

**V O T O****O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (RELATOR): -**

1. Ajuizada a ação pelo Senhor Presidente da República, há legitimidade ativa do autor, ut Constituição, art. 103, § 4º. Com o aditamento à inicial de fls. 254/255 e documentos de fls. 257/288, bem assim com os documentos de fls. 349/466, vindos com novo aditamento à inicial, às fls. 326/348, atende-se, de maneira abundante, o requisito da prova de existência de controvérsia judicial que está efetivamente instaurada no foro nacional, em torno da constitucionalidade ou não do que se contém nos arts. 14 e 15, da Medida Provisória nº 2152, de 1.6.2001, ou seja, acerca das questões de suspensão de fornecimento de energia elétrica aos consumidores que descumprirem a meta estabelecida e a imposição aos consumidores residenciais dos acréscimos de tarifa de 50% ou 200% (art. 15, II e III). Os documentos constantes dos autos apontam, em realidade, a ocorrência, em proporções relevantes, de dissídio judicial, cujo fato faz instaurar, na expressão do Ministro Celso de Mello, na ADC nº 8, "ante a elevada incidência de decisões que consagram teses conflitantes, verdadeiro estado de insegurança jurídica, capaz de gerar um cenário de perplexidade social e de provocar grave incerteza quanto à validade constitucional das normas insertas na Medida Provisória nº 2152, de 1º.6.2001, arts. 14 e 15".

Compreendo, também, que é cabível ação declaratória de constitucionalidade de Medida Provisória, não obstante o prazo de validade do diploma, a teor do parágrafo único do art. 62 da Constituição. Decerto, as medidas provisórias, que são editadas com força de lei, conforme o art. 62, caput, da Constituição, atendem ao

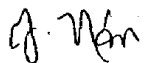
pressuposto do art. 102, I, a, do Estatuto Maior, quando confere ao STF competência para processar e julgar, originariamente, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Se porventura cessar a eficácia da Medida Provisória, objeto de ação declaratória de constitucionalidade, prejudicado ficará o feito de controle concentrado de sua validade eventualmente em curso.

Conheço, pois, da ação declaratória de constitucionalidade quanto aos arts. 14 a 18 da Medida Provisória nº 2152/2001.

De outra parte, acerca da relevância e urgência da expedição da Medida Provisória nº 2152-2, de 1º.6.2001, entendo que, na espécie, a matéria nela regulada é de molde a distingui-la das situações especiais em que este Tribunal tem considerado viável o controle judicial sobre o juízo político de relevância e urgência de criação desse instrumento normativo.

A Medida Provisória busca, no caso, disciplinar situação tida como de emergência, baseada em relatórios técnicos e fatos, quanto à necessidade de se estabelecerem diretrizes e programa de enfrentamento da crise de energia elétrica, ora existente no país, propondo o órgão a tanto criadas medidas de natureza urgente para fazer face à atual situação hidrológica crítica, compatibilizando a demanda e a oferta de energia elétrica, de forma a evitar interrupções intempestivas ou imprevistas do suprimento de energia elétrica, tal qual se anuncia na Medida Provisória em análise. Se algumas providências que se definem na Medida Provisória estão de acordo, ou não, com a ordem constitucional, disso cuidará a Corte, ao ensejo do exame da presente ação, ora em juízo de cautelar.

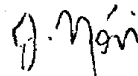
Tenho, dessarte, como comprovados os pressupostos de conhecimento e afastamento, desde logo, a invocação de ofensa ao art. 62, da Constituição.



Passo, assim, a examinar, quanto à presente acção declaratória de constitucionalidade da Medida Provisória nº 2152/2001, o mérito do pedido de cautelar.

