensão da prestação dos serviços, acesso a imóveis, qualidade dos serviços ou das mercadorias comercializadas, etc.

Conforme podemos verificar, decorre da lei que instituiu as agências reguladoras o poder normativo para editar atos regulamentares. As leis que criaram as agências reguladoras é o que Alexandre Aragão denomina de “leis atributivas de poder normativo”, ou seja,

(...) leis que possuem baixa densidade normativa, a fim de — ao estabelecer finalidades e parâmetros genéricos — propiciar, em maior ou em menor escala, o desenvolvimento de normas setoriais aptas a, com autonomia e agilidade, regular a complexa e dinâmica realidade social subjacente.

Continua alertando:

(...) recomenda-se que propiciem à Administração a possibilidade de, na medida do possível, atuar consensualmente, com alguma margem de negociação, junto aos agentes econômicos e sociais implicados.

Segundo Aragão, tais leis que instituem as agências reguladoras pertencem a uma categoria de “leis-quadro” ou “*standarts*”, “próprias das matérias de particular complexidade técnica e dos setores suscetíveis a constantes mudanças econômicas e tecnológicas”. Devem estas direcionarem as ações do setor para que as normas editadas pela própria agência reguladora alcance a finalidade pública.

Capítulo III – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA X JUDICIÁRIO – CLÁSSICO CONFLITO

Para entender o conflito apresentado é preciso, antes, identificar o papel assumido hoje pelos atores envolvidos.

Ficou claro nos Capítulos I e II, o papel do Estado e da Administração Pública no Brasil, os quais passaram por diversas mudanças ao longo dos anos, marcadamente por duas grandes reformas: a primeira com Estado Social, Empresário combinado à administração burocrática; a segunda, com o Estado Regulador combinado à administração gerencial – trata-se do modelo de estado e administração contemporâneo.

O Judiciário – reconhecidamente um órgão de aplicação do direito -, por seu turno, sofre hoje uma mudança no seu papel, configurando até mesmo um fortalecimento do próprio órgão como instituição.

Hoje, como afirma Abramovay e Terrazas, é mais comum observar, por exemplo, o debate sobre a constitucionalidade das leis já promulgadas, do que a avaliação dos problemas de um projeto de lei que poderiam contrariar o texto constitucional caso fosse aprovado. Essa cultura demonstra uma falta de reconhecimento do Parlamento como instância legítima para o debate jurídico e transfere para o momento no qual a norma é analisada pelo Judiciário todo o debate público sobre a formação legislativa⁶¹.

Do mesmo modo, vem ocorrendo com as decisões expedidas pelas Agências Reguladoras brasileiras que cada dia mais são alvos de debate no Judiciário, guardando a este último, sempre a decisão final. Nesse sentido, Abramovay e Terrazas apontam – remontando os ensinamentos de Robert Alexy - o grande papel que vem sendo entregue ao Judiciário hoje.

⁶¹ ABRAMOVAY, Pedro, TERRAZAS, Fernanda, Alguns apontamentos sobre a pesquisa no âmbito do Projeto Pensando o Direito. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/centrodeestudos/galeria-de-fotos/arquivos-importados/arquivos-pdf/apostila-5>

Segundo Robert Alexy, com a jurisdição constitucional, o Judiciário se torna a expressão da representação argumentativa da sociedade, que caminha ao lado da representação democrática, impondo suas decisões não só com base nas deliberações por princípio da maioria, mas também por argumentos que possam ser aceitos de forma racional por uma parcela significativa da população⁶².

Alexy alerta que o exercício do poder estatal pelo parlamento é legítimo dado que este é eleito pelo povo, “por eleição livre e igual”⁶³. Há, portanto, uma necessidade de atribuir-se democracia à jurisdição, e o meio para essa concretização é a representação argumentativa. Para Alexy, o abarcamento da argumentação torna a atividade jurisdicional democrática, num sentido de democracia deliberativa. Segundo ele:

“A democracia deliberativa é a tentativa de institucionalizar o discurso. Tão amplamente quanto possível, como meio de tomada de decisão pública. Desse fundamento, a união entre o povo e o parlamento precisa ser determinada não somente por decisões, que encontram expressão em eleições e votações, mas também por argumentos”⁶⁴.

Pelo tribunal ser puramente argumentativo, torna-se viável dizer que há representação do povo no mesmo. Isso permite dizer que as decisões do Judiciário também são legítimas para todos e que não há, portanto, nenhuma sobreposição de poderes quando o Judiciário decide sobre matérias cujos efeitos desdobram-se para toda sociedade, e não somente no caso concreto em si.

O ideal é que um sistema complemente o outro sem que perca sua autorreferência, como no exemplo clássico de Niklas Luhmann⁶⁵ do “jogo de bilhar”,

⁶² Robert Alexy, *Constitucionalismo Discursivo*, Trad. Luís Afonso Heck, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, p.162-163. Apud ABRAMOVAY, Pedro, TERRAZAS, Fernanda, Alguns apontamentos sobre a pesquisa no âmbito do Projeto Pensando o Direito. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/centrodeestudos/galeria-de-fotos/arquivos-importados/arquivos-pdf/apostila-5>

⁶³ Robert Alexy, *Constitucionalismo Discursivo*, Trad. Luís Afonso Heck, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2011, p.163.

⁶⁴ Ibid. p.163.

⁶⁵ A teoria Luhmaniana de análise da sociedade parte da ideia de sistemas autopoieticos (sistema jurídico, político, econômico...), que possuem características próprias — como o seu código comunicativo e a sua operação específica — mas que se relacionam entre si.

onde uma bola (sistema) toca a outra (outro sistema), havendo uma interrelação, mas sem prejuízo para seu próprio sistema operacional. Assim funciona a sociedade: o sistema econômico comunica-se com o sistema político, que comunica-se com o sistema da Administração Pública, que comunica-se com o sistema Jurisdicional, e assim todos comunicam-se aos mesmo tempo, formando a dinâmica de uma sociedade complexa.

O que não pode existir é uma sobreposição de um sistema a outro, caso que denomina-se “corrupção sistêmica”, pois assim, o sistema corrompido perderia sua identidade. Pode parecer um risco ao deparar-se com uma situação de conflito onde os problemas da Administração Pública são levados ao crivo do Judiciário, mesmo quando podem ser resolvidos na própria esfera administrativa. Mas não é um risco, caso, a representação argumentativa e a representação democrática caminhem lado a lado.

Fica claro que o Judiciário, com a representação argumentativa, é tão legítimo para decidir quanto o Parlamento. E sendo assim, o cuidado que se deve ter é para que não haja uma sobreposição dos poderes.

Para o autor a distinção sistema/ambiente é fundamental para explicar fenômenos sociais, visto que um sistema não existe por si só, mas em uma constante relação com fatores externos ao mesmo, englobados pelo ambiente. Há que se destacar, porém que, de acordo com a teoria de Niklas Luhmann, esta relação não significa de nenhuma forma a sobreposição de um sistema sobre o outro de forma a corromper a operatividade — devido à diferenciação funcional existente entre eles — de um determinado subsistema social.

Desta relação surge o caráter paradoxal de autoreferencialidade e heteroreferencialidade no processo de evolução dos diferentes subsistemas, sendo a primeira composta pelas características do próprio sistema que devem ser seguidas a fim de garantir o fechamento operativo através de uma estrutura funcional autônoma e organizada (normas jurídicas — Poder Judiciário: podem ser considerados exemplo de organização do subsistema jurídico); já a heteroreferencialidade parte dessa estrutura diferenciada de cada subsistema a qual pode-se verificar a relação entre eles — daí o caráter paradoxal mencionado — que se torna possível graças à abertura cognitiva (para o sistema jurídico podemos citar as demandas econômicas, os interesses políticos, o consequencialismo como exemplo da abertura deste subsistema).

Dentro da lógica dos sistemas autopoieticos é importante destacar que a modificação dos modelos institucionais, no momento de sua implementação, de acordo com os interesses privados de determinado agente ou grupo que este represente, demonstra uma abertura do projeto institucional que acaba por descaracterizar seu fechamento operativo.

Para Luhmann os subsistemas devem responder a estímulos do ambiente (outros subsistemas) de uma forma que não comprometa o fechamento operativo dos mesmos, ou seja, mantendo sua estrutura organizada e autônoma sem a sobreposição das estruturas de outros subsistemas. Ocorrendo esta sobreposição, verifica-se a chamada “corrupção sistêmica”. GONÇALVES, Guilherme Leite. *Teoria dos sistemas de Niklas Luhmann: uma introdução*. 2006. Texto não publicado – autorização do autor.

III.1 A CRESCENTE JUDICIALIZAÇÃO DE SETORES REGULADOS – O CONFLITO

Nas palavras de Norbert Reich, “a crise regulatória se tornou um paradigma comum nos dois lados do Atlântico”. Segundo ele, tal argumento confirma-se tanto por economistas, que apontam as ineficiências da regulação, quanto por cientistas políticos que descobrem problemas de implementação e juristas que reclamam cada vez mais da sobrecarga do sistema jurídico⁶⁶. Houve assim, uma mudança de foco, onde as falhas de mercado cederam lugar às falhas regulatórias. “Os remédios regulatórios designados a curar defeitos de mercado tornaram-se agora sujeitos à aprovação do mercado.”⁶⁷

No mesmo passo, o professor Joaquim Falcão alerta que é crescente a judicialização de casos envolvendo setores regulados no Brasil⁶⁸. Revela que somente em 2007, 198 leis foram aprovadas no Congresso Nacional, ao passo que apenas três das principais agências reguladoras produziram 1.965 resoluções, incluindo nestas a Agência Nacional de Energia Elétrica, com 635 edições. Apesar das leis produzidas pelo Legislativo apresentarem natureza distinta das normas editadas pelas agências, vez que nem sempre impõem direitos e deveres para os consumidores e regulados, elas geram efeitos diretos na vida de todos os brasileiros, influenciando não só o seu cotidiano, como também o seu orçamento⁶⁹.

Joaquim resume bem a função final das agências, que vai além de apenas consertar falhas de mercado. Aliás, há muito já foi superada esta discussão, sendo consenso que a atividade regulatória não mais significa regulação econômica com um fim em si mesma, perpassa também pela denominada regulação social, isto é, a “regulação de deficiências do mercado que afetam ‘interesses difusos’ de consumidores, ou relacionados ao meio ambiente etc.”⁷⁰ Vital Moreira relembra que

⁶⁶ REICH, Robert, A Crise Regulatória: ela existe e pode ser resolvida? Análise comparativa sobre a situação da regulação social nos Estados Unidos e na Comunidade Econômica Européia, *In* MATTOS, Paulo. *Regulação Econômica e Democracia – o debate europeu*, CEBRAP, São Paulo: Singular, 2006.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ FALCÃO, Joaquim. *Agências Reguladoras e o Poder Judiciário*, CNJ, 27 de maio de 2008.

⁶⁹ *Ibid*

⁷⁰ REICH, Robert. A Crise Regulatória: ela existe e pode ser resolvida? Análise comparativa sobre a situação da regulação social nos Estados Unidos e na Comunidade Econômica Européia, *In*

regulação econômica é “o estabelecimento e a implementação de regras para a atividade econômica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objetivos públicos⁷¹”, e, portanto

(...) o pressuposto para existência de qualquer agência e suas múltiplas normas é que viabilizem um melhor serviço público para a população. No entanto, processos judiciais envolvendo estes serviços aumentam cada dia mais. É crescente a judicialização de casos envolvendo setores regulados.⁷²

Este é apenas um panorama geral do problema a ser enfrentado. O fato é que se faz necessário prevenir litigiosidade, seja com mais representatividade das normas editadas pelas Agências Reguladoras, seja com melhor prestação dos serviços regulados, seja com melhor gestão corporativa das empresas concessionárias destes serviços.

Como lembra o professor Ricardo Morishita, vivemos num modelo que talvez não corresponda mais aos interesses e necessidades da própria sociedade.

(...) Em outras palavras, a razão moral prática da ética e da justiça foram absorvidas e reduzidas ao princípio do Estado e nem sempre apresentam respostas aos desafios postos em questão. Embora exista uma norma que expressamente regula o procedimento (...), nem sempre sua efetividade prevalece ante um questionamento judicial.⁷³

Após rever as posições de todos estes especialistas, vê-se que há um apontamento claro de que o problema a ser enfrentado é a própria regulação destes setores. Mas será que de fato o problema está na regulação? Sigamos em frente.

MATTOS, Paulo. *Regulação Econômica e Democracia – o debate europeu*, CEBRAP, São Paulo: Singular, 2006.

⁷¹ MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 19.

⁷² FALCÃO, Joaquim. *Agências Reguladoras e o Poder Judiciário*, CNJ, 27 de maio de 2008.

⁷³ MORISHITA, Ricardo. Os vinte anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor e os Conflitos de massa: o processo regulatório e o termo de ocorrência de irregularidades, *In Evolução do Desempenho das Concessionárias: Aspectos jurídicos, econômicos e sociais*. Rio de Janeiro: CEDES/EMERJ, 2011.

III.2. PERSPECTIVAS DE ANÁLISE: REVISÃO JUDICIAL X CONFLITOS DE MASSA

Para se analisar tal conflito podemos escolher dois ângulos distintos: a Revisão Judicial dos Atos da Administração Pública e os denominados Conflitos de Massa.

III.2.1 REVISÃO JUDICIAL

Apesar das Agências reguladoras Independentes não se sujeitarem à revisão de seus atos pelo Poder Executivo, há possibilidade, naquilo que não é próprio de sua discricionariedade, da revisão pelo Poder Judiciário.

Pode-se interpretar que nada será excluído da apreciação do Poder Judiciário Isto se dá em virtude do princípio da inafastabilidade do conhecimento de lesão a direito pelo Poder Judiciário, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal — cláusula pétrea:

“Art. 5º (...) XXXV – A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

No entanto, o debate sobre essa revisão ou controle é muito mais profundo e complexo do que se possa imaginar.

Apesar de, quanto à revisão judicial de atos vinculados, não existirem óbices, uma vez que devem estar de acordo com o que dita a lei, pois caso contrário, serão tidos como ilegais; há uma extensa discussão quanto aos atos discricionários, que são aqueles que estão sob o poder de escolha do administrador público, de acordo com seu juízo de conveniência e oportunidade. O controle jurisdicional não pode invadir aquele núcleo de autonomia decisória inerente à discricionariedade.

A Administração direta ou indireta possui um núcleo de competências discricionárias, sobre as quais pode exercer um juízo de conveniência e oportunidade, e sobre o qual o Poder Judiciário não possui competência revisora. Conforme observa Sergio Guerra, “a Administração é livre para eleger, dentro do amplo espaço que em cada caso lhe permite a lei e o Direito, as razões (jurídicas, econômicas, sociais, técnicas, ambientais), a curto, médio e longo prazo, que servem de suporte a suas decisões”

Neste sentido, Marçal Justen Filho expõe:

“O Judiciário pode verificar se a autoridade administrativa adotou todas as providências necessárias ao desempenho satisfatório de uma competência discricionária. É possível invalidar a decisão administrativa quando se evidencie ter sido adotada sem as cautelas necessárias, impostas pelo conhecimento técnico-científico”⁷⁴

Sendo assim, Poder Judiciário não tem competência revisora sobre o exercício da competência discricionária da Administração, isto é, conforme lembra Sérgio Guerra⁷⁵, “desde que exercida nos limites da atribuição que lhe tenha sido legalmente atribuída e respeitados os princípios constitucionais regedores da atividade administrativa”. Segundo ele, essa a diferença intrínseca no papel desempenhado pelo Judiciário, o qual considera, em suas razões de decidir, unicamente questões jurídicas, de legalidade, constitucionalidade.

Esta ideia é confirmada na realidade do dia a dia dos Tribunais, conforme recente pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas e Universidade de São Paulo, a qual afirma de acordo com Carlos Ragazzo, um dos coordenadores da pesquisa, que:

“Os casos são complexos e, em geral, demandam uma atenção redobrada. Os juízes simplesmente não têm tempo para se debruçar sobre complexas questões regulatórias dirimidas por agências como a ANATEL, ANEEL e o CADE. A consequência disso acaba sendo um Judiciário focado principalmente em questões meramente procedimentais, como nulidades processuais, não cumprindo a função de controlar a qualidade das

⁷⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 590.

⁷⁵ GUERRA, Sérgio. Apostila do Curso de Direito da FGV. Op. Cit.

decisões regulatórias, já que não avaliam as conseqüências das suas decisões na política regulatória”⁷⁶.

Segundo tal pesquisa existe uma tendência representativa à confirmação das decisões administrativas das agências reguladoras, sobretudo nos tribunais superiores.

“O percentual de sucesso das agências nos litígios atinge uma média de 60%, com destaque para ANATEL, CADE, ANTT, ANTAQ e ANP, todas as autarquias com taxas de confirmação em processos transitados em julgado ultrapassando 70%”⁷⁷.

Vale expor que este tipo de demanda tem seu curso na Justiça Federal, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

III.2.2. CONFLITOS DE MASSA

Com a Constituição de 1988, e a instituição do art. 5º, inciso XXXV — supracitado, buscou-se assegurar o acesso individual e coletivo⁷⁸ dos cidadãos ao Poder Judiciário. Neste contexto de globalização, de expansão comercial, crescente industrialização, surge os denominados Conflitos de Massa⁷⁹.

Trata-se de conflitos em geral individuais e repetitivos, que refletem em grande parte problemas do cotidiano de representativa parte da população — conflitos derivados de relações de consumo.

⁷⁶ <http://exame.abril.com.br/rede-de-blogs/direito-e-desenvolvimento/2011/06/07/estudo-avalia-judicializacao-das-decisoes-das-agencias-reguladoras/>, acessado no dia 19/10/2011.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Não é pretensão deste trabalho discorrer sobre a tutela coletiva. A tutela coletiva dispõe de regras próprias que não serão tratadas no presente estudo.

⁷⁹ Para fins deste trabalho entende-se conflitos de massa como os derivados de relações de consumo. Os conflitos envolvendo relações de consumo podem ser metaindividuais, devendo, par a tanto, serem tratados de forma coletiva. Conflitos envolvendo questões metaindividuais, como os ambientais não são aqui considerados como conflitos de massa e sim conflitos coletivos.

Tais demandas podem ser observadas seguindo curso tanto na Justiça Comum Estadual, quanto nos Juizados Especiais Cíveis.

Neste sentido chama atenção o fato de que estas, não obstante perpassarem pelo juízo monocrático do Juizado Especial Cível, pela Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais, chegam até mesmo ao Supremo Tribunal Federal, classificando-se em 3º lugar na lista dos principais juízos demandantes, conforme dado abaixo⁸⁰.

Tribunais de origem agrupados por tipo			
ORDEM	ORIGEM	PROCESSOS	%
1	Justiça Federal	499.950	41%
2	Justiça Estadual	388.367	32%
3	Juizados Especiais (Federais e Estaduais)	96.292	8%
4	Justiça do Trabalho	87.514	7%
5	Supremo Tribunal Federal	70.697	6%
6	Superior Tribunal de Justiça	39.786	3%
7	Outros	37.040	3%
Total		1.219.646	100%

Figura 02. Fonte: Supremo em Números

É justamente por este motivo que foram escolhidos os juizados especiais cíveis como fonte da pesquisa. É nos juizados em que se dá relação direta entre empresa e consumidor.⁸¹

Em Tribunais Estaduais e principalmente nos Tribunais Regionais Federais e no STJ as matérias regulatórias são discutidas sob uma perspectiva diversa. Normalmente, esses tribunais apreciam as grandes questões, ou seja, se uma Resolução da Agência Reguladora é legal, se a Revisão Tarifária respeitou as previsões contratuais do processo de desestatização.

Fica claro que nessas situações é a própria Agência Reguladora que está tendo a legalidade de seus atos verificada. A empresa e os consumidores aparecem somente como pano de fundo.

⁸⁰ Supremo em Números. Pesquisa feita pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas.

⁸¹ Trata-se das demandas repetitivas — de massa.

Apesar da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vir ratificando os posicionamentos das Agências reguladoras, não significa que a decisão regulatória tem preponderado na resolução dos conflitos judiciais entre os consumidores e as empresas no Judiciário brasileiro.

Em outras palavras, as grandes questões decididas pelo STJ não são suficientes para inferir se as decisões administrativas regulatórias são observadas pelo Judiciário. E é por isso que destaca-se a importância de se analisar a Justiça Estadual, em especial a atuação dos Juizados Especiais Cíveis.

Capítulo IV – PARA CADA PROBLEMA COMPLEXO, UMA SOLUÇÃO SIMPLES, BRILHANTE E ERRADA

IV.1 ENERGIA ELÉTRICA

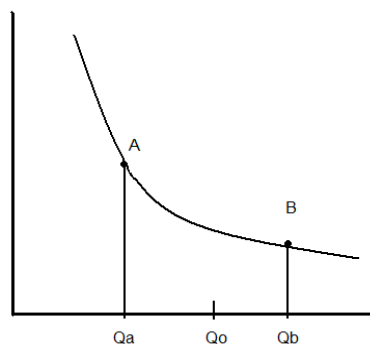
Trata-se de um ambiente regulado de alta complexidade técnica.

A complexidade é *per se* e decorre de algumas características únicas associadas dentro de um mesmo setor.

Em primeiro lugar, energia elétrica é considerada um bem essencial e, por decorrência, um serviço público, e isso torna o seu regime jurídico diferenciado.

Em segundo lugar, o setor elétrico divide-se em 3 segmentos distintos, explorados com regulação própria: geração, transmissão e distribuição.

Além do mais, os segmentos de transmissão e distribuição são monopólios naturais. De acordo com Armando Castellar, “Trata-se de um modelo de estrutura de mercado oposto ao da concorrência perfeita”⁸². Neste modelo, apenas uma empresa supre todo o mercado e isto pode dar-se por vários motivos. Diz-se que é um monopólio natural quando por exemplo a tecnologia se tal que só se consiga obter um custo baixo de produção quando o mercado é suprido por um só produtor. Para melhor visualizar uma situação de monopólio natural, temos o gráfico abaixo:



⁸² PINHEIRO, Armando Castellar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Campus, 2006.

A demanda viável está representada por Q_0 . Caso existam várias empresas, o mercado é dividido, aumentando o custo de cada uma, representando tal resultado por Q_a , o que torna inviável.

Por outro lado, se existe uma só empresa B, esta sozinha conseguirá produzir a quantidade demandada pelo mercado. Ou seja, sempre que a quantidade produzida em regime de concorrência, for inferior a quantidade viável, estar-se-á diante de um monopólio natural válido.

Em outras palavras, não há competição entre as empresas, o consumidor não pode optar por prestadores diferentes, o que torna a regulação imprescindível para evitar os notórios males provocados pelos monopólios.

A regulação é protagonizada pela ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) que define as tarifas, bem como os direitos e obrigações dos usuários na relação com as empresas, por exemplo.

Nada obstante, existem outros órgãos estatais que também participam do processo regulatório: EPE (Empresa de Pesquisa Energética), ONS (Operador Nacional do Sistema), CCEE (Câmara de Comercialização de Energia Elétrica), CNPE (Conselho Nacional de Política Energética) e o CMSE (Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico).

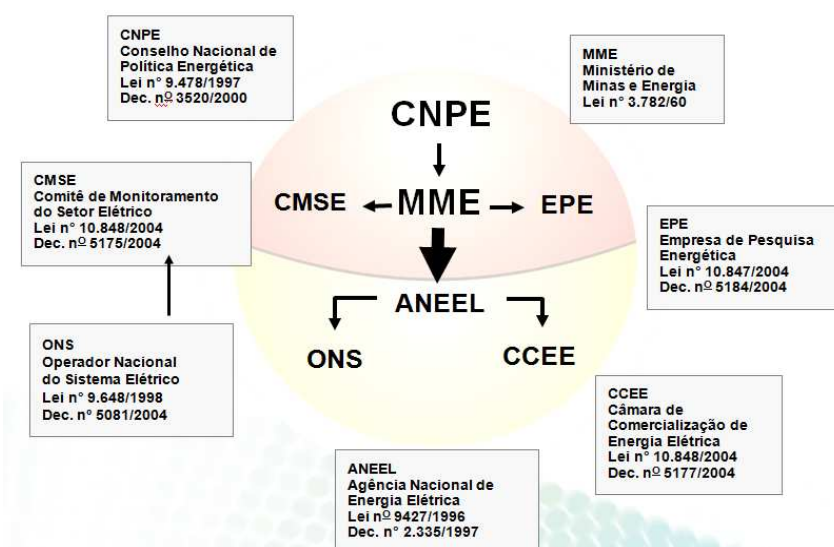


Figura 04. O Setor Elétrico.

O cenário exposto acima evidencia a complexidade do setor elétrico e, consequentemente, sua extrema importância. Por este motivo foi este o setor escolhido para ser objeto de investigação. O tecnicismo inerente a ele, torna qualquer tipo de intervenção externa delicada e arriscada. Intervenções reiteradas podem aumentar o risco sistêmico e comprometer o equilíbrio regulatório. É nesse sentido, que se pretende aprofundar a análise das decisões judiciais referentes a conflitos de massa no setor elétrico.

IV.2 AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL

A ANEEL foi criada pela Lei nº 9.427/96, tendo suas competências posteriormente alteradas pela Lei nº 10.848/2004, marcando uma descentralização maior das suas atividades, uma vez que algumas dessas competências foram delegadas às Agências Reguladoras Estaduais – tais como, a promoção direta de licitações.

Lembra Alexandre Aragão que “à ANEEL compete "estabelecer, com vistas a propiciar a concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, restrições e limites ou condições" (art. 3º, VIII, Lei nº 9.427/96)”.

Sendo assim, para estabelecer restrições, limites e condições, a ANEEL atua por meio de Resoluções Normativas, cada qual com sua particularidade do tema envolvido.

No que concerne à regulação das relações do consumidor com as empresas concessionárias, a ANEEL editou a resolução 456/2000 posteriormente revogada pela Resolução 414/2010, as quais estipulam as Condições Gerais de Fornecimento de Energia Elétrica.

IV. 3. O ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A judicialização dos casos de consumo no Rio de Janeiro é especialmente importante. Não apenas por suas características sociais, econômicas e até mesmo culturais, mas também pelo seu aspecto numérico.

