

A PROBLEMATIZAÇÃO DA ELABORAÇÃO DOS TERMOS DE OCORRÊNCIA NO ÂMBITO DAS CONCESSIONÁRIAS DE ENERGIA ELÉTRICA NO ESTADO DE SÃO PAULO

THE PROBLEMATIC OF ELABORATION OF THE TERMS OF OCCURRENCE IN THE RANGE OF THE CONCESSIONAIRES OF ELECTRICITY IN THE STATE OF SÃO PAULO

Giulianna Bergams Visconte¹

Stephanie Martins van Tol²

RESUMO

O objetivo deste artigo é discutir sobre a problemática no que diz respeito à elaboração dos Termos de Ocorrência lavrados pelas Concessionárias de Energia Elétrica no âmbito do Estado de São Paulo que praticam atos administrativos gozando das prerrogativas de legalidade e autoexecutoriedade, enquanto inseridas no regime jurídico de direito público, e, frente aos interesses do usuário e consumidor, praticam atos em regime de direito privado. Este destina-se também à análise de atuação da Agência Nacional de Energia Elétrica enquanto reguladora das atividades das concessionárias para a proteção do consumidor em casos de abusos e a sua repercussão no Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Concessionárias, atos administrativos, energia elétrica, fraude, ANEEL, análise jurisprudencial.

ABSTRACT

The purpose of this article is to discuss the issue regarding the elaboration of the Terms of Occurrence drawn by the Concessionaries of Electric Utilities within the State of São Paulo who practice administrative acts using the prerogatives of legality and arbitrary exercise of their own reasons while inserted in the legal regime public law, and against the interests of the user and consumer practice acts under private law. Also intends to analyze the work of the National Electric Energy Agency as the regulatory activities of the concessionaires for consumer protection in cases of abuse and its impact on the judiciary.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, atualmente cursando o 8º semestre. Estagiária no Escritório Silveiro Advogados.

E-mail para contato: giuliannavisconte@terra.com.br

² Graduanda em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, atualmente cursando o 8º semestre. Estagiária no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

E-mail para contato: stephanie.mvt@gmail.com

KEYWORDS: Concessionaires, administrative acts, electricity, fraud, ANEEL, jurisprudential analysis.

INTRODUÇÃO

O enfoque deste presente trabalho é a análise jurisprudencial acerca da problemática dos Termos de Ocorrência lavrados pelas Concessionárias de Energia Elétrica no âmbito do Estado de São Paulo.

Deste modo, busca-se enfrentar os argumentos defendidos pelas prestadoras deste serviço que afirmam estarem de acordo com a legislação vigente para a constatação de irregularidades nos medidores de energia das unidades consumidoras por elas abastecidas.

Ao longo da exposição, são analisados os seguintes tópicos: Serviço Público – Energia Elétrica (caráter essencial/ disposições constitucionais/ concessão); Agências Reguladoras – Visão crítica de Celso Antônio Bandeira de Mello; Concessionárias de Energia Elétrica no Estado de São Paulo; Termo de Ocorrência: De Termo de Ocorrência de Irregularidade à Termo de Ocorrência de Inspeção; Recurso Administrativo contra o TOI; Ação no âmbito do Judiciário e Jurisprudência dominante.

O presente artigo pretende, portanto, contextualizar a discussão sobre a elaboração dos Termos de Ocorrência, a partir de uma análise crítica acerca dos procedimentos adotados pelas concessionárias prestadoras do serviço de energia elétrica e das consequências trazidas ao usuário/consumidor.

1. SERVIÇO PÚBLICO – ENERGIA ELÉTRICA (CARÁTER ESSENCIAL/ DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS/ CONCESSÃO)

Serviço público não é um tema de fácil conceituação, pois muito se discute e se alterou ao longo dos anos. Sendo um conceito amplo, cumpre caracterizá-lo pela visão dos mais renomados e ilustres autores de nossa época.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 687) conceitua o serviço público como:

Toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito público- portanto, consagrador de prerrogativas

de supremacia e restrições especiais-, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Já Hely Lopes Meirelles (1984) o define como “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado.”.

Conclui Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p.107) em sua ilustre obra que a noção de serviço público não é uma noção que permaneceu estática ao longo do tempo, sofrendo alterações para lhes incluir atividades, sejam elas de natureza comercial, industrial e social. O Estado é quem, em determinado momento, define o que é serviço público através de lei, dessa forma, seu conceito varia com o tempo e no espaço, pois além de depender da época em que é estabelecido, depende da constituição de cada país para definir suas diretrizes. No Brasil, seu conteúdo vem definido nos arts. 21 e 25 da Constituição Federal.

Há autores que se utilizam de conceitos mais amplos e outros mais restritivos para definir e caracterizar o que se entende pelo serviço público. Mais uma vez, Maria Sylvia divide o conceito em elementos formais, materiais e subjetivos.

