

ESCOLA DE FORMAÇÃO 2006

Estudo Dirigido **Políticas Emergenciais: o Caso Apagão**

Preparado por Gabriela Engler
(Escola de Formação, 2004)

MATERIAL DE LEITURA PRÉVIA:

- 1) STF, Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 9-6/DF, rel. Min. Néri da Silveira, rel. p/ o acórdão Min. Ellen Gracie, j. 13.12.2001 (54 págs.)
- 2) STF, Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 9-6/DF (106 págs.)
- 3) Medida Provisória n.º 2.152-2, de 1.º de junho de 2001

SUGESTÃO DE LEITURA COMPLEMENTAR

- 4) David Waltenberg, "O Direito da Energia Elétrica e a ANEEL", in: Carlos Ari Sundfeld (coord.), *Direito Administrativo Econômico*, S. Paulo, Malheiros Editores e Sociedade Brasileira de Direito Público, 2000, pp. 352-377.

CONTEXTO

Em 2001, o Brasil atravessou séria crise no setor de energia elétrica. Um período de insistente seca, associado a problemas nos contratos de reajuste de tarifas, assim como o não-deslanche do mercado atacadista de energia e a dificuldade no aparecimento das PPAs (contratos de compra de longo prazo, que demandam outra lógica no processo de financiamento e garantia), levaram o país à situação de grave escassez de recursos hidrológicos nos reservatórios responsáveis pelo fornecimento de energia elétrica.

A combinação dessa série de fatores levou o Brasil à conjuntura crítica quanto à disponibilidade desse serviço. Havia grande probabilidade de ocorrência dos chamados 'apagões', isto é, corte indiscriminado do fornecimento de energia elétrica, por impossibilidade de atendimento da demanda brasileira.

A sociedade civil teve papel fundamental no contorno da situação, ao aderir amplamente à necessidade de racionamento. O governo, por sua vez, elaborou um "Programa Emergencial de Redução de Consumo de Energia Elétrica", implantado por meio da Medida Provisória nº 2.152 (posteriormente reeditada na MP nº 2.198), impondo redução ao consumo de energia elétrica por meio de três premissas básicas: a fixação de metas de consumo; o pagamento de tarifa especial por aqueles que ultrapassarem a respectiva meta; suspensão do fornecimento de energia elétrica na hipótese de descumprimento reincidente da meta.

A cobrança da sobretarifa e a possibilidade de suspensão no fornecimento do serviço suscitaram uma avalanche de ações pleiteando a inconstitucionalidade da medida provisória editada, o que ensejou o ajuizamento de uma ação declaratória de constitucionalidade, requerida pelo Presidente da República. O Supremo Tribunal Federal deferiu a medida cautelar na referida ação para suspender, com eficácia *ex tunc* e com efeito vinculante até final julgamento da ação, "*a prolação de qualquer decisão que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade dos artigos 14 a 18 da medida Provisória 2.152.*" Posteriormente, no julgamento de mérito, foi confirmada a decisão liminar.

Observemos agora algumas questões pertinentes ao problema.

QUESTÕES

1) Como ressaltado na contextualização acima, as decisões do STF (julgamento do pedido de liminar e julgamento do mérito) tiveram por objeto a análise da constitucionalidade de dispositivos da Medida Provisória n.º 2.198-5, de 24 de agosto de 2001. Ler e compreender a medida provisória, portanto, torna-se um

passo fundamental para que possamos examiná-la em face da Constituição e, ainda, examinar criticamente as decisões do Supremo que versaram sobre ela. Procedendo a essa leitura, podemos identificar, à primeira vista, que ela cuida, entre outras providências, de alguns “Programas Emergenciais” para o enfrentamento da situação de crise. Leia-a (quantas vezes necessário) para que, paulatinamente, consiga bem organizar as informações nela contidas a respeito das seguintes perguntas básicas:

- A)** quais são esses programas?
- B)** quais os seus objetivos?
- C)** quais as principais providências encerradas em cada um?
- D)** a quem compete tomar essas providências?
- E)** que pessoas, interesses ou direitos são potencialmente atingidos pelas providências em mira?
- F)** de que tratam as normas específicas que foram objeto da ADC n.º 9?

2) A medida provisória em discussão dispõe sobre diferentes metas a serem cumpridas pelos consumidores, separando-os em residenciais, comerciais e industriais (estes, por sua vez, subdivididos em grupos A e B) e consumidores rurais, inclusive com distintas regras quanto à suspensão do fornecimento, na hipótese de reincidência no não cumprimento da meta estipulada.

- A)** Quais são os critérios que justificam tratamento diferenciado de consumidores em categorias?
- B)** Caracteriza-se afronta ao princípio da isonomia?
- C)** Em caso negativo, com base em quais fundamentos?
- D)** A ação declaratória de constitucionalidade ajuizada assevera obediência ao caráter isonômico ao *‘dar tratamento a categorias de consumidores que não poderiam ser igualladas’* e *‘que aquele que consome mais haverá que pagar mais pelo mesmo produto.’* É um argumento consistente?