A Figura a seguir demonstra os casos no Supremo Tribunal Federal de acordo com seu estado de origem. Fica claro que o Rio de Janeiro, apesar de ser o terceiro estado em número absoluto de processos, lidera com muita folga nas questões de consumo:

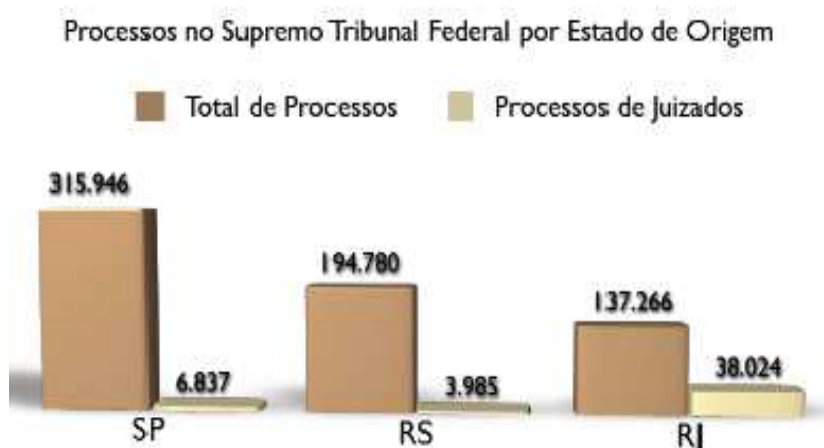


Gráfico 02. Total de Processos x processos de juizados por estado no STF

A disparidade entre Rio de Janeiro e São Paulo, com mais de 38 mil processos para aquele contra cerca de 6,8 mil deste, deixa claro que existe alguma diferença profunda entre os Estados. Parte desta diferença pode ser explicada por questões internas ao Judiciário, como por exemplo o tempo de julgamento nos juizados especiais. O Rio de Janeiro é conhecido nacionalmente por sua celeridade e acessibilidade, ao passo que São Paulo leva a fama de moroso. Este, com certeza, é um aspecto, mas outros devem colaborar para essa diferença. E neste ponto entram os fatores culturais e econômicos de difícil mapeamento já citados: informalidade, violência, infraestrutura, renda etc.

Pode-se comprovar que o Rio de Janeiro provê um bom acesso ao Judiciário quando se analisa quais os principais litigantes em questões de consumo e seu volume de processos nos Juizados do Estado do Rio de Janeiro, conforme o gráfico a seguir:

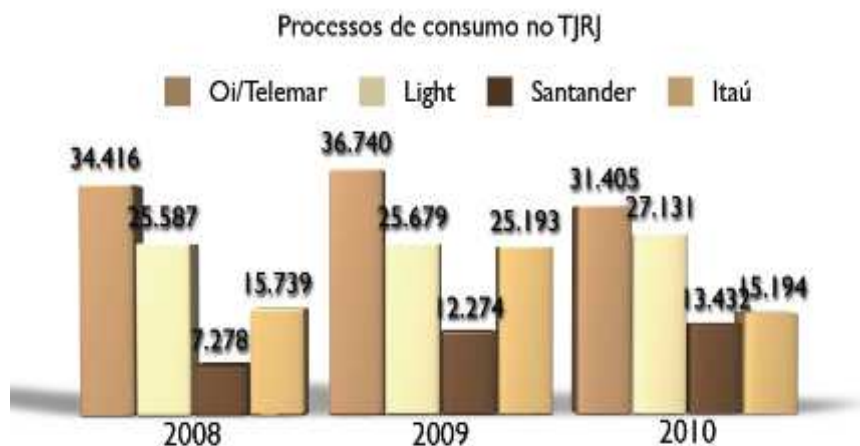


Gráfico 03. Processos de consumo no Estado do Rio de Janeiro

Como se observa, a demanda nos Juizados Especiais Cíveis do TJRJ é bastante elevada, independentemente da empresa analisada. No entanto, ela se torna especialmente relevante quando focamos em serviços essenciais, como o setor de energia elétrica.

No Estado do Rio de Janeiro existem duas empresas concessionárias de energia elétrica: a AMPLA e a LIGHT.

A Light Serviços de Eletricidade S.A. detém a concessão para a distribuição de energia elétrica em grande parte do Estado do Rio de Janeiro, incluindo a capital. A empresa está presente em 31 municípios do estado do Rio de Janeiro, abrangendo uma região com mais de 10 milhões de pessoas e somando 4 milhões de clientes. Apesar da área de concessão da Light abranger somente 25% do território estadual, com a cobertura de uma área de 10.970 Km², **suas vendas correspondem a 72% de toda a energia consumida no Estado do Rio de Janeiro.**

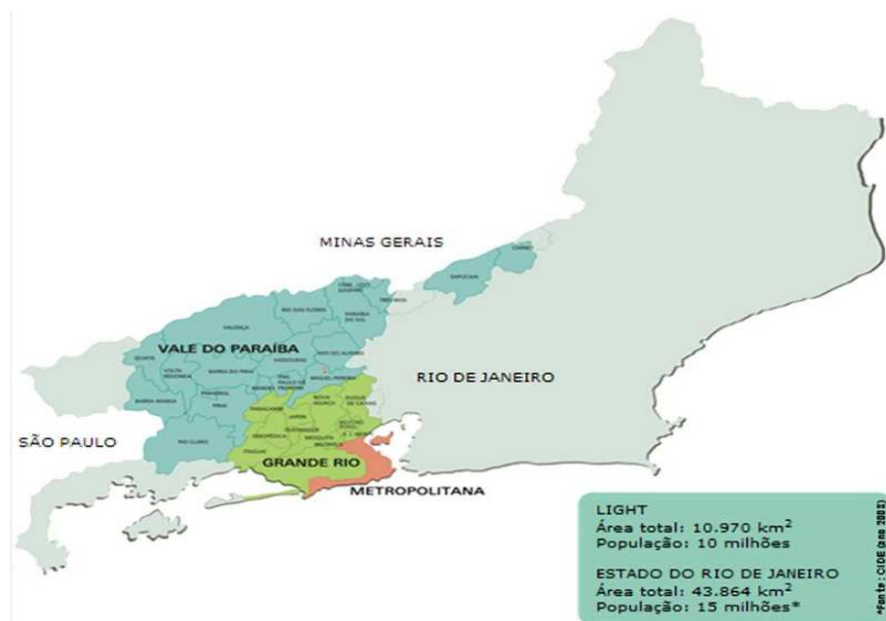


Figura 05. A Light S/A no Estado do Rio de Janeiro. Fonte: CIDE (2002)

Este dado por si só já a torna especialmente interessante como empresa a ser analisada no estudo aqui pretendido. Só que mais que isso! A LIGHT ocupa 2º lugar na lista do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro denominada “TOP 30” das empresas mais acionadas, conforme a tabela abaixo:

Nome Organização	2010					2011					Soma		%		
	Ago	Set	Out	Nov	Dez	Jan	Fev	Mar	Abr	Mai	Jun	Jul		Ago	
1º OI - TELEFONIA FIXA	3.031	2.604	2.183	2.313	1.718	2.047	2.775	2.900	3.155	3.510	3.159	3.189	3.644	36.228	9,47%
2º LIGHT S/A	2.537	2.155	1.816	2.156	1.912	1.799	2.475	2.179	1.963	2.010	1.671	1.826	1.836	26.335	6,88%
3º BANCO SANTANDER BANESPA S/A	1.625	1.278	985	1.062	834	1.008	1.224	1.500	1.902	2.330	1.975	2.237	2.378	20.338	5,32%
4º BANCO ITAU S/A	1.474	1.312	1.192	1.320	1.072	1.310	1.424	1.479	1.454	1.814	1.597	1.690	1.891	19.029	4,97%
5º AMPLA S/A	1.474	1.311	1.133	1.232	860	1.428	1.673	1.452	1.622	1.721	1.431	1.390	1.372	18.099	4,73%
6º BCP S.A. (CLARO, ATL-ALGAR, ATL, TELECOM LESTE S.A)	1.181	1.059	856	833	760	907	1.204	1.187	1.305	1.450	1.426	1.614	1.843	15.625	4,08%
7º GLOBEX UTILIDADES S/A (PONTO FRIO)	1.184	1.169	899	825	707	1.379	1.426	1.246	1.221	1.377	1.164	1.227	1.554	15.378	4,02%
8º BANCO ITAUCARD S. A.	1.011	940	760	1.037	789	960	1.168	1.269	1.293	1.508	1.440	1.559	1.822	15.556	4,07%
9º VIVO S/A	969	1.085	967	807	577	901	1.165	1.047	1.326	1.571	1.290	903	1.317	13.925	3,64%
10º BANCO BRADESCO S/A	1.035	979	756	949	755	1.053	1.126	1.056	1.061	1.358	1.136	1.296	1.349	13.909	3,64%
11º CASA BAHIA COMERCIAL LTDA	872	842	668	737	563	801	987	965	927	1.183	892	948	1.034	11.419	2,98%
12º OI - TELEFONIA CELULAR	1.030	960	715	723	562	670	872	816	862	947	885	958	1.040	11.040	2,89%
13º BV FINANCEIRA S/A	729	777	490	701	500	641	811	959	952	1.121	903	1.199	1.048	10.831	2,83%
14º EMBRATEL - (LIVRE/VESPER)	605	528	512	533	444	531	702	732	764	952	945	1.090	1.222	9.560	2,50%
15º RICARDO ELETRO DIVINOPOLIS LTDA	493	497	433	586	487	899	1.054	834	796	844	833	756	800	9.312	2,43%
16º TIM CELULAR S/A	716	498	453	491	429	532	957	1.002	854	859	635	680	719	8.825	2,31%
17º BANCO DO BRASIL S/A	763	633	521	622	479	603	658	597	649	728	633	686	778	8.350	2,18%
18º BANCO IBI S.A. - BANCO MÚLTIPLO	727	661	566	588	393	516	616	634	665	672	684	642	784	8.148	2,13%
19º BANCO ABN AMRO REAL S.A.	872	817	614	534	412	508	442	436	431	461	407	384	393	6.711	1,75%
20º CEDAE B2W - COMPANHIA GLOBAL DO VAREJO/ AMERICANAS.COM/SUBMARINO/ SHOPTIME	687	616	441	480	400	417	809	473	489	453	486	396	509	6.616	1,73%
21º AMERICANAS.COM/SUBMARINO/ SHOPTIME	227	198	244	269	251	834	967	759	662	638	494	435	426	6.404	1,67%
22º BANCO BMG S/A	415	394	330	374	298	305	397	413	372	433	385	389	414	4.919	1,29%
23º LOJAS AMERICANAS S/A	239	231	228	237	243	600	750	562	491	455	354	310	275	4.975	1,30%
24º NET RIO LTDA	359	319	292	295	256	282	350	349	344	373	327	326	322	4.194	1,10%
25º BANCO PANAMERICANO S/A	265	280	240	242	202	207	309	278	349	364	328	328	390	3.782	0,99%
26º UNIMED	260	256	227	194	198	197	210	238	234	326	271	296	358	3.265	0,85%
27º NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA	193	176	169	185	150	228	231	234	255	325	293	348	415	3.202	0,84%
28º BANCO HSBC - BANK BRASIL S/A - BANCO MÚLTIPLO	296	239	183	206	173	200	234	244	247	267	248	246	265	3.048	0,80%
29º BANCO BRADESCO S/A - ADM. DE CARTÕES DE CRÉDITO	192	182	188	233	178	210	259	238	244	292	238	243	249	2.946	0,77%
30º CASA E VIDEO	222	212	182	184	130	199	228	191	211	253	214	209	211	2.646	0,69%
Subtotal	25.683	23.208	19.243	20.948	16.732	22.172	27.503	26.269	27.080	30.595	26.724	27.800	30.658	324.615	84,85%
Outros	5.275	4.637	3.765	3.969	3.187	3.617	4.621	4.377	4.601	5.269	4.678	4.796	5.169	57.961	15,15%
Total	30.958	27.845	23.008	24.917	19.919	25.789	32.124	30.646	31.681	35.864	31.402	32.596	35.827	382.576	100,00%

Tabela 01. Top 30 TJ/RJ

Mais que isso! A LIGHT apresenta uma tendência constantemente crescente, enquanto as demais empresas apresentam uma tendência decrescente, embora após 2008 passem a ter curva crescente, conforme gráfico a seguir:

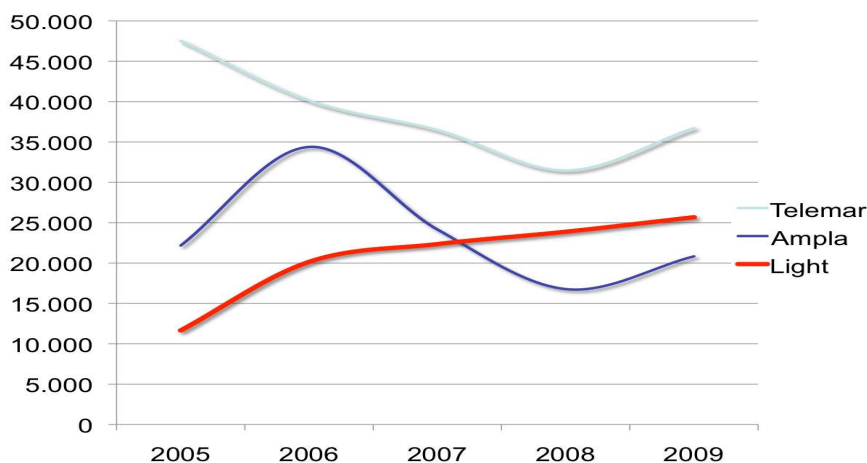


Gráfico 04. Evolução da demanda da Telemar, Light e Ampla

Uma das possíveis explicações para tal fenômeno pode ser o fato de que o Rio de Janeiro é o Estado no qual a concessionária de energia elétrica responsável pela capital enfrenta o maior “índice de complexidade social”⁸³.

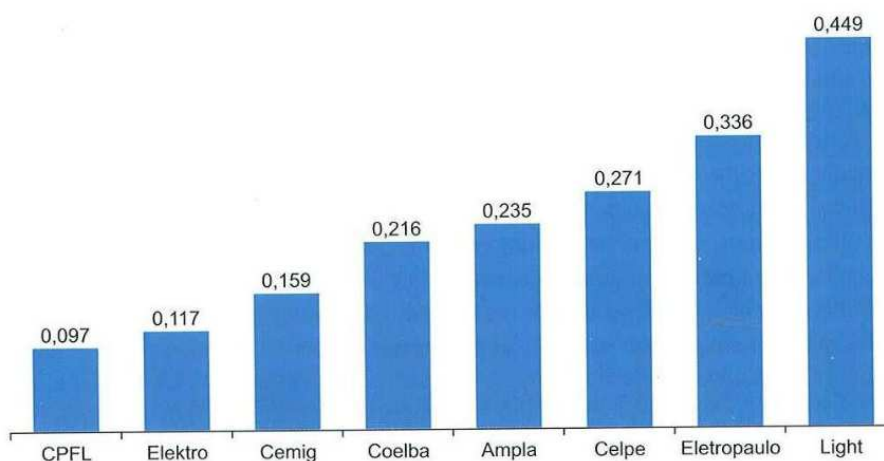


Gráfico 01. Índice de Complexidade Social⁸⁴

⁸³ Este índice, elaborado pela FGV – Fundação Getulio Vargas, é composto por uma série de indicadores sociais, como informalidade, violência, infraestrutura, renda, dentre outros. AMORIM, Fabio da Rocha. *As Irregularidades no Consumo de Energia Elétrica*. Rio de Janeiro: Synergia, 2010.

⁸⁴ AMORIM, Fabio da Rocha. *As Irregularidades no Consumo de Energia Elétrica*. Rio de Janeiro: Synergia, 2010, p.4.

As características sociais do Rio de Janeiro se refletem em aspectos importantes e que normalmente passam à margem do raciocínio regulatório, só vindo a aparecer, de fato, quando na análise específica dos casos pelo Poder Judiciário.

Não por acaso é a Light a concessionária responsável pela capital do Estado do Rio de Janeiro, uma das empresas que enfrenta maiores problemas relativos às chamadas “perdas não-técnicas”. Ou, simplesmente, furto de energia.

Para efeitos comparativos, a quantidade de energia elétrica furtada apenas na área de concessão da Light equivale à produção de uma Usina de Angra I por ano. Ou, ainda, a todo o consumo do Estado do Espírito Santo durante o mesmo período. Em valores, tem-se aproximadamente R\$ 1 bilhão por ano, representando uma perda arrecadatória de tributos de cerca de R\$ 320 milhões/ano (carga tributária de 32%).

Ademais, tem sido recorrente a atuação de novos protagonistas no processo regulatório o Ministério Público, os órgãos de defesa do consumidor, os magistrados e advogados bons e, inclusive, os ligados à demanda estimulada e oportunista.

Exemplo disso são os chamados zangões, ou advogados que geram litigância artificialmente como forma de captar clientes e recursos. Não obstante a captação em si já seja uma violação das obrigações dos advogados, por vezes ela é ainda mais do que simples estímulo: ela é a própria geradora da demanda. Pode-se observar dos exemplos colhidos a seguir como atuam esses advogados:



Figura 01. Anúncios de advogados gerando litigância⁸⁵

⁸⁵ Ibid

Por fim, como se pode notar no gráfico do Procon do Estado do Rio de Janeiro — órgão público de defesa do consumidor —, todas as reclamações envolvendo o setor de energia elétrica refletem problemas relacionados à regulação, quais sejam, as de cobranças, contratos e prestação de serviço, como se vê abaixo:

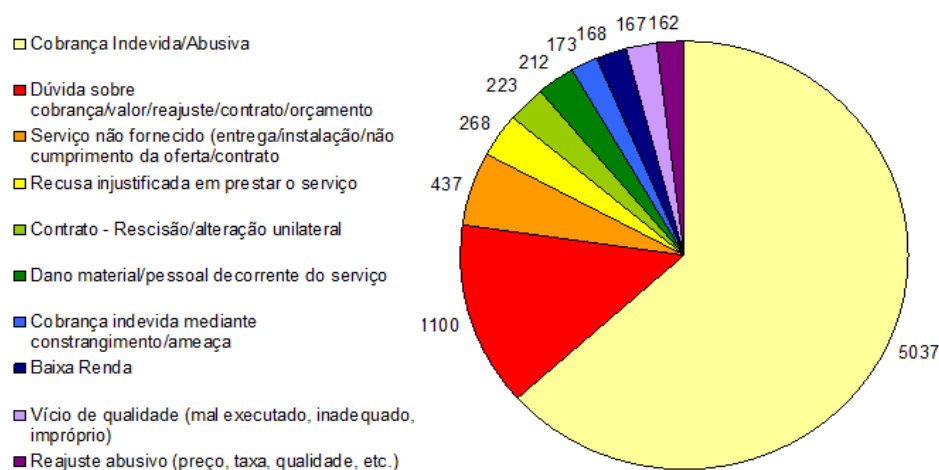


Figura 06. Fonte: SINDEC - 02/12/2005* a 24/09/2011

Diante deste cenário, parece-nos claro que a análise do caso Light como representante de um setor regulado, fonte geradora de conflitos levados ao Judiciário pode trazer subsídios suficientes para uma análise crítica do embate objeto deste trabalho.

IV.4 UM PROBLEMA COMPLEXO: POR QUÊ?

Podem existir diversos conflitos nos setores regulados. Dentre eles, conflitos específicos de cada setor, como, por exemplo, a tarifa de assinatura básica no setor de telecomunicações ou ainda o reajuste tarifário no setor de energia elétrica. Ao mesmo passo, conflitos mais gerais, presentes em todos os setores regulados, como conflito de legitimidade, participação e controle. Nestes destacam-se os que envolvem as relações de consumo, os quais geram passivo judicial enorme para as empresas concessionárias, um abarrotamento de demandas repetitivas no Judiciário e uma insatisfação generalizada do consumidor, destinatário final dos serviços públicos regulados.

Isso gera um problema claro: um conflito entre a Administração Pública (Agência Reguladora) e o Judiciário. No caso do setor elétrico, temos a ANEEL que expede normas que deverão ser respeitadas pelas empresas concessionárias. Embora no bojo da Lei de criação da ANEEL existam mecanismos de participação e de ouvidoria⁸⁶, os consumidores buscam a garantia de seus direitos no Judiciário, permitindo com que outro sistema solucione os conflitos do sistema regulatório.

⁸⁶**MECANISMOS DE REPRESENTAÇÃO E PARTICIPAÇÃO DOS CONSUMIDORES**

Tais mecanismos estão materializados nas audiências públicas, previstas no art. 4º, § 3º da Lei 9427/96, e nas consultas públicas, previstas nos artigos 22 a 24 da Resolução Normativa ANEEL nº 273, as quais destinam-se a recolher informações e subsídios para instrução de processos decisórios da própria agência reguladora. Não obstante, há também a previsão dos denominados “Conselhos de Consumidores”, que deverão ser criados pelas próprias concessionárias de serviço público de distribuição de energia, conforme art. 13 da Lei 8631/93. Fazem parte deste Conselho, representantes das principais classes tarifárias, atuando junto à empresa com vistas a assegurar qualidade nos serviços prestados. O referido Conselho tem caráter meramente consultivo⁸⁶. (Resolução Normativa ANEEL nº 138/2000 e art. 13 da Lei 8987/95)

MECANISMOS DE PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES

No que toca aos mecanismos de proteção dos consumidores, pode-se dizer, inicialmente, que é dever da atividade regulatória desempenhada pela agência específica do setor pautar-se pelo atendimento das necessidades do consumidor e ainda zelar, seja direta ou indiretamente, pela boa prestação e qualidade do serviço, observando sempre, ainda que subsidiariamente, o disposto no Código de Defesa do Consumidor, conforme art. 3º, II e XVI, e arts. 13 e 14 do anexo I do Dec. 2335/97, bem como da Resolução Normativa ANEEL nº 414/2010. Há ainda determinação de que haja uma Ouvidoria responsável por receber, organizar e gerir as informações das reclamações dos consumidores, de modo a viabilizar respectiva cobrança junto às empresas reguladas, objetivando uma solução rápida e efetiva, conforme art. 8º, § 1º do anexo I do Dec. 2335/97 e art. 4º, § 1º da Lei 9427/96. Não obstante, há ainda possibilidade de punição das empresas que violem às determinações da ANEEL, incluindo o que diz respeito aos direitos do consumidor, por meio de advertências, multas, impedimentos de contratação, dentre outras penalidades, de acordo com art. 17 do Dec. 2335/97.

Como visto acima, o ideal é que um sistema complemente o outro sem que perca sua autorreferência. Mas será que é isso que está acontecendo?

A excessiva judicialização desses conflitos de consumo no setor de energia elétrica provoca consequências adversas e cíclicas, comprometendo todo o sistema regulado.

Esse processo regulatório descoordenado pode potencializar os riscos de todo o setor, pois medidas de ordem técnica — como o combate às perdas não-técnicas — tornam-se dependentes de elementos exógenos.

Faz-se mais do que necessário estudar como a regulação da ANEEL tem sido aplicada nas demandas em que o consumidor figura diretamente contra a empresa. Pois apesar de aos olhos comuns parecerem questões “micro”, respondem por resultados dificilmente reversíveis, tais como, perdas financeiras diretas (custos jurídicos) e indiretas (contingenciamentos), ineficiência de gestão, dano à imagem e à marca da empresa.

Além de afetar o valor patrimonial da empresa, há também um dano particular e importantíssimo, vez que não somente diz respeito às empresas, como também, a própria regulação, gerando seu enfraquecimento. Trata-se do resultado político.

O setor elétrico tem sido afetado pelas demandas judiciais de massa. O grande volume de conflitos e demandas impõe elevadas perdas às concessionárias, com reflexos tarifários, em última análise.

Não obstante, as estatísticas processuais corroborarem as afirmações feitas acima; nos juizados fluminenses, a Light figura como a 2ª empresa com maior número de processos.

Busca-se, portanto, confirmar no presente estudo se este conflito entre a ANEEL e o Judiciário, nas relações de consumo, configuram perda de autorreferencialidade do sistema regulatório ou se é confirmada uma relação harmoniosa entre os dois sistemas envolvidos.

Capítulo V – METODOLOGIA UTILIZADA

Antes de adentrarmos na análise propriamente dita a respeito do Poder Judiciário do Rio de Janeiro e as questões reguladas, convém uma breve introdução a respeito da metodologia adotada para a análise empírica desta relação, bem como as dificuldades encontradas.

V.1 O ESTUDO EMPÍRICO EM DIREITO

Existem duas formas de analisar o conflito em questão. A primeira delas é a forma, aqui compreendida, como tradicional, ou seja, a partir da coletânea de doutrinas pertinentes ao se analisar um determinado caso judicializado, a escolha de uma decisão judicial.

Como lembram o professor Pedro Abramovay e Fernanda Terrazas, “tradicionalmente, a pesquisa jurídica no Brasil ao longo dos anos tem se dedicado ao estudo do direito positivo, declinando da análise do processo legislativo”⁸⁷. E como se observa, não só o processo legislativo, de criação de leis pelo Parlamento, mas também o processo normativo do próprio Executivo, onde se editam resoluções, portarias, enfim, normas que acabam por influenciar o cotidiano de todos, e que do mesmo modo, são reduzidos pela pesquisa jurídica tradicional a meros dispositivos a serem cumpridos ou não. Para Abramovay e Terrazas, “os artigos, pesquisas e livros publicados na área do direito costumam olhar para a lei como algo pronto, dado, desconsiderando o seu processo de formação”⁸⁸. O que é bem verdade. Segundo referidos autores:

É mais comum observar, por exemplo, o debate sobre a constitucionalidade das leis já promulgadas, do que a avaliação dos problemas de um projeto de lei que poderiam contrariar o texto constitucional caso fosse aprovado. Essa cultura

⁸⁷ ABRAMOVAY, Pedro, TERRAZAS, Fernanda, *Alguns apontamentos sobre a pesquisa no âmbito do Projeto Pensando o Direito*. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/centrodeestudos/galeria-de-fotos/arquivos-importados/arquivos-pdf/apostila-5>

⁸⁸ *Ibid.*

demonstra uma falta de reconhecimento do Parlamento como instância legítima para o debate jurídico e transfere para o momento no qual a norma é analisada pelo Judiciário todo o debate público sobre a formação legislativa⁸⁹.