O elemento formal presente no conceito diz respeito ao regime jurídico a que se submete o serviço público. Serviços não comerciais ou não industriais submetem-se ao Regime Jurídico de Direito Público, enquanto, serviços comerciais e industriais se submetem ao direito comum. Submeter-se ao Regime Jurídico de Direito Público ou reger-se pelo Regime Jurídico de Direito Privado afeta aspectos substanciais quanto aos agentes, aos bens, a responsabilidade e aos contratos. Sendo regido pelo direito público os agentes são estatutários, os bens são públicos, as decisões possuem atributo de ato administrativo (incluindo nessa alçada a presunção de veracidade e autoexecutoriedade), a responsabilidade é objetiva e os contratos regem-se pelo direito administrativo; quanto ao direito privado, o empregado reger-se-á pelo direito do trabalho, os contratos serão submetidos às regras do direito comum, os bens, somente enquanto vinculados ao serviço público terão regime semelhante ao de direito público.

No que diz respeito ao seu aspecto material há o interesse geral da coletividade. Atentando-se, porém, ao fato de que o serviço público pode funcionar com o prejuízo e inclusive, ressalta a autora, que essa é uma das razões de ser. Dessa forma, a gratuidade é a regra para inúmeros serviços tais como educação, saúde e assistência, enquanto em casos de serviço

comercial e industrial, a própria gratuidade excluiria o serviço (transportes, água, energia elétrica). Além do mais a apreciação do que é interesse geral é discricionária. O Poder Público pode tanto tomar para si a responsabilidade de fazer e eliminar o particular dessa área de atuação, o que tornará o serviço um monopólio estatal, como deixar que o particular também o preste lado a lado com a administração pública.

Por fim, a autora estabelece o elemento subjetivo da definição de serviço público como a incumbência do Estado, ou seja, depende apenas dele, conforme o que está expresso, tanto para sua criação (feita por lei) quanto pela sua gestão (incumbe ao Estado estabelecer se será feita diretamente ou indiretamente).

Importante ressaltar, como bem coloca Celso Antônio, que o serviço público, não se trata apenas de um conceito, mas também um sistema de princípios e regras que trazem um substrato material, que é a prestação do serviço em si aos administrados e o substrato formal, que é o seu pertencimento ao regime jurídico de direito público.

É na década de 90 que o serviço público passa a ter uma nova perspectiva. O Estado passa do papel de provedor do serviço para ser o formulador de políticas públicas e regulador social.

O serviço público ao ser colocado como um bem importantíssimo da sociedade impede que terceiros coloquem obstáculos como, por exemplo, que os que estiverem credenciados a prestá-los o façam de forma omissiva prejudicando os administrados. Dessa forma, a Constituição impõe deveres ao Estado para a concretização do interesse público.

Existem atividades governamentais que não se caracterizam como serviço público. Sendo assim é importante não somente que seja uma prestação estatal, mas também que seja regida pelo Direito Público. Por vezes, costuma-se intitulá-lo erroneamente como qualquer atividade que o Estado desempenhe. Todavia, não se pode chamar obra pública de serviço público, tão pouco atividades privadas que, embora entregues à livre iniciativa, dependem de previa autorização do Poder Público.

A Constituição Federal indica expressamente o que será intitulado como serviço público, tais como: serviços de telecomunicações, serviços de rádio fusão sonora (rádio, televisão), serviços e instalações de energia elétrica e aproveitamento energético dos cursos d'água, navegação aérea, aeroespacial, infraestrutura, aeroportos, transporte ferroviário e rodoviário

interestadual e internacional de passageiros), seguridade social, assistência social, educação. Tal enumeração, porém, não é exaustiva, da mesma forma, os serviços intitulados ao Poder Público não excluem a possibilidade de uma atuação privada através de uma concessão. Cumpre distinguir os serviços públicos exclusivos do Estado (Art. 21, XI e XII da CF) com os serviços cujo exercício suponha atos de império (a concessão, a permissão). Há espécies de serviços públicos que o Estado não detém a titularidade: de saúde, educação, previdência social e assistência social.

Nos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles (1984, p. 317):

Serviços públicos: propriamente ditos, são os que a Administração presta diretamente à comunidade, por reconhecer a sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social, e do próprio Estado. Por isso mesmo, tais serviços são considerados privativos do Poder Público, no sentido de que só a Administração deve prestá-los, sem delegação a terceiros, mesmo porque, geralmente exigem atos de império e medidas compulsórias em relação aos administrados. Exemplos desses serviços são os de defesa nacional, os de polícia, os de preservação da saúde pública. Serviços de Utilidade Pública: são os que a Administração, reconhecendo a sua conveniência (não essencialidade, nem necessidade) para os membros da coletividade, presta-os diretamente, ou aquiesce em que sejam prestados por terceiros (concessionários, permissionários ou autorizatários), nas condições regulamentadas e sob seu controle, mas por conta e risco dos prestadores, mediante remuneração dos usuários. São exemplos dessa modalidade, os serviços de transporte coletivo, energia elétrica, gás, telefone.

O Estado é obrigado a disciplinar e a promover a prestação dos serviços públicos, podendo ser prestados por si próprio ou conferindo através dos institutos de concessão ou permissão, como bem coloca o ilustre Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 697), às entidades a titularidade para que desempenhem em nome próprio. Porém, é ele quem continua fixando e determinando os termos e condições para que o interesse público seja respeitado.

A concessão é a forma mais comum e é a que, neste trabalho, daremos ênfase, uma vez que rege a relação jurídica entre o Estado e as entidades prestadoras de serviço público de fornecimento de energia elétrica.

