

Bibliografia

- BELLOUBET-FRIER, Nicole; TIMSIT, Gérard. L'administration en chantiers. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger*, Paris, n. 2, p. 299-324, avr. 1994.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- CHEVALLIER, Jacques. *Synthèse*. In: FORTIN, Yvonne (Dir.) *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*, 1999.
- GAUDIN, Jean-Pierre. *Gouverner par contrat: l'action publique en question*. Paris: Presses de Sciences Politiques, 1999.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. As Audiências Públicas e o Processo Administrativo Brasileiro. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito Administrativo Democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 17-34.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão*. São Paulo: RT, 2008.
- PRATS I CATALÀ, Joan. La construcción social de la gobernanza. In: PRATS I CATALÀ, Joan; VIDAL BELATRÁN (Coords.). *Gobernanza: diálogo euro-iberoamericano*. Madrid: COLEX, INAP, 2005. p. 21-76.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. Audiência Pública e Regulação. *Biblioteca Digital Revista de Direito Público da Economia - RDPE* Belo Horizonte, n. 4, ano 1 Outubro / Dezembro 2003 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=12751>>. Acesso em: 20 julho 2011.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo em Debate*. 2ª Série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- WILSON, Woodrow. O estudo da administração. *Cadernos de Administração Pública*, Rio de Janeiro, n. 16, p. 1-35, 1955.

RELAÇÕES ENTRE CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS E SEUS USUÁRIOS: DO REGULAR EXERCÍCIO AO ABUSO DO DIREITO

JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Sumário: 1. Contextualização do tema. 2. Danos decorrentes de “apagão” – distinção entre fortuito interno e externo. 3. Irregularidades no medidor e interrupção do serviço. 4. Troca do sistema de medição e dano moral. 5. Tarifa por estimativa e prática abusiva. 6. Ilegalidade da tarifa mínima multiplicada pelo número de economias. 7. Consumo compatível com a carga instalada e inadimplemento. 8. Demora injustificada no fornecimento de energia a área provida de rede. 9. Cobrança por serviços não prestados. 10. Tutela antecipada deferida com o fim de impedir corte no fornecimento como coerção ao pagamento de débito pretérito. 11. A prerrogativa de alteração unilateral de contrato administrativo não se estende a concessionária de serviços públicos. 12. Divisibilidade da cobrança por serviços parcialmente prestados. 13. Infração a normas da agência reguladora, quanto a rescisão de contrato por inadimplência do usuário. 14. Exercício de função policial constitui abuso de direito. Conclusão.

1. Contextualização do tema

A Constituição da República de 1988 incumbiu o poder público de prestar os serviços públicos, mas estabeleceu que os entes respectivamente competentes (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para a execução dessa prestação podem optar entre fazê-la diretamente, ou seja, por seus órgãos subordinados de administração direta ou entidades vinculadas de administração indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista), ou mediante delegação contratual a empresas privadas, as chamadas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos (artigos 37, *caput*, e 175).

Quer quando afirma ser o poder público o titular exclusivo da prestação, ou quando lhe defere a escolha do modo de execução da prestação, a Carta Fundamental está a traçar política pública de observância obrigatória por todos os entes integrantes da federação. Vale dizer que nenhum dos entes federativos pode esquivar-se do dever

constitucional de prestar os serviços públicos de sua competência, nem pode cogitar de meio de execução da prestação diverso daqueles postos no Texto Magno: execução pelo próprio ente titular da prestação ou delegação da execução a terceiros, por meio de concessão ou permissão. Não há terceira via, quando se trata de prestar serviços públicos. Mesmo a sobrevivida parceria público-privada (PPP), que a Lei nº 11.079/04 introduziu no direito positivo brasileiro por importação de modelo inglês concebido no início dos anos 1990, nada mais é do que peculiar variante da delegação, com o traço distintivo principal de admitir a gestão de outras espécies de serviços de interesse público, de cuja execução poder público e empresa privada participam consoante a forma que for convencionada no projeto objeto da licitação e estabelecida no contrato.

Tal diretriz resgatou o prestígio da outorga contratual da execução da prestação de serviços públicos a empresas privadas, selecionadas mediante licitação, que havia sido remetida a segundo plano pela multiplicação, a partir de meados do século XX, de empresas públicas ou sociedades de economia mista na administração pública brasileira, criadas por lei ou decreto administrativo, com o fim de executar a prestação desses serviços, quase que relegando a desuso a delegação contratual.

Inúmeros passos estratégicos, gerenciais e operacionais foram dados desde então para que os entes federativos dessem cumprimento à nova ordem constitucional, sobrelevando-se dois: leis específicas foram editadas, no escopo de disciplinar o regime das concessões e permissões de serviços públicos; autarquias especiais foram criadas, com o fim de regular, tecnicamente, a execução da prestação em cada segmento dos serviços públicos (notadamente, águas e esgoto, energia elétrica, telecomunicações, transportes e combustíveis).

Centenas de autarquias reguladoras e de empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos passaram a existir em todas as esferas da federação (federal, estaduais, distrital e municipais), a desenhar um cenário de complexas relações entre o poder público e as autarquias reguladoras, entre estas e as empresas delegatárias, e entre as autarquias e empresas e os usuários dos serviços públicos concedidos ou permitidos, com intensas repercussões jurídico-administrativas, desdobradas entre princípios e normas de direito público e princípios e normas de proteção ao consumidor.

De um lado, era, como é, necessário expandir a execução, de modo a que, em cada segmento, a prestação alcance o universo dos usuários. De outro, que a execução se faça com continuidade, segurança, qualidade e modicidade - tais os atributos que devem caracterizar, em síntese, a execução delegada da prestação de serviços públicos.

Em alguns segmentos, as concessionárias lograram aproximar-se da universalização da oferta do serviço. Afirma-se, sem contradição, que, no segmento da telefonia celular, por exemplo, o número de aparelhos em uso já supera o da população brasileira. Em outros segmentos, ressalva-se, também sem oposição idônea, que ainda longe se está de garantir-se oferta universal do serviço, como no caso de água e esgoto (v. O GLOBO, *Estudo mostra um Rio de águas poluídas*, edição de 30.12.10. p. 25).

Em todos os segmentos, porém, a qualidade dos serviços prestados pelas concessionárias e permissionárias apresenta pontos de tensão que provocam avaliação

negativa por grande número de usuários. As causas mais amiúde apontadas por ambos os interessados - concessionárias e permissionárias de um lado, usuários de outro - são deficiências técnicas, carência de investimentos, políticas e práticas equivocadas de relacionamento entre executores e consumidores, cujos conflitos deságuam no Judiciário: no Estado do Rio de Janeiro, os Juizados Especiais vêm recebendo, a cada ano, em torno de duzentos mil novos processos, por meio dos quais usuários pedem a condenação de concessionárias à reparação de danos materiais e morais que suportariam, em decorrência da má execução dos serviços (v. O GLOBO, *Classe C vai às compras e reclama*, edição de 29.12.10, p. 30). Sem contar número também elevado de ações distribuídas às Varas Cíveis, com pleitos da mesma natureza, porém de valor superior ao da alçada dos Juizados Especiais, esta de até 40 salários mínimos.

Seja para corresponder à exigência da universalização da oferta dos serviços - importante tanto para beneficiar a população, sem exclusões, quanto para obter receita que sustente o custeio das redes, bem como sua expansão e aperfeiçoamento -, ou para responder ao desafio de oferecer serviços de qualidade, as concessionárias encontram óbices que imputam à conduta dos usuários: violação dos mecanismos de aferição do consumo, no intuito de reduzir o valor a pagar; furtos e depredação de materiais e equipamentos indispensáveis à execução dos serviços; uso clandestino da rede; inadimplência.

Daí a adoção de medidas que põem em confronto concessionárias e usuários, vindo a transformar-se em lides judiciais. Medidas que as concessionárias reputam essenciais para combater aqueles desvios, impedir evasão de receita e lesões às redes. Mas que os usuários entendem atentatórias à sua dignidade pessoal, não raro ensejando a configuração de danos materiais e morais.

A iniciativa das ações judiciais é, quase sempre, dos usuários, em sua maioria patrocinados pela Defensoria Pública - órgão da administração estadual, ao qual incumbe a assistência judiciária gratuita a hipossuficientes -, ou de ações coletivas propostas pelo Ministério Público. O que adiciona ingrediente inusitado: instituições do próprio estado provocam a atuação de um dos poderes do estado, com o fim de por cobro a supostos defeitos de funcionamento em serviços executados por concessionárias ou permissionárias contratadas pelo estado, sujeitas ao poder regulamentar deste e à orientação técnica de autarquias especiais, igualmente integrantes da administração estatal. Círculo interminável de custos superpostos, destinados ao controle de desempenho de empresas privadas, por cuja conta e risco exclusivo os serviços devem ser executados (Lei nº 8.987/95, art. 2º, II), delegados que foram porque, entre outros motivos, o estado não dispõe de meios para a execução direta em dimensão adequada.

Chega-se à segunda década do século XXI com forte expansão dos serviços públicos executados mediante concessão ou permissão, porém com reiteradas e recíprocas queixas de concessionárias e usuários. Inúmeras questões jurídicas têm sido suscitadas nos conflitos entre as partes, tais como a validade de termos de ocorrência de irregularidades, lavrados unilateralmente por prepostos de concessionárias, apontando a existência de fraudes no mecanismo medidor do consumo, com base nos

quais são lançadas cobranças de consumo sob estimativa e ameaça de interrupção no fornecimento do serviço, à falta do respectivo pagamento pelo usuário; a juridicidade de considerar-se *propter rem* a índole da relação entre o consumo e a unidade que o gerou, de sorte a autorizar a cobrança, endereçada ao atual ocupante da unidade, de débito referente a período pretérito, em que outro era o usuário, inclusive condicionando-se a transferência da titularidade da assinatura do serviço ao pagamento de débitos deixados pelo antigo usuário; a legalidade de cobrança de tarifa mínima, multiplicada pelo número de unidades (economias) existentes em condomínios, quando o consumo de todo o conjunto é aferido por um só medidor; o emprego, por concessionária, de empresas privadas de segurança, com o fim de investigar, em paralelo à atuação policial, o furto e a receptação de material utilizado na rede.