Do mesmo modo, vem ocorrendo com as decisões expedidas pelas Agências Reguladoras brasileiras que cada dia mais são alvos de debate no Judiciário, guardando a este último, sempre a decisão final. Nesse sentido, Abramovay e Terrazas apontam — remontando os ensinamentos de Robert Alexy — o grande papel que vem sendo entregue ao Judiciário hoje.

Segundo Robert Alexy, com a jurisdição constitucional, o Judiciário se torna a expressão da representação argumentativa da sociedade, que caminha ao lado da representação democrática, impondo suas decisões não só com base nas deliberações por princípio da maioria, mas também por argumentos que possam ser aceitos de forma racional por uma parcela significativa da população⁹⁰.

É, por isso, importante fortalecer o debate sobre as questões envolvendo os setores regulados dentro do seio do próprio Executivo, de modo a não sobrecarregar o Judiciário. E este papel cabe sempre à Academia também, através, e principalmente, da pesquisa jurídica, não somente a pesquisa em economia e ciência social. No entanto, para conseguirmos avançar nas novas teorias e estratégias, é imprescindível um “retrato da realidade” na qual estes setores estão inseridos, um diagnóstico.

É neste sentido que a segunda forma de análise de um conflito como o exposto no presente trabalho ganha força: o estudo empírico. É ele o responsável pela observação da realidade, e a partir de sua análise tecer um diagnóstico, que embora possa não ser totalmente perfeito, dadas as variáveis comuns a qualquer pesquisa, mas que pretende-se ser o mais próximo disso. Só assim conseguir-se-á traçar soluções que não corram um risco tão grande de não terem eficácia e efetividade. Neste sentido, afirma Marcos Nobre:

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ Robert Alexy, *Constitucionalismo Discursivo*, Trad. Luís Afonso Heck, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp 162-165. *Apud* ABRAMOVAY, Pedro, TERRAZAS, Fernanda, *Alguns apontamentos sobre a pesquisa no âmbito do Projeto Pensando o Direito*. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/centrodeestudos/galeria-de-fotos/arquivos-importados/arquivos-pdf/apostila-5>

“Se é certo que o direito tem uma especificidade (“tecnológica”, no dizer de Ferraz), não vejo por que tal especificidade deva impedir que a ciência do direito possa ser explicativa, nem que a faça direcionar-se unicamente ao “docere” e às propostas de solução. Creio ser possível realizar reconstruções dogmáticas que não tenham compromisso com soluções e com a decidibilidade mas que procurem unicamente explicar (“compreender” seria melhor, nesse caso) o estatuto de determinado instituto na prática jurisprudencial — que, na concepção de pesquisa defendida aqui, ganharia então um papel de grande destaque, ao contrário do papel inteiramente secundário que desempenha hoje — e na doutrina, sendo esses elementos tomados como objetos empíricos de investigação a serem compatibilizados segundo uma determinada arquitetônica dos princípios estruturantes do ordenamento”⁹¹.

Continua Marcos Nobre:

Nesse sentido, a doutrina seria considerada já uma sistematização da prática jurídica e estaria a ela vinculada de maneira inextricável (tal como em Tércio Sampaio Ferraz, acredito). Mas nem por isso a dogmática deveria se limitar a sistematizar a doutrina. Pelo contrário, é necessário insistir em que a distinção entre “técnica jurídica” e “ciência do direito” só poderá ser garantida se se afirmar com vigor a distinção entre “doutrina” e “dogmática”. Com isso, também no direito poderíamos falar, guardadas todas as especificidades, em “ciência básica” e em “ciência aplicada”, correspondendo o primeiro termo à “dogmática” e o segundo à “doutrina”⁹².

Ainda segundo o autor:

(...) o que nos falta hoje é, certamente, pesquisa básica em direito. (...) Acredito que só o avanço de uma tal pesquisa básica poderá revolucionar o ensino jurídico e a doutrina jurídica no Brasil, algo de que necessitamos urgentemente, sob risco de voltarmos a uma situação em muitos aspectos semelhante à do período da Colônia e mesmo do Império, em que nossos operadores do direito eram obrigados a buscar formação adequada no exterior⁹³.

⁹¹ (2004) "Apontamentos sobre a Pesquisa em Direito no Brasil". Cadernos Direito GV, nº 1, SET. São Paulo: Publicações EDESP/FGV

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*

Hoje, pode-se dizer sem reservada modéstia, que a Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas vem desempenhando importante protagonismo em pesquisa jurídica empírica, mostrando como a interlocução de diversas áreas científicas, com merecido destaque para ciências exatas, podem reproduzir resultados mais seguros e confiáveis, ainda que haja uma infinidade de variáveis.

V.2 DESCRIÇÃO DO MÉTODO UTILIZADO

O primeiro passo dado foi uma análise textos, mencionados na bibliografia, identificando o problema a ser enfrentado. Escolhido o problema da crescente judicialização de questões envolvendo setores regulados, detectou-se o conflito a ser analisado: a relação entre Administração Pública e Poder Judiciário.

A escolha pelos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio de Janeiro deu-se em virtude de motivos antes já expostos no que tange ao grau de litigiosidade bem como por tratarem de esferas jurisdicionais com relação direta ao consumidor, objeto de escolha do estudo em questão. Sendo assim, uma vez delimitado o problema, o objeto a ser investigado e onde investigá-lo, foi escolhido como método de pesquisa a análise por amostragem não aleatória das decisões dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio de Janeiro, adotando a chave de busca “ANEEL”, vez que o que se pretende verificar no presente trabalho é o quanto as Resoluções da ANEEL atinentes às relações de consumo na distribuição de energia elétrica estão sendo reconhecidas pelo Poder Judiciário.

A busca foi realizada no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, www.tjrj.jus.br, no dia 19/10/2011, onde foram registradas 300 ocorrências, das quais 235 tinham a empresa LIGHT S/A no polo passivo, e as 65 restantes tinham a empresa AMPLA como parte. O período disponível pela busca foi de setembro de 2010 a setembro de 2011.

Destas 300 decisões, foram analisadas 50 com vistas a detectar as variáveis necessárias para a composição de um formulário que pudesse ser aplicado às demais decisões.

Os campos inicialmente encontrados sofreram diversas alterações ao decorrer do agrupamento de novas decisões, conforme novas variáveis eram detectadas, estando descritos os campos finais da tabela no quadro do próximo tópico deste capítulo.

V.2.1 MÉTODO DE SELEÇÃO DAS DECISÕES ESTUDADAS

Ao contrário da observação cotidiana, a presente pesquisa distingue-se por algum grau de controle que um pesquisador pode aplicar à situação de pesquisa. Jack Levin e James Fox⁹⁴ apontam que em geral os pesquisadores sociais operam com o tempo, energia e recursos limitados, o que torna difícil estudar cada elemento de determinada população. Ao invés disto, optam por uma “amostra”, ou seja, um número menor de indivíduos da população, mas que consigam refletir sua realidade. Isto se dá devido ao processo de amostragem, onde os pesquisadores sociais buscam fazer generalizações de uma amostra — um pequeno grupo de indivíduos — para toda população da qual ela foi extraída.

Não obstante, quando não se tem acesso ao universo dos dados, uma vez que até mesmo não se tem controle da amostra gerada pelo sistema do site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, há que se utilizar de uma estratégia metodológica, a fim de que se possa coletar um banco de dados minimamente confiável.

Foi o que elaboramos neste trabalho.

A partir de uma busca determinada — com a palavra chave “ANEEL”, foram disponibilizados 300 processos envolvendo a ANEEL na jurisprudência das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis do TJRJ —, e limitada pelo próprio sistema aos 300 casos mais recentes, construímos nossa base inicial.

⁹⁴ LEVIN, Jack; FOX, James. *Estatística para ciências humanas*, 9ª ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2004.

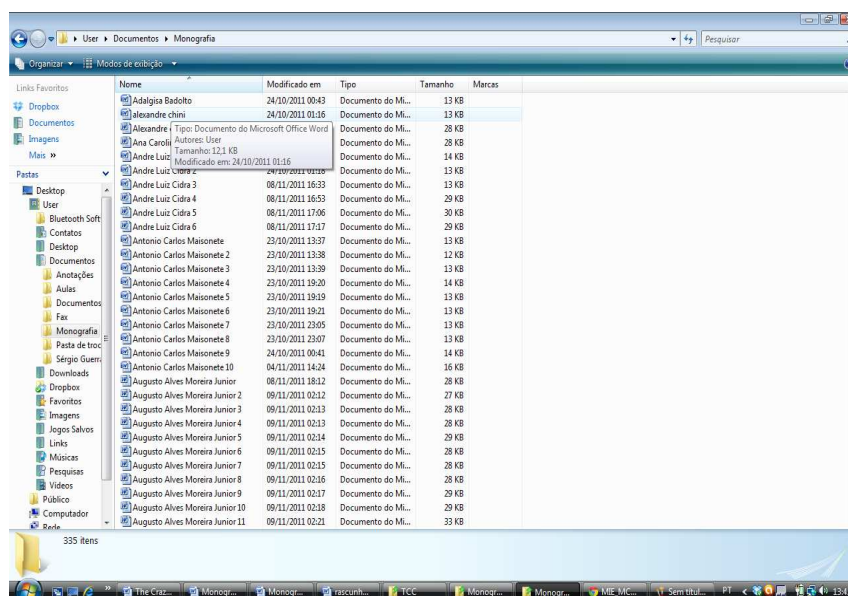


Figura 07. Decisões Coletadas

De forma a minimizar a limitação dos 300 casos disponibilizados pelo sistema, partimos para a segunda etapa da pesquisa, possibilitando, assim, a captação de casos de anos anteriores. Nesta etapa, de posse dos nomes dos 21 magistrados que apareceram na busca anterior, realizamos nova busca, desta vez limitando o filtro pela presença da palavra ANEEL para cada um dos magistrados. Foram obtidos 547 casos, dos quais descartamos os processos repetidos — ou seja, que apareceram na 1ª busca.

	A	B	C	D	E	F	G
	NOME DO ARQUIVO	Nº DO PROCESSO	JULIZ	TURMA RECURSAL	AUTOR	RÉU	RÉU RECORRENTE
1	Adalgisa Baldotto.docx	0055837-60.2010.8.19.0042	Adalgisa Baldotto Emery		Tania Marisa Carius da Silva	AMPLA	RECORRENTE
2	alexandre chini.docx	0001330-96.2008.8.19.0050	Alexandre Chini Neto	3ª	Osmar Pereira Filho	AMPLA	RECORRENTE
3	alexandre chini 2.docx	2009.700.000774-2	Alexandre Chini Neto	2ª	Lenisla da Silva Nunes	AMPLA	RECORRIDO/RECORRENTE
4	Ana Carolina Fucks.docx	2009.700.018082-8	Ana carolina Fucks	3ª	Vania da Conceição	AMPLA	RECORRENTE
5	Andre Luiz Cidra.docx	0096104-972010.8.19.0002	Andre Luiz Cidra	1ª	Daniella de Carvalho Fontes	AMPLA	RECORRIDO
6	Andre Luiz Cidra 2.docx	0001185-36.2010.8.19.0061	Andre Luiz Cidra	1ª	Adriana Gonçalves Felipe Xavier	AMPLA	RECORRENTE
7	Andre Luiz Cidra 3.docx	0002850-57.2008.8.19.0029	Andre Luiz Cidra	1ª	Eunice Gomes do Rosário Patrocínio	AMPLA	RECORRIDO
8	Andre Luiz Cidra 4.docx	0169433-39.2009.8.19.0001	Andre Luiz Cidra	1ª	Rute Maria da Silva	LIGHT	RECORRIDO
9	Andre Luiz Cidra 5.docx	2008.700.041340-3	Andre Luiz Cidra	2ª	Joselito Soares da Silva	AMPLA	RECORRIDO
10	Andre Luiz Cidra 6.docx	2008.700.026682-4	Andre Luiz Cidra	2ª	Luzia Faro Duarte	LIGHT	RECORRIDO
11	Antonio Carlos Maisonne	0006506-87.2010.8.19.0211	Antonio Carlos Maisonne	2ª	Mônica da Silva Oliveira	LIGHT	RECORRENTE
12	Antonio Carlos Maisonne	2011.700.030824-7	Antonio Carlos Maisonne	2ª	Zilda Teodoro da Silva	LIGHT	RECORRENTE
13	Antonio Carlos Maisonne	0228439-83.2010.8.19.0001	Antonio Carlos Maisonne	2ª	Ana Lucia Marques de Jesus	LIGHT	RECORRENTE
14	Antonio Carlos Maisonne	0031175-78.2009.8.19.0038	Antonio Carlos Maisonne	2ª	João Fernandes Teixeira	LIGHT	RECORRENTE
15	Antonio Carlos Maisonne	0418936-54.2010.8.19.0001	Antonio Carlos Maisonne	2ª	Marcelo José da Silva	LIGHT	RECORRIDO
16	Antonio Carlos Maisonne	0135118-91.2010.8.19.0001	Antonio Carlos Maisonne	2ª	Cloves Pedro de Souza	LIGHT	RECORRENTE
17	Antonio Carlos Maisonne	0024958-87.2010.8.19.0004	Antonio Carlos Maisonne	2ª	Leda Alcântara de Abreu	AMPLA	RECORRIDO
18	Antonio Carlos Maisonne	0019671-56.2009.8.19.0206	Antonio Carlos Maisonne	2ª	Ricardo Carvalho dos Santos	LIGHT	RECORRENTE
19	Antonio Carlos Maisonne	0378340-28.2010.8.19.0001	Antonio Carlos Maisonne	2ª	Priscila Gomes da Boa Morte	LIGHT	RECORRIDO
20	Antonio Carlos Maisonne	0007420-45.2008.8.19.0075	Antonio Carlos Maisonne	2ª	Fabiano Florim da Silva	AMPLA	RECORRIDO
21	Augusto Alves Moreira Ju	2008.700.050655-0	Augusto Alves Moreira Junio	4ª	Claudio Luiz Nascimento da Silva	AMPLA	RECORRIDO
22	Augusto Alves Moreira Ju	2008.700.050989-7	Augusto Alves Moreira Junio	4ª	Jorge Joes Nunes da Silva	AMPLA	RECORRENTE
23	Augusto Alves Moreira Ju	2008.700.041306-7	Augusto Alves Moreira Junio	4ª	Vera Martins Martins	AMPLA	RECORRENTE
24	Augusto Alves Moreira Ju	2008.700.040091-7	Augusto Alves Moreira Junio	4ª	Sérgio Baptista	AMPLA	RECORRENTE
25	Augusto Alves Moreira Ju	2008.700.040127-2	Augusto Alves Moreira Junio	3ª	Ruth Martins	LIGHT	RECORRIDO
26	Augusto Alves Moreira Ju	2008.700.040449-2	Augusto Alves Moreira Junio	3ª	Francisco Camelo da Silva	AMPLA	RECORRENTE

Figura 08. Tabela Inicial.

A partir dessa base é que iniciamos a análise dos casos para montagem do formulário de análise. Alguns dos casos foram descartados por envolverem erros de cadastramento, ou por não contarem com informações suficientes para a análise.

Assim, a tabela final foi composta de 244 casos, que serão melhor especificados nas páginas seguintes, todos eles envolvendo Light ou Ampla, com a palavra ANEEL na jurisprudência, e relacionados a decisões das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio de Janeiro.

DATA HORA	ARQUIVO	N° DO PROCESSO	JUZ	TURMA RECURSAL	AUTOR	RÉU	ESCRITÓRIO	ADVOGADO	RÉU RECORRENTE E OU RECORRENTE	OBJETO	OBJETO	OBJETO	OBJETO	OBJETO	OBJ.
19/05/2018 18:04:32	FLAVIO CITIRO VIEIRA DE MELLO	009160-92.2018.8.19.0002	4+		Petrúlio Maciel	AMPLA			RECORRENTE TOI	TOI COM MULTA	TOI SEM AVISO PRÉVIO	TOI SEM CORTE	COEFICIANÇA INDEVIDA		
19/05/2018 18:03:33	FLAVIO CITIRO VIEIRA DE MELLO	0197335-48.2008.8.19.0001	4+		Aldemaro de Souza Jacobina	LIGHT			RECORRENTE TOI	TOI COM MULTA	TOI SEM AVISO PRÉVIO	TOI SEM CORTE			
19/05/2018 18:23:18	FLAVIO CITIRO VIEIRA DE MELLO	029475-84.2008.8.19.0001	4+		JADITE CAMPOS DA SILVA MACIEL	LIGHT			RECORRIDO TOI	TOI ZEROADO	TOI COM CORTE	TOI COM MULTA	TOI SEM AVISO PRÉVIO	2 ANO CORR	
19/05/2018 18:29:31	FLAVIO CITIRO VIEIRA DE MELLO	019548-42.2008.8.19.0001	4+		LUÍS CARVALHO FERNANDES	LIGHT			RECORRIDO TOI	TOI ZEROADO	TOI COM MULTA	TOI SEM AVISO PRÉVIO	TOI SEM CORTE		
09/02/16	FLAVIO CITIRO VIEIRA DE MELLO	27.2008.8.19.0003													

Figura 09. Tabela Final.

Antes, porém, de adentrarmos na análise específica dos casos pesquisados, convém uma importante reflexão a respeito da análise quantitativa para pesquisas empíricas em direito.

V.2.2 DIFICULDADES ENFRENTADAS NO MAPEAMENTO DOS CASOS

É difícil conseguir transformar dados subjetivos em números. E esta, sem dúvida, foi a maior dificuldade da presente pesquisa. Tentar estabelecer um padrão mínimo sobre as convicções políticas, jurídicas, econômicas expressas nas decisões dos juízes foi extremamente complexo. Especialmente quando se trata da análise de um caso concreto e de massa — repetitivo. Para exemplificar, aparecem no decorrer da pesquisa dois casos interessantes que revelam um pouco da dificuldade narrada.

O primeiro diz respeito à identificação dos objetos das ações. Como podemos observar na tabela abaixo, existem vários objetos que tratam do mesmo assunto com denominações similares, mas distintas e que, no momento de análise quantitativa, por não estarem padronizadas, torna impossível o agrupamento necessário para que seja feita uma inferência plausível.

Tais dados fragmentam-se tanto que, se não analisados com a devida cautela, poderiam comprometer os resultados da pesquisa. Como podemos verificar, existem vários objetos classificados com 1 (uma) ocorrência apenas, mas que se analisarmos subjetivamente, poderiam agrupar-se em outras classificações mais gerais, com maior quantidade de ocorrências. É o caso de “cobrança indevida”, “cobrança retroativa”, “cobrança retroativa débito quitado”, “cobrança débito retroativo”. A solução encontrada foi agrupar tais decisões com poucas ocorrências na classificação “OUTROS”.

EMPRESA	OBJETO	OCORRENCIAS
AMPLA	TOI	66
	TOI COM MULTA	37
	TOI SEM CORTE	21
	COBRANÇA	18
	TOI COM CORTE	14
	TOI SEM AVISO PRÉVIO	13
	INTERRUPÇÃO	9
	COBRANÇA INDEVIDA	8
	COBRANÇA ELEVADA	6
	CORTE COBRANÇA DÉBITOS RETROATIVOS ILEGAL	5
	INTERRUPÇÃO SEM AVISO	4
	TOI ZERADO	4
	INTERRUPÇÃO INDEVIDA	3
	TROCA MEDIDOR CHIP	3
	SUSPENSÃO COM DÉBITO QUITADO	2
	COBRANÇA DÉBITOS RETROATIVOS ILEGAL	2
	COBRANÇA RETROATIVA	2
	DEMORA RELIGAÇÃO	2
	INTERRUPÇÕES RECORRENTES	2
	EXTENSÃO DE REDE	2
	COBRANÇA COM CORTE (SUSPENSÃO)	2
	COBRANÇA INDEVIDA DÉBITO QUITADO	2
	QUEIMA DE FUSÍVEL MEDIDOR SEM SUBSTITUIÇÃO PELA RÉ	1
	CONSUMO BAIXO ANTES TOI	1
	TOI COM AVISO PRÉVIO	1
	CONTAS QUITADAS	1
	MUDANÇA DE TITULARIDADE	1
	TROCA MEDIDOR	1
	CONTA 40	1
	COBRANÇA TOI	1
	EXTENSÃO DE REDE (DEVER CONCESSIONÁRIA) + COBRANÇA R\$ 1.776	1
	TROCA MEDIDOR SEM AUTORIZAÇÃO	1
	INUMERAS INTERRUPÇÕES	1
	COBRANÇA INDEVIDA DE CONSUMO	1
	MUDANÇA DO MEDIDOR CHIP	1
	TOI COM NEGATIVAÇÃO	1
	SUSPENSÃO COM AVISO	1
	DEFEITO TV	1
	COBRANÇA INDEVIDA COM NEGATIVAÇÃO	1
	DEMORA PRAZO	1
	TOI COM CONSUMO	1
	COBRANÇA CONTA VENCIDA	1
	INTERRUPÇÃO SEM AVISO PRÉVIO	1
	INSTALAÇÃO MEDIDOR ÁREA PRESERVAÇÃO AMBIENTAL	1
	COBRANÇA PIS/COFINS NA FATURA	1
	COBRANÇA EM DESACORDO COM MÉDIA DE CONSUMO	1
	INTERRUPÇÃO COM DÉBITO QUITADO	1
	FALHA PRESTAÇÃO SERVIÇO	1
	TROCA MEDIDOR "CHIP"	1
	FESTA CASAMENTO	1
	TROCA MEDIDOR PELA RÉ	1
	INDEVIDA POR CÁLCULO ESTIMADO	1
	AUTORA REQUEREU VISTORIA 2 X	1
	INSTALAÇÃO MEDIDOR	1
AMPLA Total		259

EMPRESA	OBJETO	OCORRENCIAS
LIGHT	TOI	140
	TOI COM MULTA	115
	TOI SEM CORTE	70
	TOI SEM AVISO PRÉVIO	40
	TOI COM CORTE	37
	COBRANÇA	32
	TOI ZERADO	28
	COBRANÇA INDEVIDA	15
	CORTE COBRANÇA DÉBITOS RETROATIVOS ILEGAL	10
	INDEVIDA POR CÁLCULO ESTIMADO	6
	COBRANÇA DÉBITOS RETROATIVOS ILEGAL	5
	TOI COM CONSUMO	5
	INTERRUPÇÃO SEM AVISO	5
	COBRANÇA RETROATIVA	4
	INTERRUPÇÃO	4
	COBRANÇA UNILATERAL ALEATÓRIA ABUSIVA	4
	CONSUMO BAIXO	2
	COBRANÇA ELEVADA	2
	CONSUMO INFIMO	2
	CONSUMO BAIXO ANTES TOI	2
	MUDANÇA DE TITULARIDADE	2
	SUSPENSÃO COM DÉBITO QUITADO	2
	DEMORA RELIGAÇÃO	2
	TOI COM NEGATIVAÇÃO	1
	COBRANÇA DEVIDA COM CORTE	1
	TROCA MEDIDOR PELA RÉ	1
	COBRANÇA IRREGULAR	1
	CONTA PAGA DATA CORTE	1
	INTERRUPÇÃO COM AVISO	1
	2 ANOS DE CORTE	1
	INTERRUPÇÃO COM DÉBITO QUITADO	1
	COBRANÇA DEVIDA	1
	COBRANÇA COM CORTE (SUSPENSÃO)	1
	AUTORA NÃO RESIDE	1
	MUDANÇA DE ENDEREÇO	1
	2º TOI	1
	AUTORA NÃO É TITULAR TOI	1
	DÉBITO JÁ QUITADO	1
	MUDANÇA DO MEDIDOR PARA RESIDÊNCIA	1
	FALHA PRESTAÇÃO SERVIÇO	1
	NÃO HOUVE ALTERAÇÃO CONSUMO	1
	COBRANÇA INDEVIDA DÉBITO QUITADO	1
	QUITADA NO DIA DO CORTE	1
LIGHT Total		554
TOTAL		813

Tabela 02. Objetos – dificuldades

Outra dificuldade interessante foi transformar em dados objetivos determinadas expressões encontradas em algumas decisões onde os juízes, apesar de entenderem ILEGAL o procedimento (Termo de Ocorrência de Irregularidades – TOI) respaldado pela ANEEL, declaravam LEGAL a postura da empresa — concessionária — vez que estava de acordo com resolução administrativa de órgão competente. Segue exemplo:

*“TOI. Alegação de cobrança de multa e negativa de fraude. Defesa suscitando preliminares de incompetência, litisconsórcio necessário, complexidade da demanda e legitimidade da medida eis que constatada irregularidade no medidor da unidade consumidora da qual a parte autora é titular. Sentença de procedência, afastando preliminares condenando a ré ao cancelamento do TOI, a repetição de indébito em dobro e ao ressarcimento de danos morais. Recurso inominado pela reforma que merece provimento parcial. Preliminares que mereciam ser afastadas. Desnecessária prova pericial. Questão eminentemente de direito e de fato. Desnecessidade de participação da autarquia federal no pólo passivo, eis que não se pede a anulação da resolução na qual se baseia o ato senão incidenter tantum. **O procedimento adotado pela recorrente, em que pese amparado em Resolução da ANEEL está em descompasso com o devido processo legal, a ampla defesa e aos princípios protetivos**”*

do consumidor eis que invertem o ônus de provar a inexistência da prática de fraude sem prévia intimação ou comunicação da suspeita de irregularidade. **Sanções inadmissíveis eis que baseadas em procedimento irregular**; cancelamento do TOI e abstenção de cobranças que se mantém, eis que **escusável o erro da medida, amparado que foi em ato normativo de autarquia federal**. Ausência de interrupção; inexistência de danos morais, segundo entendimento majoritário deste Conselho ao qual se adota em nome da segurança jurídica.” (Processo nº 2011.700.030824-7 - CONSELHO RECURSAL CÍVEL – grifo nosso)

Por mais que possa parecer impossível, existem experiências bem sucedidas que merecem destaque, como o “Supremo em Números” e a “Avaliação dos impactos da Lei nº 11.101/05 — Lei de Recuperação de Empresas”, ambas desenvolvidas pela Fundação Getúlio Vargas. E é nestas experiências que o presente estudo inspira-se.