A concessão de serviço público segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 297) apareceria como uma modalidade de contrato administrativo e disciplinado pelas Leis 8.987/95 e 9.074/95 que dispõem sobre os regimes de permissão e concessão, normas de outorga e prorrogação. Encontra-se disciplinada na Constituição Federal de 1988 no artigo 175 em que estabelece a disposição legal acerca do regime das empresas concessionárias, o caráter especial

de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização, e rescisão da concessão, sobre os direitos dos usuários, a política tarifária e a obrigação de manter o serviço adequado³.

A Lei 9.074/95 fixa os serviços passíveis de serem concedidos e veda aos Estados, União, Distrito Federal e Municípios outorgarem concessão sem que lei autorize ou fixe os termos. Dessa forma, a concessão após ser outorgada por lei deve haver licitação, observada a supremacia do interesse público e se visando à obtenção da proposta mais vantajosa para a administração.

Através da concessão o Estado atribui o exercício de um serviço público a quem aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente, mas sob garantia de um equilíbrio econômico e financeiro. Tais entidades condescendentes com as condições de prestação impostas pelo Poder Público remuneram-se pela própria execução do serviço, mediante tarifas. Esse equilíbrio econômico e financeiro, citado acima se entende pela relação que foi estabelecida pelas partes na hora da celebração do contrato. Ou seja, o Estado, visando à boa prestação do serviço público e o interesse da coletividade pode alterar unilateralmente condições estabelecidas, desde que se preserve o equilíbrio contratual, uma vez que as concessionárias remuneram-se do próprio serviço oferecido.

Maria Sylvia (2012, p. 299), em sua obra também concebe a concessão como sendo um contrato administrativo, pois presentes todas as características de contrato, como o acordo de vontade entre as partes, interesses contraditórios e reciprocamente condicionados, além de efeitos jurídicos para os contratantes. Embora algumas condições já decorram propriamente da concessão, eis que em virtude de lei, ainda há estipulações a serem feitas pelas partes. São as chamadas, pela autora, de cláusulas regulamentares denominadas de financeiras ou contratuais.

³ Art. 175 CF/88. “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

2. AGÊNCIAS REGULADORAS – VISÃO CRÍTICA DE CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

As agências reguladoras representam um tema polêmico não por sua definição em si, mas, pelo que representam. Para entender melhor essa questão é importante ressaltar sua história, pois não é uma criação brasileira.

Seu surgimento nos remonta ao Direito norte-americano em que representa de uma forma ampla qualquer autoridade do governo sujeita ou não a controle por outra agência. Vemos que nos Estados Unidos da América a administração pública é organizada em forma de agências, razão pela qual seu conceito e sua utilização estão totalmente inseridos em seu modelo organizacional. São divididas entre reguladoras e não reguladoras, dependendo do seu grau de poder normativo e ainda, em executivas e independentes. Nas executivas, seus dirigentes podem ser destituídos pelo presidente da república e, nas independentes, a destituição de dirigentes precisa de previsão legal que a autorize. Pode-se dizer que, no modelo norte americano, as agências reguladoras possuem independência dos três poderes. Em primeiro lugar do poder executivo, pois suas decisões não podem ser alteradas a não ser por dirigentes do mesmo órgão. Em segundo lugar, independência legislativa, pois desempenham função normativa. Por fim, possuem independência judiciária porque resolvem conflitos no âmbito das suas atividades controladas de forma definitiva.

No Brasil, as agências reguladoras surgem como autarquias de regime especial. Como entidades de Direito Público, são dotadas de personalidade jurídica própria com o objetivo de regular determinados setores da economia e o fornecimento de recursos à população para a manutenção da supremacia do interesse público.

O modelo adotado no Brasil, que traz latente característica do Direito Europeu-Continental - possui órgãos que integram a administração direta e entidades que integram a administração indireta- fazem com que o conceito original trazido do sistema norte-americano, acabe se dissociando. Aqui as agências reguladoras não possuem independência dos poderes do Estado. Não dispõem de independência legislativa, uma vez que seus atos não podem conflitar com a legislação vigente. Ainda suas resoluções estão sujeitas ao controle feito pelo Congresso

Nacional⁴. A independência é praticamente inexistente porque às agências reguladoras permite-se apenas à resolução de conflitos na instância administrativa o que não impede de forma alguma a sua apreciação pelo judiciário⁵.

Maria Sylvia, em sua obra, afirma que as agências reguladoras instituídas representam uma inovação muito menor do que parece, porquanto há outras entidades que possuem uma independência um pouco maior em relação ao Poder Executivo e também cita o exemplo das Universidades e da Ordem dos Advogados do Brasil. Destarte, existem entidades anteriores à criação dessas agências que desempenhavam uma função normativa e uma função fiscalizadora.

Para ela, existem dois tipos de agências, as que possuem poder de polícia e as que regulam atividades que constituem objeto de concessão, permissão ou autorização. E, nessa segunda modalidade, refere haver a maior novidade no direito brasileiro.

A ANEEL, Agência Nacional de Energia Elétrica surge na década de 90, em um contexto de crise do setor elétrico caracterizada pela inadimplência e ineficiência, em meio a privatizações, captação de capital externo e desestatização. Foi publicada no Diário Oficial da União no dia 27/12/1996 a Lei 9.427 que institui a ANEEL.