Em todos esses procedimentos, em largo curso nas práticas das concessionárias, o tema a ser juridicamente aprofundado concerne ao exercício do poder de fiscalização das concessionárias, não raro entrelaçado com funções típicas de polícia, no alegado intuito de coibir, ou corrigir, condutas ineficientes ou lesivas.

Como frisa Marçal Justen Filho, “porque desempenha serviço público, o delegatário é instrumento de realização do interesse público. Por isso, deve relacionar-se com os usuários em termos similares ao que se passa quando o Estado presta serviços diretamente. Juridicamente, o serviço público existe não porque foi delegado, mas é delegado por ser serviço público. O delegatário deve compreender que o usuário não é mero detalhe nem é uma inconveniência a ser ignorada. Sem reconhecer a dimensão do usuário como razão fundamental da existência do serviço público, é impossível compreender os institutos ora examinados” (*Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 451. Ed. Dialética, 2003).

O tema era um dos preferidos de MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, que a ele dedicou alentada e festejada monografia acerca dos vários aspectos da desestatização, privatização e descentralização de serviços na administração pública contemporânea. Sua prematura e pranteada partida deixa sem um de seus principais estudiosos e parceiros os esforços de amadurecimento dessas questões. Um dos pontos de observação é, necessariamente, o proporcionado pelas demandas judiciais, que refletem, como em tantas outras searas, os conflitos entre os protagonistas de sistemas e subsistemas jurídicos em evolução.

Daí associar-me à homenagem que aqui se presta ao acervo de seus trabalhos e propostas acadêmicas com uma breve coletânea de julgados que proferi, como relator - ora com o voto vencedor, ora vencido - de recursos interpostos por usuários e concessionárias de serviços públicos, a evidenciar os mais assíduos atritos em suas relações. Ver-se-á que os fundamentos de alguns votos se repetem em casos afins, a refletir que: o suporte factual da lide, variável embora, reitera as mesmas violações básicas à ordem jurídica; concessionárias e usuários perseveram na conduta errática; pouca esperança há de que umas e outros estejam a sinceramente rever e retificar estratégias e procedimentos, sugerindo a reiteração no erro que litigar lhes traga mais vantagens ou menos custos - em proporções estatísticas - do que prevenir os conflitos pela correção de rumos.

Problema de gestão deficiente ou gestão subordinada a interesse financeiro imediato? Seja qual for o diagnóstico, o resultado patológico é o mesmo, ao que transparece dos processos judiciais.

Certa feita, Marcos convidou-me a participar de um livro cuja edição estava a coordenar, em louvor e gratidão devidos a insigne administrativista que se aposentara de suas atividades como procurador do estado e no magistério privado. Honrado com a lembrança, porém preocupado com o prazo editorial para entregar o meu texto, perguntei-lhe se seria adequado participar com uma coletânea de arestos de minha relatoria sobre temas de direito público, o que garantiria desde logo o atendimento da encomenda em tempo hábil. Respondeu-me, em síntese, que meus “didáticos acórdãos” satisfaziam aos objetivos do livro.

Alguns votos que proferi em julgamentos sobre conflitos entre concessionárias e usuários de serviços públicos, selecionados a seguir, decerto que não retratarão o sentimento de profundo pesar pela perda do ex-aluno e parceiro de tantas empreitadas jurídicas, mas atenderão, espero, ao didatismo que a gentileza de Marcos considerava caracterizador de minha judicatura e relevante para homenagear quem, como ele, advogou as causas do interesse público e deste ensinou lições, tanto quanto ministrou exemplos de inexcusável dedicação.

2. Danos decorrentes de “apagão” – distinção entre fortuito interno e externo

“A sentença de fls. 47-48 julgou, em demanda ordinária, procedente o pleito reparatório de danos materiais e morais, que os autores narram haver suportado em decorrência de afirmada interrupção (‘apagão’) no fornecimento de energia elétrica ao imóvel em que exploram restaurante, fato que teria ocorrido em fim de semana propício à visita de turistas à cidade, devido a feriado prolongado. Fixou-os no valor global de R\$ 32.800,00, como requerido pelos autores.

O recurso de apelação, tempestivo e preparado, foi recebido no duplo efeito (fls. 67). Quer a reforma do julgado ao argumento de que os autores nenhuma prova ministraram do fato e dos danos; alternativamente, a recorrente pede a redução do valor reparatório (fls. 56-64). As contrarrazões de fls. 68-72 prestigiam a decisão monocrática.

É o relatório.

Os autores, em face da oportunidade que lhes foi deferida para a especificação de provas (fls. 43), afirmaram-se sem outras a produzir (fls. 44). A prova que acompanhou a inicial é nenhuma acerca do fato narrado – ‘apagão’ decorrente de concerto que se prolongou durante todo o feriado de 13 a 16 de outubro de 2006, privando de energia elétrica o restaurante explorado pelos autores. Ao contrário, o único documento que acompanha a peça vestibular, relativo ao evento, o contradita: a concessionária relata, em resposta a reclamação, que ‘não registramos na data de 13/10/2006 ocorrências que tenham causado o dano reclamado’ (fls. 16).

Todavia, nas razões recursais, a concessionária admitiu que ‘as referidas interrupções ocorreram em decorrência de uma sobrecarga causada por fortes ventos, sendo, portanto, caso fortuito, não tendo a apelante nenhuma responsabilidade na ocorrência do fato, ao contrário, a AMPLA agiu imediatamente a fim de regularizar o fornecimento de energia elétrica na localidade’, aduzindo ‘ser notório que em determinadas épocas do ano a região dos Apelados sofre fortes ventos o que podem danificar a distribuição do fornecimento de energia elétrica, não tem como a Apelante prever que nessa época o sistema irá ser prejudicado’ (sic, fls. 58).

Logo, o que, diante da inicial e da contestação, era fato alegado, mas não provado, tornou-se fato confirmado e admitido pela ré em suas razões recursais. Mais: fato classificado por ela própria como decorrente de fenômeno notório na região, a atrair a incidência da regra do art. 334, incisos I e II, do CPC.

Se o fenômeno climático ou atmosférico é comum na região, é previsível - o que não se compadece com o fortuito externo - e comprometedor do sistema de distribuição de energia, seguindo-se que a concessionária, disto perfeitamente ciente, haveria de acautelar-se para evitar interrupções prolongadas, correlacionadas a ‘fortes ventos’, que expusessem os usuários a riscos e danos, tudo a caracterizar o fortuito interno, que não exonera o prestador de serviços de responder por danos associados aos riscos inerentes à sua atividade (teoria do risco do empreendimento - CDC, art. 14, § 3º, II).

Eis, demonstrados, o evento e o nexo de causalidade entre ele e a atuação da ré. É o quanto basta para desta atrair a responsabilidade reparatória de dano moral, mormente tratando-se, como se trata, de serviço essencial, como o de energia elétrica, cuja falta causa abalos que excedem o mero aborrecimento, como, por exemplo, os que se podem e devem presumir da situação de um restaurante impossibilitado de atender a seus clientes, em cidade de vocação turística, durante o fim de semana.

Sumarie-se a jurisprudência dominante: (a) ‘Provado o fato, não há necessidade da prova do dano moral’ (STJ, REsp nº 261.028-RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 20.08.01, p. 459); (b) ‘a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto’ (RSTJ 152/389); (c) ‘Na indenização por dano moral, não há necessidade de comprovar-se a ocorrência do dano. Resulta ela da situação de vexame, transtorno e humilhação a que esteve exposta a vítima’ (STJ, REsp nº 556.031, rel. Min. Barros Monteiro, DJU de 07.11.05, p. 289); (d) ‘O dano moral, tido como lesão à personalidade, à honra da pessoa, mostra-se às vezes de difícil constatação, por atingir os seus reflexos parte muito íntima do indivíduo - o seu interior. Foi visando, então, a uma ampla reparação, que o sistema jurídico chegou à conclusão de não se cogitar da prova do prejuízo para demonstrar a violação do moral humano’ (RSTJ 135/384).

No que respeita ao dano material, outra é a exigência que a ordem jurídica formula a quem deles se afirma vítima. Porque materiais, não de estar comprovados e aferidos objetivamente, com vistas à perfeita satisfação do princípio do *restituo in integrum*, sem ofensa ao princípio que veda o enriquecimento sem causa. Tampouco dessa prova se desincumbiram os autores e não a supre a mesma presunção que ampara a caracterização do dano moral, a partir do fato lesivo a direitos da personalidade.

No caso, a sentença não distinguiu, na verba que fixou, a parcela correspondente ao dano material da parcela atinente ao dano moral. Impõe-se fazê-lo, para excluir a primeira e ajustar a segunda àqueles princípios, levando em conta a natureza do fato, sua repercussão sobre os pacientes do abalo moral, a intensidade do dano suportado, as possibilidades e a conduta da causadora, no caso reprovável porque, sabedora do que ocorrera, negou o fato na contestação e somente o admitiu na apelação, não agindo, destarte, com a lealdade processual que se recomenda aos litigantes - felizmente, emendada a tempo.

O art. 557, § 1º-A, do CPC autoriza o relator a prover o recurso contra decisão que confronte com a jurisprudência dominante. Assim se apresenta o caso vertente, no que respeita à compensação de improvado dano material, daí dar parcial provimento ao apelo para, reformada a sentença: (a) excluir da condenação verba compensatória de dano material; (b) arbitrar a verba reparatória de dano moral em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a ser monetariamente corrigida desta data (verbete 97, da Súmula do TJRJ) e acrescida de juros moratórios de 1% ao mês, fluentes da citação (verbete 54, da Súmula do STJ, a contrário senso, e art. 219 do CPC). Em consequência, é de reconhecer-se a sucumbência recíproca, repartindo-se em igual proporção as custas processuais e arcando cada parte com os honorários de seus respectivos patronos, observado, quanto aos autores, o disposto no art. 12 da Lei nº 1.060/50, posto que beneficiários da gratuidade.” (Segunda Câmara Cível, Apel. nº 2009.001.28389, julgado aos 28 de maio de 2009).

3. Irregularidade no medidor e interrupção do serviço

“A sentença de fls. 285-287 julgou parcialmente procedente o pedido, revogou a tutela de mérito antecipadamente deferida e condenou a concessionária a reparar dano moral sofrido pela autora, cujo valor arbitrou em R\$ 1.500,00, decorrente da interrupção, por seis dias, em outubro de 2007, do fornecimento de energia elétrica à sua residência sem aviso prévio, por isto que reconheceu a sucumbência recíproca.