Assim, após diversas tentativas, chegou-se a um formulário final que foi aplicado a todas as 244 decisões analisadas, como se segue:

FORMULÁRIO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL - TURMA RECURSAL

* Required

ARQUIVO

Nº DO PROCESSO

JUIZ

TURMA RECURSAL

AUTOR

AUTOR

- ☐ PESSOA FÍSICA
☐ PESSOA JURÍDICA

RÉU

ESCRITÓRIO

ADVOGADO

OBJETO DA AÇÃO

- ☐ TOI
- ☐ TOI ZERADO
- ☐ TOI COM CONSUMO
- ☐ TOI COM CORTE
- ☐ TOI COM AVISO PRÉVIO
- ☐ TOI COM NEGATIVAÇÃO
- ☐ TOI COM MULTA
- ☐ COBRANÇA
- ☐ COBRANÇA INDEVIDA POR ESTIMATIVA
- ☐ COBRANÇA INDEVIDA DÉBITO QUITADO
- ☐ COBRANÇA SEM FUNDAMENTO
- ☐ COBRANÇA ELEVADA
- ☐ INTERRUPÇÃO
- ☐ INTERRUPÇÃO SEM AVISO
- ☐ INTERRUPÇÃO COM AVISO
- ☐ INTERRUPÇÃO POR APAGÃO
- ☐ INTERRUPÇÃO POR FENÔMENO DA NATUREZA
- ☐ MUDANÇA DE TITULARIDADE
- ☐ MUDANÇA DE TITULARIDADE- DESCUMPRIMENTO
- ☐ MUDANÇA TITULARIDADE- MÁ-FÉ DO CONSUMIDOR
- ☐ TOI SEM AVISO PRÉVIO
- ☐ TOI SEM CORTE
- ☐ COBRANÇA INDEVIDA
- ☐ TOI SEM FRAUDE
- ☐ TOI COM FRAUDE
- ☐ SUSPENSÃO COM DÉBITO QUITADO
- ☐ COBRANÇA INDEVIDA COM NEGATIVAÇÃO
- ☐ COBRANÇA DEVIDA COM NEGATIVAÇÃO
- ☐ SUSPENSÃO COM NEGATIVAÇÃO
- ☐ DEMORA RELIGAÇÃO
- ☐ COBRANÇA COM CORTE (SUSPENSÃO)
- ☐ SUSPENSÃO COM AVISO
- ☐ SUSPENSÃO SEM AVISO
- ☐ COBRANÇA DEVIDA
- ☐ CONSUMO BAIXO ANTES TOI
- ☐
- ☐ Other:

RÉU RECORRENTE OU RECORRIDO ? *

- ☐ RECORRENTE
- ☐ RECORRIDO
- ☐ RECORRENTE / RECORRIDO

DATA DA DISTRIBUIÇÃO

ANO DO PROCESSO

DATA DA 1ª SENTENÇA

DATA DA 2ª SENTENÇA

HOVE CORTE ?

- ☐ SIM
- ☐ NÃO
- ☐ AMEAÇA
- ☐ NÃO IDENTIFICADO

CORTE COM AVISO PRÉVIO?

- ☐ SIM
- ☐ NÃO

CORTE- ENTENDIMENTO

- ☐ LEGAL
- ☐ ILEGAL

ENTENDIMENTO SOBRE CORTE

COLOCAR ARTIGOS E JURISPRUDÊNCIA/DOUTRINA CITADA

DATA DO CORTE

DATA LAVRATURA TOI

DATA RELIGAÇÃO

MULTA DA CONCESSIONÁRIA NO CONSUMIDOR ?

- ☐ SIM
- ☐ NÃO
- ☐ NÃO IDENTIFICADO

QUANTO ?

1ª DECISÃO

CASO NÃO TENHA, COLOCAR "NÃO IDENTIFICADO"

1ª DECISÃO: CONCESSIONÁRIA

- ☐ GANHA
- ☐ PERDE
- ☐ NÃO IDENTIFICADO

2ª DECISÃO *

COLOCAR A MUDANÇA

2ª DECISÃO : CONCESSIONÁRIA

- ☐ GANHA
- ☐ PERDE

2ª DECISÃO : CONCESSIONÁRIA - OBSERVAÇÕES DA REFORMA

COLOCAR ESCALA

- ☐ 5 FAVORÁVEL TOTAL
- ☐ 4 MUITO FAVORÁVEL MAS COM CONDENAÇÃO
- ☐ 3 NEUTRO (BALANÇO ENTRE 1ª E 2ª DECISÃO)
- ☐ 2 POUCO FAVORÁVEL (+ DESFAVORÁVEL DO QUE FAVORÁVEL)
- ☐ 1 TOTAL DESFAVORÁVEL

REFORMA

- ☐ PARCIAL
- ☐ TOTAL
- ☐ MANTÉM
- ☐ NÃO IDENTIFICADO

DECISÃO FINAL - COUBE DANO MORAL ? *

- ☐ SIM
- ☐ NÃO

QUANTIA DOS DANOS MORAIS

HOVE DEVOLUÇÃO?

- ☐ SIM
- ☐ NÃO
- ☐ NÃO IDENTIFICADO

MOTIVO DA DEVOLUÇÃO

QUANTIA DA DEVOLUÇÃO

PRAZO RELIGAÇÃO

MULTA DO JUIZ NA CONCESSIONÁRIA

SE HOUE MULTA, ESPECIFICAR O VALOR. CASO NÃO, INDICAR "NÃO HOUE"

MULTA NA CONCESSIONÁRIA DIÁRIA

SE HOUE MULTA, ESPECIFICAR O VALOR. CASO NÃO, INDICAR "NÃO HOUE"

LIMITE DE MULTA

SE HOUE MULTA, ESPECIFICAR O VALOR. CASO NÃO, INDICAR "NÃO HOUE"

Casos de TOI

TOI ?

- ☐ ILEGAL
- ☐ ILEGAL POR NATUREZA
- ☐ ILEGAL POR AUSÊNCIA DE AMPLA DEFESA
- ☐ ILEGAL POR AUSÊNCIA DE PERÍCIA
- ☐ ILEGAL POR AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO/COMUNICAÇÃO PRÉVIA DE SUSPEITA DE IRREGULARIDADE
- ☐ LEGAL
- ☐ LEGAL MAS COM VÍCIOS
- ☐ POR AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO/COMUNICAÇÃO PRÉVIA DE SUSPEITA DE IRREGULARIDADE
- ☐ POR AUSÊNCIA DE AMPLA DEFESA
- ☐ POR AUSÊNCIA DE PERÍCIA
- ☐ NÃO IDENTIFICADO LEGAL/ ILEGAL
- ☐ NECESSIDADE PERÍCIA
- ☐ NECESSIDADE AVISO PRÉVIO
- ☐ NECESSIDADE COMUNICAÇÃO SUSPEITA IRREGULARIDADE
- ☐ UNILATERAL CORTE
- ☐ UNILATERAL CONSTATAÇÃO
- ☐ MAS SERIA LEGAL SE HOUVESSE...
- ☐ AVISO PRÉVIO
- ☐ PERÍCIA
- ☐ COMUNICAÇÃO SUSPEITA IRREGULARIDADE
- ☐ NECESSIDADE AMPLA DEFESA
- ☐ NECESSIDADE PARTICIPAÇÃO DIRETA DA EMPRESA
- ☐ NECESSIDADE PARTICIPAÇÃO DO CONSUMIDOR
- ☐ NECESSIDADE LAUDO ICCE
- ☐ NECESSIDADE REGISTRO DE OCORRÊNCIA DELEGACIA
- ☐ Other:

CITA RESOLUÇÃO ANEEL?

- ☐ SIM
☐ NÃO

ENTENDIMENTO RESOLUÇÃO ANEEL

ENTENDIMENTO RESOLUÇÃO ANEEL

- ☐ APLICANDO A FAVOR DA EMPRESA
☐ APLICANDO CONTRA EMPRESA
☐ QUESTIONANDO, MAS A FAVOR DA EMPRESA
☐ QUESTIONANDO, MAS CONTRA EMPRESA
☐ QUESTIONANDO A EMPRESA, MAS APLICANDO A FAVOR
☐ QUESTIONANDO A EMPRESA E APLICANDO CONTRA

CITA RESOLUÇÃO 414 ? *

- ☐ APLICANDO A FAVOR DA EMPRESA
☐ APLICANDO CONTRA A EMPRESA
☐ QUESTIONANDO
☐ QUESTIONANDO CONTRA A EMPRESA
☐ QUESTIONANDO A FAVOR DA EMPRESA
☐ AFASTANDO
☐ SÓ CITA
☐ NÃO CITA

CITA RESOLUÇÃO 456 ? *

- ☐ APLICANDO A FAVOR DA EMPRESA
☐ APLICANDO CONTRA A EMPRESA
☐ QUESTIONANDO
☐ QUESTIONANDO A FAVOR DA EMPRESA
☐ QUESTIONANDO CONTRA A EMPRESA
☐ SÓ CITA
☐ NÃO CITA

LEGITIMA ANEEL?

LEGITIMA RECONHECENDO, NÃO LEGITIMA NÃO RECONHECENDO

- ☐ RECONHECENDO E APLICANDO
☐ RECONHECENDO E QUESTIONANDO
☐ RECONHECENDO MAS AFASTANDO
☐ RECONHECENDO SÓ CITANDO POSITIVO
☐ NÃO RECONHECENDO E QUESTIONANDO
☐ NÃO RECONHECENDO E AFASTANDO
☐ NÃO RECONHECENDO SÓ CITANDO NEGATIVO
☐ RECONHECENDO SÓ CITANDO NEGATIVO
☐ NÃO IDENTIFICADO
☐ NÃO CITA

ESPECIFICA ART 9º ? *

RESOLUÇÃO 456

- ☐ SIM
☐ NÃO

ESPECIFICA ART 91,I ? *

DA RESOLUÇÃO 456

- ☐ SIM
☐ NÃO

ESPECIFICA ART 107? *

DA RESOLUÇÃO 456

- ☐ SIM
☐ NÃO

ESPECIFICA ART 72, II ? *

DA RESOLUÇÃO 456

- ☐ SIM
☐ NÃO

CITA CDC ? *

- ☐ APLICANDO A FAVOR DA EMPRESA
- ☐ APLICANDO CONTRA A EMPRESA
- ☐ QUESTIONANDO
- ☐ QUESTIONANDO CONTRA A EMPRESA
- ☐ QUESTIONANDO A FAVOR DA EMPRESA
- ☐ AFASTANDO
- ☐ SÓ CITA
- ☐ NÃO CITA

ESPECIFICA ART 6,III ? *

CDC

- ☐ SIM
- ☐ NÃO

ESPECIFICA ART 42? *

CDC

- ☐ SIM
- ☐ NÃO

ESPECIFICA ART 42, § ÚNICO ? *

CDC

- ☐ SIM
- ☐ NÃO

ESPECIFICA ART 84 ? *

CDC

- ☐ SIM
- ☐ NÃO

CITA LEI 8987/95 ? *

- ☐ APLICANDO A FAVOR DA EMPRESA
- ☐ APLICANDO CONTRA A EMPRESA
- ☐ QUESTIONANDO
- ☐ NÃO CITA

ESPECIFICA ART 6,§ 3º ? *

LEI 8987/95

- ☐ SIM
- ☐ NÃO

ESPECIFICA CÓDIGO PENAL? *

LEI 8987/95

- ☐ SIM
- ☐ NÃO

ESPECIFICA ART 155, § 3º ? *

CP

- ☐ SIM
- ☐ NÃO

OBSERVAÇÕES

Figura 10. Formulário Aplicado.

A partir do preenchimento deste formulário criou-se um banco de dados sobre o qual foram realizadas as análises exibidas a seguir, divididas em dois grandes blocos: 1. Caracterização dos dados e comparações entre Light e Ampla, como grupo de controle; e 2. Análise do entendimento do Poder Judiciário a respeito da regulamentação do setor energético pela ANEEL no que diz respeito aos casos de consumo.

Capítulo VI - ANÁLISE DE DADOS

Simplesmente afirmar que as decisões judiciais analisadas retratam casos envolvendo o setor regulado de energia elétrica é demasiadamente genérico. É preciso entender do que tratam os casos de modo a se ter ideia de como tratar o problema a ser enfrentado — como numa radiografia. Deste exame é preciso retirar o laudo inicial, identificando, primeiro, quais são as principais características da empresa quando se foca no conflito analisado, ou seja, se a empresa multa e o quanto multa, se corta energia e o grau deste comportamento, se é mais recorrente ou recorrida, quais os principais objetos das suas demandas, se quando julgadas tem mais decisões favoráveis à empresa ou desfavoráveis, se em tais decisões cabem ou não danos morais, se seus procedimentos possuem amparo legal ou não, se observam as normatizações da agência reguladora do setor, são alguns exemplos.

E isto, porque, *a priori*, caso não se tratasse de um setor regulado, a interpretação desses dados seria simples, bastando a leitura e interpretação do Código de Defesa do Consumidor – CDC. Ocorre que, se tratando de um setor regulado, os aspectos analisados aqui ganham um especial relevo, vez que envolvem questões de interesse público, o que justifica, inclusive, a regulação do setor.

No setor de energia elétrica, em especial, existe um conflito natural entre o direito do consumidor em ter a continuidade do serviço considerado constitucionalmente essencial, ao mesmo tempo em que existe o direito da sociedade — coletividade — de ter uma tarifa módica.

Para entender o comportamento das concessionárias nos casos concretos onde se veem o Código de Defesa do Consumidor – CDC e as Resoluções da ANEEL, produzimos os gráficos a seguir.

Tais gráficos não representam o entendimento do juiz pró ou contra consumidor, pró ou contra a empresa. Retratam tanto a realidade da aplicação das

Resoluções Normativas da ANEEL pelas empresas, quanto à aplicação das mesmas resoluções pelo Judiciário.

Para tanto, dividimos este capítulo em 3 partes. A primeira revela os dados gerais da amostra. A segunda mostra as características da empresa, enfocando no seu comportamento frente às Resoluções Normativas da ANEEL. E por fim, a terceira mostra como o Judiciário decide as questões envolvendo a empresa, com base ou não nas Resoluções Normativas da ANEEL.

Ressalva importante é que neste estudo verificou-se a aplicação somente da Resolução Normativa nº 456/2000 da ANEEL, embora esteja vigente a Resolução Normativa nº 414/2010 da ANEEL. A hipótese que se levanta diante desta constatação é de que a aplicação da norma anterior está relacionada à data da ocorrência do fato, ou seja, sendo todas as ocorrências anteriores ao ano de 2010, aplica-se a Resolução Normativa vigente à data do fato, tal qual, a Resolução Normativa nº 456/2000.

VI.1 CARACTERÍSTICAS GERAIS DOS DADOS DA AMOSTRA

VI.1.1 CARACTERIZAÇÃO DOS DADOS E COMPARAÇÕES INICIAIS ENTRE LIGHT E AMPLA⁹⁵

Das 300 ocorrências verificadas pela chave de busca “ANEEL”, foram analisados 244 processos, sendo excluídos processos que mesmo apresentando a palavra “ANEEL” no fundamento da decisão, tratavam de mera citação exemplificativa. Foram excluídos também partes não pertencentes ao setor elétrico, como TELERJ CELULAR e TELEMAR. Importante deixar claro que em nenhum dos casos analisados as empresas figuraram como autoras das demandas inicialmente — na distribuição —, somente figurando como rés. Não houve também no polo autor ocorrência de pessoa jurídica, somente pessoas físicas.

⁹⁵ A empresa AMPLA S/A. foi utilizada como controle metodológico.

Dos 244 processos analisados, 152 tinham como parte a concessionária de energia LIGHT, representando um total de 62%, e 92 processos tinham como parte a concessionária de energia AMPLA, representando 38% da amostra.

PROCESSOS ANALISADOS		
PARTE	PROCESSOS	%
Ampla	92	38%
Light	152	62%
Total	244	100%

Tabela 03. Processos Analisados

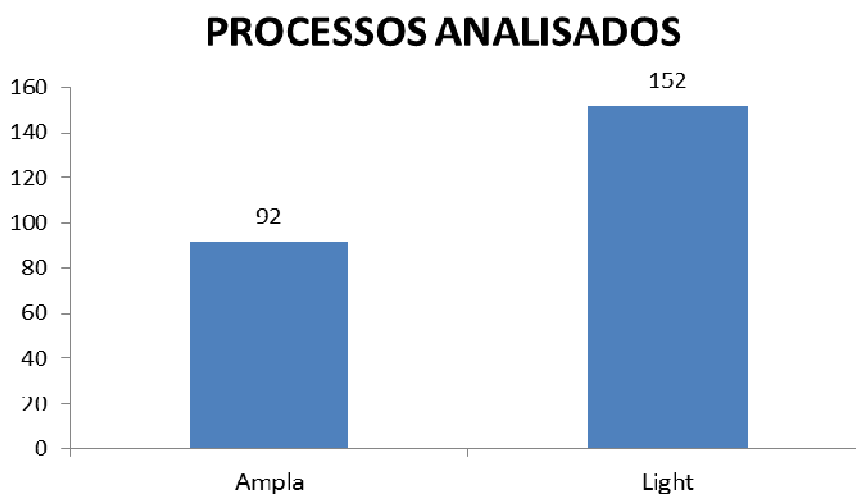


Gráfico 05. Processos Analisados Total

PROCESSOS ANALISADOS

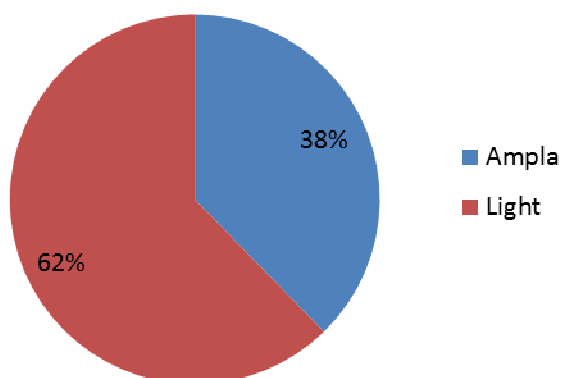


Gráfico 06. Processos Analisados

Ao classificar os dados por ano de distribuição — entrada no Judiciário — e parte, podemos observar um resultado bastante interessante. Há aumento constante e significativo de processos envolvendo a LIGHT a partir do ano de 2008, que mantém-se até 2011, ao passo que os processos envolvendo a AMPLA diminuem iniciais neste mesmo período.

PROCESSOS POR PARTE POR ANO			
ANO	PARTE		TOTAL ANO
	AMPLA	LIGHT	
2000		1	1
2006	3		3
2007	31	5	36
2008	14	13	27
2009	13	38	51
2010	30	87	117
2011	1	8	9
TOTAL PARTE	92	152	244

Tabela 04. Processos por Parte por Ano

PROCESSOS POR PARTE POR ANO

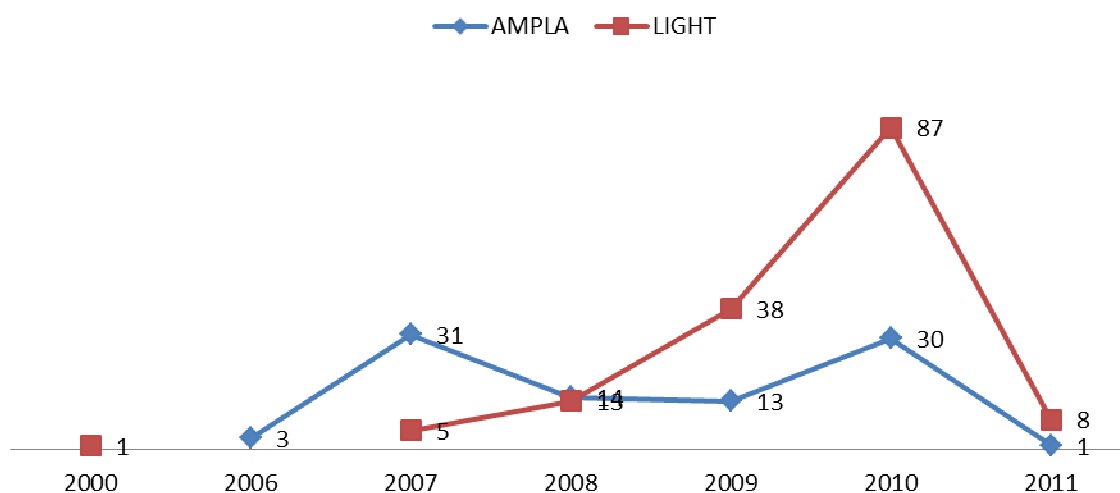


Gráfico 07. Processos por Parte por Ano

Com tais informações, interessante observar que o grande número de processos distribuídos da LIGHT compreende o período de 2010, formando um pico, do mesmo modo em que atinge um pico de decisões julgadas em 2011, o que pode

revelar celeridade processual nos entre os anos de 2010–2011 em relação à demandas da LIGHT. Ao mesmo tempo, observa-se que a demanda da AMPLA é contínua, tanto na distribuição quanto no julgamento, não apresentando grandes diferenças.

VI.2 CARACTERÍSTICAS DA EMPRESA

VI.2.1 COMPARAÇÕES ENTRE LIGHT E AMPLA QUANTO AO TIPO DE LITIGÂNCIA

VI.2.1.1 Recorrido/Recorrente

Neste tópico busca-se mostrar o grau de litigância na LIGHT e AMPLA, de modo a tecer algumas inferências através de comparações. Os dois primeiros gráficos abaixo são bem interessantes, pois mostram uma variação nas diferentes formas de manuseio dos dados. O primeiro mostra em números absolutos de processos quanto a LIGHT e AMPLA são recorrentes, recorridas ou ainda recorridas/recorrentes. Nesta primeira amostra observa-se que a LIGHT é muito mais recorrente e recorrida do que a AMPLA, o que é resultado natural de seu volume de processos.

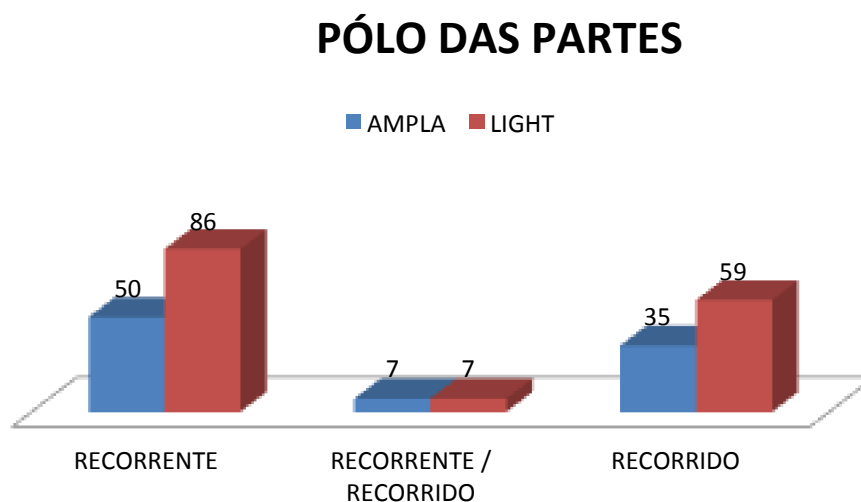


Gráfico 08. Polo das Partes

Mas vejamos. No segundo gráfico que mede em percentual e não em números absolutos, observa-se que a diferença entre ambas diminui significativamente a ponto de praticamente igualarem-se.

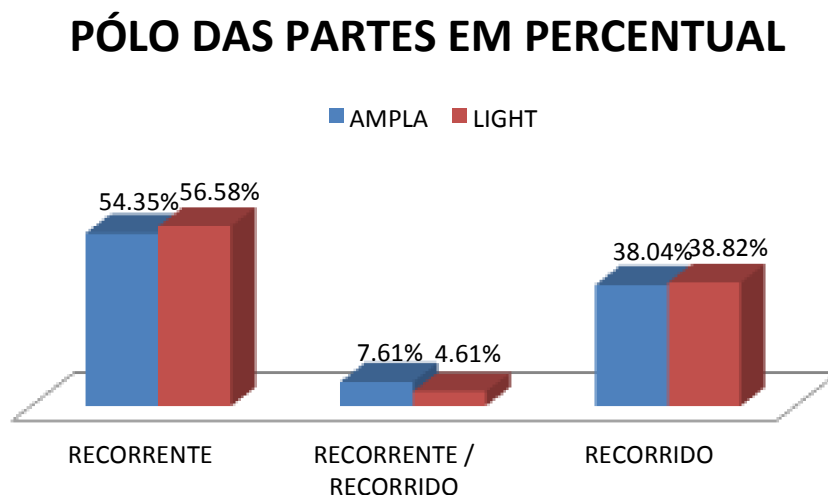


Gráfico 09. Polo das Partes em Percentual

Mas curioso mesmo é observar os dois gráficos abaixo. Neste momento da pesquisa foram divididos os polos das duas concessionárias — LIGHT e AMPLA — em percentual e por ano. A diferença é clara. Verifica-se, sobretudo a partir do ano de 2007, que a tendência da LIGHT é de ser muito mais recorrida do que recorrente, ao passo que a tendência da AMPLA, ao longo do tempo, é justamente contrária — muito mais recorrente do que recorrida. Resultado muito mais confiável — por ser em percentual e ao longo dos anos — e que contraria o primeiro gráfico deste tópico, o qual mostrava, em números absolutos, a LIGHT com percentual maior do que a AMPLA quando recorrente. Interessante identificar como diferentes formas de manipulação dos dados revelam tendências distintas.

Tais dados indicam que, apesar de o volume de ações da LIGHT ser maior do que o da AMPLA, parece existir uma maior tendência de recursos, ao menos proporcionalmente, por parte desta última.