Tem como objetivo resguardar os interesses dos consumidores/usuários, alcançando a supremacia do interesse público e o equilíbrio econômico e financeiro das concessionárias. É através das resoluções que a agência apresenta condições gerais do fornecimento de energia elétrica. Vinculada ao Ministério de Minas e Energia, ela fiscaliza e regula a produção, transmissão e comercialização de Energia Elétrica.

Ademais, importante característica que se coloca neste momento é a dupla proteção legal dada ao destinatário do serviço público caracterizado tanto por usuário como por consumidor.

Defende o professor Antônio Carlos Cintra do Amaral em seu artigo “Distinção entre Usuário Do Serviço Público e Consumidor” publicado na Revista Eletrônica de Direito

⁴ Art. 49 CF/ 88 “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta”.

⁵ Art. 5º CF/88: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Administrativo Econômico ⁶ que existe um equívoco ao equiparar-se o usuário ao consumidor. Explica que a concessão é um contrato administrativo que, antes de ser “administrativo”, é um contrato e a ele aplicam-se as regras gerais dos contratos. Pela ótica econômica o usuário pode ser até tido como um consumidor, porém, pela ótica jurídica estas situações apresentam-se distintas. A relação contratual entre o usuário e concessionária pressupõe a existência de outro contrato celebrado entre a concessionária e o poder concedente enquanto, na relação de consumo, não há esse pressuposto.

É certo que o consumidor e o usuário possuem características diferentes. Ambos são estabelecidos em momentos diferentes em nossa constituição federal. O artigo 5º, XXXII da nossa constituição menciona que o Estado deverá promover a proteção do consumidor na forma de lei⁷ e o faz através do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). A figura do usuário aparece no artigo 175 da constituição que trata das formas de concessão⁸.

O que nos parece neste momento é que o usuário de serviço público e o consumidor são figuras distintas e de proteções diferentes. Em que pese essa distinção, uma figura não exclui a outra, posto que não se contradizem. Isso é o que tem dado a característica de dupla proteção, na medida em que são colocadas lado a lado para conferir uma maior abrangência seja nos direitos, ou na proteção daquele que utilizará o serviço oferecido.

Desta feita, independentemente do termo utilizado para estabelecer o destinatário do serviço público, as agências reguladoras têm função de proteger e salvaguardar seus interesses evitando abusos tanto da concessionária quanto do poder concedente. Por vezes o interesse desse usuário pode conflitar tanto com os desejos das concessionárias, quanto com os desejos do Poder Público. Para que possa ser dada a devida proteção e fiscalização é certo que as agências reguladoras deveriam gozar de uma maior independência e autonomia frente aos Poder Público que não têm, por motivos já oportunamente expostos.

⁶ Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico- Número 6- maio/junho/julho de 2006 – Salvador – Bahia - Brasil.

⁷ Art. 5º CF/88 “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.”

⁸ Art. 175 CF/88 “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: II - os direitos dos usuários.”

A grande questão que se coloca aqui é que, ao ser dada maior independência às agências reguladoras, poderia incorrer-se naquilo já amplamente colocado pelo ilustre Celso Antônio Bandeira de Mello. Estas exorbitariam seus poderes, fundadas na titulação que recebem, investiriam os mesmos poderes conferidos às agências norte-americanas, o que é totalmente descabido face o Direito Brasileiro, passando a agir de forma desinteressada.

Até que ponto podem regular algo sem invadir a competência legislativa? As agências devem estar adstritas ao que está estabelecido nas leis e não podem de forma alguma distorcer seu sentido para agravar a posição jurídica dos destinatários da regra ou de terceiros, assim como não podem ferir princípios jurídicos, sendo aceitáveis apenas quando indispensáveis para o atendimento do bem jurídico que devem resguardar.

3. CONCESSIONÁRIAS DE ENERGIA ELÉTRICA NO ESTADO DE SÃO PAULO

O setor elétrico no Brasil passou por inúmeras modificações ao longo dos anos, principalmente pelo fato de a energia elétrica adquirir uma posição essencial em nosso cotidiano. Esse serviço público não engloba apenas a distribuição, mas também sua geração, transmissão e a comercialização, sendo a utilização da energia elétrica pelo consumidor apenas a relação final de um longo processo. O Sistema Interligado Nacional é a rede que integra as regiões Sul, Sudeste e Centro-oeste do país, fazendo a transmissão e por isso entende-se o transporte de energia. A distribuição é definida pela construção, operação e manutenção de redes elétricas, enquanto a comercialização representa o contrato de energia elétrica que irá abastecer o consumidor.

Geralmente, as concessionárias se dividem pelo país no limite territorial do Estado, com exceção principalmente dos Estados de São Paulo e Rio Grande do Sul em que há concessionárias com área de abrangência bem menor⁹.

⁹Fonte: http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/atlas/aspectos_institucionais/2_4_1.htm. Última visualização feita no dia 25/07/14 - 19h02min.