2. A Medida Provisória nº 2152-2, de 1º de junho de 2001, cria e instala a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica - GCE, com o objetivo de propor e implementar medidas de natureza emergencial decorrentes da atual situação hidrológica crítica, para compatibilizar a demanda e a oferta de energia elétrica, de forma a evitar interrupções intempestivas ou imprevistas do suprimento de energia elétrica (art. 1º). O diploma confere a esse órgão do Conselho de Governo, além de outras competências enumeradas no art. 2º, as atribuições de *"estabelecer limites de uso e fornecimento de energia elétrica e medidas compulsórias de redução do consumo e de suspensão ou interrupção do fornecimento de energia elétrica, bem como decidir quanto à implantação de racionamento e suspensão individual e coletiva do fornecimento de energia elétrica"* (art. 2º, VI, VII e IX). Consoante o art. 5º, V e VI, da Medida Provisória em exame, à GCE competirá também *"fixar regimes especiais de tarifação ao consumidor segundo os seus níveis e limites de consumo, bem como propiciar a concessão de bônus por consumo reduzido de energia elétrica"*, além de *"estabelecer limites de uso e fornecimento de energia"*.

Na compreensão do Programa Emergencial de Redução do Consumo de Energia Elétrica, - a ser administrado pela Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, do Conselho de Governo, presidida pelo Chefe da Casa Civil da Presidência da República (art. 3º, I ), estão, a teor do art. 13, os regimes especiais de tarifação, os limites de uso e fornecimento de energia elétrica e as medidas para redução de seu consumo, descritas no Capítulo II.



A Medida Provisória nº 2152-2, de 1º.6.2001, define meta de consumo de energia elétrica, a ser observada pelos consumidores residenciais, comerciais, industriais, do setor de serviços e outras atividades enquadrados nos Grupos B e A constantes dos incisos XXIII e XXII do art. 2º da Resolução ANEEL nº 456, de 2000, e, ainda, dos consumidores rurais, como resulta de seus arts. 14, 16, 17 e 18, assentando-se, no art. 19, que a GCE fixará as metas respectivas para os consumidores não mencionados nos artigos anteriores. Para todos os consumidores que descumprirem a respectiva meta fixada, a Medida Provisória prevê a consequência de ficarem sujeitos a suspensão do fornecimento de energia elétrica.

No que respeita aos consumidores residenciais, de acordo com o § 4º do art. 14, a suspensão do fornecimento de energia elétrica a que se refere o § 2º do mesmo artigo, observará as seguintes regras:

- I) será o consumidor advertido, por escrito, quando da primeira inobservância da meta fixada.
- II) reiterada a inobservância da meta, "far-se-á, após quarenta e oito horas da entrega da conta que caracteriza o descumprimento da meta e contiver o aviso respectivo, a suspensão do fornecimento de energia elétrica, que terá a duração:
  - a) máxima de três dias, quando da primeira suspensão do fornecimento;
  - b) mínima de quatro dias e máxima de seis dias, nas suspensões subseqüentes."

Confere-se, ainda, no § 5º do mesmo art. 14, à GCE a faculdade de estabelecer prazo e procedimentos diversos na hipótese acima.

Relativamente aos consumidores comerciais, industriais e do setor de serviços e outras atividades enquadrados no Grupo B constante do inciso XXIII do art. 2º da Resolução ANEEL nº 456, de 2000, caso o consumo mensal seja superior à meta fixada, a parcela do consumo mensal excedente será adquirida junto às concessionárias

distribuidoras ao preço praticado no Mercado Atacadista de Energia (MAE) ou compensada com eventual saldo acumulado na forma prevista no § 1º do art. 16 da Medida Provisória em análise. Se, entretanto, não for possível a compensação de que cuida o § 2º do art. 16, os consumidores que descumpram a meta ficarão sujeitos à suspensão do fornecimento de energia elétrica, sendo, no caso, o critério de aplicação "de um dia para cada três por cento de ultrapassagem da meta", ut § 3º do mesmo artigo. Reserva-se, também aqui, à GCE "alterar os critérios e parâmetros fixados no art. 16, "em razão de eventual modificação da situação hidrológica ou de outras circunstâncias relevantes". Observar-se-ão, ainda, na suspensão, as regras do art. 21 da Medida Provisória.