PÓLO AMPLA EM PERCENTUAL POR ANO

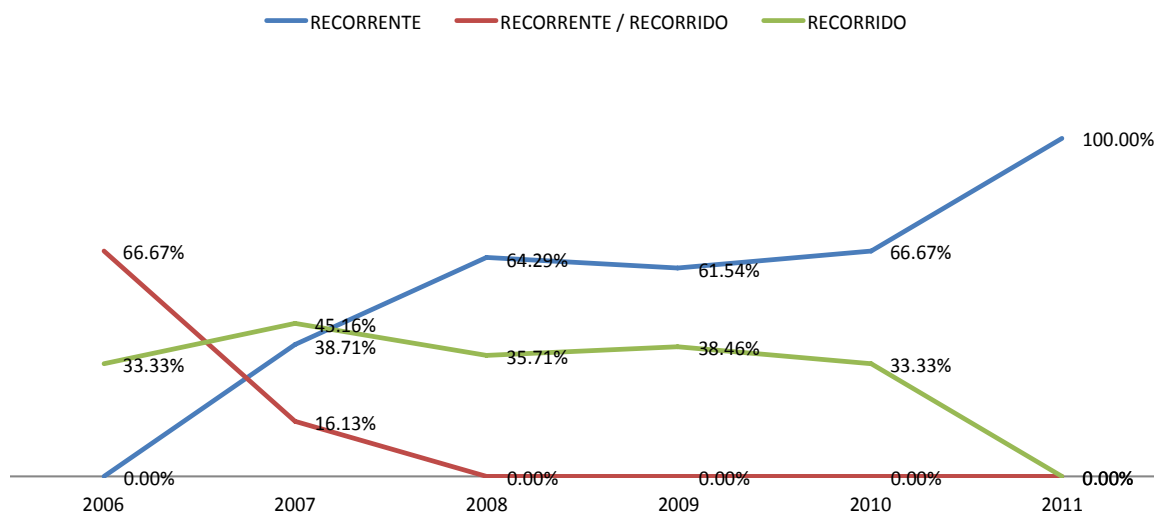


Gráfico 10. Polo Ampla em Percentual por Ano

PÓLO LIGHT POR ANO EM PERCENTUAL

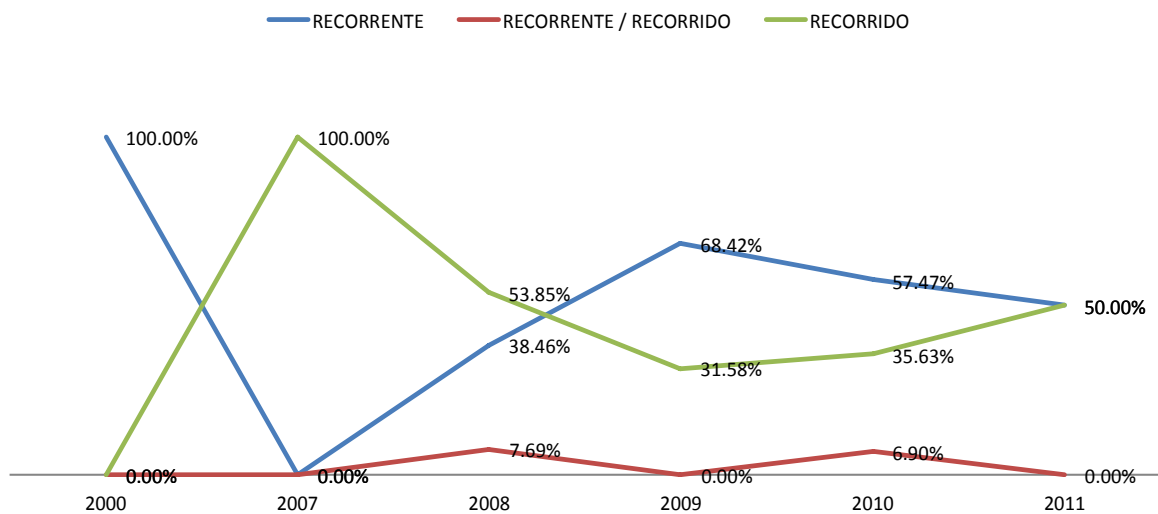


Gráfico 11. Polo Light em Percentual por Ano

VI.2.2 CORTE DO FORNECIMENTO DE ENERGIA

A suspensão do fornecimento de energia está prevista tanto na Lei nº 8.987/95, no art. 6º, conforme abaixo:

“Art. 6º - Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações.” (grifo nosso)

Não obstante, como decorrência do dever de zelo pelo serviço prestado e pelo dever de fiscalização da empresa constante na própria lei de criação da ANEEL, Lei nº 9.427/96, em seu art. 3º, dispõe-se também na Resolução Normativa da ANEEL nº 456/2000, a possibilidade de suspensão do fornecimento de energia elétrica, conforme art. 90 da mesma resolução.

“Art. 90. “A concessionária poderá suspender o fornecimento, de imediato, quando verificar a ocorrência de qualquer das seguintes situações:

I - utilização de procedimentos irregulares referidos no art. 72;

II - revenda ou fornecimento de energia elétrica a terceiros sem a devida autorização federal;

III - ligação clandestina ou religação à revelia;

IV - deficiência técnica e/ou de segurança das instalações da unidade consumidora, que ofereça risco iminente de danos a pessoas ou bens, inclusive ao funcionamento do sistema elétrico da concessionária”. (grifo nosso)

Não obstante a empresa também poderá suspender o fornecimento de energia nos casos elencados no art. 91 da Resolução ANEEL 456/2000, após devido aviso prévio ao consumidor.

Sendo assim, passamos à análise dos dados coletados no presente estudo sobre “CORTE NO FORNECIMENTO”.

CORTE DO FORNECIMENTO

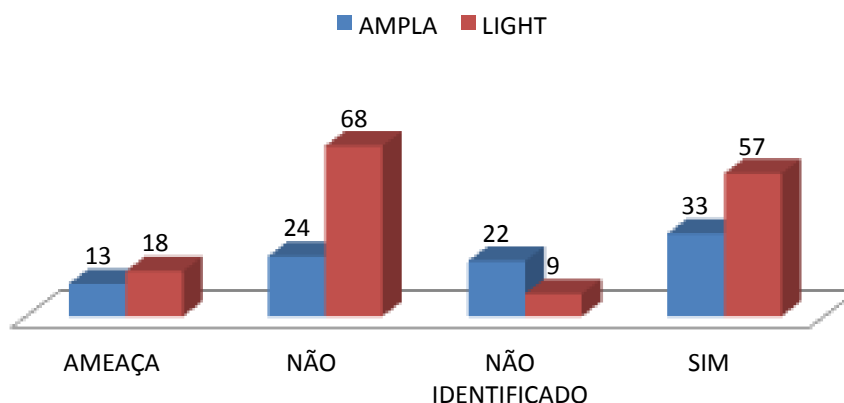


Gráfico 12. Corte do Fornecimento

CORTE DO FORNECIMENTO PERCENTUAL

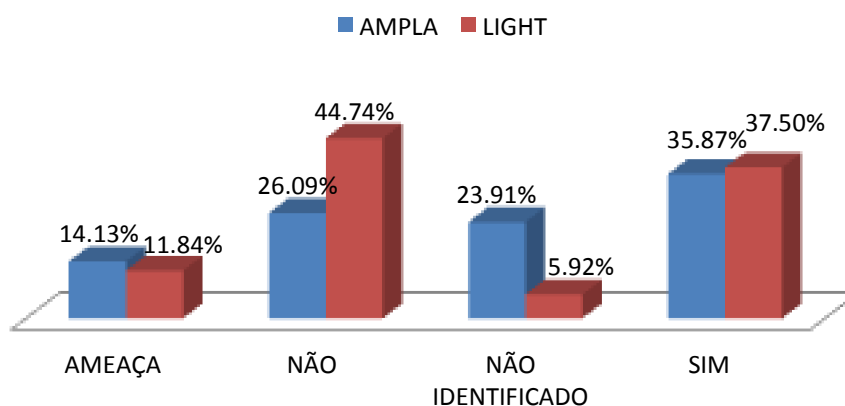


Gráfico 13. Corte do Fornecimento em Percentual

Ao observar os dois gráficos, é imprescindível reparar como os dados em números absolutos podem dar uma ideia errada. De acordo com o primeiro gráfico, a LIGHT corta mais energia do que a AMPLA - 57 cortes da LIGHT contra 33 cortes da AMPLA. Mas isso é falso. Basta olhar para os dados em percentual para perceber que a LIGHT e a AMPLA tem índice de corte muito próximos: 37,5% contra 35,87%. Isto nos leva a crer que LIGHT e AMPLA suspendem o fornecimento de energia sem diferença significativa.

VI.2.3 PRINCIPAIS OBJETOS

O campo classificado como “OBJETOS” das decisões é de especial relevância, pois através dele conseguimos visualizar quais as maiores demandas presentes no universo coletado.

De acordo com a tabela abaixo, tanto na concessionária AMPLA, como na concessionária LIGHT a grande demanda referem-se às ações judiciais sobre Termo de Ocorrência de Irregularidade – TOI. Em especial atenção à empresa objeto desta pesquisa — LIGHT —, 93% dos casos tem como objeto principal o TOI, contra 72% de casos da AMPLA — número também bastante significativo.

OBJETOS PRINCIPAIS			
CONCESSIONÁRIA	OBJETOS	TOTAL	%
AMPLA	TOI	66	72%
	Cobrança	9	10%
	Outros	17	18%
AMPLA Total		92	
LIGHT	TOI	141	93%
	Interrupção	4	3%
	Outros	7	5%
LIGHT Total		152	
TOTAL		244	

96

Tabela 05. Objetos Principais.

Sendo o Termo de Ocorrência de Irregularidades – TOI o objeto de maior destaque na amostra, justifica-se o motivo pelo qual o presente estudo dedica especial atenção ao procedimento, o qual será melhor analisado no gráfico a seguir.

VI.2.3.1 TOI – Termo de Ocorrência de Irregularidades de acordo com o comportamento das empresas

De acordo com art. 72 da Resolução Normativa da ANEEL nº 456/2000, constatada irregularidade no medidor na unidade consumidora, deverá ser lavrado termo de ocorrência específico. Trata-se do TOI, conforme abaixo:

⁹⁶ Cumpre ressaltar que dentro de do campo “OUTROS” estão incluídas ocorrências de TOI ZERADO e outros objetos com menor expressividade.

“Art. 72. Constatada a ocorrência de qualquer procedimento irregular cuja responsabilidade não lhe seja atribuível e que tenha provocado faturamento inferior ao correto, ou no caso de não ter havido qualquer faturamento, a concessionária adotará as seguintes providências: I - emitir o “Termo de Ocorrência de Irregularidade”. (grifo nosso)

Conforme visto no tópico anterior, a maioria dos casos analisados tinham como objeto o Termo de Ocorrência de Irregularidade –TOI, totalizando 140 dos 152 casos da LIGHT e 66 dos 92 casos da AMPLA.

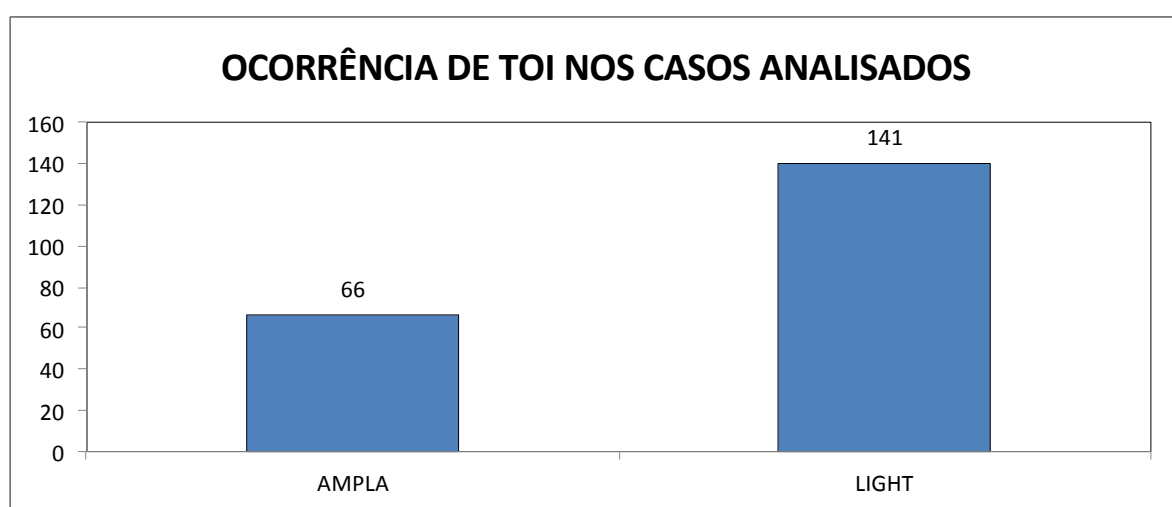


Gráfico 14. Ocorrência de TOI nos Casos Analisados (Números Absolutos)

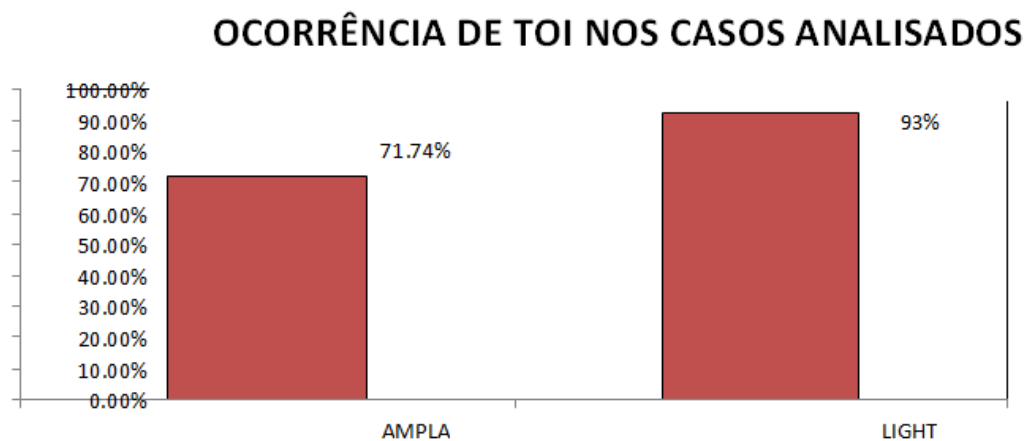


Gráfico 15. Ocorrência de TOI nos Casos Analisados (Percentual)

Trata-se de 93% dos casos analisados, motivo pelo qual dá-se relevância aos dados relacionados a este objeto, como multa decorrente e devolução do valor da multa aplicada.

IV.2.4 MULTAS DECORRENTES DE TOI

IV.2.4.1 Aplica? Quanto aplica e valor da multa?

De acordo com parágrafo único do art.36 da Resolução da ANEEL 456/2000, há possibilidade de aplicação de multa em casos de lavratura do termo de ocorrência de irregularidades – TOI.

“Art. 36. Parágrafo único. Constatado o rompimento ou violação de selos e/ou lacres instalados pela concessionária, com alterações nas características da instalação de entrada de energia originariamente aprovadas, mesmo não provocando redução no faturamento, **poderá ser cobrado o custo administrativo adicional correspondente a 10 % (dez por cento) do valor líquido da primeira fatura emitida após a constatação da irregularidade**”. (grifo nosso)

Com relação à aplicação de multas decorrentes de TOIs, temos as seguintes distribuições:

CONCESSIONÁRIA APLICA MULTA AO CONSUMIDOR			
CONCESSIONÁRIA		TOTAL	%
AMPLA	NÃO	29	31,52%
	SIM	56	60,87%
	NÃO IDENTIFICADO	7	7,61%
AMPLA Total		92	
LIGHT	NÃO	10	6,58%
	SIM	137	90,13%
	NÃO IDENTIFICADO	5	3,29%
LIGHT Total		152	
TOTAL		244	

Tabela 06. Aplicação de Multa pela Concessionária ao Consumidor

Nesta primeira tabela — que se confirma no gráfico abaixo — pode-se observar que tanto a LIGHT quanto a AMPLA aplicam mais multa no consumidor do que não aplicam, devendo merecido destaque para a LIGHT que atinge a marca de 90,13% do seu total de processos analisados.

CONCESSIONÁRIA APLICA MULTA NO CONSUMIDOR?

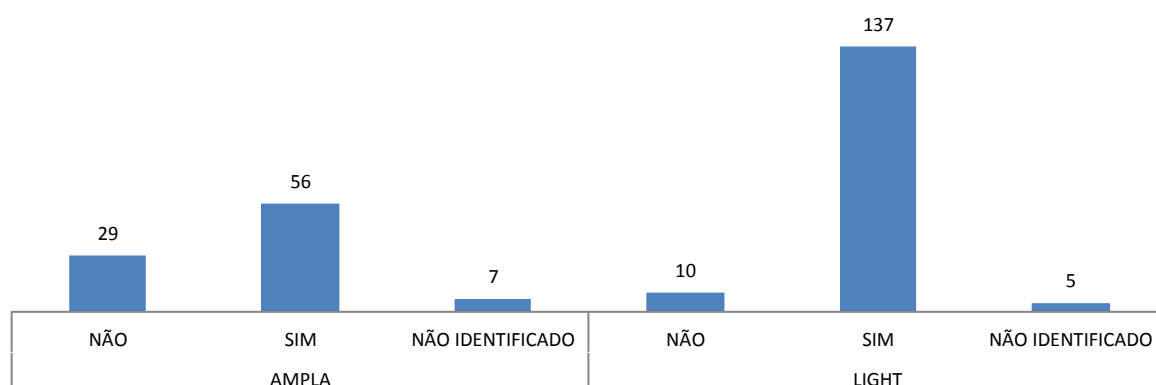


Gráfico 16. Concessionária Aplica Multa no Consumidor?

CONCESSIONÁRIA APLICA MULTA NO CONSUMIDOR?

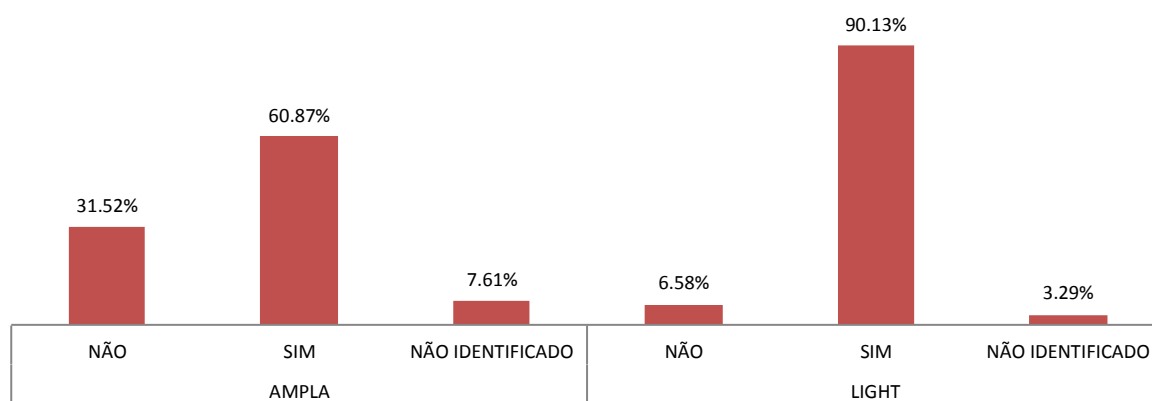


Gráfico 17. Concessionária Aplica Multa no Consumidor (Percentual)?

Em relação à multa aplicada no consumidor, interessante mostrar que a média do valor entre LIGHT e AMPLA são bastante próximas, estando a LIGHT à frente por uma diferença de pouco menos de R\$ 100,00 (cem reais). Vale mostrar que no que se refere ao valor máximo de multa aplicada, a AMPLA ganha em quase o dobro da LIGHT, revelando que atinge valores maiores do que a LIGHT quando multa, apesar de multar menos que a LIGHT.

VALOR DA MULTA APLICADA AO CONSUMIDOR PELA CONCESSIONÁRIA					
CONCESSIONÁRIA	MÍNIMO	MÁXIMO	MÉDIA	DESVIO PADRÃO	TOTAL
AMPLA	R\$ 99,67	R\$ 15.472,28	R\$ 1.940,49	R\$ 4.069,04	R\$ 31.047,86
LIGHT	R\$ 32,37	R\$ 7.567,72	R\$ 2.033,39	R\$ 2.063,34	R\$ 44.734,63

Tabela 07. Valor da Multa Aplicada ao Consumidor pela Concessionária

VALORES DAS MULTAS APLICADAS

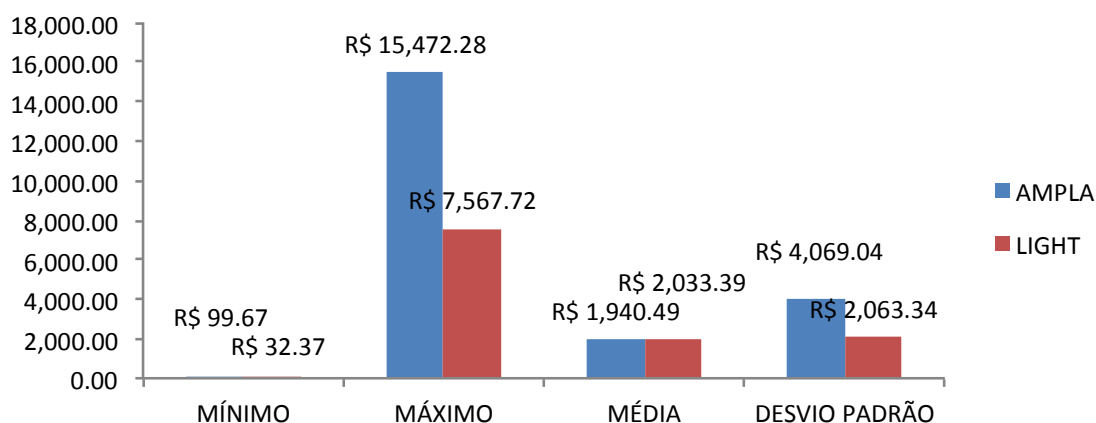


Gráfico 18. Valores das Multas Aplicadas pelas Concessionárias

A importância desta análise não limita-se somente em verificar se a empresa LIGHT multa o consumidor em casos de TOI e o quanto ela multa, bem como o valor destas multas. Esta é uma amostra somente. O principal é observar que a empresa está aplicando a Resolução da ANEEL ao multar o consumidor com base no disposto em artigo de tal resolução normativa.

VI.3 DADOS DAS PARTES NOS JULGAMENTOS

VI.3.1 JULGAMENTO JUIZADO ESPECIAL

Este tópico é bem interessante, pois mostra o grau de reforma das decisões envolvendo a LIGHT e AMPLA. Como pode-se verificar, o percentual de perda tanto

da LIGHT quanto da AMPLA no primeiro julgamento dos Juizados Especiais Cíveis é maior do que o de vitória. Em 79% das decisões analisadas a AMPLA perde no primeiro julgamento, enquanto a LIGHT perde em 59% — perde menos que a AMPLA se compararmos o número de processos analisados.

RESULTADO JULGAMENTO JUIZADO ESPECIAL			
CONCESSIONÁRIA	RESULTADO	TOTAL	%
AMPLA	GANHA	18	20%
	PERDE	73	79%
	NÃO IDENTIFICADO	1	1%
AMPLA Total		92	
LIGHT	GANHA	38	25%
	PERDE	89	59%
	NÃO IDENTIFICADO	25	16%
LIGHT Total		152	
TOTAL		244	

Tabela 08. Resultado do Primeiro Julgamento (Juizados)

AMPLA - RESULTADO JUIZADOS ESPECIAIS

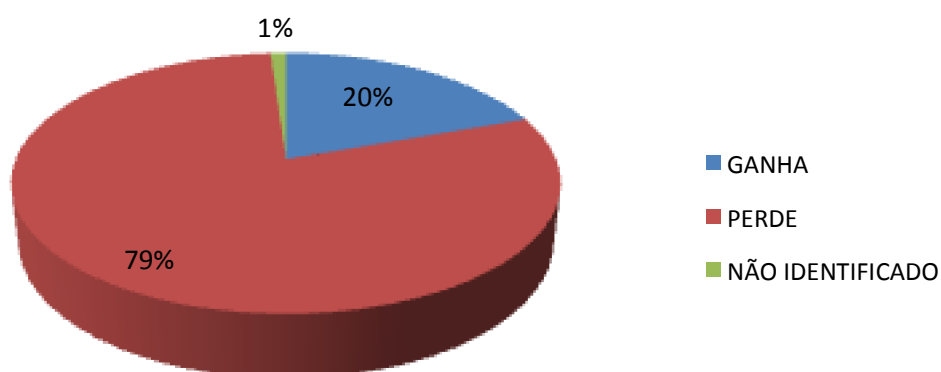


Gráfico 19. Ampla – Resultado do Primeiro Julgamento (Juizados)

LIGHT- RESULTADO JUIZADOS ESPECIAIS

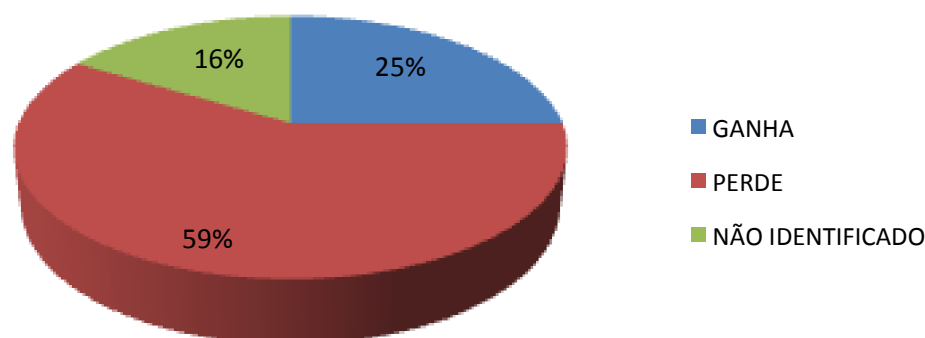


Gráfico 20. Light – Resultado do Primeiro Julgamento (Juizados)

Já quando analisamos os resultados das duas concessionárias no segundo julgamento — Turma Recursal Cível — verificamos que o grau de procedência tanto da AMPLA quanto da LIGHT é maior do que de improcedência, dando destaque aos resultados da LIGHT que atingem mais de 50% de sucesso no segundo julgamento — reforma mais favorável à LIGHT.