Áreas de abrangência das concessionárias de distribuição de energia elétrica



Conforme se observa no mapa de distribuição de concessionárias no Estado de São Paulo, estão entre elas a Eletropaulo Metropolitana, CPFL-Cia Paulista de Força e Luz, Elektro Eletricidade e Serviços, Cia Piratininga de Força e Luz, Bandeirante de Energia, Cia Luz e Força Santa Cruz, Cia Paulista de Energia Elétrica, Cia Sul Paulista de Energia, Cia Jaguari de Energia, Cia Luz e Força de Mococa, Caiuá Serviços de Eletricidade, Cia Nacional de Energia Elétrica, Empresa Elétrica Bragantina e Empresa de Eletricidade Vale Paranapanema.

Dentre outras funções que desempenham as concessionárias do Estado de São Paulo, em sua atribuição fiscalizadora podem lavrar o Termo de Ocorrência objeto do nosso estudo. É certo que, por estarem sujeitas ao regime público, as concessionárias praticam atos administrativos.

4. TERMO DE OCORRÊNCIA: DE TERMO DE OCORRÊNCIA DE IRREGULARIDADE À TERMO DE OCORRÊNCIA DE INSPEÇÃO

Feito este introito, cabe, neste momento, tratarmos sobre o Termo de Ocorrência em si, para que assim então se possa entender suas peculiaridades e o porquê de sua problematização no âmbito do Judiciário no Estado de São Paulo.

A primeira tratativa acerca do tema veio com a Resolução 456/00 da ANEEL, na qual se estipulou que ao ser constatada irregularidade na medição, provocando faturamento inferior ao correto, não sendo atribuível à concessionária, deve ser lavrado o termo de ocorrência ¹⁰.

¹⁰ Art. 72 da Resolução de nº 456/00 da ANEEL: “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; e
- 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 a 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:

- a) aplicação do fator de correção determinado a partir da avaliação técnica do erro de medição causado pelo emprego dos procedimentos irregulares apurados;
- b) na impossibilidade do emprego do critério anterior, identificação do maior valor de consumo de energia elétrica e/ou demanda de potência ativas e reativas excedentes, ocorridos em até 12 (doze) ciclos completos de medição normal imediatamente anteriores ao início da irregularidade; e
- c) no caso de inviabilidade de utilização de ambos os critérios, determinação dos consumos de energia elétrica e/ou das demandas de potência ativas e reativas excedentes por meio de estimativa, com base na carga instalada no momento da constatação da irregularidade, aplicando fatores de carga e de demanda obtidos a partir de outras unidades consumidoras com atividades similares.

§ 1º Se a unidade consumidora tiver característica de consumo sazonal e a irregularidade não distorceu esta característica, a utilização dos critérios de apuração dos valores básicos para efeito de revisão do faturamento deverá levar em consideração os aspectos da sazonalidade.

§ 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.

A isto, agrega-se o fato de que, caso houver a necessidade, deve a concessionária encaminhar o aparelho medidor aos serviços de perícia técnica do órgão competente vinculado à segurança pública e/ou do órgão metrológico oficial, sendo no caso, o Instituto de Pesos e Medidas do Estado de São Paulo, IPEM-SP.

No ano de 2010, a ANEEL consolidou os direitos e deveres dos consumidores de energia elétrica em uma nova Resolução, a de nº 414, em substituição à 456/00.

Este renovado regulamento introduziu novos aspectos relacionados às condições de fornecimento de energia, alterando também seu entendimento sobre o Termo de Ocorrência.

O TOI passou a significar Termo de Ocorrência de Inspeção, por conseguinte, um formulário utilizado para registrar informações no momento da inspeção técnica a unidade consumidora, sendo indispensável, porém, não exclusivo, para evidenciar algum procedimento irregular constatado no momento da vistoria, devendo a distribuidora adotar diversas providências para a caracterização do consumo irregular¹¹.

§ 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.”

¹¹ “Art. 129. Na ocorrência de indício de procedimento irregular, a distribuidora deve adotar as providências necessárias para sua fiel caracterização e apuração do consumo não faturado ou faturado a menor.

§ 1º A distribuidora deve compor conjunto de evidências para a caracterização de eventual irregularidade por meio dos seguintes procedimentos:

I – emitir o Termo de Ocorrência e Inspeção – TOI, em formulário próprio, elaborado conforme Anexo V desta Resolução;

II – solicitar perícia técnica, a seu critério, ou quando requerida pelo consumidor ou por seu representante legal;

III – elaborar relatório de avaliação técnica, quando constatada a violação do medidor ou demais equipamentos de medição, exceto quando for solicitada a perícia técnica de que trata o inciso II; (Redação dada pela REN ANEEL 479, de 03.04.2012).

IV – efetuar a avaliação do histórico de consumo e grandezas elétricas; e

V – implementar, quando julgar necessário, os seguintes procedimentos:

a) medição fiscalizadora, com registros de fornecimento em memória de massa de, no mínimo, 15 (quinze) dias consecutivos; e

b) recursos visuais, tais como fotografias e vídeos.

§ 2º Uma cópia do TOI deve ser entregue ao consumidor ou àquele que acompanhar a inspeção, no ato da sua emissão, mediante recibo.

§ 3º Quando da recusa do consumidor em receber a cópia do TOI, esta deve ser enviada em até 15 (quinze) dias por qualquer modalidade que permita a comprovação do recebimento.