No que concerne aos consumidores comerciais, industriais e do setor de serviços e outras atividades enquadrados no Grupo A constante do inciso XXII do art. 2º da Resolução ANEEL nº 456, de 2000, a GCE disporá, nos termos do art. 17, sobre suspensão e interrupção de fornecimento de energia elétrica decorrente do descumprimento das respectivas metas, atendido ainda o disposto no art. 22.

O § 2º do art. 18, à sua vez, prevê, de referência aos consumidores rurais, que à suspensão de fornecimento de energia elétrica, a que por igual ficam sujeitos, no caso de descumprimento da respectiva meta fixada, será aplicado o critério de "um dia para cada seis por cento de ultrapassagem da meta".

No que respeita à definição das metas de consumo mensal de energia elétrica, a Medida Provisória nº 2152/2001 leva em conta para todos a média mensal verificada nos meses de maio, junho e julho de 2000, sendo

I) quanto aos consumidores residenciais:

a) cem por cento da média de consumo mensal se inferior a 100 kwh (art. 14, I);

b) oitenta por cento da média de consumo mensal, se superior, no período referido, a 100 kwh, garantida, em qualquer caso, a meta mensal mínima de 100 kwh (art. 14, II);

II) quanto aos consumidores comerciais, industriais, do setor de serviços e outras atividades enquadrados no Grupo B constante da Resolução ANEEL nº 456, de 2000, art. 2º, XXIII, oitenta por cento da média do consumo mensal verificado no dito período de referência (art. 16, caput);

III) quanto aos consumidores comerciais, industriais e do setor de serviços e outras atividades enquadrados no Grupo A constante da Resolução ANEEL nº 456, de 2000, art. 2º, XXII, percentuais compreendidos entre setenta e cinco e oitenta e cinco por cento da média do consumo mensal observado no período acima aludido, na forma estabelecida pela GCE (art. 17);

IV) de referência aos consumidores rurais, noventa por cento da média do consumo mensal indicado no mesmo período (art. 18);

V) relativamente aos consumidores não mencionados nos artigos anteriores, a GCE fixará as respectivas metas de redução de consumo ou de fornecimento de energia elétrica, até o limite de trinta e cinco por cento da média de consumo mensal verificado no período - referência, observado o disposto no § 4º do art. 14 (art. 19).

A Medida Provisória nº 2152/2001, no Capítulo II, estabelece, ainda, regime tarifário aos consumidores residenciais urbanos de energia elétrica, a teor do art. 15 e parágrafos, verbis:

"Art. 15 - Aplicam-se aos consumidores residenciais, a partir de 4 de junho de 2001, as seguintes tarifas:

I - para a parcela do consumo mensal inferior ou igual a 200 Kwh, a tarifa estabelecida em Resolução da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL;

II - para a parcela de consumo mensal superior a 200 Kwh e inferior ou igual a 500 kwh, a tarifa estabelecida em Resolução da ANEEL, acrescida de cinquenta por cento do respectivo valor;

III - para a parcela do consumo mensal superior a 500 Kwh, a tarifa estabelecida em Resolução da ANEEL, acrescida de duzentos por cento do respectivo valor.

§ 1º - Aos consumidores residenciais cujo consumo mensal seja inferior à respectiva meta conceder-se-á bônus individual (Bn) calculado na seguinte forma: omissis."

§ 2º - O valor do bônus calculado na forma do § 1º não excederá ao da respectiva conta mensal do beneficiário.

§ 3º - A GCE poderá alterar as tarifas, os níveis e limites de consumo e a forma de cálculo do bônus de que trata este artigo.

§ 4º - Os percentuais de aumento das tarifas a que se referem os incisos II e III do caput não se aplicarão aos consumidores que observarem as respectivas metas de consumo definidas na forma do art. 14.