Ambas as partes interpuseram recursos, tempestivos, preparado o primeiro e ao abrigo da gratuidade o segundo, recebidos em seus legais efeitos (fls. 301 e 324).

A ré, primeira recorrente, quer a reforma do julgado no entendimento de que a prova técnica evidenciou que a usuária deu causa à interrupção, tendo a concessionária agido segundo as normas legais e regulamentares incidentes, em caso de irregularidade no medidor e de falta de pagamento de faturas mensais (fls. 286-293).

A autora, apelante adesiva, almeja a majoração do valor compensatório de dano moral e a condenação da ré à satisfação integral dos encargos da sucumbência, ao argumento de que aquele arbitrado desatende ao caráter punitivo-pedagógico da reparação (fls. 314-322). As contrarrazões de fls. 306-313 e 327-331 perseveram em suas respectivas teses e postulações.

É o relatório.

A questão já conheceu oscilação jurisprudencial, que se pacificou na medida em que o Superior Tribunal de Justiça decidiu (REsp nº 363.943/MG, de seu Órgão

Especial) não constituir interrupção indevida do serviço o corte do fornecimento de energia elétrica do usuário inadimplente, desde que mediante prévio aviso. Não se percebe a utilidade de desafiar-se a orientação da Corte Superior, incumbida que é de uniformizar a interpretação do direito federal por força do disposto no art. 105, III, da Constituição da República. Orientação que a jurisprudência do TJRJ vem majoritariamente acompanhando desde que cunhou o verbete 83, de sua Súmula ('É lícita a interrupção do serviço pela concessionária, em caso de inadimplemento do usuário, após prévio aviso, na forma da lei').

A Lei nº 8.987/95, que 'dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal', estabelece, em seu art. 6º, que 'Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários'. O § 1º define serviço adequado como aquele 'que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência ...'. E o § 3º contém as ressalvas de que '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'.

De certo que a lei específica assim estatui por acolher a vetusta premissa de que, na prestação de serviços públicos por concessão contratual, a delegatária somente conta, para manter a estrutura que garante a continuidade da prestação, com as receitas oriundas da tarifa paga pelos usuários *uti singuli*. Admitir-se que os serviços possam ser prestados mesmo sem a remuneração tarifária equivale a sujeitar a colapso, em breve prazo, a rede prestadora cuja manutenção se impõe à concessionária por sua conta e risco exclusivo (Lei nº 8.987/95, art. 2º, II).

A lei das concessões e permissões literalmente exige, para que se convalide a interrupção do fornecimento sem violação do princípio da continuidade da prestação dos serviços públicos, que haja prévio aviso em qualquer situação, mesmo aquela gerada por inadimplemento do usuário, consultado o interesse coletivo, como no caso de haver irregularidade no equipamento medidor do consumo.

O aviso premonitório é indispensável por se tratar de serviço essencial. Curial que seu abrupto corte causa abalo maior do que mero aborrecimento ou dissabor, configurando dano moral e violação do dever, imposto à concessionária, de manter serviço adequado. Mas, cuidando-se, como se cuida, de relação de consumo, a causação do dano pela própria vítima escusa a prestadora do serviço, elidindo a obrigação reparatória, segundo se extrai do art. 14, § 3º, II, do Código de Defesa do Consumidor.

No caso, a petição inicial esgrima afirmações genéricas, dado que prova alguma trouxe quanto aos fatos alegados. A concessionária ré efetivamente interrompeu o fornecimento de energia elétrica à residência da autora, entre 5 e 11 de outubro de 2007, quando foi restabelecido (v. laudo de fls. 210). Vero é que não veio aos autos documento específico sobre o aviso prévio de interrupção, porém é sintomático que todas as faturas trazidas pela própria autora o tenham sido em cópias de segunda via de faturas vencidas e pagas, das quais constou o aviso de que 'conforme legislação

vigente a conta paga após a data do vencimento sofrerá multa e poderá provocar a suspensão do fornecimento' (v. fls. 16-49 e 137-148).

Por outro lado, o laudo pericial é claro e peremptório ao concluir que: 'o medidor analógico atualmente instalado na residência da autora está ligado apenas para simples conferência, sendo certo que a ré fatura suas contas, nos dias atuais, relativas ao consumo da residência da autora, através do medidor eletrônico (AMPLA CHIP), localizado em um posto a cerca de 10 metros da residência da autora. Ao procedermos aos testes no medidor analógico, o erro médio foi de -93,27%, denotando estar o medidor com erro inadmissível, de acordo com a Portaria INMETRO nº 88, de 06 de abril de 2006, que admite erro de até 4%. Constatou-se que o disco estava travando. Ao procedermos aos testes no medidor eletrônico, o erro médio foi de -1,63%, denotando estar o medidor com erro admissível... O Perito encontrou elementos que permitiram a formação de seu convencimento técnico a respeito do caso analisado, podendo informar que o consumo atribuído à autora pela ré apresenta coerência técnica com o consumo médio estimado para as instalações da autora'. Tanto que o quadro de consumo mensal, em kwh/mês, mostra perfil de consumo para o imóvel da autora de 340 kwh/mês, o que corresponde às medições apuradas a partir da instalação do medidor eletrônico, em fevereiro de 2007, e muito inferior ao consumo medido pelo equipamento analógico (v. fls. 210).

Por evidente, portanto, que, antes da instalação do medidor eletrônico, a residência da autora consumia energia não medida pelo equipamento analógico, e sem que houvesse qualquer defeito nas instalações do imóvel, nem fuga significativa de corrente, ao que também asseverou o laudo (fls. 209, penúltimo parágrafo). Por isto que a sentença, nesse ponto acertadamente, revogou o provimento antecipado que havia sido deferido no pórtico da demanda, na premissa de que houvera considerável aumento do consumo após a instalação do medidor eletrônico (fls. 51), aumento que, todavia, demonstrou a peça técnica, se justificava em face da irregularidade do medidor analógico.

A participação da usuária no travamento do disco do medidor analógico, encontrado pelo louvado, é irrelevante para a obrigação de pagar pela energia efetivamente consumida, como inerente a todo serviço público *uti singuli*.

Deduz-se, diante das segundas vias das faturas entranhadas, que a usuária teve ciência da irregularidade e foi avisada do débito, sujeitando-se à interrupção do fornecimento. Tal procedimento é o assinado nos artigos 72, 75 e 91 da Resolução nº 456/2000, da ANEEL, autarquia especial reguladora da prestação do serviço e cujas normas vinculam a concessionária, traduzindo o exercício do poder de regulamentação que cabe ao ente público que delega, nos termos do art. 175 da CF/88, a execução da prestação e se preserva como fiscal do respectivo desempenho de acordo com as normas que expede.

Em suma, a concessionária agiu no exercício regular de direito (verbetes 90, da Súmula do TJRJ) e a usuária negligenciou a obrigação de pagar valor correspondente ao que efetivamente consumiu, no período considerado, independentemente de haver participado, ou não, da irregularidade que viciou o medidor.

O art. 557, § 1º-A, do CPC autoriza o relator a prover o recurso contra decisão proferida em confronto com a jurisprudência dominante. Assim se apresenta o caso vertente, daí dar provimento ao apelo, para, reformada em parte a sentença, julgar improcedentes todos os pedidos formulados, do que advêm duas consequências: (i) a assunção dos ônus da sucumbência exclusivamente pela autora, fixada a verba honorária em R\$ 500,00 (quinhentos reais), com observância do disposto no art. 12 da Lei nº 1.060/50, posto que beneficiária da gratuidade; (ii) resultar prejudicado o apelo adesivo, que pretendia a majoração da verba compensatória de dano moral, que deixa de existir.” (Segunda Câmara Cível, Apel. nº 0002930-14.2007.8.19.0075, julgado aos 16 de março de 2010).

4. Troca do sistema de medição e dano moral

“Relatório - A sentença de fls. 309-311 julgou procedentes os pedidos para condenar a concessionária ré a refaturar, pela média de 282,51 kwh, o consumo mensal de energia elétrica na residência do autor, no período compreendido entre julho de 2006 e junho de 2008, bem como a reparar-lhe dano moral, cujo valor arbitrou em R\$ 5.000,00, com os consectários de estilo, em correspondência aos seis dias de interrupção do fornecimento, nada obstante as reclamações do usuário, no sentido de que, após a troca do sistema de medição (eletromecânico para eletroeletrônico), houve acentuada e abrupta elevação do valor mensal cobrado, que pericia apurou injustificável em face do consumo gerado pelos equipamentos existentes na casa.

Embargos declaratórios opostos e rejeitados (fls. 314-316 e 318).

O recurso de apelação, tempestivo e preparado, foi recebido no duplo efeito (fls. 329). Quer a anulação ou a reforma integral do julgado aos argumentos de que: (a) houve inversão do ônus da prova em contrariedade à orientação do verbete 91, da Súmula do TJRJ, posto que apenas determinada na sentença; (b) inexistente defeito na medição do consumo e descabe o pleito de revisão e/ou refaturamento, desafiante da diretriz estabelecida no verbete 84, da Súmula do TJRJ; (c) o mero dissabor e/ou o inadimplemento contratual não geram dano moral, tanto mais que o corte no fornecimento refletiu regular exercício de direito, à vista do admitido atraso no pagamento de fatura mensal pelo usuário (fls. 320-326).

O apelado não ofereceu contrarrazões (certidão de fls. 331v).

O julgamento foi convertido em diligência, para que o perito se manifestasse sobre o laudo crítico do assistente técnico indicado pela ré (fls. 335), o que se cumpriu a fls. 338-343, ensejado e exercido o devido contraditório (fls. 345-347).

É o relatório. À douta revisão.

Voto - Deixo de examinar o agravo retido de fls. 126-130 porque não reeditado nas razões de apelação (CPC, art. 523).

A suscitada preliminar de nulidade da sentença teria fundamento em tese. É que o julgado monocrático efetivamente referiu-se à inversão do ônus da prova, de

que não cogitara a declaração de saneamento do processo (fls. 156). A inversão, nos termos do verbete 91, da Súmula deste Tribunal, na esteira de consenso doutrinário e jurisprudencial, há de ser determinada em tempo de a parte ré cuidar de produzir as provas desconstitutivas da presunção decorrente da inversão, que opera em favor da parte autora, nas lides que versam sobre relação de consumo.