VI.3.2 JULGAMENTO TURMA RECURSAL CÍVEL

RESULTADO JULGAMENTO TURMA RECURSAL			
CONCESSIONÁRIA	RESULTADO	TOTAL	%
AMPLA	POSITIVO	43	47%
	NEGATIVO	39	42%
	MANTIDO	1	1%
	NÃO IDENTIFICADO	9	10%
AMPLA Total		92	
LIGHT	POSITIVO	80	53%
	NEGATIVO	62	41%
	MANTIDO	0	0%
	NÃO IDENTIFICADO	10	7%
LIGHT Total		152	
TOTAL		244	

Tabela 09. Resultado do Segundo Julgamento (Turma Recursal)

AMPLA - RESULTADO TURMA RECURSAL

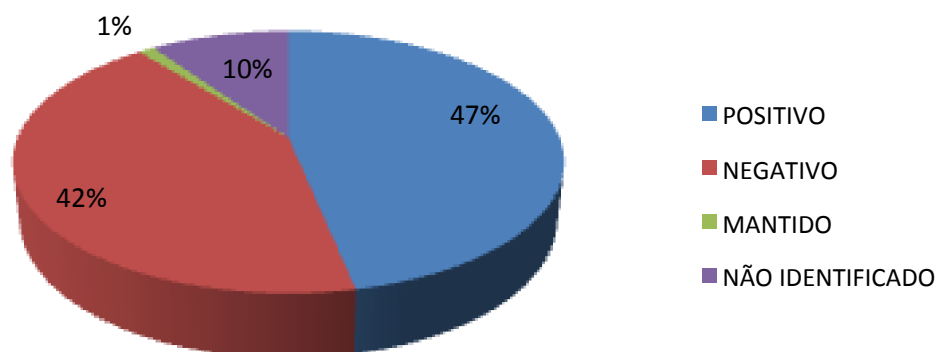


Gráfico 21. Ampla – Resultado do Segundo Julgamento (Turma Recursal)

LIGHT- RESULTADO TURMA RECURSAL

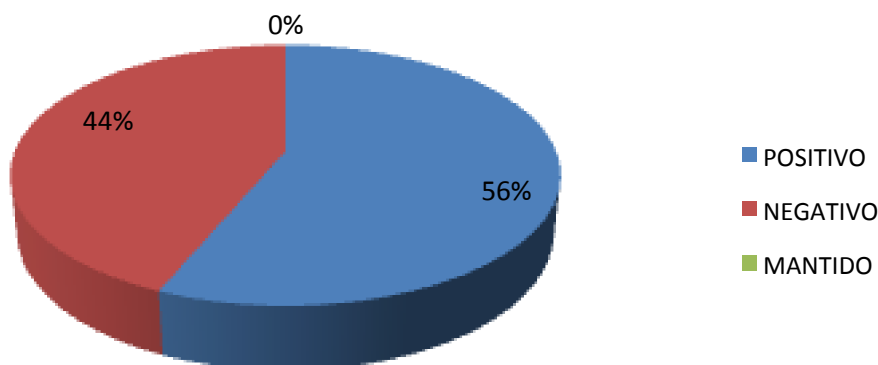


Gráfico 22. Light – Resultado do Segundo Julgamento (Turma Recursal)

Interessante ressaltar as informações que os dados nos revelam abaixo. A primeira informação importante é que a Turma Recursal reforma muitas decisões nos casos em que a concessionária PERDE no Juizado — 94% AMPLA e 97% LIGHT a Turma decide que a decisão precisa ser reformada. Outro dado interessante é que o mesmo fenômeno ocorre quando a empresa PERDE do Juizado, mas em menor grau. Tanto a LIGHT quanto à AMPLA tendem a ter decisões reformadas para melhor — 84% dos casos em que a LIGHT PERDE, ela GANHA na Turma Recursal, e 64% dos casos em que a AMPLA PERDE no Juizado, ela GANHA na Turma Recursal. No geral, quase metade dos casos, tanto da LIGHT (49%) quanto da AMPLA (45%), a empresa PERDE no Juizado e posteriormente GANHA na Turma, o que traduz um alto índice de reforma na Turma Recursal.

RESULTADO JULGAMENTO TURMA RECURSAL					
CONCESSIONÁRIA	1 JULGAMENTO	2 JULGAMENTO	TOTAL	% 1 JULG.	% TOT.
AMPLA	GANHA	GANHA	1	6%	1%
	GANHA	PERDE	17	94%	18%
	PERDE	PERDE	23	36%	25%
	PERDE	GANHA	41	64%	45%
	NÃO IDENTIFICADO		10		11%
AMPLA Total			92		
LIGHT	GANHA	GANHA	1	3%	1%
	GANHA	PERDE	37	97%	24%
	PERDE	PERDE	14	16%	9%
	PERDE	GANHA	75	84%	49%
	NÃO IDENTIFICADO		25		16%
LIGHT Total			152		
TOTAL			244		

Tabela 10. Taxa de Reforma das Decisões de Juizados pela Turma Recursal

RESULTADO COMPARATIVO JUIZADO E TURMA RECURSAL

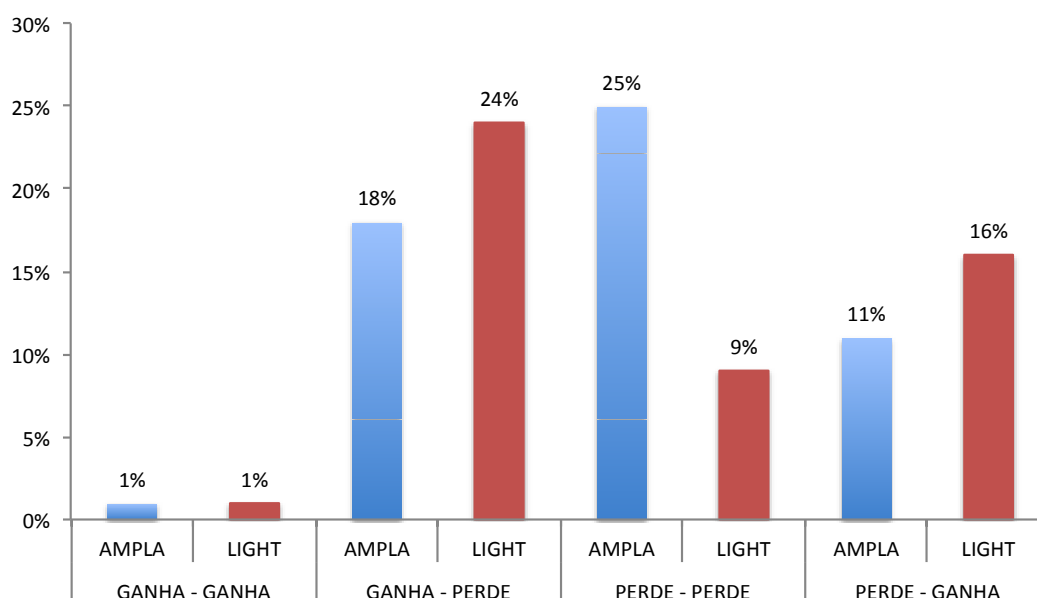


Gráfico 22. Comparativo Juizados e Turma Recursal

Como pode-se observar este momento da análise é de extrema importância, pois é neste ponto em que verificamos como o Judiciário decide as questões de consumo nestas duas empresas. Daqui, retira-se a constatação de que a tendência é da empresa LIGHT perder na Turma Recursal, principalmente quando ganha no Juizado Especial (1º julgamento), mostrando uma variação de entendimento entre a 1ª e 2ª decisão. Isto ocorre em menor medida com a AMPLA — 18% —, que ao

contrário LIGHT tem uma tendência muito maior de manutenção das decisões do Juizado Especial quando PERDE, pela Turma Recursal.

A Turma Recursal reforma muito mais decisões da LIGHT do que da AMPLA, o que pode demonstrar uma atenção maior ao detalhes do processo não percebidos pelo Juizado Especial, ou ainda, numa análise mais subjetiva, uma imagem negativa da empresa LIGHT perante às Turmas Recursais.

VI.3.3 PROFUNDIDADE DA REFORMA⁹⁷

Uma vez visto que o grau de reforma é extremamente significativo nos julgamentos das Turmas recursais, cumpre analisar a profundidade destas reformas.

Como podemos observar, a reforma parcial é a grande campeã, sendo responsável, na LIGHT, por 82% dos casos e, na AMPLA, por 65% dos casos. Entende-se como reforma parcial quando o 2º julgamento retira apenas algumas das obrigações, ou quando modifica somente os valores da condenação, ou ainda quando é julgado improcedente na 1ª decisão e na segundo procedente em alguns pedidos.

Vale destacar que entende-se como Reforma Total os casos onde foram decididos no 1º julgamento como improcedentes total ou extintos sem julgamento do mérito, e no 2º julgamento, decididos como procedentes total ou conhecidos e julgados procedentes (quando extintos).

⁹⁷ É extremamente importante ressaltar que segundo o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, não são lançados para a busca processual no site do tribunal as decisões sumuladas, o que pode comprometer esse ponto da análise dados pelo seguinte motivo: o percentual de “mantém a decisão” pode ser muito maior do que o percentual de “reforma da decisão”. **Isto não implica nos resultados obtidos para a reforma das decisões estudadas**, somente que o percentual de manutenção de decisões quando estas são sumuladas, pode ser maior que o grau de reforma, o que confirma o entendimento de que é um tribunal que respeita a própria jurisprudência, fazendo um esforço para a uniformização do entendimento do TJRJ como um todo.

PROFUNDIDADE DA REFORMA				
CONCESSIONARIA	REFORMA	TOTAL	%	
AMPLA	MANTÉM DECISÃO	12	13%	
	REFORMA PARCIAL	60	65%	
	REFORMA TOTAL	19	21%	
	NÃO IDENTIFICADO	1	1%	
AMPLA Total		92		
LIGHT	MANTÉM DECISÃO	10	7%	
	REFORMA PARCIAL	125	82%	
	REFORMA TOTAL	14	9%	
	NÃO IDENTIFICADO	3	2%	
LIGHT Total		152		
TOTAL		244		

Tabela 11. Grau de Reforma.

AMPLA - PROFUNDIDADE DA REFORMA

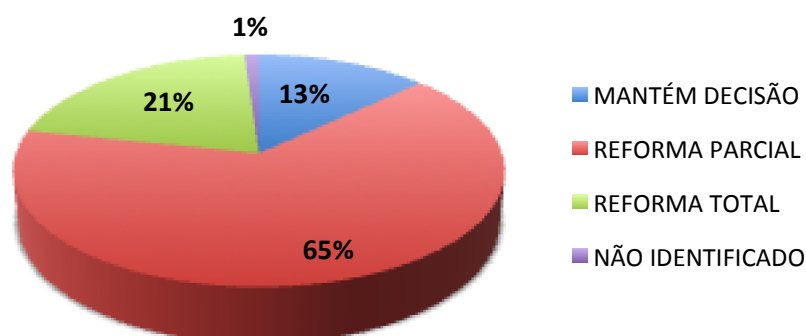


Gráfico 23. Grau de Reforma AMPLA.

LIGHT - PROFUNDIDADE DA REFORMA

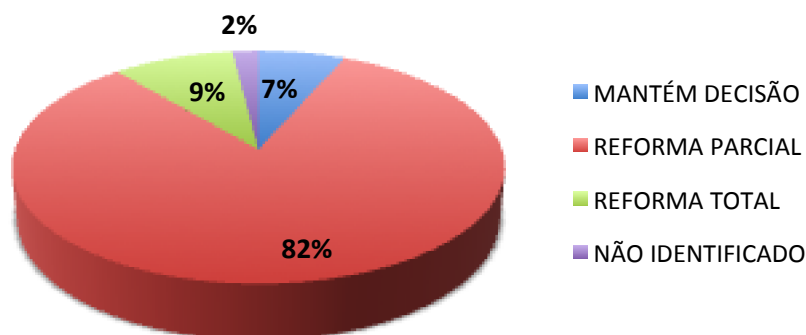


Gráfico 24. Grau de Reforma LIGHT.

Uma vez visto o percentual da profundidade da reforma, é interessante e extremamente importante analisar a gradação desta reforma em relação ao favorecimento ou não da empresa, ou seja, quando a reforma foi: **totalmente desfavorável** — cumpre destacar aqui que estão incluídos casos em que a reforma majorou os valores dos danos (materiais e/ ou morais), majorou as obrigações junto à majoração dos valores dos danos materiais e morais ou ainda além de manter a decisão anterior que já era totalmente desfavorável, incluiu novas obrigações; **pouco favorável** — ou seja, o critério utilizado foi o de casos em que foram retiradas determinadas obrigações (não envolvendo valores), mas que foram mantidos os valores de danos morais, materiais, ou ainda a devolução de multa decorrente de TO; **neutro** — quando feito um balanço entre a 1ª e 2ª decisão, não há mudanças significativas (ex. a parte autora ganha um pedido, mas perde outro e a parte ré — empresa — ganha um pedido, mas perde em outro; **muito favorável, com condenação** — são casos em que houve diminuição dos valores referentes aos danos e devolução de multas, mas que mantiveram obrigação sem envolver valores, tais como “cancelamento do TOI”, ou “refaturamento das contas”; **totalmente favorável** — casos em que a empresa perdeu no 1º julgamento ou foi julgado extinto e depois foi totalmente reformada a favor da empresa.

GRADAÇÃO DA REFORMA			
CONCESSIONÁRIA	REFORMA	TOTAL	%
AMPLA	Totalmente desfavorável	40	43%
	Pouco favorável	10	11%
	Neutro	5	5%
	Muito favorável, com condenação	29	32%
	Totalmente favorável	8	9%
AMPLA Total		92	
LIGHT	Totalmente desfavorável	46	30%
	Pouco favorável	32	21%
	Neutro	6	4%
	Muito favorável, com condenação	64	42%
	Totalmente favorável	4	3%
LIGHT Total		152	
TOTAL		244	

Tabela 12. Gradação da Reforma.

Gradação da Reforma

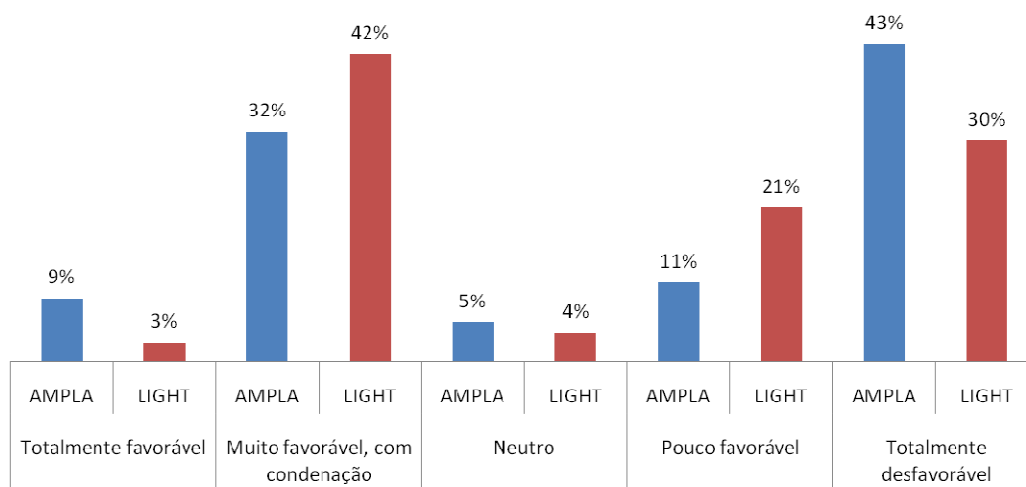


Gráfico 25. Gradação da Reforma.

Como se pode constatar não há uma diferença grande entre o grau de reforma nas decisões da AMPLA e da LIGHT. Ambas mantêm-se entre os 30 a 40 % tanto quando a reforma é muito favorável, mas há condenação, quanto, quando a reforma é totalmente desfavorável. Há que se destacar, no entanto, o percentual da LIGHT em reformas muito favoráveis, mas com condenação é maior do que o da AMPLA — 42% contra 32%. É também maior o percentual da LIGHT nos casos em que a reforma é pouco favorável (mas é favorável apesar de ser pouco) — 21% contra 11% da AMPLA. Além disto, observe-se que o percentual da LIGHT é menor do que da AMPLA nos casos em que a reforma é totalmente desfavorável — 30% da LIGHT contra 43% da AMPLA.

Por meio destas informações que comparando AMPLA e LIGHT, a LIGHT é melhor avaliada pela Turma Recursal Cível do que a AMPLA, uma vez que o grau de decisões favoráveis a LIGHT ao se comparar as 5 graduações desta análise revela-se muito maior quando colocados em conjunto. Ou seja, a LIGHT tem decisões no 2º julgamento muito mais favoráveis do que a AMPLA (empresa utilizada como controle metodológico).

No entanto, cumpre observar que tratando-se de casos em que a reforma foi total, a AMPLA tem percentual maior do que a LIGHT — 9% contra 3%. O que significa que a LIGHT tem decisões mais favoráveis quando estas possuem reforma parcial. Significa ainda que se confirma o resultado de favorecimento da LIGHT, uma

vez que mesmo sendo a AMPLA mais favorecida em reformas totais, ainda assim, tem um resultado em conjunto mais desfavorável do que a LIGHT.

VI.3.4 HOUVE DEVOLUÇÃO DA MULTA DECORRENTE?

Observou-se na análise das decisões coletadas que foi recorrente a determinação de devolução da multa decorrente do TOI, para isso, dividimos este tópico em quantos casos tiveram ou não tal determinação e se na maior parte dos casos a determinação de devolução da multa decorrente foi simples ou em dobro — conforme art. 42, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor.⁹⁸

VI.3.4.1 Sim ou não?

HOUVE DETERMINAÇÃO DE DEVOLUÇÃO?			
CONCESSIONÁRIA	DANO MORAL	TOTAL	%
AMPLA	SIM	27	29%
	NÃO	63	
	NÃO IDENTIFICADO	2	68%
AMPLA Total		92	
LIGHT	SIM	79	52%
	NÃO	72	47%
	NÃO IDENTIFICADO	1	1%
LIGHT Total		152	
TOTAL		244	

Tabela 13. Houve Devolução Multa Decorrente?

⁹⁸ **Art. 42.** Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. **Parágrafo único.** O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável. (grifo nosso)

AMPLA - DEVOLUÇÃO

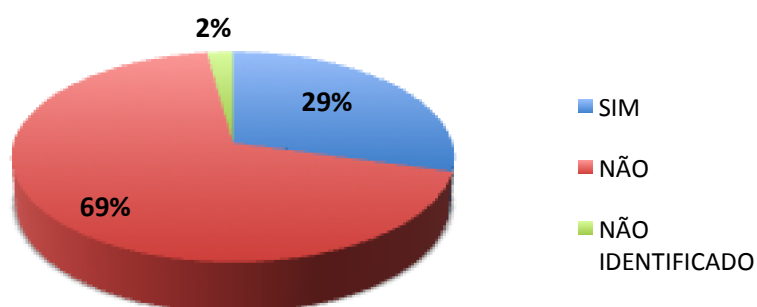


Gráfico 26. Devolução multa decorrente – AMPLA.

LIGHT - DEVOLUÇÃO

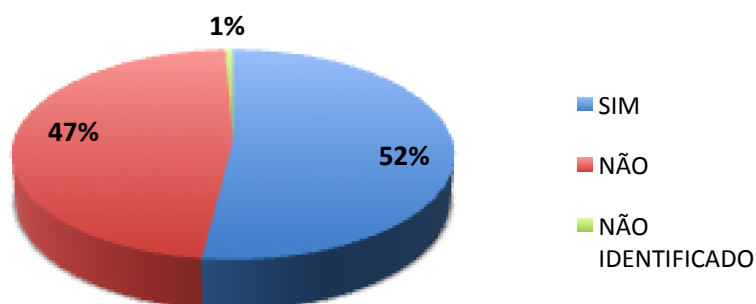


Gráfico 27. Devolução multa decorrente – LIGHT.

VI.3.4.2 Devolução simples ou em dobro?

DEVOLUÇÃO SIMPLES OU EM DOBRO			
CONCESSIONÁRIA	DEVOLUÇÃO	TOTAL	%
AMPLA	SIMPLES	17	18%
	DOBRO	6	7%
AMPLA Total		92	
LIGHT	SIMPLES	72	47%
	DOBRO	2	1%
LIGHT Total		152	
TOTAL		244	

Tabela 14. Devolução simples ou em dobro.

Devolução Simples ou em Dobro

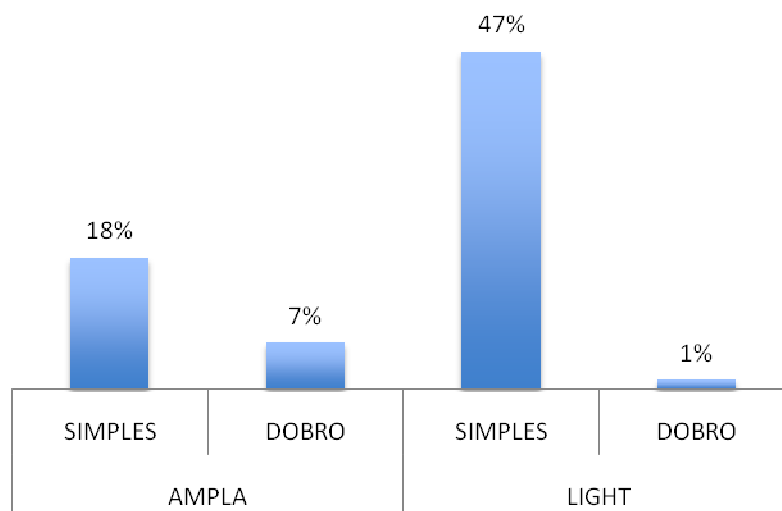


Gráfico 28. Devolução Simples ou em Dobro.

Como se pode observar, as determinações de devolução da multa decorrente do TOI para LIGHT são maiores do que para AMPLA — 52% contra 29% dos casos. Ao mesmo tempo, a devolução da LIGHT é maior quando de **forma simples** — 47% contra 18% da AMPLA. Cumpre destacar, no entanto, que mesmo sendo a LIGHT determinada a devolver os valores da multa decorrente do TOI mais vezes que a AMPLA, quando a AMPLA é determinada a tal obrigação, revela-se campeã em devolução **em dobro**. Ou seja, apesar da LIGHT ter maior percentual em devoluções, tais devoluções são em maior número de **forma simples**, porquanto, apesar da AMPLA ter menor percentual em devolução, quando determinada esta é em maior percentual **em dobro**. Ou seja, o balanço nos revela que até mesmo nas devoluções das multas decorrentes de TOI, a LIGHT possui resultados favoráveis a ela pelo Judiciário.

VI.4 CARACTERÍSTICAS DO JUDICIÁRIO EM RELAÇÃO À ANEEL

Neste tópico será analisado se e como o Judiciário aplica as Resoluções Normativas da ANEEL. Serão feitas comparações entre a aplicabilidade de tais normas administrativas e o Código de Defesa do Consumidor, bem como o Código Penal, em determinados casos onde o Judiciário entende caracterizada fraude, e,

portanto, necessidade de aplicação conjunta do Código Penal. Aqui, busca-se traçar uma tendência de posicionamento do Juizado Especial Cível, e remetendo ao título desta pesquisa, descobrir traços de “como os juízes pensam”.

VI.4.1 ANÁLISE DO ENTENDIMENTO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS DO RIO DE JANEIRO EM RELAÇÃO À ANEEL

Nesta parte da pesquisa, será investigado o conflito exposto no início deste estudo entre a ANEEL e o Judiciário. Assim, buscar-se-á verificar se nas decisões analisadas, o Judiciário cita, e aplica as resoluções da ANEEL, bem como seu entendimento a respeito delas. Para tanto, dividiremos em: Cita Resolução ANEEL?; Aplica Resolução ANEEL?; Aplica Resolução ANEEL a favor ou contra empresa? Aplica CDC? Aplica Resolução ANEEL e CDC? Aplica CP? Aplica CP e Resolução da ANEEL? Aplica CP e CDC?

VI.4.1.1 Cita resolução da ANEEL?

Como pode-se observar, a maioria de decisões em que a AMPLA figura como parte não é sequer citada a resolução da ANEEL pertinente aos conflitos consumeristas (RES. 456/00 ou RES. 414/2010)

AMPLA - CITA RESOLUÇÃO ANEEL

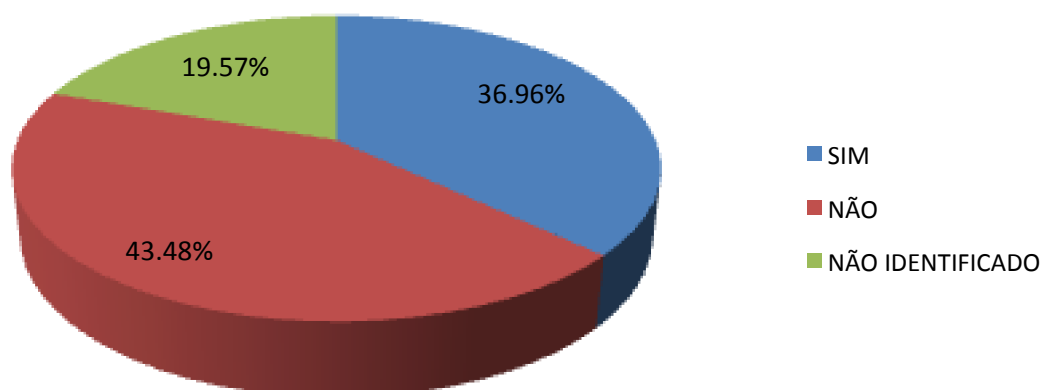


Gráfico 29. Ampla – Cita Resolução ANEEL

Ao passo que, nas decisões em que a LIGHT figura como parte, 71,03% das decisões citam a ANEEL em seus fundamentos. Conforme gráfico abaixo:

LIGHT - CITA RESOLUÇÃO ANEEL

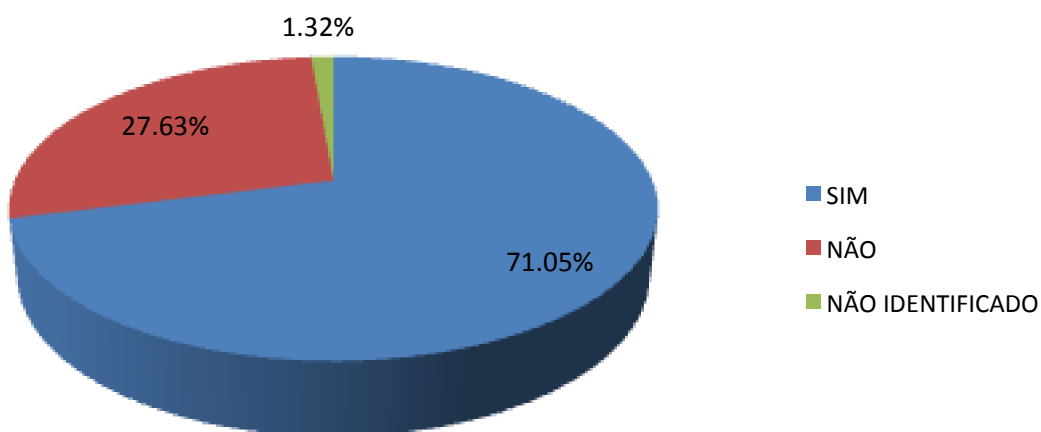


Gráfico 30. Light – Cita Resolução ANEEL

Interessante mesmo é observar o quanto destas decisões que citam as Resoluções Normativas da ANEEL, aplicam-na de fato. De acordo com a tabela e gráficos abaixo, 60, 53% das decisões envolvendo a LIGHT aplicam as Resoluções

da ANEEL, enquanto as decisões envolvendo a AMPLA tem um percentual de não aplicação mais elevado do que de aplicação, o que nos leva a crer que nas decisões envolvendo a concessionária de energia LIGHT, o Juizado Especial Cível utiliza em maior grau fundamentos da norma expedida pela Agência Reguladora do setor — ANEEL.