§ 5º - Caberá às concessionárias distribuidoras, segundo diretrizes a serem estabelecidas pela GCE, decidir sobre os casos de consumidores residenciais sujeitos a situações excepcionais."

Dispondo, ainda, sobre a destinação dos valores recolhidos pela aplicação dos percentuais de aumento, estabelecem o art. 20 e seus parágrafos da Medida Provisória nº 2152/2001, verbis:

"Art. 20 - Os valores faturados em decorrência da aplicação dos percentuais de que tratam os incisos II e III do caput do art. 15, deduzidos, se incidentes, os tributos e taxas, serão destinados a:

I - constituir provisão de dois por cento desses valores, para a cobertura dos custos adicionais das concessionárias distribuidoras com a execução das resoluções da GCE;

II - remunerar o bônus previsto no § 1º do art. 15.

§ 1º - As concessionárias contabilizarão em conta especial os débitos ou créditos, os valores definidos no caput assim como os custos decorrentes da aplicação das medidas definidas pela GCE, na forma a ser definida pela ANEEL.

§ 2º - O saldo da conta especial será compensado integralmente nas tarifas, na forma a ser definida pela ANEEL."

A denominada tarifa especial, a ser paga pelos consumidores residenciais cujo consumo exceder a meta estabelecida, 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.

J. M. S. M.

Bem de ver, é pois, que de tarifa, *nomine proprio*, aqui não se cuida. De fato, a tarifa, remuneração de serviço, o preço público tem como marca indelével ser contraprestação de serviço, qual bem o anotou Carlos Valder Nascimento (fls. 40). A própria inicial registra: "Em verdade, o Supremo Tribunal Federal, reconhece duas características da tarifa: destinar-se a concessionárias bem como à remuneração dos serviços prestados" (fls. 41).

Com efeito, observou o ilustre Ministro Moreira Alves, no RE 117.315 - RS (RTJ 132/888):

"E essa tarifa é o preço público que corresponde à contraprestação remuneratória por parte do usuário de prestação, pela concessionária, desse serviço público facultativo, o que implica dizer que é da essência dessa tarifa - como preço público que é - ter como destinatário o prestador do serviço, que, com ela, não só tem a justa remuneração de seu capital, mas também dispõe de recursos para o melhoramento e a expansão de seus serviços, bem como tem assegurado o equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

Se é da essência da tarifa - como preço público que é - ter como destinatário o prestador do serviço, que, com ela, não só tem a justa remuneração de seu capital, mas também dispõe de recursos para o melhoramento e a expansão de seus serviços, bem como tem assegurado o equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

Se é da essência da tarifa - como preço público que é - ter como destinatário o prestador do serviço, que dela se torna proprietário para os fins aos quais ela visa por força do texto constitucional referido e então vigente, quer isso dizer que a sobretarifa, para ser um adicional da tarifa (e, portanto, também preço público), há de ter o mesmo destinatário - o prestador do serviço -, ainda que tenha por fim reforçar apenas um das parcelas (como é o caso da relativa ao melhoramento e à expansão do serviço) que se levam em conta na fixação de seu valor."

Noutro passo de seu douto voto condutor do acórdão do Plenário, referindo-se à espécie então em julgamento, anotou (RTJ 132/888):

"Ora, não é isso o que ocorre com o adicional que a Lei nº 4.177/62 permitiu fosse criado como sobretarifa da tarifa devida às concessionárias que realmente prestam os



serviços de telecomunicações. Ao invés de essa sobretarifa se destinar a servir de acréscimo ao preço público remuneratório dos serviços prestados pelas concessionárias que os prestam aos usuários, e, portanto, ser um adicional dele, o que importaria tornar-se objeto também da propriedade da concessionária, embora com destinação certa a ser dada por ela (melhoramento e expansão de seus serviços), destinava-se ela, desde sua origem, a um Fundo Público (o FNT), cujos recursos de início eram aplicados pela Embratel na forma prescrita pelo Plano Nacional de Telecomunicações, com prestação de contas ao Conselho Nacional de Telecomunicações, e depois passaram a constituir recursos da Telebrás (...)."