A pertinência da arguição é apenas aparente, todavia. Em verdade, a convicção do julgador de piso, retratada na sentença, formou-se não por presunção decorrente da inversão do ônus probatório, mas em face de prova pericial requerida pela ré (fls. 154), deferida no saneador e colhida de modo escorreito, com observância do devido contraditório. Logo, nenhum prejuízo ou cerceio para a defesa da concessionária ré, ora apelante, deflui da imprópria inversão referida na sentença (CPC, art. 249, § 1º).

A sentença apresenta-se hígida, pelo que se há de rejeitar a preliminar de sua nulidade.

Passa-se ao mérito.

A questão da interrupção do fornecimento de serviço público essencial por falta de pagamento do usuário já conheceu oscilação jurisprudencial, pacificada na medida em que o Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente mantido, em seus mais recentes arestos (vg., REsp nº 363.943/MG, de seu Órgão Especial), o entendimento de não constituir interrupção indevida o corte do fornecimento de energia elétrica do usuário inadimplente, desde que mediante prévio aviso. A jurisprudência dominante neste Tribunal estadual, alinhando-se à orientação da Corte Superior, incumbida que é esta de uniformizar a interpretação do direito federal por força do disposto no art. 105, III, da Constituição da República, fixou, no verbete 83 de sua Súmula, que ‘É lícita a interrupção do serviço pela concessionária, em caso de inadimplemento do usuário, após prévio aviso, na forma da lei’.

Com efeito, a Lei nº 8.987/95, que ‘dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal’, estabelece, em seu art. 6º, que ‘Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários’. O § 1º define serviço adequado como aquele ‘que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência ...’. E o 3º contém as ressalvas de que ‘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’.

De certo que a lei específica assim estatui por acolher a vetusta premissa de que, na prestação de serviços públicos por concessão contratual, a delegatária somente conta, para manter a estrutura que garante a continuidade da prestação, com as receitas oriundas da tarifa paga pelos usuários *uti singuli*. Admitir-se que os serviços devam ser prestados mesmo sem a remuneração tarifária equivale a sujeitar a colapso, em breve prazo, a rede prestadora cuja manutenção se impõe à concessionária por sua conta e risco exclusivo (Lei nº 8.987/95, art. 2º, II).

A lei das concessões e permissões literalmente exige, para que se convalide a interrupção do fornecimento sem violação do princípio da continuidade da prestação

dos serviços públicos, que haja prévio aviso em qualquer situação, mesmo aquela gerada por inadimplemento ou mora do usuário. Aqui reside a primeira peculiaridade do caso de que se ocupam estes autos: a ré, ora apelante, nenhuma prova trouxe aos autos de que cumpriu o dever jurídico do aviso prévio à interrupção, ao passo que o autor instruiu a inicial com as faturas dos meses de janeiro a agosto de 2006, das quais consta a mensagem da concessionária para o usuário: ‘Parabéns: não existe conta pendente de pagamento’ (fls. 16-23). Nada obstante, sobreveio o corte no fornecimento, aos 02 de setembro de 2006, ‘sob alegação de que existia conta em aberto’, em nada sensibilizando os funcionários da empresa a ponderação do usuário de que estava com filho recém nascido em casa (fls. 25). O fornecimento somente foi restabelecido aos 08 de setembro, após intimação pessoal da concessionária acerca da tutela antecipada deferida pelo Juízo (fls. 25 e 40-41).

A resposta da ré seguiu o padrão habitual dessas ações: dissertação sobre conceitos em tese, pretendendo ministrar lições sem nexos necessários com as circunstâncias do caso concreto (fls. 47-63). Somente quando da formulação de seus quesitos para a prova pericial é que a ré trouxe aos autos cópias das telas de seu sistema interno de controle, historiando que houve atraso no pagamento da fatura vencida em junho de 2006 porque o usuário não aceitava o valor cobrado, muito superior à média habitual do consumo de energia de sua residência, e que ocorreu após a troca do sistema de medição, consoante reclamou à concessionária, cujo consultor, porém, considerou justificado o consumo medido (fls. 164-169).

O laudo pericial de fls. 229-254 concluiu que os equipamentos instalados no imóvel do autor geram o consumo estimado de energia de 282,51 kwh. E pondera, *verbis*:

‘Ao analisarmos as contas de energia, constatamos que a média dos consumos registrados pelo medidor nº 2488358 (eletromecânico), referente aos meses de dezembro de 2005 a maio de 2006, foi de 111,33 hwh. Verificamos que a média dos consumos registrados após a troca do medidor eletromecânico por um eletrônico (chip) de nº 93012044, variou de 506,66 kwh (período de junho/06 até dez/06) e de 985,6 kwh (período de jan/07 a junh/08). Analisando o perfil de consumo do imóvel do autor, podemos concluir que os registros efetuados pelo medidor nº 2488358 estão abaixo do consumo esperado para a unidade em função das cargas elétricas apuradas. Entretanto, entendemos que os valores registrados pelo medidor eletroeletrônico a partir do mês de dez/06, considerando a carga instalada no imóvel do autor, não coadunam com o seu perfil de consumo. Como o resultado da aferição mostrou que atualmente o medidor está funcionando normalmente, não há que se falar propriamente do sistema de medição, contudo é de conhecimento do próprio INMETRO que um fator externo, como uma variação de tensão na rede, pode acarretar alteração nos registros de consumo do medidor eletroeletrônico (chip), como também a sua proximidade com a corrente de alta tensão e a incidência do calor do sol, fatores esses que são pontuais. Pelo exposto, não há como se afirmar que o medidor eletroeletrônico de nº 93012044, medição do tipo chip, vem registrando fielmente o consumo de energia elétrica da unidade do autor’.

Uma vez que tal laudo foi objeto de restrições, articuladas no parecer oferecido pelo assistente técnico indicado pela ré (fls. 275-280), houve, em segundo grau, conversão do julgamento em diligência com o fim de propiciar à perita manifestação acerca da crítica do assistente.

Os suplementos deduzidas pela louvada são esclarecedores. Talvez por isto a apelante haja protestado por seu desentranhamento, ao inextricável argumento de que ‘nos autos não há nenhuma decisão determinando que a i. perita se manifestasse acerca do parecer acostado pelo assistente da ré’ (*sic*, fls. 346). Decerto não leu o despacho de fls. 335, que exatamente assim ordenara.

Em síntese, as informações suplementares da perita (fls. 338-341), rebatendo a crítica do assistente técnico, desnudam que:

- (a) os fatores de carga e de demanda empregados no livro técnico utilizado para parâmetro pelo assistente ‘são empregados pela CESP, que é uma concessionária de São Paulo. As concessionárias do Rio de Janeiro, LIGHT e AMPLA, usualmente empregam outros fatores típicos de carga e de demanda para residências, posto que levam em consideração as classes de renda para consumidores em baixa tensão, como requer o caso ora em análise...’;
- (b) ‘o medidor eletromecânico estava funcionando normalmente e seus registros condiziam com a carga elétrica instalada na unidade, assim como não havia fuga de corrente nas instalações elétricas da unidade consumidora, bem como a concessionária ré no período de sua instalação não constatou nenhuma irregularidade que pudesse mascarar o real consumo de energia elétrica desse tipo de medição’;
- (c) ‘os equipamentos elétricos instalados na unidade consumidora do autor (relacionados pelo assistente no seu laudo crítico) não condizem com a realidade, pois (o assistente) considerou em seu parecer as cargas instaladas na unidade consumidora da mãe do autor, que reside na frente, e que possui medição de energia elétrica independente’; fato, aliás, que transparece dos documentos de fls. 167-169, produzidos pela ré, e nos quais o seu consultor registra diálogo que manteve com a mãe do usuário, quando de visita à residência;
- (d) ‘o medidor eletrônico em questão fica instalado há mais de 20 metros do ponto de entrega da unidade do autor, o que gera perda nos registros, fato este que o assistente técnico poderia atestar se tivesse participado da vistoria judicial’;
- (e) ‘o medidor eletrônico foi instalado na unidade do autor em 25/05/2006 e o display, item que o INMETRO obriga a concessionária instalar para permitir ao consumidor acompanhar os seus registros de consumo, somente no ano de 2008, após o início da presente demanda judicial’;
- (f) ‘os registros dos consumos de energia elétrica de uma unidade consumidora na esfera da responsabilidade da concessionária ré não

dependem, portanto, somente do bom desempenho do medidor eletrônico, mas também das condições técnicas da instalação desse ramal de ligação, no qual eventuais perdas de energia devidas ao mau dimensionamento ou ao desempenho inadequado dessa instalação, irão reverter em consumo de energia em kwh registrado pelo medidor e imputado ao cliente’.

Nada mais é necessário aduzir para evidenciar o defeituoso funcionamento dos serviços da concessionária, que não deram a devida atenção à reclamação do usuário. O descaso continuou nestes autos, em que as peças da concessionária não enfrentam os fatos da lide. Lamentáveis tanto a conduta administrativa quanto o desempenho processual da apelante.

O dano moral decorre, *in re ipsa*, do só corte ilegítimo. O aviso premonitório é indispensável por se cuidar de serviço essencial no dia-a-dia da residência. Curial que o corte causa abalo maior do que mero aborrecimento ou dissabor, configurando dano moral e violação do dever, imposto à concessionária, de manter serviço adequado.

O valor compensatório arbitrado (cinco mil reais) se contém nos limites estabelecidos no verbete 89, da Súmula do TJRJ, que os fixa em ‘até 40 salários mínimos’ para situações assemelhadas, e timbra de proporcionalidade e razoabilidade quanto às repercussões sobre a dignidade pessoal do usuário em suas circunstâncias de vida, e se mostra afeito à dupla função dessa verba (reparatória e punitiva), à vista da conduta reprovável da concessionária, sem implicar enriquecimento sem causa do usuário.