§ 4º O consumidor tem 15 (quinze) dias, a partir do recebimento do TOI, para informar à distribuidora a opção pela perícia técnica no medidor e demais equipamentos, quando for o caso, desde que não se tenha manifestado expressamente no ato de sua emissão. (Redação dada pela REN ANEEL 418, de 23.11.2010).

§ 5º Nos casos em que houver a necessidade de retirada do medidor ou demais equipamentos de medição, a distribuidora deve acondicioná-los em invólucro específico, a ser lacrado no ato da retirada, mediante entrega de

Seja qual for o nome utilizado para a sigla TOI, o fato é que este formulário desencadeia múltiplas críticas, eis que, pela antiga redação dada pela Resolução 456, o termo, de certa forma, teria força suficiente para coagir o consumidor a pagar o débito que lhe fora imputado, daí a ideia de muitas concessionárias em afirmar ser o TOI um ato administrativo consubstanciado a aplicação de uma providência sancionatória, e, dentro de sua esfera, conteria a presunção de legitimidade e autoexecutoriedade.

Por isso talvez que os procedimentos unilaterais adotados pelas concessionárias tiveram um crescimento considerável nos últimos tempos, porém, tendo sido duramente reprimidos pela jurisprudência, por não atender ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Com o advento da nova Resolução, passou-se a entender que a prova da irregularidade deveria ser composta por uma série de itens, dentre os quais se faria necessário além da lavratura do termo, a solicitação de uma perícia técnica e a elaboração de um relatório de avaliação técnica, quando constatada violação do medidor.

No ano de 2012 a REN ANEEL 479 alterou a redação dada ao inciso III do artigo 129 da Resolução 414, acarretando em diversas interpretações a respeito da necessidade da perícia técnica e do relatório de avaliação técnica. Da redação do inciso tanto se pode compreender que havendo a perícia técnica não há necessidade da elaboração do referido relatório, quanto a possibilidade de o próprio relatório vir a substituir a perícia caso esta não seja solicitada.

comprovante desse procedimento ao consumidor ou àquele que acompanhar a inspeção, e encaminhá-los por meio de transporte adequado para realização da avaliação técnica.

§ 6º A avaliação técnica dos equipamentos de medição pode ser realizada pela Rede de Laboratórios Acreditados ou pelo laboratório da distribuidora, desde que com pessoal tecnicamente habilitado e equipamentos calibrados conforme padrões do órgão metrológico, devendo o processo ter certificação na norma ABNT NBR ISO 9001, preservado o direito de o consumidor requerer a perícia técnica de que trata o inciso II do § 1º. (Redação dada pela REN ANEEL 479, de 03.04.2012).

§ 7º Na hipótese do § 6º, a distribuidora deve comunicar ao consumidor, por escrito, mediante comprovação, com pelo menos 10 (dez) dias de antecedência, o local, data e hora da realização da avaliação técnica, para que ele possa, caso deseje, acompanhá-la pessoalmente ou por meio de representante nomeado.

§ 8º O consumidor pode solicitar, antes da data previamente informada pela distribuidora, uma única vez, novo agendamento para realização da avaliação técnica do equipamento.

§ 9º Caso o consumidor não compareça à data previamente informada, faculta-se à distribuidora seguir cronograma próprio para realização da avaliação técnica do equipamento, desde que observado o disposto no § 7º.

§ 10. Comprovada a irregularidade nos equipamentos de medição, o consumidor será responsável pelos custos de frete e da perícia técnica, caso tenha optado por ela, devendo a distribuidora informá-lo previamente destes custos, vedada a cobrança de demais custos.

§ 11. Os custos de frete de que trata o § 10 devem ser limitados ao disposto no § 10 do art. 137.”.

Podemos dizer que tal medida pode ser considerada um retrocesso, privilegiando novamente as concessionárias na adoção de procedimentos unilaterais, sem qualquer garantia de que o consumidor seja informado de seus direitos de requerer perícia técnica para analisar o medidor.

5. RECURSO ADMINISTRATIVO CONTRA O TOI

O consumidor, em decorrência da lavratura do Termo de Ocorrência, e, caso assim o desejar, poderá pleitear pedido administrativo perante a concessionária de energia elétrica.

Existe também a possibilidade de ingresso com Recurso Administrativo contra a concessionária para a discussão da validade do TOI e da possibilidade de cobrança dos valores obtidos a menor quando da irregularidade do aparelho.

O Estado de São Paulo possui a ARSESP, Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo. O consumidor poderá solicitar a intervenção da referida Agência, devendo esta, com base nos tramites legais, e, por meio de sua Diretoria, julgar o caso concreto. Da decisão da Diretoria cabe recurso. Caso haja negativa, os autos originais do processo devem ser encaminhados para a apreciação da ANEEL, para decisão em instância superior.

Os autos devem ser encaminhados para a Superintendência de Mediação Administrativa Setorial – SMA, para a Superintendência de Regulação e Comercialização – SRC e para a Procuradoria Geral da ANEEL. Tais órgãos devem emitir suas respectivas recomendações a respeito do tema abordado no recurso administrativo.

Posteriormente deve haver sorteio do relator para o processo e este, deve proferir seu entendimento a respeito do conflito por meio da elaboração de um voto.

Em sua maioria, os recursos são de cunho negatório, afirmando por correto os procedimentos adotados pelas concessionárias e permitindo a cobrança dos valores apurados por ela.