.....

"Como se vê, desde sua origem essa sobretarifa não tinha a natureza de preço público, por lhe faltarem os requisitos essenciais deste: que o destinatário seja o prestador do serviço e que se tiver destinação específica com relação aos componentes que integram a tarifa, como sucede com o relativo ao melhoramento e expansão do serviço - se destine aos serviços da própria concessionária, e não aos serviços de telecomunicações do país, prestados por outras concessionárias que não aquela a que está ligado o usuário."

E, assim, concluiu seu voto o ilustre Ministro Moreira

Alves:

"4. Por não ter sido essa sobretarifa instituída por lei como as previsões legais necessárias em decorrência de sua caracterização como imposto que sempre foi, tenho-a como inconstitucional desde sua origem, razão por que o acórdão ora recorrido, por haver reconhecido essa mesma inconstitucionalidade a partir apenas da edição da Lei nº 6093/74 que só a tornou mais evidente, não violou os dispositivos constitucionais invocados no recurso extraordinário" (RTJ 132/889).

Nesse sentido, sinalou o Senhor Ministro Sydney Sanches (RTJ 132/896): "Sr. Presidente. Não é sobrepreço, segundo me parece, o adicional que se destina a terceiro que não recebeu o preço, porque não prestou o serviço". Ainda nessa mesma linha, observou o Ministro Aldir Passarinho: "Senhor Presidente, o preço tem uma correspondência com o serviço prestado. Poderia haver uma

denominação de sobrepreço apenas por uma inadequação de expressão ou por um acréscimo momentâneo para compensar aquele serviço prestado, e se justificaria ainda que ele fosse preço público, quer dizer, um pagamento na correspondência daquele serviço prestado" (RTJ 132/896).

Com efeito, está no art. 175 e seu parágrafo único, da Constituição, verbis:

"Art. 175. 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."

Decerto, no ponto, à União incumbe, efetivamente, a teor do art. 21, XII, letra b, da Constituição, explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

"b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos d'água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos."

A Constituição anterior estipulava no art. 167, quanto ao regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais: I - a obrigação de manter serviço adequado; II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; e III - fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior.

J. M. S. M.

Pois bem, embora a redação não-explicita 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. Explicando o sentido da cláusula constitucional do art. 175, III, da Lei Maior, escreve Eros Roberto Grau: "Vale dizer: à capacidade de exercício do serviço atribuída ao concessionário adere um direito a remuneração por tal exercício, em condições de equilíbrio econômico-financeiro" (*in* "A Ordem Econômica na Constituição de 1988", 6ª ed., p. 164). Celso Ribeiro Bastos, à sua vez, anota: "Ao concessionário há de se assegurar uma tarifa remuneratória, uma vez que esta não é fixada segundo leis de mercado, não comparecendo a seu favor aquelas situações extremamente favoráveis que propiciam ao empreendedor comum lucros extraordinários. A fixação, portanto, de uma tarifa que seja justamente remuneratória do capital é a compensação ofertada ao concessionário pela perda do controle sobre ela, assim como da privação da eventualidade de lucros fora do razoável" (*apud* Comentários à Constituição do Brasil de 1988, 7ª vol. pp. 137/138). Do regime constitucional lhe decorre, também como observa o mesmo Celso Ribeiro Bastos, "o direito de não lhe ser exigido o desempenho de atividade estranha ao objeto da concessão" (*op. cit.*, p.135).