VI.4.1.2 Aplica resolução ANEEL?

Ao analisar as decisões coletadas, percebemos que havia um diferencial entre as decisões que somente citavam a resolução da ANEEL e as decisões que citavam e aplicavam a resolução da ANEEL, sendo imprescindíveis as informações sobre a aplicação da resolução da ANEEL para as conclusões necessárias do presente estudo, ou seja, para identificar se há uma tendência de reconhecimento destas resoluções.

Diante disso, verificou-se que em 60, 53% das decisões da Turma Recursal Cível em relação à LIGHT, foi aplicada a Resolução da ANEEL. Em menor escala, em 29,35% das decisões envolvendo a empresa AMPLA, as decisões são fundamentadas pela Resolução da ANEEL. Veja-se a tabela e gráficos a seguir:

APLICA RESOLUÇÃO DA ANEEL			
CONCESSIONÁRIA	APLICA RESOLUÇÃO ANEEL	TOTAL	%
AMPLA	SIM	27	29,35%
	NÃO	38	41,30%
	NÃO IDENTIFICADO	27	29,35%
AMPLA Total		92	
LIGHT	SIM	92	60,53%
	NÃO	48	31,58%
	NÃO IDENTIFICADO	12	7,89%
LIGHT Total		152	
TOTAL		244	

Tabela 15. Quanto é aplicada a Resolução ANEEL

AMPLA - APLICA RESOLUÇÃO ANEEL

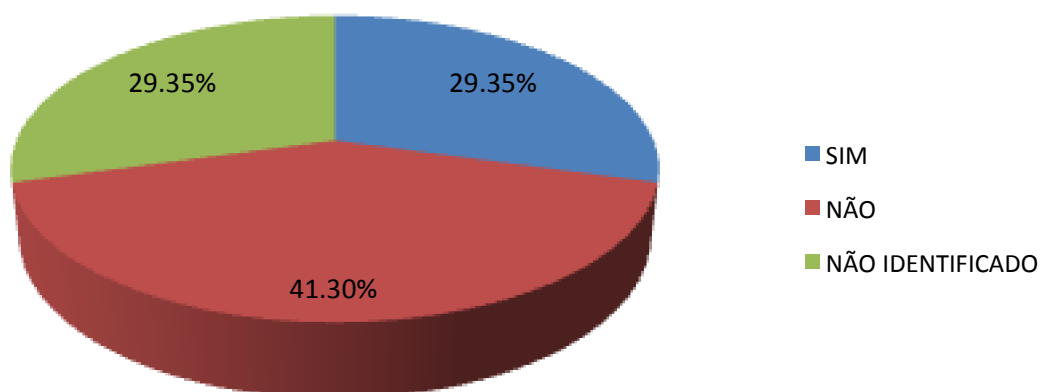


Gráfico 31. Aplicação Resolução ANEEL – AMPLA

LIGHT - APLICA RESOLUÇÃO ANEEL

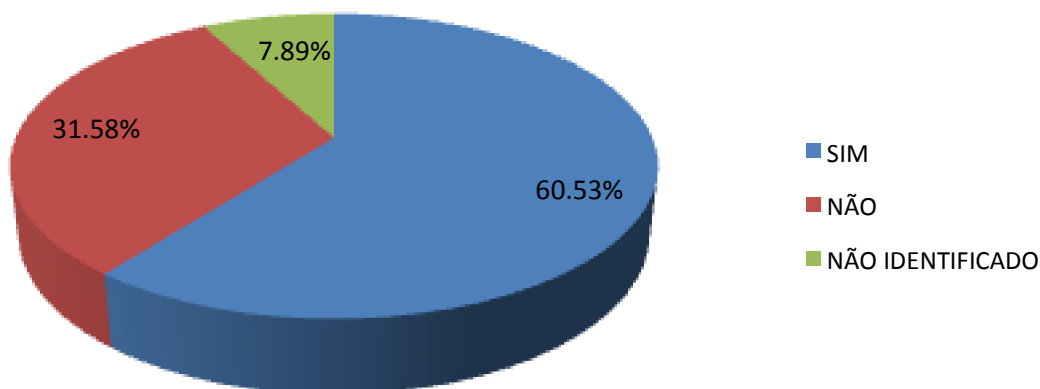


Gráfico 32. Aplicação Resolução ANEEL – LIGHT

Não obstante, a análise deve ainda desdobrar-se para identificarmos o quanto a Resolução da ANEEL é aplicada a favor ou contra a empresa concessionária. E é isto que faremos a seguir.

VI.4.1.3 Aplica Resolução ANEEL a favor ou contra a empresa?

Neste tópico analisaremos como a Resolução ANEEL nº 456/2000 foi aplicada pela Turma Recursal Cível do Estado do Rio de Janeiro. Se foi aplicada a favor da empresa, se foi aplicada contra a empresa ou se o magistrado, no momento da decisão, questionou a conduta da empresa ao aplicar a referida resolução — casos em que o juiz observa “a empresa fez interpretação errada da Resolução ANEEL”, mas ainda assim, aplicou-a de modo a propiciar resultado favorável a empresa.

ENTENDIMENTO A RESPEITO DA RESOLUÇÃO DA ANEEL			
CONCESSIONÁRIA	REFORMA	TOTAL	%
AMPLA	APLICANDO A FAVOR DA EMPRESA	9	10%
	APLICANDO CONTRA EMPRESA	18	20%
	QUESTIONANDO A EMPRESA, MAS APLICANDO A FAVOR	1	1%
	NÃO CITA	64	70%
AMPLA Total		92	
LIGHT	APLICANDO A FAVOR DA EMPRESA	31	20%
	APLICANDO CONTRA EMPRESA	53	35%
	QUESTIONANDO A EMPRESA, MAS APLICANDO A FAVOR	12	8%
	NÃO CITA	56	37%
LIGHT Total		152	
TOTAL		244	

Tabela 16. Entendimento sobre aplicação da Res. ANEEL

AMPLA - ENTENDIMENTO RESOLUÇÃO ANEEL

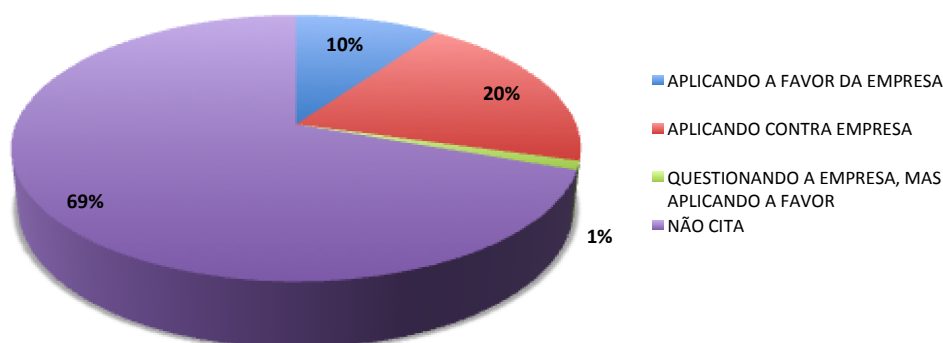


Gráfico 33. Entendimento sobre aplicação da Res. ANEEL – AMPLA

LIGHT - ENTENDIMENTO RESOLUÇÃO ANEEL

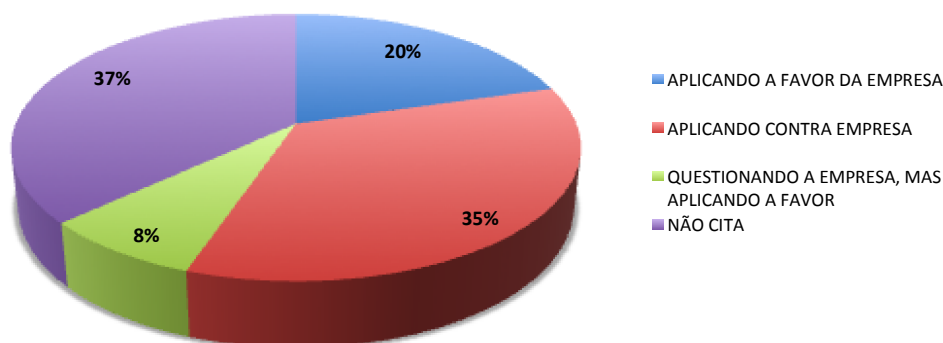


Tabela 34. Entendimento sobre aplicação da Res. ANEEL – LIGHT

Como podemos observar na maior parte dos casos não foi possível identificar o tipo de aplicação da resolução ANEEL feita pelo Judiciário, no entanto, nos casos em que foi possível, podemos constatar que em sua maioria a Resolução da ANEEL é aplicada contra a empresa, tanto na LIGHT quanto na AMPLA — 35 % contra 20%. No entanto, somarmos o percentual de aplicações da Resolução ANEEL a favor da empresa com os casos em que há questionamento da empresa, mas ainda assim aplica-se a resolução a favor da mesma, obteremos um resultado bastante equânime em comparação com as aplicações contra a empresa — 28% da LIGHT e 21% da AMPLA de aplicações favoráveis contra 35% e 20% de aplicações desfavoráveis. Neste caso é interessante ressaltar que a AMPLA possui, no balanço final, um resultado de mais aplicações da Resolução ANEEL 456/2000 favoráveis à empresa do que contra — 21% a favor contra 20% contra (embora estatisticamente seja praticamente igual).

Ademais, outra inferência cabível, e talvez a mais importante deste estudo, é de que, tendo em vista o comportamento das empresas em relação à aplicação ou não das Resoluções da ANEEL, o Judiciário entende que a Resolução é plenamente cabível, seja para aplicar contra ou favor da empresa. Interessante ressaltar que os artigos mais citados nas decisões foram o art. 9º, I ⁹⁹; art. 91, I ¹⁰⁰ e art. 72, II ¹⁰¹ da Resolução ANEEL 456/2000.

⁹⁹ Art. 9º O ponto de entrega de energia elétrica deverá situar-se no limite da via pública

VI.4.2 CITA E APLICA CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR?

Outro instrumento importantíssimo e complementar é o Código de Defesa do Consumidor, nele estão elencadas as obrigações das empresas, os direitos que o consumidor tem nas relações de consumo e de acordo com a Lei nº 8.987/95, art. 7º, deverá o CDC em se tratando de serviços públicos, ser aplicado de forma subsidiária.

“Art. 7º. **Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**, são direitos e obrigações dos usuários:

- I - receber serviço adequado;
- II - receber do poder concedente e da concessionária, informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;
- III - obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente.
- IV - levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado;
- V - comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço;
- VI - contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.” (grifo nosso)

Deste modo, classificamos as decisões em que é citado o Código de Defesa do Consumidor - CDC, em aplicação contra ou favor da concessionária, ou em situações em que não é sequer citado o Código.

com o imóvel em que se localizar a unidade consumidora, ressalvados os seguintes casos: I - havendo uma ou mais propriedades entre a via pública e o imóvel em que se localizar a unidade consumidora, o ponto de entrega situar-se-á no limite da via pública com a primeira propriedade intermediária;

¹⁰⁰ Art. 91. A concessionária poderá suspender o fornecimento, após prévia comunicação formal ao consumidor, nas seguintes situações: I - atraso no pagamento da fatura relativa a prestação do serviço público de energia elétrica;

¹⁰¹ Art. 72. Constatada a ocorrência de qualquer procedimento irregular cuja responsabilidade não lhe seja atribuível e que tenha provocado faturamento inferior ao correto, ou no caso de não ter havido qualquer faturamento, a concessionária adotará as seguintes providências: II - solicitar os serviços de perícia técnica do órgão competente vinculado à segurança pública e/ou do órgão metrológico oficial, este quando se fizer necessária a verificação do medidor e/ou demais equipamentos de medição.

CITA CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR?			
CONCESSIONÁRIA	CDC	TOTAL	%
AMPLA	Aplica a favor da empresa	3	3%
	Aplica contra a empresa	16	17%
	Não cita	73	79%
AMPLA Total		92	
LIGHT	Aplica a favor da empresa	15	10%
	Aplica contra a empresa	41	27%
	Não cita	96	63%
LIGHT Total		152	
TOTAL		244	

Tabela 17. Como CDC é aplicado

AMPLA - CITA CDC

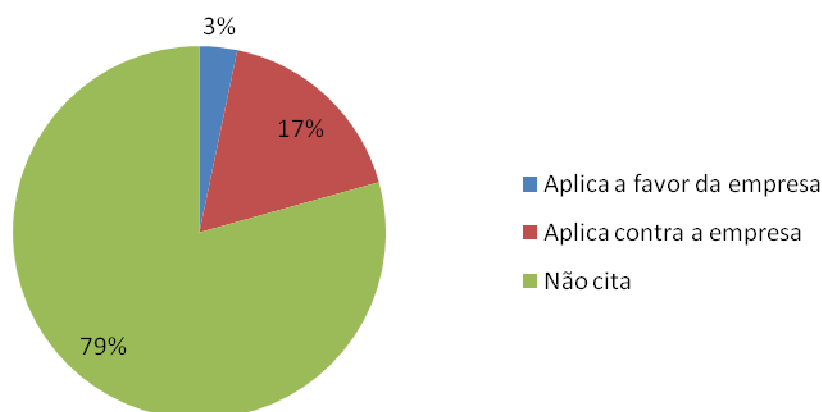


Gráfico 35. Como CDC é aplicado – AMPLA

LIGHT - CITA CDC

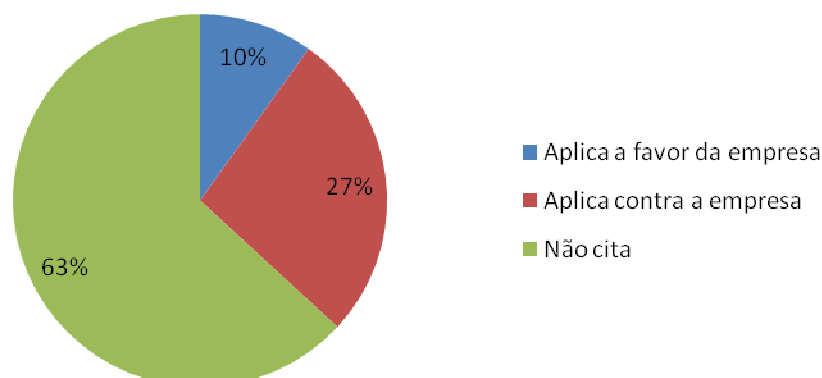


Gráfico 36. Como o CDC é aplicado – LIGHT

Conforme podemos verificar, a maior parte dos casos analisados não cita sequer o Código de Defesa do Consumidor – CDC. Tanto na LIGHT, 63%, quanto na AMPLA, 79%. No entanto, nos casos em que o magistrado fundamenta sua decisão com o CDC, a maioria é aplicado contra a empresa — 27% LIGHT e 17% AMPLA, o que se revela uma tendência natural, vez que o Código é geralmente utilizado para defesa do consumidor.

Neste sentido destacaram-se os artigos: art. 6º ¹⁰²; art. 6º, III ¹⁰³; art. 42¹⁰⁴; art. 42, parágrafo único¹⁰⁵; art. 84¹⁰⁶ e art. 107¹⁰⁷ do CDC.

Ocorre que para surpresa do presente estudo, foram verificados alguns casos em que o CDC foi aplicado a favor da empresa, casos em que o consumidor segundo a ótica do magistrado não tinha razão apesar do Código garantir a ele determinados direitos, mais especificamente casos em que o consumo era zerado e mesmo o CDC garantindo o direito de continuidade da prestação do serviço, sobretudo por se tratar de um serviço essencial, o magistrado entendia que o fato do consumo estar zerado indicava má-fé do consumidor e, portanto, apesar de se reconhecer o direito do consumidor, neste caso este não poderia ser assistido pelas garantias do Código de Defesa do Consumidor – CDC. Existiram casos também que classificaram-se como a favor da empresa, onde com base no art. 107¹⁰⁸ da CDC quando fundamentava as decisões alegando que as associações de fornecedores poderiam regular por convenção escrita relações de consumo pertinentes às hipóteses elencadas no referido artigo. Esses casos refletem 10% das decisões envolvendo a LIGHT e 3% das decisões envolvendo a AMPLA.

¹⁰² Art. 6º São direitos básicos do consumidor (...).

¹⁰³ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

¹⁰⁴ Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

¹⁰⁵ Art. 42.. **Parágrafo único.** O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

¹⁰⁶ Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

¹⁰⁷ Art. 107. As entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo.

Não obstante, e também importantíssimo ressaltar que em 11 casos, apareceram decisões fundamentando a necessidade de aplicação do Código Penal, art. 155, § 3º.

“Furto - Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

§ 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.” (grifo nosso)

Nestes casos o magistrado fundamentava ainda a necessidade de registro de Boletim de Ocorrência na Delegacia de Polícia pelo técnico da concessionária, vez que entendia ser caso de furto. Ainda explicitava a necessidade da perícia ser feita por órgão oficial, indicando o ICCE – Instituto de Criminalística Carlos Éboli.

Ainda foram registrados 5 casos que citaram a Lei nº 8.987/95 — lei de concessões e permissões de serviços públicos. O artigo trazido na decisão foi o art. 6º, §3º.

“Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.”

Outra observação importante sobre as decisões analisadas é de que quando utilizavam o a Resolução da ANEEL para fundamentação, raramente utilizava-se em conjunto o Código de Defesa do Consumidor. Foram mais recorrentes casos em que as fundamentações aplicavam ou citavam somente a Resolução da ANEEL, ou somente o CDC.

Capítulo VII – AS DECISÕES ADMINISTRATIVAS DA ANEEL SÃO RECONHECIDAS NO JUDICIÁRIO FLUMINENSE?

Desde 1957, por meio do Decreto nº 41.019/57 já era previsto o dever de fiscalização das unidades consumidoras a fim de que fossem detectadas possíveis irregularidades, de modo que pudessem, então, ser adotadas providências, conforme art. 25 do mesmo diploma legal¹⁰⁹.

Do ponto de vista legislativo, existe previsão legal para o dever de fiscalização por parte da concessionária, conforme se depreende da leitura do art. 30¹¹⁰ da Lei nº 8.987/95 — lei que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos. De acordo com art. 6º¹¹¹ deste mesmo diploma, toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviços adequado ao pleno atendimento do consumidor/usuário, deste pressuposto decorre o dever de fiscalização, podendo, inclusive haver interrupção do fornecimento do serviço público prestado, nos casos em que a lei elenca.

Conforme se verifica no art. 31 da referida lei, “são encargos da concessionária cumprir e fazer cumprir as normas emanadas do Poder Concedente” (...) bem como “zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação dos serviços”, e sendo assim, estão revestidas de amparo legal as fiscalizações que as concessionárias devem realizar com vistas ao cumprimento deste normativo legal.

Não obstante, e ainda do ponto de vista legislativo, existe a Lei da ANEEL, por meio da qual a agência reguladora de energia elétrica foi instituída. Trata-se da Lei nº 9.427/96, que tem como dever, a aprovação de regras e procedimentos,

¹⁰⁹ **Art. 25** – “fiscalização das unidades consumidoras e adoção de providências e penalidades quando detectadas irregularidades”.

¹¹⁰ **Art. 30** – “poder concedente: fiscalização.”

¹¹¹ **Art. 6º** – Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações”.

definição de tarifas, regulação do serviço (art. 3º da Lei nº 9.427/96). Cumpre ressaltar que a própria Constituição federal de 1988 prevê legitimidade função normativa da ANEEL, e portanto, legitimidade das normas emanadas por ela (art. 21, inciso XII, alínea *b*, CF/88). Neste sentido foram editadas normas, decorrentes deste poder normativo da agência reguladora, a respeito das condições de fornecimento de energia elétrica. Tais normas materializam-se pela Resolução Normativa da ANEEL nº 456/2000, e mais recente, pela Resolução Normativa nº 414/2010.

Neste sentido, resta claro a constitucionalidade das Resoluções Normativas da ANEEL e a necessidade de investigação sobre o objeto mais recorrente da presente pesquisa — TOI —, disposto em tais resoluções.

VII.1 TERMO DE OCORRÊNCIA DE IRREGULARIDADE - TOI

Termo de Ocorrência e Inspeção de Irregularidades,¹¹² ou simplesmente TOI, é o procedimento pelo qual as empresas concessionárias de energia elétrica iniciam a instauração de um procedimento administrativo, dentro da própria empresa, para apurar supostas irregularidades encontradas nas unidades consumidoras. O simples indício já enseja a obrigação de lavratura do TOI¹¹³. De acordo com art. 129 da vigente Resolução Normativa ANEEL nº 414/2010 há a possibilidade de solicitação de perícia técnica pela empresa concessionária¹¹⁴, bem como a necessidade de indicação dos procedimentos complementares que servirão para reunir provas inequívocas das irregularidades constatadas. Além disso, importante frisar que no atual entendimento a perícia deverá ser realizada por instituto metrológico ou instituto de criminalística. Esta é a definição que pode ser extraída da redação da nova resolução que estabelece Condições Gerais de Fornecimento de Energia Elétrica.

¹¹² Denominação dada pela Resolução Normativa da ANEEL nº 414/2010.

¹¹³ Importante destacar que na nova Resolução Normativa da ANEEL nº 414/2010, o TOI possui modelo padrão (art. 129, I) que está disponibilizado no Anexo V da mesma.

¹¹⁴ De acordo com a Resolução Normativa ANEEL nº 456/2000, somente os consumidores/ usuários poderiam solicitar tal perícia técnica, nos moldes do art. 72 do mesmo dispositivo normativo.

Como se confirmará no capítulo 4 deste estudo verificou-se somente a aplicação da Resolução Normativa nº 456/2000 da ANEEL nas decisões analisadas, embora esteja vigente a Resolução Normativa nº 414/2010 da ANEEL. A hipótese que se levanta diante desta constatação é de que a aplicação da norma anterior está relacionada à data da ocorrência do TOI, ou seja, sendo todas as ocorrências anteriores ao ano de 2010, aplica-se a Resolução Normativa vigente à data do fato, tal qual, a Resolução Normativa nº 456/2000.

Deste modo, cumpre ressaltar que na Resolução ANEEL nº 456/2000, o TOI era denominado Termo de Ocorrência de Irregularidade, e apenas era lavrado quando constatada a ocorrência de procedimentos irregulares de acordo com art. 72¹¹⁵, cuja responsabilidade não pudesse ser atribuível à empresa concessionária, mas que provocassem faturamento inferior ao correto ou mesmo ausência de faturamento. Tal resolução normativa dispunha ainda sobre critérios a serem usados para fins de revisão de faturamento, sem que houvesse prejuízo da incidência de encargos financeiros e da cominação de penalidades na prestação dos serviços.

¹¹⁵ **Resolução Normativa ANEEL nº 456/2000 - Art. 72.** Constatada a ocorrência de qualquer procedimento irregular cuja responsabilidade não lhe seja atribuível e que tenha provocado faturamento inferior ao correto, ou no caso de não ter havido qualquer faturamento, a concessionária adotará as seguintes providências: I - emitir o "Termo de Ocorrência de Irregularidade", em formulário próprio, contemplando as informações necessárias ao registro da irregularidade, tais como: a) identificação completa do consumidor; b) endereço da unidade consumidora; c) código de identificação da unidade consumidora; d) atividade desenvolvida; e) tipo e tensão de fornecimento; f) tipo de medição; g) identificação e leitura(s) do(s) medidor(es) e demais equipamentos auxiliares de medição; h) selos e/ou lacres encontrados e deixados; i) descrição detalhada do tipo de irregularidade; j) relação da carga instalada; l) identificação e assinatura do inspetor da concessionária; m) outras informações julgadas necessárias. II - solicitar os serviços de perícia técnica do órgão competente vinculado à segurança pública e/ou do órgão metrológico oficial, este quando se fizer necessária a verificação do medidor e/ou demais equipamentos de medição. III - implementar outros procedimentos necessários à fiel caracterização da irregularidade. IV - proceder à revisão do faturamento com base nas diferenças entre os valores efetivamente faturados e os apurados por meio de um dos critérios descritos nas alíneas abaixo, sem prejuízo do disposto nos arts. 73, 74 e 90: (...) § 2º Comprovado, pela concessionária ou consumidor, na forma do art. 78 e seus parágrafos, que o início da irregularidade ocorreu em período não atribuível ao atual responsável, a este somente serão faturadas as diferenças apuradas no período sob responsabilidade do mesmo, sem aplicação do disposto nos arts. 73, 74 e 90, exceto nos casos de sucessão comercial. § 3º Cópia do termo referido no inciso I deverá ser entregue ao consumidor no ato da sua emissão, preferencialmente mediante recibo do mesmo, ou, enviada pelo serviço postal com aviso de recebimento (AR). § 4º No caso referido no inciso II, quando não for possível a verificação no local da unidade consumidora, a concessionária deverá acondicionar o medidor e/ou demais equipamentos de medição em invólucro específico, a ser lacrado no ato da retirada, e encaminhar ao órgão responsável pela perícia.