Eis os motivos de votar por que se negue provimento ao recurso, mantendo-se a sentença como lançada.” (Segunda Câmara Cível, Apel. nº 2009.001.59707, julgado aos 15.12. 2009)

5. Tarifa por estimativa e prática abusiva

“Relatório - A sentença de fls. 179-184 julgou: (a) improcedente o pleito autoral para compelir a concessionária a abster-se de praticar tarifa progressiva, por entendê-la legítima e conforme à legislação de regência; (b) parcialmente procedente pedido declaratório de inexistência de débito no período compreendido entre agosto de 1999 e fevereiro de 2001, em que o imóvel permaneceu comprovadamente desocupado; (c) extinto o processo sem cognição meritória quanto a pedido reconvenicional, que almejava autorização judicial para a interrupção do fornecimento em caso de inadimplemento do usuário, por considerá-lo sem interesse processual; (d) parcialmente procedente a pugna de cobrança, formulada pela ré reconvincente, para impor ao autor reconvinido o pagamento do débito correspondente à prestação dos serviços a partir de março de 2001. Reconheceu a sucumbência recíproca, devendo cada parte arcar com os honorários de seus respectivos patronos.

“O recurso de apelação, tempestivo e preparado, foi recebido em seus regulares efeitos (fls. 201). Quer a reforma do decidido para: (a) condenar-se a ré a rever as contas de consumo a partir de março de 2001, de modo a apurar os valores devidos

segundo medição do hidrômetro, não por estimativa, ou aplicando tarifa mínima, ressalvados os meses em que não houve efetivo consumo; (b) impor-se à concessionária a satisfação de multa de R\$ 10.500,00, monetariamente atualizados, por retardar-se, em 21 dias, no cumprimento de ordem judicial para o restabelecimento do serviço; (c) terem-se por improcedentes todos os pleitos articulados em reconvenção, seguindo-se a sucumbência exclusiva da ré (fls. 187-199).

Contrarrazões a fls. 206-215, prestigiando a decisão monocrática.

É o relatório. À douta revisão.

Voto - O conflito entre concessionária e usuários dos serviços de água e esgoto é frequente no pretório estadual. Reeditado nestes autos, nenhum fato ou argumento novo oferece à coletânea de teses e antíteses que se revezam no tema.

Discute-se, em síntese, sobre o cabimento de cobrar-se do usuário consumo segundo o valor de tarifa progressiva ou por estimativa, esta quando fosse materialmente impossível a leitura do consumo medido por hidrômetro. Sustenta o Espólio apelante que ambas as modalidades tarifárias são ilegais, por isto que pede a revisão dos valores cobrados em reconvenção, de acordo com a medição constante do hidrômetro existente no imóvel, ou aplicando-se tarifa mínima, salvo nos meses em que a loja esteve fechada. A concessionária insiste na legalidade das tarifas progressiva e por estimativa, e nega que houvesse interrompido o fornecimento do serviço. Tais os pontos nucleares da lide, a que se acrescentou a imposição de multa por retardar-se a ré no cumprimento de ordem para o restabelecimento da prestação.

A questão é velha conhecida do direito público. Nas concessões de serviços públicos, o concedente reserva para si o poder de estabelecer a política tarifária e de regulamentar a prestação do serviço cuja execução delega à empresa concessionária, a esta cabendo realizá-la de acordo com tais política e regulamento, assumindo todos os encargos e riscos da execução perante usuários e terceiros. Tal a índole dos contratos de concessão de serviços públicos, em cujo regime jurídico predomina o princípio da continuidade dos serviços públicos e de sua adequada prestação aos usuários, tal como absorvido pelo art. 175, parágrafo único, inciso IV, da Constituição da República.

É conforme à natureza da concessão de serviço público que as normas que regulamentam a prestação, expedidas pelo poder concedente, fixem critérios tarifários de que resulte receita operacional que responda pela manutenção e funcionamento dos serviços postos à disposição dos usuários, independentemente da quantidade de serviços que estes venham concretamente a consumir. Importa que a rede executora ou fornecedora esteja sempre apta para a prestação. Daí ser conhecida e praticada, em vários ramos de serviços concedidos, a figura da tarifa mínima, que também existe nos serviços de telefonia, energia elétrica e gás, com as mesmas características de cobrança desvinculada do consumo efetivo, se este for inferior ao mínimo previsto nas normas regulamentadoras da prestação. A tarifa mínima não se confunde, destarte, com tarifa por estimativa. Aquela correspondente ao consumo mínimo arbitrado normativamente pelo concedente, em função do custo de manutenção da rede.

No caso dos serviços concedidos de água e esgoto, a política tarifária assentada pelo concedente - o Estado do Rio de Janeiro - encontra-se nas normas veiculadas pelo Decreto nº 22.872/96, das quais ressaí a adoção da tarifa mínima. Logo, ainda que o usuário venha a consumir menos do que a quantidade mínima fixada, segundo medido em hidrômetro, o valor do preço mensal do serviço àquela equivalerá, impondo-se distinguir entre tarifa por estimativa, que somente pode ser praticada à falta de hidrômetro, e tarifa mínima, que sobre este prevalece se o consumo medido não alcançar o mínimo previsto no regulamento do serviço.

É da essência dos serviços *uti singuli* a cobrança pela quantidade efetivamente usada. Tal é a função dos medidores desses serviços (telefonía, energia elétrica, água e esgoto), como é o hidrômetro em relação ao consumo de água. O consumo por este medido somente não prevalecerá se for inferior ao mínimo fixado pelo regulamento, de cuja edição o art. 29, I, da Lei nº 8.987/95 incumbe o poder concedente.

No caso, para saber se houve ou não abuso da CEDAE nas cobranças impugnadas pela apelante, verifica-se se os valores lançados se compatibilizam com o mínimo, caso o consumo medido pelo hidrômetro do prédio fosse a ele inferior. Admite a CEDAE que, ao invés de guiar-se pela medição paradigmática do hidrômetro existente, cobrou valores equivalentes à média estimada, porque houve meses em que não foi possível a leitura do equipamento por encontrar-se a loja fechada, fato este incontroverso.

Inaceitável a tarifa por estimativa nessas ocasiões. Estando o imóvel vazio e fechado, o valor haveria de ser o da tarifa mínima, apenas para garantir a potencial prestação do serviço, momentaneamente não consumido pelo usuário.

Não se mostra albergável a escusa da CEDAE, de que era inviável a leitura da medição pelo hidrômetro. Sendo certo, ao que consta dos documentos internos da própria prestadora (fls. 102-104), que a loja esteve vazia e fechada, porém provida de hidrômetro, a única alternativa válida, à vista das normas de regência, era o lançamento da tarifa mínima, posto que consumo não havia, consoante verificado em inspeção no local (fls. 102-104). Eis, portanto, o abuso caracterizado, posto ser nenhum o fundamento para cobrar-se aleatoriamente, havendo hidrômetro instalado e operante, e verificando que o imóvel estava vazio e fechado, autorizando a prática da tarifa mínima. Com razão, pois, o apelo nesse ponto.

Sem fundamento a restrição da apelante à tarifa progressiva, que é legítima, a teor da orientação traçada pelo verbete 82, da Súmula deste TJRJ. Os verbetes 82 e 84, da Súmula deste Tribunal, cuidam de distintas figuras, de sorte que não é exato que o verbete 84 tenha derogado o verbete 82. A tarifa progressiva encontra arrimo no art. 13 da Lei nº 8.987/95, que prevê a possibilidade de fixação de tarifas diferenciadas em função de característica técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários. Por isto que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que 'O estabelecimento de tarifas progressivas ou diferenciadas atende à política de regulação dos recursos naturais finitos. As tarifas são fixadas, em todas as suas faixas diferenciadas de cobrança, em atendimento ao princípio da modicidade constante no art. 6º da Lei 8.987/95. Apesar do reconhecimento da legalidade da cobrança de tarifas diferenciadas, é mister destacar que tal cobrança deve relacionar-se ao hidrômetro...'

No que respeita à cobrança de multa por atraso no cumprimento de ordem judicial de restabelecimento do serviço, não encontra apoio indubitável nos autos. Veja-se que houve deferimento de tutela antecipada, que assim efetivamente determinou, em 48 horas (fls. 51). Dela a ré tomou ciência pessoal, quando da citação, aos 26.03.04 (fls. 56v). E já em 01.04.04, comparecia ao imóvel inspetor da concessionária, que relatou estar normal o fornecimento, isto é, não havia sido interrompido, ao contrário do narrado na inicial (v. fls. 104), tanto que a peça de resistência negou que o autor estivesse sem fornecimento (fls. 65). Descabe, por conseguinte, a execução da multa imposta.

Eis os motivos de votar por que se dê parcial provimento ao recurso, apenas para que a CEDAE proceda à revisão das contas de consumo a partir de março de 2001, considerando, exclusivamente, a leitura do hidrômetro, ou, nos meses que o imóvel esteve vazio e fechado, lançando o valor da tarifa mínima, mantida a sentença em seus demais termos." (Segunda Câmara Cível, Apel. n.º 2008.001.06866, julgado aos 21 de fevereiro de 2008)

6. Ilegalidade da tarifa mínima multiplicada pelo número de economias

"A sentença de fls. 113-116 julgou, em ação de consignação em pagamento, procedente o pleito, para conferir efeito liberatório aos depósitos que o autor efetuou, em valores correspondentes ao consumo medido pelo hidrômetro, afastando o critério da concessionária ré, de multiplicar o valor da tarifa mínima pelo número de economias existentes no prédio.

O recurso de apelação, tempestivo, preparado e recebido no duplo efeito (fls. 131), quer a reforma integral do julgado, ao argumento de ser lícita tal multiplicação, segundo tem reconhecido a vertente pretoriana que menciona (fls. 118-128).

As contrarrazões de fls. 133-143 prestigiam a decisão monocrática, invocando a jurisprudência dominante.

É o relatório.

A própria Concessionária apelante admite, desde a contestação e o reitera nas razões recursais, que multiplica a tarifa mínima pelo número de economias existentes no Condomínio autor, certa de que tal critério encontra expresso amparo nas normas legais e regulamentares que menciona, cuja juridicidade, ademais, tem sido reconhecida em precedentes, quando o consumo medido por hidrômetro for inferior ao estabelecido em regulamento. Trata-se, destarte, de fato incontroverso, a prescindir de comprovação técnica.

A tese defensiva tergiversa com meia verdade.

Escorreita é a cobrança segundo a leitura do hidrômetro instalado, e, quando o consumo medido não supera o mínimo regulamentar - 20 m³/mês, se comercial for o imóvel, ou 15 m³/mês, se residencial -, a cobrança se faz pelo valor da tarifa mínima. Mas ilegal é a multiplicação pelo número de economias, se o consumo de todas as unidades consumidoras existentes no imóvel é medido por um só hidrômetro.