De outra parte, a Constituição, em seu art. 175, II, assegura "os direitos dos usuários" dos serviços concedidos. Cumpre, neste ponto, entender que aos usuários, a par do poder concedente, está reservado o direito de fiscalizar o correto desempenho do serviço, não podendo o concessionário negar-lhe ou interromper-lhe a prestação de serviço, "salvo nas hipóteses previstas nas cláusulas regulamentares", sob pena de poder o usuário exigir judicialmente em seu favor, na lição de Celso Bastos, o cumprimento da obrigação do concessionário (TJDF, RDA, 39:248 e 55:144) (*in op. cit.*, pp. 135/136). Ainda referindo-se à cláusula constitucional do art. 175,

II, em análise, o mesmo comentarista escreve: "Este tratamento genérico e abstrato faz-se sentir de maneira tão mais acentuada quando se sabe que os serviços, dada a sua própria natureza, não podem ser prestados senão sob um princípio de estrita isonomia, do qual de resto decorre um direito de ação ao alcance de qualquer interessado que tenha sido indevidamente preterido ou desatendido em qualquer pretensão legal" (*op. cit.*, p. 136).

Hely Lopes Meirelles, cuidando do tema, especifica cinco princípios de presença obrigatória na prestação de serviço público: generalidade, permanência, eficiência, modicidade e cortesia, explicando: "O princípio ou requisito da generalidade significa serviço para todos os usuários, indiscriminadamente; o da permanência ou continuidade impõe serviço, constante, na área e período de sua prestação; o da eficiência quer dizer serviço satisfatório, qualitativa e quantitativamente; o da modicidade indica preços razoáveis, ao alcance de seus destinatários; o da cortesia significa bom tratamento ao público" (*apud* Direito Administrativo Brasileiro, 2ª ed., p. 272).

Nesse sentido, estabelece a Lei nº 8.987, de 13.2.1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, em seu art. 7º, *verbis*:

"Art. 7º - Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

- I - receber serviço adequado;
- II a VI - *omissis*."

Serviço adequado, pressuposto de toda a concessão ou permissão, a teor do art. 175, IV, da Constituição, e *ex-vi* do art. 6º, § 1º, do mesmo diploma legal, "é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas".

Eis assim como se integra o sistema da Constituição de 1988, no que concerne aos usuários, onde presente também o princípio da isonomia.

No que respeita às tarifas, o diploma regulamentar em foco estipula, no art. 13, que "poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários", não se contemplando, em nenhum dispositivo, a diferenciação tarifária, em virtude do maior ou menor uso dos mesmos serviços prestados.

De outra parte, no sistema da Constituição de 1988, entre os direitos e garantias individuais e sociais, inscreveu-se, no art. 5º, XXXII, que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor", reafirmando-se esse propósito do constituinte, ao definir os princípios gerais da atividade econômica, quando no art. 170, V, assentou:

"Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:  
I a IV - omissis;  
V - defesa do consumidor;  
VI a IX - omissis."

Celso Ribeiro Bastos, comentando os princípios da Constituição a tal respeito, antes da Lei n.º 8078/1990, já anotara:

"O dispositivo sob comento (art. 5º, XXXII) é de transcendental importância, não só por estabelecer um dever do Estado, como também para autorizar o legislador a que venha estabelecer regras processuais desparificadas, assim como um direito material não necessariamente igualitário, mas que terá, no fundo, a prevalência dos interesses do consumidor. A bem da verdade, é de notar-se que a nossa jurisprudência, mesmo sem contar com uma legislação que permita dar uma efetiva proteção ao consumidor, tem feito um sensível esforço no sentido de adotar soluções que, nada obstante divergirem das interpretações clássicas, têm-se constituído em um fator de amenização das decisões na procura de uma solução mais favorável ao consumidor."

(*apud* Comentários à Constituição do Brasil de 1988, 2º vol., ed. Saraiva, 1989, pp. 160/161)

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078/1990), à sua vez, também referido no art. 7º da Lei nº 8987/1995, na linha do sistema da Constituição, prevê, em seu art. 22, que "os órgãos públicos, por si, por suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer forma de empreendimento, são obrigadas a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos".