6. AÇÃO NO ÂMBITO DO JUDICIÁRIO E JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE

Diretamente, ou após negatória no âmbito administrativo, ingressa o consumidor com ação no Judiciário com vistas a declarar nulo, inexigível o débito imputado pela concessionária.

Geralmente, acompanha a inicial descrição contendo que, em determinado dia, funcionários da concessionária que presta serviços em sua região, ao vistoriar o medidor de energia de seu imóvel, constataram irregularidades, promovendo assim, a retirada e substituição do aparelho. Alguns dias se passam e o consumidor recebe correspondência da empresa dando conta da existência de dívida referente ao cálculo de consumo apurado de forma irregular por determinado período. A isso, agrega-se o fato de que muitos consumidores são coagidos a assinar um termo de confissão de dívida sob pena de suspensão no fornecimento de energia.

As concessionárias por sua vez, afirmam em sua defesa, que suas ações estão de acordo com a legislação vigente, tendo adotado todos os procedimentos que lhes cabiam diante da constatação de irregularidade na unidade consumidora.

Em sua grande maioria, tais processos, são julgados procedentes, sendo declarada a inexigibilidade do débito em decorrência da incerteza de fraude.

É pacífica também a jurisprudência no sentido de que a abordagem do tema não foge do quadro recorrente, onde tudo começa com a elaboração do termo de ocorrência pelas concessionárias, apresentando vício de origem em seus procedimentos e sendo a apuração da suposta fraude pautada em prova unilateral, ato realizado por prepostos das concessionárias que não são equidistantes dos seus interesses em conflito. Além disso, em diversos casos, as concessionárias não apresentam qualquer oportunidade para a defesa dos consumidores.

Por fim, considera-se que o TOI não pode ser erigido à condição de prova de dívida, por não ser definido por lei como título executivo, devendo a fraude ser constatada ou não por meio de processo de conhecimento.

Neste sentido, é o entendimento do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“Prestação de serviços. Energia elétrica. Obrigação de não fazer. Constatação de fraude no medidor de energia elétrica. Termo de Ocorrência de Irregularidade (TOI). Presunção relativa de veracidade. Preservação do relógio medidor. Inexistência. Ausência de elementos de convicção à legitimidade ao TOI. Suspensão do fornecimento.

Inadmissibilidade. Ação procedente. Recurso desprovido.” (Apelação nº 0010465-21.3013.8.26.0032, E. 35ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Melo Bueno, DJ em 21/07/14).

“Apelação Cível. Prestação de serviços. Energia. Ação declaratória de anulação de débito. Sentença de procedência. Termo de Ocorrência de Irregularidade elaborado de forma unilateral. Duvidosa a alegação de fraude alicerçada em documento produzido apenas pela ré. Exame pericial prejudicado. Violação a princípios constitucionais: contraditório, ampla defesa e devido processo legal. A presunção de veracidade dos atos praticados pela concessionária não supera a necessidade de comprovação dos fatos alegados por ela. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Recurso não provido.” (Apelação nº 9225107-65.2007.8.26.0000, E. 3ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, Rel. Des. Hélio Nogueira, DJ em 12/12/13).

“Prestação de serviços. Energia elétrica. Ação declaratória de inexigibilidade de débito, precedida de cautelar inominada, com pedido de liminar. 1. Débito apurado de forma unilateral pela concessionária, por alegada fraude no relógio medidor, não autoriza o corte no fornecimento de energia elétrica, por se tratar de valor questionável, referente a conduta cuja ilicitude depende de discussão sob o crivo do contraditório. 2. Não goza do requisito da certeza o débito, apurado unilateralmente, lastreado no TOI, e, conseqüentemente, considera-se inválida a respectiva confissão de dívida. 3. Se a concessionária atribui ao consumidor furto de energia, a ela não cabe, "moto proprio", dirimir a questão; impunha-se no ato da lavratura daquele termo de ocorrência permitir ao usuário a contraprova, facultando-se acompanhamento da perícia com amplitude de defesa. Só depois de esgotado esse procedimento seria possível aferir do eventual valor real do desvio. 4. Negaram provimento ao recurso.” (Apelação nº 0005591-93.2009.8.26.0238, E. 25ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Vanderci Álvares, DJ em 27/03/13).

Conforme a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, AREsp 002068, Rel. Min. Herman Benjamin, “É cediço no âmbito desta Corte Superior o entendimento de que é ilegítima a suspensão do fornecimento de energia elétrica ao consumidor se o débito estiver baseado em suposta fraude do medidor, apurada unilateralmente pela concessionária. Nesse particular, o entendimento do Tribunal de origem está em dissonância com a jurisprudência desta Corte. Precedentes: AgRg no REsp 854002/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., j. em 15.5.2007, DJ 11.6.2007; AgRg no Ag. 752292/RS, Rel. Min. Denise Arruda, 1ª T., j. 21.11/2006, REsp 834.954MG, Rel. Min. Castro Meira, 2ª T., j. 27.6.2006”.

Verifica-se, portanto, que a partir da lavratura do TOI, pode haver diversas repercussões para o consumidor, sendo a principal consequência à geração de fatura de débito. No mais, pode-se dizer que o consumidor pode ser coagido a assinar um termo de confissão de dívida, sofrer com o corte no abastecimento de energia a sua unidade (com base em dívida pretérita) e ter seu nome inscrito nos órgãos de proteção ao crédito.