Tal é a diretriz do verbete 84, da Súmula deste TJRJ – ‘É legal a cobrança do valor correspondente ao consumo registrado no medidor, com relação à prestação dos serviços de fornecimento de água e luz, salvo se inferior ao valor da tarifa mínima, cobrada pelo custo de disponibilização do serviço, vedada qualquer outra forma de exação’ (grifei).

A questão é velha conhecida do direito público. Nas concessões de serviços públicos, o concedente reserva para si o poder de estabelecer a política tarifária e de regulamentar a prestação do serviço cuja execução delega à empresa concessionária, a esta incumbindo realizá-la de acordo com tais política e regulamento, assumindo todos os encargos e riscos da execução perante usuários e terceiros. Tal a índole dos contratos de concessão de serviços públicos, em cujo regime jurídico predomina o princípio da continuidade dos serviços públicos e de sua adequada prestação aos usuários, tal como absorvido pelo art. 175, parágrafo único, inciso IV, da Constituição da República.

É conforme à natureza da concessão de serviço público que as normas que regulamentam a prestação, expedidas pelo poder concedente, fixem critérios tarifários de que resulte receita operacional que responda pela manutenção e funcionamento dos serviços postos à disposição dos usuários, independentemente da quantidade de serviços que estes venham concretamente a consumir. Importa que a rede executora ou fornecedora esteja sempre apta para a prestação. Daí ser conhecida e praticada, em vários ramos de serviços públicos concedidos, a figura da tarifa mínima, que também existe nos serviços de telefonia, energia elétrica e gás, com as mesmas características de cobrança desvinculada do consumo efetivo, se este for inferior ao mínimo previsto nas normas reguladoras da prestação. Não se cuida, sublinhe-se, de tarifa por estimativa, mas de tarifa correspondente a consumo mínimo arbitrado normativamente pelo concedente, em função do custo de manutenção da rede.

No caso dos serviços concedidos de água e esgoto, a política tarifária assentada pelo concedente – o Estado do Rio de Janeiro – adota, desde o antigo Decreto nº 22.872/96, a tarifa mínima. Logo, ainda que o imóvel consuma menos do que a quantidade mínima fixada, segundo medido em hidrômetro, o valor do preço mensal do serviço àquela equivalerá, impondo-se distinguir entre tarifa por estimativa, que somente pode ser praticada à falta de hidrômetro, e tarifa mínima, que sobre este prevalece se o consumo medido não alcançar o mínimo previsto no regulamento do serviço, procedimento válido e legítimo, posto que legalmente previsto.

É da essência dos serviços *uti singuli* a cobrança pela quantidade efetivamente usada. Tal é a função dos medidores desses serviços (telefonia, energia elétrica, água e esgoto), como é o hidrômetro em relação ao consumo de água. O consumo por este medido somente não prevalecerá se for inferior ao mínimo fixado pelo regulamento, cuja edição o art. 29, I, da Lei nº 8.987/95 comete ao poder concedente.

Ilícita, porém, é a multiplicação pelo número de economias (as unidades condominiais), posto que o consumo de todas é medido em conjunto pelo mesmo e único hidrômetro, pelo qual passa todo o fluxo da água consumida. Logo, a concessionária cobra por consumo maior do que o devido quando multiplica o consumo medido no hidrômetro único pelo número de unidades (economias).

Aos precedentes citados nas contrarrazões de fls. 140-142 adite-se o do julgado no REsp nº 955.290/RJ, rel. Min. Eliana Calmon, que sintetizou a evolução do pensamento da Corte Superior, afinal consolidado no entendimento de que ‘É ilegal a cobrança de taxa mínima de água multiplicada pelo número de unidades condominiais de prédio, no qual existe um único hidrômetro instalado’ (Informativo de 23.12.09).

O art. 557, *caput*, do CPC manda - verbo no imperativo - o relator negar seguimento ao recurso manifestamente improcedente ou em confronto com a jurisprudência dominante. Assim se apresenta o caso vertente, daí negar seguimento ao apelo.” (Segunda Câmara Cível, Apel. nº 0149889-74.2010.8.19.0001, julgado aos 26 de novembro de 2010).

7. Consumo compatível com a carga instalada e inadimplemento

“Relatório - A sentença de fls. 172-173 julgou parcialmente procedente o pleito para impor à concessionária ré a reparação de dano moral, cujo valor arbitrou em R\$ 1.500,00, decorrente de não haver restabelecido o fornecimento de energia elétrica à residência da autora, mesmo tendo esta pago a primeira de quinze parcelas de débito reconhecido. Revogou a tutela antecipadamente deferida e condenou a usuária à satisfação dos encargos da sucumbência, porque decaiu da maior parte dos pedidos formulados.

O recurso de apelação, tempestivo e preparado, foi recebido no duplo efeito (fls. 190). Quer a reforma do julgado ao argumento de que a usuária deu causa à interrupção e ao não restabelecimento do fornecimento, posto que era inadimplente em relação a faturas de consumo regulares, ao que resultou comprovado mediante perícia, e retornou à inadimplência após o pagamento da primeira parcela prevista em ajuste administrativo, certo que, em ambas as situações, houve prévio aviso (fls. 183-187).

As contrarrazões de fls. 191-200 prestigiam o julgado.

É o relatório. À douta revisão.

Voto - A questão já conheceu oscilação jurisprudencial, que se pacifica na medida em que o Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente mantido, em seus mais recentes arestos (vg., REsp nº 363.943/MG, de seu Órgão Especial), o entendimento de não constituir interrupção indevida o corte do fornecimento de energia elétrica de unidade cujo usuário esteja inadimplente, desde que mediante prévio aviso. Não se percebe a utilidade de desafiar-se a orientação da Corte Superior, incumbida que é de uniformizar a interpretação do direito federal por força do disposto no art. 105, III, da Constituição da República. Orientação que a jurisprudência do TJRJ vem majoritariamente acompanhando.

Com efeito, a Lei nº 8.987/95, que ‘dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal’, estabelece, em seu art. 6º, que ‘Toda concessão ou permissão pressupõe

a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários'. O § 1º define serviço adequado como aquele 'que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência ...'. E o 3º contém as ressalvas de que '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'.

De certo que a lei específica assim estatui por acolher a vetusta premissa de que, na prestação de serviços públicos por concessão contratual, a delegatária somente conta, para manter a estrutura que garante a continuidade da prestação, com as receitas oriundas da tarifa paga pelos usuários *uti singuli*. Admitir-se que os serviços devam ser prestados mesmo sem a remuneração tarifária equivale a sujeitar a colapso, em breve prazo, a rede prestadora, cuja manutenção se impõe à concessionária por sua conta e risco exclusivo (Lei nº 8.987/95, art. 2º, II).

A lei das concessões e permissões literalmente exige, para que se convalide a interrupção do fornecimento sem violação do princípio da continuidade da prestação dos serviços públicos, que haja prévio aviso em qualquer situação, mesmo aquela gerada por inadimplemento do usuário, como no caso.

Todas as faturas mensais emitidas pela ré estampavam o aviso de débito e alertavam para as suas consequências (fls. 27-40), até que as partes celebraram contrato de confissão de dívida e parcelamento de débito, no total de R\$ 1.563,30, a ser pago em quinze parcelas (fls. 41-42), das quais apenas a primeira foi satisfeita (fls. 44), voltando a usuária à situação de inadimplência anterior à confissão, a partir de março de 2008 (fls. 46).

O aviso premonitório é indispensável por se tratar de serviço essencial no dia-a-dia da residência. Curial que seu abrupto corte causa abalo maior do que mero aborrecimento ou dissabor, configurando dano moral e violação do dever, imposto à concessionária, de manter serviço adequado. Mas, cuidando-se, como se cuida, de relação de consumo, a causação do dano pela própria vítima escusa a prestadora do serviço, elidindo a obrigação reparatória, segundo se extrai do art. 14, § 3º, II, do Código de Defesa do Consumidor.

No caso vertente, a usuária não nega o débito e a cláusula IV do contrato de confissão de dívida advertia para a resposta jurídica à falta de pagamento do parcelamento ajustado: remessa do nome a cadastros restritivos de crédito; vencimento antecipado do saldo devedor, acrescido de encargos; e cobrança judicial.

Logo, tanto antes da confissão quanto depois dela, estava a usuária ciente do débito e dos efeitos do não pagamento. Tanto que intentou a presente demanda, em maio de 2008, com o fim de rever o valor do débito, na expectativa de que houvesse erro na medição, não negando a falta de pagamento.

Tampouco nesse ponto obteve êxito a autora, posto que a prova pericial produzida atestou que, no imóvel de sua residência, constituído de dois pavimentos, nenhuma irregularidade havia no medidor do consumo de energia, que se apurou compatível com a carga instalada, dada a presença de numerosos equipamentos,

incluindo quatro aparelhos de televisão, geladeira, dois microondas, máquina de lavar, dois chuveiros elétricos, computador, DVD, aparelho de som e três liquidificadores, gerando consumo mensal médio de 377 kwh, por isto que o louvado concluiu que o corte do fornecimento de energia correspondeu, nessas circunstâncias, às hipóteses definidas nos artigos 90 e 91 da Resolução nº 456, da ANEEL (v. fls. 150-159). A autora nada objetou em relação à peça técnica, de que tomou ciência pessoal (fls. 165).

A tese autoral é inconsistente e sequer resiste à razoabilidade, se se quiser deslocar o exame da questão do campo do direito positivado para o dos princípios, no qual também ficaria sem resposta a indagação: aceitaria a parte adimplente da sociedade arcar com os custos dos serviços prestados aos inadimplentes em número crescente? As próprias disposições legais acima mencionadas indicam que não, certo que representam, por definição, a vontade social captada pelos legisladores eleitos para tal fim. Quando essa equação encontrar o seu ponto de equilíbrio sério e responsável, talvez se possa cogitar de considerar-se, como postura alternativa, o fomento à inadimplência. Até aqui, o engenho humano não foi capaz de conceber essa fórmula, mágica porque seria conciliadora de antíteses. Muito menos por decisão judicial, que nada pode ter de magia e deve render-se à realidade das limitações humanas.