Referindo-se à cláusula final do art. 22 da Lei nº 8078/1990, a continuidade dos serviços essenciais, Antônio Hermen de Vasconcellos e Benjamin, *in* Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor, ed. Saraiva, 1991, p. 110, examinando item sobre "a teoria da qualidade e os serviços públicos", anota:

"Tratando-se de serviço essencial e não estando ele sendo prestado com continuidade, o consumidor pode postular em juízo que se condene a Administração a fornecê-lo. Ressalte-se que o dispositivo não obriga o Poder Público a prestar serviço. Seu objetivo é mais modesto: uma vez que o serviço essencial esteja sendo prestado, não mais pode ele ser interrompido. Uma coisa é o consumidor saber que não pode contar, por qualquer razão alegada pela Administração, com um determinado serviço público. Outra, bem distinta, é despojar-se o consumidor, sem mais nem menos, de um serviço essencial que vinha usufruindo."

Noutro passo, acrescenta (*op. cit.*, p. 111):

"Obrigação complementar é a da continuidade. Só que não exigível com tanta generalidade. Diz a lei que só os serviços essenciais devem ser prestados continuamente. Vê-se que é um dever jurídico não imposto ao fornecedor privado (art. 20). Continuidade, aqui, como salientado anteriormente, quer dizer que, se o serviço essencial está sendo prestado pela Administração Pública, não pode ser interrompido, a não ser que assim se dê em razão de caso fortuito ou força maior, excludentes clássicas (...). Essencialidade, pelo menos neste ponto, há que ser interpretada em seu sentido vulgar, significando todo o serviço público indispensável à vida em comunidade, ou

*melhor, em uma sociedade de consumo. Incluem-se, aí, não só os serviços públicos stricto sensu (os de polícia, os de proteção da saúde), mas ainda os serviços de utilidade pública (os de transporte coletivo, os de energia elétrica, os de gás, os de telefone, os de correios). A lista não segue ad infinitum, devendo ser rigidamente jungida aos casos de efetiva imprescindibilidade."*

Do exposto, não há, destarte, espaço a invocar-se, no sistema do art. 5º, XXXII, combinado com o art. 170, V, bem assim com o art. 175, II e IV, todos da Constituição, legitimidade constitucional para a suspensão do fornecimento de serviço essencial concedido, como o de energia elétrica, àqueles usuários, consumidores finais, e, no caso concreto, tão-só porque, em seu consumo mensal de energia elétrica, ultrapassaram o número de kwh, pré-estabelecido, com base em plano de contingenciamento de gasto, em medida provisória que, assim, se entremostra sem amparo na Constituição e revela evidente caráter punitivo.

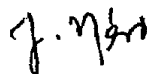
Embora se compreendam os propósitos do ilustre autor da Medida Provisória, no sentido de encontrar caminhos que levem à redução de consumo de energia elétrica, em um momento de dificuldades quanto às reservas hidrelétricas, o que tem, de resto, contado com verdadeiro espírito cívico do povo, de compreensão e colaboração, não vejo como constitucionalmente possível estipular, pela causa apontada, suspensão do fornecimento de serviço público a certos consumidores que atendem às tarifas estabelecidas. Estar-se-ia, ademais, sem causa legítima, estabelecendo discriminação entre consumidores, o que atenta contra o princípio da isonomia.

De outra parte, no que concerne ao art. 15, II e III, da Medida Provisória em análise, cumpre considerar, como antes examinado, que não se destina a tarifa especial a remunerar a atividade privada de concessionária na exploração do fornecimento de energia elétrica, mas, sim, basicamente, a constituir reserva, para remunerar os consumidores com o bônus a que se refere o § 1º do art. 15, a teor do que estabelece o art. 20, II, da Medida Provisória nº

2152/2001. 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, como, de resto, está disciplinado na Lei nº 8987, de 1995, que, regulamenta o art. 175 da Lei Maior. Não procede, pois, a assertiva de que serão destinados os recursos provenientes da aplicação da "tarifa especial acrescida" à remuneração das concessionárias distribuidoras ou ao desenvolvimento dos serviços de fornecimento de energia elétrica.