3) Os ministros detêm-se longamente na discussão acerca da natureza da cobrança superveniente estipulada pela medida provisória. Nesse sentido, cumpre destacar alguns trechos do acórdão.

Voto min. Néri da Silveira, em sede liminar:

‘A denominada tarifa especial (...) não se destina, desse modo, à melhoria dos serviços de energia elétrica fornecidos pelas concessionárias, mas, sim, a constituir recursos basicamente destinados à remuneração de bônus àqueles

consumidores que houverem reduzido o consumo aquém da meta que lhes foi estipulada. (...) é da essência dessa tarifa – como preço público que é – ter como destinatário o prestador de serviço(...) para o melhoramento e expansão de seus serviços (...) a sobretarifa há de ter o mesmo destinatário – prestador de serviço(...) somente 2% do total arrecadado constituirão provisão para a cobertura de custos adicionais das concessionárias distribuidoras com a execução das resoluções da GCE. Nada tem com o fornecimento ou melhoria do fornecimento da energia elétrica, tal qual se entende necessariamente presente, na hipótese de tarifa ou de seu aumento(...) Dessa maneira, não cabe compreender o acréscimo de 50% a 200%, ut art. 15, II e III, da Medida Provisória nº 2152, como sobretarifa, pois não guarda pertinência nem destinação com a prestação de serviço, mas comporá reserva que tem terceiros como beneficiários.’

Voto min. Ellen Gracie, em sede liminar:

‘O acréscimo não descaracteriza a tarifa como tal, mas, na realidade consiste em um dos mecanismos que permitem ou objetivam permitir a continuidade da prestação do serviço. (...) Os recursos, embora endereçados ao atendimento de finalidades diversas, tem um único destinatário que é o fornecedor-concessionário do serviço. Seu destaque é meramente registro contábil e não pressupõe a formação de qualquer fundo autônomo.’

Min. Sepúlveda Pertence em sede liminar:

‘O fato de ela ser devolvida aos consumidores é uma forma de uso extrafiscal, que prefiro chamar de uso político da tarifa(...)’

Pergunta-se:

- A)** Qual a natureza da cobrança superveniente? Ela é consistente?
- B)** Qual a sua finalidade?
- C)** É uma destinação legítima?
- D)** Em que consiste o ‘uso político da tarifa’?
- E)** Existe direito adquirido quanto ao valor da tarifa cobrado?

4) Dispõe a Lei nº 8.987 de 1995, que trata do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal:

‘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.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

§ 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.

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;

Art. *13. As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários.'*

Pergunta-se:

A) Do exposto nos artigos 6º e 7º, pode-se concluir pela impossibilidade da suspensão (corte) na prestação de serviço?

B) Em face do artigo 13 supracitado, é possível a cobrança diferenciada entre usuários com base no critério de utilização do serviço?

5) O corte no fornecimento tem caráter punitivo? Em caso afirmativo, ele se coaduna com o ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, é legítimo perante a Constituição Federal? Em caso negativo, qual seria sua natureza?

6) As circunstâncias factuais que ensejaram a elaboração da política emergencial podem ser consideradas fruto de caso fortuito ou força maior?

7) Caracteriza-se dupla punição a previsão da cobrança de sobretarifa e a suspensão do fornecimento de energia elétrica?

8) O min. Nelson Jobim descreve em seu voto (julgamento liminar), com detalhada explicação, o funcionamento e a aplicabilidade dos dispositivos previstos na MP nº 2.152. No decorrer de sua exposição, fica evidente tratar-se de um sistema de incentivos, o qual visa alinhar interesses da população, de modo que a ela não seja imputada medida de cunho drástico, tal como o apagão. Isto é, a poupança realizada por um único consumidor gera externalidades positivas aos demais, fenômeno este que, em cadeia e de forma generalizada, proporciona a possibilidade de se alcançar os objetivos pretendidos pela medida.

A) Na sua concepção, os mecanismos introduzidos pela MP são instrumentos eficazes?

B) Há uma socialização dos custos provocados pela escassez do recurso energético?

C) Você concorda com a posição adotada pelo ministro Nelson Jobim?

9) Em passagem do voto, ainda em sede liminar, o min. Marco Aurélio afirma *'Digo que, como Juiz, defrontando-me com um conflito de interesses, idealizo a solução mais adequada para o caso, potencializando, no trinômio lei/direito/justiça, o último elemento, que é a justiça. Após, vou a dogmática. Mas estou aqui num seara que provoca apreciação da Carta, e não consigo, até mesmo diante dessa previsão da própria medida provisória de devolução dos valores, enquadrar essa parcela como sobretarifa.'*

A) A decisão final do ministro potencializa, de fato, a justiça em detrimento da lei e do direito?

B) É possível inferir em que consiste a realização de justiça no caso concreto?

10) Dispõe o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8078):

'Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.'