Tais consequências geram diversos dissabores ao usuário, seja de cunho patrimonial ou de cunho moral, devendo este ser ressarcido de acordo com a densidade de seus prejuízos.

CONCLUSÃO

Como se pode observar o tema é extremamente sabuloso, gerando diversas repercussões na medida em que se criam reiterados processos a serem julgados pelo judiciário. Muito poderia ser evitado se houvessem algumas mudanças, não somente estruturais e procedimentais, mas, também culturais.

Ora, muito se fala acerca do papel que desempenha as agências reguladoras na dupla proteção dos interesses de usuários e consumidores hipossuficientes frente às grandes concessionárias e aos próprios interesses do poder concedente que, por vezes, conflitam entre si. Esse papel de mediação de interesses não pode ser desmerecido haja vista a dificuldade que se enfrenta todos os dias em modelo capitalista em que o lucro é seu principal objetivo. Porém, apesar de muito que é feito, e nesse ponto não podemos desmerecer completamente o papel de uma agência reguladora, tem-se que o destinatário dessa proteção carece muito de informação. Não basta que as informações possam ser acessadas, é preciso que essas informações cheguem até o seu destinatário de forma eficiente, para que esses possam estar cientes de seus direitos e deveres, podendo defender-se e argumentar contra possíveis abusos sofridos. Coloca-se para nós uma questão que não pode ser ignorada em meio a uma sociedade capitalista: até que ponto a falta de informação não é um meio conveniente?

Parece-nos importante colocar neste momento que a concessionária, mesmo sendo regida pelo regime jurídico de Direito Público, goza de presunções da administração pública, não de forma absoluta, mas sim de maneira relativa, como se podem ver em decisões já acatadas nesse sentido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Da mesma forma que não se pode colocar uma concessionária prestadora de serviço público no mesmo patamar de uma empresa

privada, não se pode conferir a elas todas as prerrogativas que possui o Estado, sob pena de estarmos criando “órgãos”, o que não se pretende ao conceder a prestação do serviço. Como o termo já diz, o Estado concede, porém, ele continua sendo o titular e precisa, portanto, organizar, fiscalizar, instruir e em casos de mau uso, cobrir, definindo depois a responsabilidade da concessionária sob pena dos princípios do interesse público, da continuidade e da universalidade não estarem sendo atendidos. Dessa forma, deve ser dada a devida proporção ao regime jurídico conferido para uma concessionária, a fim de priorizar o interesse da coletividade e o equilíbrio social.

Não se trata de achar vilões, tampouco definir uma questão complexa em poucas palavras colocadas como verdades absolutas, até porque deve ser considerado o fato de que é difícil mensurar também os prejuízos que sofre uma concessionária frente à má-fé de usuários, ou sofrem os usuários frente a um abuso da concessionária, por exemplo, por uma cobrança indevida decorrente de um procedimento adotado de forma errada e unilateral.

Entretanto é preciso reconhecer que, frente ao poder de uma concessionária que obtêm lucros através da prestação de seu serviço ao particular, não se pode imputar ao consumidor, mesmo que este esteja errado, a responsabilidade por sua conduta infracionária, caso o procedimento adotado seja precário e não prestigie sua defesa.

Por isso é que, na maioria das vezes, acabamos por incorrer no conceito, já muito abordado, colocado pelo ilustre Celso Antônio como da captura das agências reguladoras. As agências reguladoras deixam de gerir os interesses dos usuários e consumidores para que interesses de concessionárias sejam atendidos. Infelizmente é o plano de fundo que se coloca, e, razão pela qual talvez não seja possível conferir a elas uma maior independência, sob pena de vivermos reprimidos e sufocados.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Distinção entre Usuário do Serviço Público e Consumidor*. In Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, nº 6, Bahia, maio/julho 2006.

ANEEL, Agência Nacional de Energia Elétrica. *Atlas de Energia Elétrica do Brasil*. 2ª Edição, Brasília, 2005. Fonte:

http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/atlas/aspectos_institucionais/2_4_1.htm. Acesso em: 25 de julho de 2014.

ANEEL, Agência Nacional de Energia Elétrica. *Resolução n.º 456, de 29 de novembro de 2000*.

Fonte: <http://www.aneel.gov.br/cedoc/res2000456.pdf>. Acesso em: 25 de julho de 2014.

ANEEL, Agência Nacional de Energia Elétrica. *Resolução n.º 414, de 09 de setembro de 2010*.

Fonte: <http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2010414.pdf>. Acesso em: 25 de julho de 2014.

ARSESP, Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo. Fonte:

www.cspe.sp.gov.br/. Acesso em: 25 de julho de 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª Edição, São Paulo: Atlas, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 10ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2013.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. *Consulta de Jurisprudência*. Fonte:

http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%22suspens%E3o+do+fornecimento+de+energia+el%E9trica+%22&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO. Acesso em: 25 de julho de 2014.

TJSP, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Consulta de Jurisprudência*. Fonte:

<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?jsessionid=7107AF252943359DBFE54858C36AC39F.cjsg3>. Acesso em: 25 de julho de 2014.