É importante destacar que pela nova resolução, a assinatura do TOI pelo cliente não faz prova suficiente de que foi constatada alguma ilicitude, mas que foram verificados indícios de irregularidades na unidade consumidora e que o consumidor está ciente do trabalho realizado pelo técnico da concessionária. Já na Resolução Normativa ANEEL nº 456/2000, o próprio TOI já era elemento caracterizador de irregularidades.

Em relação a tais indícios de irregularidade, vale expor que tais poderiam ser caracterizados através de rompimento dos lacres instalados nos medidores e demais equipamentos de medição, caixas e cubículos, procedimentos pelos quais só poderiam ser realizados por representante credenciado da distribuidora — art. 36 da Resolução nº 456/2000¹¹⁶. Neste sentido, importante ressaltar que, conforme

¹¹⁶ **Art. 36.** “Os lacres instalados nos medidores, caixas e cubículos, somente poderão ser rompidos por representante legal da concessionária. **Parágrafo único.** Constatado o rompimento ou violação de selos e/ou lacres instalados pela concessionária, com alterações nas características da instalação de entrada de energia originariamente aprovadas, mesmo não provocando redução no faturamento, poderá ser cobrado o custo administrativo adicional correspondente a 10 % (dez por cento) do valor

disposto no parágrafo único do mesmo artigo, o rompimento do lacre ensejava a cobrança de custo administrativo no valor de 10% do valor líquido da primeira fatura emitida após a constatação da irregularidade.

Não obstante, dispõe a Resolução Normativa ANEEL nº 456/2000, a possibilidade explícita de suspensão de fornecimento de energia elétrica, imediato, quando verificada a ocorrência de quaisquer irregularidades mencionadas no art. 72 da mesma resolução, dentre estas possibilidades, estão os casos em que tenham sido lavrados o TOI, nos moldes do art. 90¹¹⁷ desta resolução.

VII.2 VISÃO DA EMPRESA¹¹⁸

VII.2.1 VISÃO DA EMPRESA SOBRE SI PRÓPRIA EM CASOS DE TOI

A empresa LIGHT tem entendimento de que o procedimento pode até ser unilateral, mas que é dele que se verifica a irregularidade, a qual não seria denunciada pelo consumidor/usuário ou por aquele que dela se aproveita. Em outras palavras, a empresa entende que o beneficiário da irregularidade não participaria de ato administrativo que o denunciasse e certamente não faria prova contra si.

Em relação à unilateralidade, o segundo ponto levantado pela empresa é de que tanto TOI, quanto autos de infração ou autuações administrativas são sempre unilaterais, uma vez que surpreendem em flagrante conduta irregular do administrado.

Quanto à lavratura do TOI e eventual suspensão do serviço, bem com cobrança do que foi desviado, a empresa entende ser este um exercício legal do direito da concessionária, gozando de presunção de veracidade e legalidade de

líquido da primeira fatura emitida após a constatação da irregularidade. – Artigo idêntico ao art. 75 da Resolução Normativa ANEEL nº 414/2010”.

¹¹⁷ **Art. 90.** “A concessionária poderá suspender o fornecimento, de imediato, quando verificar a ocorrência de qualquer das seguintes situações: I - utilização de procedimentos irregulares referidos no art. 72; II - revenda ou fornecimento de energia elétrica a terceiros sem a devida autorização federal; III - ligação clandestina ou religação à revelia; IV - deficiência técnica e/ou de segurança das instalações da unidade consumidora, que ofereça risco iminente de danos a pessoas ou bens, inclusive ao funcionamento do sistema elétrico da concessionária”.

¹¹⁸ Como a empresa analisada neste estudo é a LIGHT S/A, devidamente justificada sua escolha no capítulo anterior, os dados aqui disponibilizados referem-se somente à empresa LIGHT.

todos os atos praticados pela Administração Pública. Neste sentido ressalta que a atividade fiscalizadora da concessionária é legítima e legal por decorrência das prerrogativas do regime administrativo do serviço público delegado. Entende, por fim, que o procedimento TOI é dotado dos atributos que são peculiares ao ato administrativo, de forma que há no mesmo:

“(i) imperatividade, diante da possibilidade do mesmo ser executado; (ii) auto-executoriedade, por ser passível de execução quando preciso, mesmo que inexistia consentimento de seu destinatário; e (iii) presunção de legitimidade, uma vez que em decorrência do princípio da legalidade presume-se como legal a atividade administrativa”¹¹⁹.

*VII.2.2 VISÃO QUE A EMPRESA TEM SOBRE O JUDICIÁRIO NAS QUESTÕES DE TOI*¹²⁰

As questões mais recorrentes levantadas pela empresa LIGHT em relação ao comportamento do Judiciário são de que: a concessão de liminares genéricas incentiva o inadimplemento do consumidor; que o fato de mandarem refaturar o consumo com base em média anterior quando o faturamento, em razão da fraude, foi zero, estar-se-á confirmando uma perda não técnica para a empresa; de que perde-se muito ao se discutir a essencialidade do serviço, quando a questão da possibilidade de suspensão do serviço em caso de inadimplemento já foi sedimentada pelo próprio Judiciário; que o Judiciário não tem uma posição clara entre unilateralidade e imparcialidade, vez que na visão da empresa a questão é clara, não sendo o ato de fiscalização imparcial, mas unilateral — a empresa reconhece a unilateralidade do procedimento TOI.

Por fim, a empresa enxerga que o Judiciário ignora os fatos, como a redução abrupta do consumo face à média passada, não dando relevância ao histórico de consumo quando ele existe. E que isto, remonta à necessidade do equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

¹¹⁹ Superintendente Jurídico da LIGHT S/A, Fábio Amorim, em apresentação feita ao grupo de pesquisa LIGHT/FGV.

¹²⁰ O texto redigido abaixo foi feito com base nas informações prestadas pela própria empresa LIGHT em diversas reuniões do grupo de pesquisa LIGHT/ FGV.

VII.2.3 VISÃO QUE O JUDICIÁRIO TEM DA EMPRESA

O que pode-se dizer a partir de uma análise subjetiva das decisões colhidas para esta pesquisa, é que o Judiciário entende que a empresa impõe débitos unilateralmente calculados, em alguns casos, até mesmo sem comprovação; não obstante suspende o fornecimento sem suporte probatório convincente; ausência de perícia do medidor, o que dificulta a comprovação da existência de defeito no aparelho medidor ou o envolvimento do consumidor em fraude; troca do medidor antes da produção da prova, o que impossibilita a perícia ou mesmo a simples contestação dos fatos, o que geraria alguma presunção de que a concessionária não estaria agindo de boa fé; instalação de medidor em área externa e constatação de fraude fora da residência, configurando o impedimento físico de acesso por parte do consumidor; utilização de terminologia que não é compreendida pelo consumidor tais como “ficou cortado no borne”, “derivação com chaveamento e reversão”; suspensão do fornecimento sem comunicação prévia; falhas diversas na prestação do serviço, o que possibilita registrar consumo aquém do esperado; ausência de notificação ou prova de inadimplemento, por fim, a unilateralidade do procedimento TOI, que não permite a ampla defesa e o contraditório e que constrange o consumidor a assumir dívida por consumo presumido unilateralmente sob pena de interrupção no fornecimento.

Neste sentido, existem decisões que pode trazer confirmando algumas das questões levantadas. Tratam-se de decisões desfavoráveis ao procedimento TOI.

“Tal ‘laudo’ é confeccionado exclusivamente pela concessionária” (AGR no RESP 789.945/RS, STJ, DJU 06.03.06);

“...a jurisprudência desta Corte Estadual é uníssona no sentido de que a perícia realizada unilateralmente pelos prepostos da concessionária não pode gozar da presunção de legitimidade e veracidade, por ser isenta de imparcialidade, como se infere dos seguintes precedentes 2009.002.46300) - AI - 1ª Ementa – Desembargador Elton Leme - Julgamento: 26/11/2009 17ª Câmara Cível / 2009.001.56339 – AC - 1ª Ementa – Desembargador Luisa Bottrel Souza - Julgamento: 18/11/2009 – 17ª Câmara Cível/2009.001.62339 – AC – Desembargador Henrique de Andrade Figueira - Julgamento: 11/11/2009 – 17ª Câmara Cível.” (Apel.Cív. nº 65336/09, TJRJ, Rel. Des.Célia Maria Vidal - DJ 02.12.09)

É importante ressaltar que também existem decisões favoráveis ao procedimento TOI, o que revela uma disposição do Judiciário em não prejudicar a empresa, mas sim, em ajudá-la a realizar uma melhor prestação do serviço e uma fiscalização mais segura, tanto para o consumidor — sociedade — quanto para a própria empresa.

(...) não restando obrigada a mesma concessionária a prestar o serviço ao usuário que não satisfaça as obrigações que lhe cabem, inclusive no que se refere ao adimplemento das contas particulares e individuais da energia elétrica consumida, nos termos do art. 6º, §3º, da Lei n. 8.987/95. Ocorrência de irregularidade comprovada nos autos. Presunção de veracidade dos atos expedidos pela concessionária de serviços públicos. Mesmo tratando-se de responsabilidade objetiva, há de ser cabalmente comprovado o dano e o nexo de causalidade. Inexistência de qualquer falha na prestação do serviço.” (Apel.Cív. nº 2006. 001.08224, 7ª CCTJ/RJ, Rel. Des. Helda Lima Meireles, DO: 07.04.06)

“(...) A orientação firmada nesta Turma Julgadora é de que os fatos constatados no âmbito dos procedimentos assim instaurados e retratados no Termo de Ocorrência de Irregularidade — TOI —, desde que observadas as formalidades legais, gozam de presunção de veracidade, como todo ato administrativo. Por isso, cabe ao administrado o ônus de desfazer tal presunção, nos processos relacionados às irregularidades apontadas. (...)” (Apel.Cív. nº 1019623-0/7, 25ª CC TJ/SP, Rel. Des. Amorim Cantuaria, j. 22.04.08)

“APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. FRAUDE NO MEDIDOR. REFATURAMENTO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE NA ELABORAÇÃO DO TERMO DE OCORRÊNCIA.

Não houve irregularidade no procedimento administrativo, que goza de presunção de legalidade, tendo em vista que o autora foi notificada da visita para avaliar o funcionamento do medidor e, além disso, a acompanhou, tendo assinado o termo de ocorrência de irregularidade. Uma vez comprovada a fraude em equipamento medidor de consumo de energia elétrica, cabível o refaturamento da energia consumida que, no caso, deve atender o disposto na sentença em face da ausência de recurso no ponto. Evidenciada a adulteração do relógio marcador de consumo, com medição a menor da energia elétrica efetivamente consumida, comprovada pela redução brusca e constante do consumo depois do início da irregularidade é cabível o recálculo do valor devido. APELO DESPROVIDO.” (TJRS, Apel.Cív. nº 70027403021, 1ª CCTJ/RS, Rel. Des. Jorge Maraschin dos Santos, j. 17.12.08)

VII.3 O JUDICIÁRIO E A ANEEL

Quanto ao Judiciário e a ANEEL, fica clara a tendência de reconhecimento das decisões administrativas regulatórias referentes às relações de consumo no setor de energia elétrica no Estado do Rio de Janeiro.

Pode-se inferir que a Turma Recursal do Juizado Especial Cível do Estado do Rio de Janeiro reconhece as resoluções da ANEEL, tanto para aplicá-las a favor da empresa concessionária de serviço público de energia elétrica, quanto para aplicá-las contra a concessionária. Desmistificando, portanto, o posicionamento de alguns especialistas em direito que afirmam que o grande problema da crescente judicialização de conflitos consumeristas envolvendo setores regulados está no fato de que o Judiciário não reconhece e aplica tais resoluções pertinentes da Administração Pública, aqui representada pela ANEEL.

Os juízes, mais que isso, atuam como verdadeiros advogados das empresas, apontando ainda que muita das vezes a empresa está interpretando de forma errada as resoluções da ANEEL, conforme se elenca a seguir, trechos de algumas decisões:

“No entanto, acaso haja pagamento comprovado nos autos, sua devolução deve se dar da forma simples, já que o erro é escusável, posto que pautado em interpretação de resolução da ANEEL, embora equivocada.”

Figura 07. Decisão Conselho Recursal Cível TJ/RJ.

Trata-se de relação contratual entre as partes em que aplicável a lei 8.078/90. A ré sustenta a existência de irregularidades no consumo. Ao entender que haveria irregularidades no relógio medidor do consumidor, cabe a ela a prova do fato, diante do artigo 6º, VIII, do Codecon e do inciso II do artigo 72 da resolução 456/2000, da Aneel, diante de sua nova redação. Este dispositivo prevê a necessidade da concessionária de solicitar perícia ao órgão metrológico oficial quando reputar ocorrida irregularidade nas instalações do consumidor que evidenciem prejuízos ao fornecedor. **A ré, contudo, nenhuma providência tomou.**

Figura 08. Decisão Conselho Recursal Cível TJ/RJ.

caracterizando assim o desrespeito ao prazo imposto na resolução do poder concedente. Conquanto firme o posicionamento nas Turmas do STJ da viabilidade do corte do fornecimento do serviço de energia elétrica pela mora no pagamento das faturas, exige-se a regularidade do prévio aviso. Súmula nº 83 do TJ/RJ que, seguindo o entendimento do STJ, define que: "é lícita a interrupção do serviço pela concessionária em caso de inadimplemento do usuário, após prévio aviso, na forma da lei". **Previsão ainda na Resolução da Aneel de que a Concessionária poderá suspender o fornecimento, após prévia comunicação formal ao consumidor, em razão do atraso no pagamento da fatura relativa a prestação do serviço público de energia elétrica.** Jurisprudência do TJ/RJ que reconhece na simples mensagem de existência de débito em aberto e da possibilidade de corte do fornecimento do serviço, insere nas faturas posteriores àquela que não foi paga, a eficácia necessária para a configuração do prévio aviso. **Vício do serviço caracterizado pela omissão no cumprimento do dever jurídico de informar com a antecedência mínima de 15 dias .**

Figura 09. Decisão Conselho Recursal Cível TJ/RJ.

Merece devida ressalva quanto aos juízes que mesmo posicionando-se contrariamente ao disposto na resolução, declararam sua legalidade, aplicando-a e justificando tal aplicação com o argumento de que existe respaldo de decisão administrativa por órgão competente.

CONCLUSÃO

Foi visto ao longo deste trabalho o problema da crescente judicialização de setores regulados, em especial no setor de energia elétrica em questões envolvendo relações de consumo nos Juizados Especiais Cíveis do estado do Rio de Janeiro.

Trata-se de um problema complexo sujeito a várias afirmações sem base empírica para constatar.

O problema é complexo pois desdobra-se em um verdadeiro abarrotamento processual do Judiciário, em custos altíssimos para empresa, Estado e sociedade, em má prestação do serviço público e prejuízos para o consumidor. Este problema caso constatado põe em xeque a legitimidade do Poder Judiciário, que é compreendida pelo grau de confiança e credibilidade – que passa a ter na visão do consumidor uma imagem de ineficiência – e o próprio modelo de Estado Regulador, escolhido pela Constituição de 1988. Pois, como um Estado criado para ser mais eficiente, tem em seus setores especialmente regulados os maiores indícios de ineficiência?

O que foi colocado no presente trabalho é se este conflito existe mesmo. E para isso, não pode-se basear em achismos. É preciso colocar uma “régua” para se medir o órgão regulador, o judiciário e o consumidor para então se constatar a real existência desse problema ou não.

Para tanto, o presente trabalho escolheu como metodologia o estudo empírico, pois os dados podem não falar tudo, mas falam muito por si só. E sendo assim, os juízes reconhecem as decisões da ANEEL?

A tela utilizada para verificação foi o setor de energia elétrica do Estado do Rio de Janeiro, escolhido pelos motivos elencados ao longo do presente trabalho.

A conclusão que se retira da análise feita neste estudo inicial, é de que há uma tendência ao reconhecimento das decisões administrativas regulatórias referentes às relações de consumo no setor de energia elétrica no Estado do Rio de Janeiro.

Não prospera, portanto, a afirmação de que existe um conflito entre a Administração Pública e o Poder Judiciário no que tange aos processos de massa analisados pelo Juizado Especial Cível Fluminense, no setor de energia elétrica. O presente estudo mostra como o Poder Judiciário, aqui representado pelo Juizado Especial Cível, em especial pela Turma Recursal Cível, está em sinergia com os entendimentos normatizados pela Agência Reguladora de Energia Elétrica. São dois sistemas próprios, independentes, mas que se interrelacionam entre si. O Judiciário não usurpa o poder administrativo do Executivo. Ao contrário, o que se verifica é que há uma forte tendência à terceirização das demandas para o Judiciário.

O Judiciário não só aplica as Resoluções da ANEEL como aplica muito mais do que o próprio Código de Defesa do Consumidor nos casos estudados.

Vale lembrar que a vigente Resolução Normativa da ANEEL nº 414 de 2010, foi editada com vistas a adequar-se ao entendimento do Judiciário. Mas será que seria necessário, uma vez que, que a resolução anterior – a de nº 456/2000 -, mostrou-se bastante aplicada e reconhecida pelo Judiciário Fluminense. Isto pode revelar que o problema não está na forma como o Judiciário entende ou aplica a resolução, e talvez, muito mais, na forma como a empresa entende e a aplica de acordo com suas políticas de gestão.

Interessante ainda ressaltar os esforços do Poder Judiciário fluminense em diminuir as demandas de massa provenientes de conflitos consumeristas em setores regulados. Coincidência ou não, após a iniciativa dos mutirões de conciliação, em 2008, donde destaca-se o protagonismo do Juiz Flavio Citro, os números de processos que resultam em condenações diminuiu, como podemos observar no gráfico a seguir:

Nº DE ACORDOS E CONDENAÇÕES LIGHT- JEC

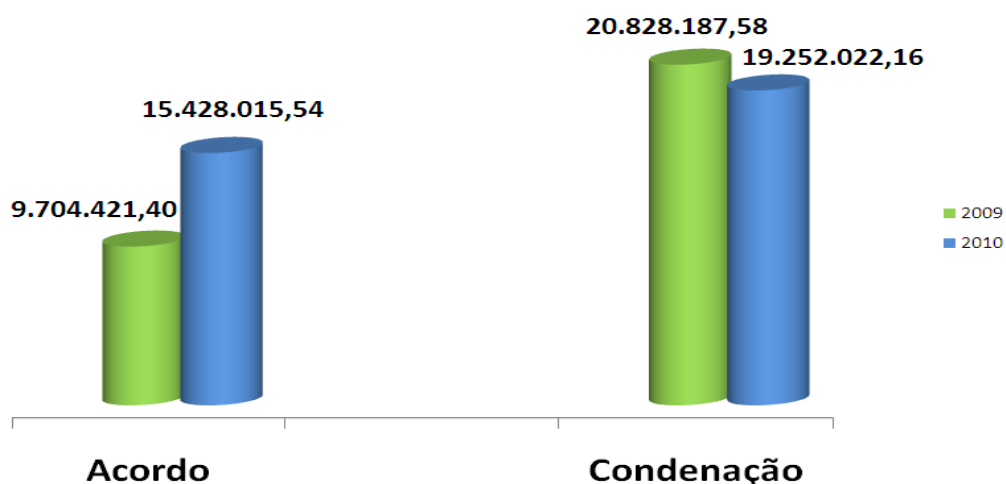


Gráfico 37. Fonte: Superintendência Jurídica Light

De acordo com a estatística levantada pela Superintendência Jurídica da LIGHT, constata-se que do ano de 2009 para 2010, enquanto o número de acordos aumentou significativamente, o número de condenações diminuiu.

Além disso, como podemos observar no gráfico abaixo, apesar de o número de processos da LIGHT ter tido algum aumento, verifica-se ínfimo em relação à média constante. E ainda que tenha aumentado o número de entrada de processos contra a LIGHT, os dados mostram que a média de condenação diminuiu — curva decrescente.

DIMINUIÇÃO DO Nº DE PROCESSOS E CONDENAÇÕES

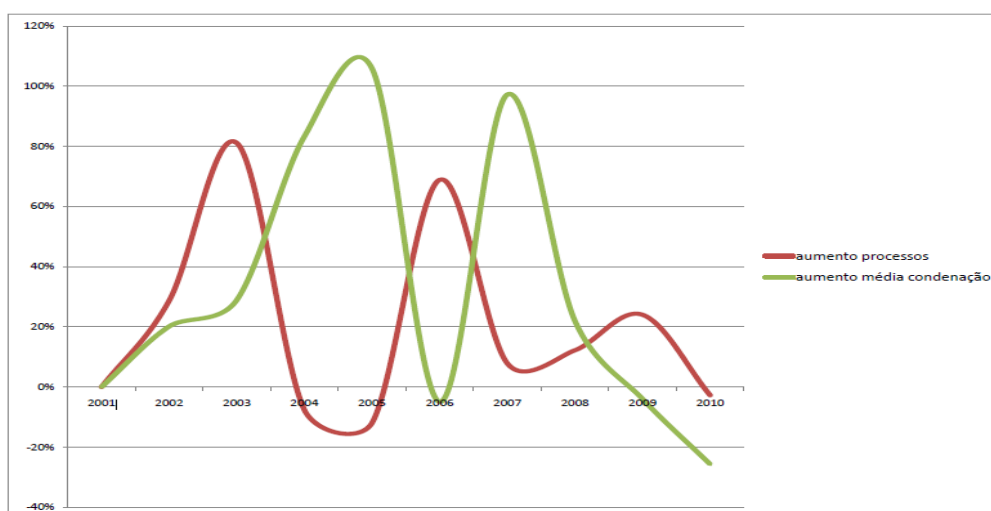


Gráfico 38. Fonte: GERPRO LIGHT / FGV

Não obstante, também há que se ressaltar a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que instituiu a Semana Nacional de Conciliação, em 2010 por meio da Resolução nº 125. Trata-se de um projeto de sucesso, onde durante 1 (uma) semana os Juizados Especiais dos Tribunais de Justiça devem atingir metas de conciliação, antecipando no mínimo 7 (sete) dias de audiências. Só em 2011, a LIGHT alcançou, apenas no 1º dia, um índice de 85% de acordos de um total de 330 processos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVAY, Pedro, TERRAZAS, Fernanda, *Alguns apontamentos sobre a pesquisa no âmbito do Projeto Pensando o Direito*. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/centrodeestudos/galeria-de-fotos/arquivos-importados/arquivos-pdf/apostila-5>

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*, Trad. Luís Afonso Heck, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007. *Apud* ABRAMOVAY, Pedro, TERRAZAS, Fernanda, *Alguns apontamentos sobre a pesquisa no âmbito do Projeto Pensando o Direito*. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/centrodeestudos/galeria-de-fotos/arquivos-importados/arquivos-pdf/apostila-5>

AMORIM. Fabio da Rocha, *As Irregularidades no Consumo de Energia Elétrica*, Rio de Janeiro: Synergia, 2010.

ARAGÃO, Alexandre. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo e econômico*, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Direitos dos Serviços Públicos*, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARBETTA, Pedro Alberto. *Estatística Aplicada às Ciências Sociais*. Florianópolis: Editora da UFSC, 2005.

CAMPOS, Clever M. *Introdução ao Direito de Energia Elétrica*, Ed. Ícone, São Paulo, 2001.

CHANG, (1997). The Economics and Politics of Regulation. *In Cambridge Journal of Economics*, 21:703-728.

COSTIN, Claudia. *Administração Pública*. São Paulo: Elsevier – Campos. 2010.

FALCÃO, Joaquim, Agências Reguladoras e o Poder Judiciário, CNJ, 27 de maio de 2008. Disponível em: <http://srv85.tjrj.jus.br/maisAcionadas/pesquisaMaisAcionadas.do;jsessionid=ac10013330e779d46fd824874b3482fddff9e8a7f079.e3yQb38TbhaSe3iQbxiSb3aKai0?acao=consultarPorData>

FIANI, R. *Teoria da Regulação Econômica: estado atual e perspectivas futuras*. Textos para Discussão n. 423, Instituto de Economia/UFRJ, 1998.

GONÇALVES, Guilherme Leite. *Teoria dos sistemas de Niklas Luhmann: uma introdução*. 2006. Texto não publicado – autorização do autor.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, Volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI Marina de Andrade. *Metodologia Científica: Ciência e Conhecimento Científico*, São Paulo: Atlas, 1997.

MATTOS, Paulo. *O Novo Estado Regulador no Brasil - Eficiência e Legitimidade*, São Paulo: Singular, 2006.

MCINTYRE, Lee, *Dark Ages: The case for a Science of Human Behavior*, Cambridge: MIT Press, 2006.

MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

MORISHITA, Ricardo, “Os vinte anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor e os Conflitos de massa: o processo regulatório e o termo de ocorrência de irregularidades”, in *Evolução do Desempenho das Concessionárias: Aspectos jurídicos, econômicos e sociais*. Rio de Janeiro: CEDES/EMERJ, 2011.

NOBRE, Marcos. "Apontamentos sobre a Pesquisa em Direito no Brasil". Cadernos Direito GV, nº 1, set. São Paulo: Publicações EDESP/FGV, 2004.

PINHEIRO, Armando Castellar. *Reforma do Judiciário*. Valor Econômico, 6 de fevereiro de 2004.

_____; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Campus, 2006.

QUIVY, Raymond; CAMPENHOUDT, LucVan (1992). *Manual de investigação em ciências sociais*. Lisboa: Gradiva. Primeira Etapa (pp. 27 a 44) e Terceira Etapa (pp. 90 a 106).

REICH, Nobert, A Crise Regulatória: ela existe e pode ser resolvida? Análise comparativa sobre a situação da regulação social nos Estados Unidos e na Comunidade Econômica Européia, in MATTOS, Paulo: *Regulação Econômica e Democracia – o debate europeu*, CEBRAP, São Paulo: Singular, 2006.

Relatório OCDE. Fortalecendo a governança para o crescimento, p. 62.

RIBEIRO, Leandro Molhano; DE ANDRADE, Helenice; DA COSTA, Cátia; NOGUEIRA, André Magalhães; NUNES, Edson. *Agências Reguladoras e Reforma do Estado no Brasil: inovação e continuidade no sistema político institucional*, Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2007.

TORRES, Antônio. Essa Terra. Livraria Didática. 2004.