O cenário assim desenhado, com o apoio de prova pericial inconcussa, mostra que a autora pretendeu, com o aforamento desta ação, retardar o pagamento do que sabe devido. E bem agiu a concessionária em não restabelecer o fornecimento de energia ante o só pagamento de uma parcela do débito, diante da reiterada inadimplência da usuária. E tal conduta não configurou lesão de direitos da personalidade porque o nome da usuária já constava de cadastro restritivo desde novembro de 2007 (fls. 46), a atrair a aplicação dos verbetes 83 ('É lícita a interrupção do serviço pela concessionária em caso de inadimplemento do usuário, após prévio aviso, na forma da lei') e 90 ('A inscrição de consumidor inadimplente em cadastro restritivo de crédito configura exercício regular de direito'), da Súmula deste TJRJ.

Eis os motivos de votar por que se dê provimento ao recurso, para, reformada a sentença nesse ponto, julgar improcedente também o pleito compensatório de dano moral, mantida a decisão monocrática em seus demais termos." (Segunda Câmara Cível, Apel. nº 0007544-23.2008.8.19.0206, julgado aos 07.07.2010).

8. Demora injustificada no fornecimento de energia a área provida de rede

"Relatório - A sentença de fls. 151-154 tornou definitiva tutela de mérito antecipadamente deferida e julgou parcialmente procedente o pleito, para condenar a concessionária ré a instalar o fornecimento de energia elétrica à residência da autora e a reparar-lhe dano moral, cujo valor arbitrou em cinco mil reais, no entendimento, fundado em laudo pericial, de que óbice técnico algum impedia tal instalação, em localidade já provida de rede, de sorte a lesionar direito subjetivo a serviço público essencial, nada obstante a requerente haver cumprido as providências a seu cargo.

Ambos os litigantes interpuseram recursos de apelação, tempestivos, preparado o primeiro, da ré, e ao abrigo da gratuidade o segundo, da autora, recebidos no duplo efeito (fls. 165 e 180).

A apelante principal pondera que, ao contrário do apreendido pela sentença, o laudo pericial admitiu que a autora não providenciara a instalação de pontalete adequado, o que impedia a extensão da rede à sua residência, seguindo-se não haver praticado ilicitude alguma de que decorresse lesão a direitos a personalidade; acaso mantida a condenação, alvitra da redução do valor arbitrado (fls. 156-162). A recorrente adesiva almeja a majoração do valor compensatório de dano moral (fls. 168-173).

As contrarrazões de fls. 174-178 e 185-187 perseveram em suas respectivas teses e postulações.

É o relatório. À d. revisão.

Voto - O conflito entre concessionária e usuário de serviço público essencial é frequente no pretório estadual. Nestes autos, concerne a estágio anterior ao da execução da prestação, qual seja o da solicitação da autora à ré para que esta instalasse o fornecimento de energia elétrica ao imóvel em que reside, em bairro já provido de rede (Pilares).

Dois são os pontos em lide: a existência, ou não, de óbice técnico à instalação; e a configuração de dano moral em razão de a concessionária não a efetivar, decorridos sete meses, a pretexto de que havia providência pendente a cargo da requerente, o que tampouco seria veraz. Resulta que as partes controvertem sobre questão dependente de elucidação técnica, por isto que se colheu prova pericial.

A questão é velha conhecida do direito público. Nas concessões de serviços públicos, o concedente reserva para si o poder de estabelecer a política tarifária e de regulamentar a prestação do serviço cuja execução delega à empresa concessionária, a esta cabendo realizá-la de acordo com tais política e regulamento, assumindo todos os encargos e riscos da execução perante usuários e terceiros. Tal a índole dos contratos de concessão de serviços públicos, em cujo regime jurídico predomina o princípio da continuidade dos serviços públicos e de sua adequada prestação aos usuários, tal como absorvido pelo art. 175, p. único, inciso IV, da Constituição da República.

É conforme à natureza da concessão de serviço público que as normas que regulamentam a prestação lhe exijam a continuidade, tanto que a interrupção somente se justifica por inadimplemento do usuário ou por razões de ordem técnica (Lei nº 8.987/95, art. 6º, §§ 1º e 3º). Razões de ordem técnica são igualmente as que escusam a concessionária de estender a rede existente a novas localidades; a contrário senso, se nada impede a instalação, esta é devida. Inviável tecnicamente a prestação, justificada está a ausência do serviço; se já existe a rede no local e futuro usuário solicita a extensão a seu imóvel, tomando as providências a seu cargo, incumbe à concessionária adimplir a sua obrigação de executar a prestação delegada. No caso vertente, a LIGHT sustenta que havia uma dessas razões, a impedir a extensão da rede ao imóvel de residência da autora, ao que esta contrapõe que nada obstava a instalação.

A concessionária destaca do laudo pericial que ‘as instalações da Recorrida não estão completamente de acordo com as normas técnicas de segurança. Tal como

pode ser lido dos esclarecimentos do i. Experto as fls. 128, olvidados pela r. sentença guerreada, há ausência de peça primordial para o início seguro do fornecimento de energia elétrica: pontalete fora da altura mínima constante nos regulamentos técnicos’. E arremata a arguição com esclarecimento de seu assistente técnico: ‘... é preciso que seja suficiente a estabilidade do pontalete que irá suportar o esforço de tração no ramal de ligação, necessário para manter os condutores que virão da calçada oposta, com flecha que deverá manter-se 5,5 metros de altura, no ponto mais baixo do seu desenvolvimento, em relação à pista de rolamento das viaturas. Cumprida esta exigência, não haverá impedimento para sua interligação à rede pública de baixa tensão da concessionária...’ (fls. 157-158).

O argumento distorce a peça técnica, da qual consta, com clareza:

Em relação ao terreno da Autora, a rede elétrica de distribuição de baixa tensão da Ré passa na rua, pela calçada oposta à fachada do terreno. A Residência a ser suprida está edificada nos fundos do terreno. Assim, o padrão para que seja ligada a fiação que irá atender a Autora exige que se instale, junto ao limite de sua propriedade com a via pública, um poste ou qualquer outro suporte permanente para fios ou cabos, como um pórtico ou um pontalete, que sustente os apoios da fiação em altura mínima possível de permitir sob esta a travessia de veículos como caminhões que trafeguem pela via pública, de modo a não afetar a fiação a ser lançada transversalmente. Também complementa este padrão uma caixa de fibra com suas tubulações em PVC, que irá guarnecer o medidor e os circuitos de medição da concessionária. Todos esses dispositivos são adquiridos e instalados pelo usuário do serviço de eletricidade. *A foto anexada a este laudo é do dia da diligência e, pelo que dela se vê, na data da diligência pericial, nada havia que tecnicamente impedisse a ligação de energia pretendida*’ (fls. 111 – o grifo consta do original).

Adiante, em resposta ao quesito de nº 5, da ré (‘A estrutura poste, onde fixado o apoio para receber o ramal de ligação, atende ao RECON – Regulamento para Consumidores em Baixa Tensão?’), o louvado respondeu ‘Positivo’ (fls. 112).

Ao primeiro quesito formulado pela autora (‘é possível estabelecer energia elétrica na residência da autora nas condições em que se encontra?’), o perito respondeu: ‘Positivo, nas condições observadas no dia da diligência pericial’ (fls. 113). Ao responder ao segundo quesito da autora (‘é possível estabelecer energia elétrica no posto de luz objeto da presente demanda?’), não deixou dúvida o louvado: ‘A estrutura encontrada no local pode apoiar o ramal de ligação do consumidor’. E negou, ao responder ao último quesito da autora, que houvesse necessidade de adaptações no local para que fosse estabelecida energia elétrica na casa da autora (fls. 114).

Compulsadas as fotos de fls. 119, verifica-se que o pontalete no terreno da autora equivale, em altura, ao poste que apoia a fiação de ligação de energia elétrica preexistente, situado a pouca distância.

As observações lançadas pelo assistente técnico da ré não desmentem o laudo pericial, tanto que a este anui expressamente: ‘A Autora pode ser beneficiada com ligação individual para sua residência, com medição exteriorizada, já tendo preparado o local, conforme se constata das fotografias anexadas no laudo do Dr. Perito’ (fls. 126).

Vero é que, a seguir, o mesmo assistente preocupa-se com que ‘seja suficiente a (estabilidade) do pontalete que irá suportar o esforço de tração no ramal de ligação’, daí recomendar ‘a presença do técnico-instalador da autora no local, na data e hora de ligação’.

Por conseguinte, o assistente técnico da ré não estava a afirmar que o pontalete instalado pela autora não estivesse na altura própria, nem que padecesse de instabilidade. Queria, apenas, certificar-se de que a estabilidade do pontalete seria verificada quando da instalação.

Conclui-se que nenhum óbice técnico impedia a instalação, lamentável que a ré esgrime com frases soltas dos laudos do perito e do assistente técnico para extrair inferências com eles incompatíveis.

Por isto mesmo a conduta da concessionária impôs à autora injusta frustração de legítima expectativa de obter a instalação de energia elétrica em sua residência, certo que esta a requereu aos 21.02.08 e que somente aos 27.08.08 - cinco dias depois de a LIGHT haver sido citada e intimada para a ação e da decisão concessiva da tutela antecipada (fls. 17 e 20) - o local foi dado como preparado para a execução da instalação, ao que registram telas do sistema de controle interno da própria ré (fls. 34 e 54).

Escorreita a sentença ao considerar que tal conduta da concessionária privou a autora, por lapso largo e sem fundamento sério, de bem essencial, assim afetando-lhe a dignidade pessoal, imprescindível para caracterizar a lesão imaterial, como se deduz da diretriz assentada no verbete 75, parte final, da Súmula deste TJRJ – ‘O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atente contra a dignidade da parte’.

Mas, mesmo considerado o caráter duplice da reparação (pedagógico e punitivo), motivo não há para cogitar-se de elevar o valor arbitrado para compensar o dano moral, como pretende a recorrente adesiva. Seja à vista da razoabilidade e da proporcionalidade recomendadas pelos artigos 944 e seguintes da lei civil, ou do dever jurídico de precaver-se tal valor contra o enriquecimento sem causa, verberado por seu art. 884.

Eis os motivos de votar por que se negue provimento a ambos os recursos, mantendo-se a sentença como lançada.” (Segunda Câmara Cível, Apel. nº 0198292-45.2008.8.19.0001, julgado aos 24 de novembro de 2010).