Na sustentação, o requerente aponta que promove *'a defesa do consumidor em condições de escassez, pois, por meio do racionamento, promove, sob um nível de consumo menor, a utilização racional, universal e contínua de um bem, no momento, escasso.'*

A suspensão do fornecimento de energia elétrica fere direitos do consumidor?

11) Na apreciação da medida liminar, o min. Néri da Silveira assevera em trecho do voto *'Pois bem, embora a redação não explícita do inciso III do parágrafo único do art. 175 da Constituição atual, em confronto com o inciso II do art. 167 da Carta precedente, não cabe concluir que a obrigação de o poder Público manter a justa remuneração do capital, assim como assegurar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato haja sido eliminada do sistema em vigor.'* É possível a utilização de texto constitucional revogado para fundamentação jurídica do argumento?

12) Observando-se a análise da proporcionalidade realizada nesse acórdão, é possível notar que se trata de reflexão bastante superficial, vez que nenhum ministro aplicou o princípio com grande apego à técnica, inclusive utilizando *'proporcionalidade'* e *'razoabilidade'* como termos sinônimos. O requerente, por sua vez, analisa a proporcionalidade em sentido estrito de modo pouco parcial, comparando-a com situação extremamente drástica, tal qual o colapso do sistema. Em artigo publicado¹, o prof. Luis Virgílio Afonso da Silva submete ADC-9 a minucioso exame de proporcionalidade:

"O teste da adequação da medida limita-se, como já visto, ao exame de sua aptidão para fomentar os objetivos visados(...)É questionável se a previsão de suspensão do fornecimento de energia elétrica, nos moldes previstos pela MP 2152-2, é medida adequada - ou a mais adequada - para que sejam completamente evitadas "interrupções intempestivas ou imprevistas do suprimento de energia elétrica". Mas é inegável que, devido ao seu caráter coercitivo, a medida pressiona os consumidores a economizar energia elétrica e, ainda que, sozinha, não seja necessariamente capaz de evitar as interrupções no fornecimento de energia, colabora para que esse objetivo possa ser alcançado.(...)"

¹ O Proporcional e o Razoável. Luis Virgílio Afonso da Silva. *Revista dos Tribunais* **798** (2002): 23-50.

Como já explicado, na análise da necessidade de uma medida, deve-se indagar sobre a existência de medida igualmente eficaz. No caso em análise, de medida que também possa fazer com que sejam evitadas "interrupções intempestivas ou imprevistas do suprimento de energia elétrica", mas que restrinjam em menor escala os direitos dos cidadãos. Uma aplicação real da sub-regra da necessidade, algo não realizado pelo STF, implica analisar medidas alternativas que satisfaçam essa condição². (...)É provável que uma análise minuciosa dessas alternativas revelasse a existência de medidas tão (ou mais) adequadas do que as adotadas pelo Governo Federal, mas que restringissem em menor intensidade os direitos dos cidadãos."

- A)** Qual o papel do princípio da proporcionalidade no presente caso?
- B)** Em que consiste sua aplicabilidade técnica?
- C)** A reflexão apresentada pelos ministros é fundamento legítimo da decisão ou trata-se apenas de argumento retórico?
- D)** Como seria a incidência da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito no caso concreto?

13) O caso ora em pauta encerra discussão bastante interessante. Por um lado, se considerarmos a MP estritamente pelo ângulo da adequação jurídica, de certo seria possível impugnar-lhe diversos aspectos de inconstitucionalidade, conforme expõe os seguintes trechos:

'Estamos assistindo, hoje, a uma medida provisória que – a partir do voto do eminente Relator, embora lhe reconheça ele fortes aparências de inconstitucionalidade – está sendo unanimemente elogiada, no seu mérito, por este Tribunal.' (fls 116 MC)

'Aqui basta não pagar a conta da eletricidade, para que seja perfeitamente possível o corte. Nunca ninguém sustentou a inconstitucionalidade disso. Esse corte é, obviamente, provisório, e se faz compelir aqueles que, reincidentemente, não atendem ao que se considera, que é absolutamente necessário para fazer face à crise.' (fls 128 MC)

² Exemplo trazido por Rogério L. F. Werneck em 'Alternativa ao racionamento' aponta para 'alternativa muito mais racional, mais fácil de implementar e incomparavelmente menos onerosa, tanto do ponto de vista econômico quanto do ponto de vista político.(...) a demanda excedente é eliminada por elevação de preços (...) O que é preciso é introduzir na política tarifária de energia elétrica mecanismos bem focados de desestímulo à demanda.O que é bem diferente de uma elevação generalizada de tarifas de eletricidade.'

'A crise tudo justifica. E perdem-se, com isso, os parâmetros próprios ao estado Democrático de Direito.' (fls 141 MC)

- A)** Em um juízo de constitucionalidade, as decisões do Tribunal Constitucional devem também orientar-se pela preocupação com possíveis implicações sócio-econômicas?
- B)** Com base em quais critérios legitimou o STF a intervenção do Estado na esfera privada?
- C)** É possível inferir uma delimitação dessa interferência com base nos votos proferidos?