É expressa a norma do inciso II do art. 20 do diploma impugnado que os valores faturados em decorrência da aplicação dos percentuais de que tratam os incisos II e III do caput do art. 15 serão destinados a "remunerar o bônus previsto no § 1º do art. 15". Não há, aí, a evidência, caráter de contraprestação de serviço de energia elétrica, relativamente à tarifa especial em causa.

Dessa maneira, não cabe compreender o acréscimo de 50% a 200%, ut art. 15, II e III, da Medida Provisória nº 2152/2001, como sobretarifa, pois não guarda pertinência nem destinação com a prestação do serviço, mas comporá reserva que tem terceiros como beneficiários. Sua natureza, em consequência, ou será de um tributo novo com destino certo a ser pago pelos consumidores que descumprirem a meta de consumo mensal de energia elétrica que lhes foi estipulada e, então, isso somente poderia se dar por lei complementar, ex vi dos arts. 154, I e 146, III, a, da Constituição, e atendidos os pressupostos em matéria tributária, inclusive, a anterioridade, e nunca por medida provisória, ou se se cuida, aqui, tão-só, de sanção pecuniária por descumprimento de determinação administrativa, ainda aí, não se poderia admiti-la imposta por medida provisória, pelo caráter penal de que se reveste.





De outro modo, ainda, os valores previstos nas normas em referência também não poderiam prevalecer por sua desproporção, relativamente à causa de sua exigência, ferindo os princípios de razoabilidade e proporcionalidade.

De fato, tem-se admitido que, em se cogitando de restrições a direitos, caiba verificar não apenas da admissibilidade constitucional da restrição eventualmente estabelecida, mas também de sua compatibilidade com o princípio da proporcionalidade. Escreveu, nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes: "Essa nova orientação que permitiu converter o princípio da reserva legal (Gesetzesvorbehalt) no princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (Geeignetheit) e a necessidade de sua utilização (Notwendigkeit oder Enforçerlichkeit). Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito). O pressuposto da adequação (Geeignetheit) exige que as medidas interventivas abstratas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O requisito da necessidade ou da exigibilidade (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado" (in Repertório IOB de Jurisprudência nº 23/94 - pág. 475). Já em antigo precedente no RE nº 18.331, relator o saudoso Ministro Ozozimbo Nonato, o Supremo Tribunal Federal adotou decisão em que o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade esteve presente no juízo de invalidade então formulado. Assentou-se, verbis: 'O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma

vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, comércio e da indústria e com o direito de propriedade. É um poder, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do détournement de pouvoir. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode se acender não somente considerada a letra do texto, como também, e principalmente, o espírito do dispositivo invocado'".

Ora, na espécie, parece inequívoca a desproporção, a irrazoabilidade de impor-se autêntica pena pecuniária que pode chegar a 200% do valor da tarifa, a quem, por razões que não se apuram, em certo momento, ultrapassa o limite de consumo de energia elétrica estabelecido. A ordem constitucional, à vista do art. 5º, LIV e LV, do Diploma maior, não admite tal tratamento do legislador ou da Administração para com o particular.

De todo o exposto, não dando pela plausibilidade do pedido constante da inicial, indefiro a medida cautelar, pleiteada às fls. 126, em ordem a sustar a prolação de qualquer decisão, cautelar, liminar ou de mérito e a concessão de tutelas antecipadas, que impeça ou afaste a eficácia dos arts. 14, 15, 16, 17 e 18, da Medida Provisória nº 2152, de 1º.6.2001.

*J. Néri*