9. Cobrança por serviços não prestados

“A sentença de fls. 161-168 julgou, em procedimento ordinário, parcialmente procedente o pedido, para compelir a concessionária ré a cancelar, em trinta dias, sob pena de multa, o apontamento negativo em cadastro restritivo de crédito, a que remeteu o nome da autora, bem como o débito a esta imputado; reparar-lhe dano moral, cujo valor arbitrou em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), monetariamente corrigido e acrescido de juros legais a partir da citação.

Ambos os litigantes interpuseram recursos de apelação, que, tempestivos, regularmente preparado o da concessionária, ao abrigo da gratuidade o da autora, foram recebidos no duplo efeito (fls. 191 e 213).

A ré, primeira apelante, quer a reforma integral do julgado porque: (a) a linha telefônica foi cancelada em fevereiro de 2009, por inadimplemento da usuária; (b) o débito incluía parcelas vencidas em períodos anteriores ao fato questionado pela autora; (c) inspeção na linha, em janeiro de 2008, nenhuma irregularidade encontrou; (d) dos fatos não resulta a configuração de dano moral. Caso se mantenha a condenação, alvitra a exclusão da verba reparatória de dano moral ou a redução de seu valor, por excessivo (fls. 170-180).

A autora, recorrente adesiva, almeja a majoração das verbas indenizatória e advocatícia, bem assim a imposição de penalidade por litigância de má-fé (fls. 197-201).

As contrarrazões de fls. 194-196 e 215-222 perseveram em suas respectivas teses e postulações.

É o relatório.

O conflito envolve relação sob o regime do Código de Defesa do Consumidor, cujo art. 22 estabelece que ‘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. Parágrafo único – Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código’.

A sociedade ré é concessionária de serviço público essencial – telefonia –, sujeitando-se, destarte, ao disposto no preceptivo supra transcrito. E, em consequência, também à regra do art. 14 do CDC, que define a responsabilidade por fato do serviço de modo a caracterizá-la como objetiva, impondo ao prestador responder, independentemente de culpa, ‘pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços ...’, somente escusando-se quando, ‘tendo prestado o serviço, o defeito inexistir’, ou por ‘culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro’ (§ 3º, incisos I e II).

A regra do art. 6º, VI, do estatuto consumerista igualmente rege a questão: ‘São direitos básicos do consumidor: VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos’.

Aplicadas tais normas de regência ao caso concreto, chega-se ao núcleo do resultado a que chegou a sentença recorrida, com a emenda, de ofício, que ao final se fará.

Eis a resenha dos fatos, segundo alegados por ambas as partes:

(a) a autora era usuária da linha de telefonia fixa nº 3327-3148, instalada em sua residência desde 24.09.01, da qual foi retirada pela concessionária ré aos 18.02.09 (tela de fls. 109);

(b) tal retirada se deu não apenas através do sistema, senão que, também, mediante “desconexão da caixa telefônica” (fls. 149);

(c) queixa-se a usuária de que, a partir de 2005, passou a receber faturas mensais com valores ‘absurdos’, decorrentes de inúmeras ligações para números que desconhecia, daí haver reiteradamente solicitado providências

à concessionária, que jamais as tomou, culminando por remeter-lhe o nome a cadastro restritivo de crédito e desativar a linha em 2006, todavia continuou a cobrar-lhe faturas com elevados valores até 2009, daí presumir a autora que se tratava de clonagem de linha;

(d) contrapõe a concessionária que a autora era inadimplente habitual antes mesmo de 2005 e que, em 2008, procedeu a inspeção técnica na linha, nada encontrando de irregular, certo que somente desligou a linha em 2009, segundo registram seus controles internos.

A documentação entranhada mostra que:

(a) a TELEMAR remeteu à autora cartas de cobrança de débitos vencidos em 2005 e 2006 (fls. 24-25 e 34), e, nada obstante, continuou a remeter-lhe faturas mensais de prestação de serviços, com valores elevados, ao longo de 2007, 2008 e 2009 (fls. 15-23, 28-33 e 35-56), sempre com aviso impresso de débitos pendentes;

(b) empresas privadas de cobrança de débitos de serviços telefônicos também remeteram cartas à autora, referindo débitos vencidos em 2007 e exortando-a a negociar o respectivo pagamento (fls. 14 e 27);

(c) o nome da autora foi objeto de apontamento negativo no cadastro da SERASA, por débito com serviço de telecomunicações vencido aos 13.03.07 (fls. 141).

Os artigos 67 e seguintes da Resolução nº 85/98, da ANATEL, referida na contestação de fls. 84, disciplinam a suspensão do serviço de telefonia por falta de pagamento. Deles se extrai que: (a) a prestadora pode suspender o serviço decorridos trinta dias de inadimplência; (b) o débito que caracteriza a inadimplência deve ser incorporado na cobrança subsequente; (c) a prestadora deve destacar, no documento de cobrança, a existência de débito vencido, explicitando o valor, bem como informando que o não pagamento poderá implicar suspensão parcial do serviço; (d) a prestadora “notificará o assinante, em até 15 dias após o vencimento do primeiro documento de cobrança, de periodicidade regular, com débito, dos seus direitos de contestação do débito, em até 5 dias úteis, e da possibilidade de suspensão parcial do serviço por inadimplência”; (e) decorridos trinta dias da suspensão parcial, permanecendo o assinante inadimplente, a concessionária poderá suspender totalmente o serviço, fato que igualmente deverá estar destacado na fatura, devendo, ainda, notificar o assinante, em 15 dias, sobre o risco de suspensão total; (f) somente após trinta dias da suspensão total, e persistindo o inadimplemento, é que a concessionária poderá rescindir o contrato, bem como incluir o registro do débito em sistemas de proteção ao crédito. Logo, a rescisão do contrato, que configura medida extrema, somente poderá ocorrer decorridos 90 dias de inadimplência, devendo o assinante, nesse período, ser informado, na própria conta, sobre a existência de débitos e do risco de suspensão do serviço, parcial ou total, bem como ser notificado 15 dias antes de cada suspensão.

Somente após a rescisão é que poderá remeter o nome do usuário a cadastro de inadimplentes.

No caso, prova há de que a autora foi notificada da existência de débitos, porém prova também há de que a autora teve o nome inscrito em cadastro restritivo de crédito em 2007, quando, segundo a TELEMAR, somente em 2009 a linha foi desligada. Logo, antes mesmo de dar por resolvido o contrato, em 2009, de acordo com a sua própria versão, a concessionária já havia promovido, em 2007, a negatificação do nome da usuária, em contravenção à norma reguladora.

Mais: inaceitável que a concessionária afirme desconhecer a existência de problemas no uso da linha da autora, posto que foi ré condenada, por cobranças indevidas, em precedentes ações propostas pela mesma usuária perante o XVI Juizado Especial de Jacarepaguá, em 2003/2004 (fls. 139-140).

O descaso da prestadora às reclamações da autora e a remessa de seu nome a cadastro de inadimplentes deram causa aos constrangimentos pelos quais esta veio a passar, efetivamente maiores do que mero aborrecimento.

O dano moral se presume em face de circunstâncias de que decorra injusto gravame. Importa, pois, para delinear-se dano dessa espécie, mormente sendo objetiva a responsabilização civil da concessionária nas relações de consumo, a demonstração do nexo de causalidade entre o defeito do serviço e a violação de direito da personalidade, como ocorrido no caso. O nexo causal está comprovado pela reiterada cobrança de ligações para números não reconhecidos pela autora e o descaso da concessionária, que, ademais, desligou a linha, por inadimplemento, em violação ao estabelecido na Resolução nº 85/98, da ANATEL, a par de haver remetido, indevidamente, seu nome a cadastro de inadimplentes. Nada mais é necessário para configurarem-se o dano e o dever de repará-lo.

O caso se ajusta à orientação traçada nos verbetes 75, parte final (“O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, *salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte*”), e 94 (“Cuidando-se de fortuito interno, o fato de terceiro não exclui o dever do fornecedor de indenizar”), da Súmula deste TJRJ

No que respeita ao valor da verba reparatória, motivo não há seja para elevá-lo ou reduzi-lo, na medida em que corresponde à média dos valores arbitrados em circunstâncias assemelhadas às destes autos, atendendo ao caráter dúplice da reparação (compensatório e punitivo), levando em conta a intensidade do dano, a modéstia da situação sócio-econômica da autora, que se qualifica como do lar, e as possibilidades da apelada. Precata, ademais, o enriquecimento sem causa, contra o qual adverte a jurisprudência dominante nos tribunais superiores, à vista do disposto no art. 884 do CC/02, por isto que consulta à razoabilidade e à proporcionalidade.

Tampouco se justifica a pretendida majoração dos honorários da sucumbência. Os fixados se harmonizam com os critérios do art. 20, § 3º, do CPC - demanda corriqueira, de pronta tramitação, aforada que foi em maio de 2009, e de dilação singela, fundada em prova exclusivamente documental, a não exigir dos patronos

empenho incomum na dedução de teses jurídicas intrincadas ou na produção de prova complexa.

Por outro lado, a conduta processual da concessionária não se afeiçoa a qualquer das hipóteses do art. 17 do código de ritos, daí não autorizar a imposição de penalidade por litigância de má-fé.

Num só ponto a sentença está a merecer reparo, qual seja a do termo inicial da correção monetária, que fez coincidir com a data da citação. Todavia, nos termos do verbete 97, da Súmula deste TJRJ, e do verbete 362, da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, a correção monetária de verba indenizatória de dano moral incide desde a data do arbitramento, isto é, do julgado que a fixou. A matéria é cognoscível de ofício à vista da diretriz estabelecido no Enunciado nº 50, da jurisprudência predominante deste TJRJ ('Questões atinentes a juros legais, correção monetária, prestações vincendas e condenação nas despesas processuais constituem matérias apreciáveis de ofício pelo Tribunal' – Aviso nº 83/2009).

O art. 557, *caput*, do CPC manda – verbo no imperativo – o relator negar seguimento ao recurso manifestamente improcedente ou em confronto com a jurisprudência dominante. Assim se apresenta o caso vertente, daí negar seguimento a ambos os apelos, e, de ofício, estabelecer que a correção monetária do valor compensatório do dano moral fluirá da data da sentença, que se mantém em seus demais termos." (Segunda Câmara Cível, Apel. n.º 0126257-53.2009.8.19.0001, julgado aos 24 maio de 2010)

10. Tutela antecipada deferida com o fim de impedir corte no fornecimento como coerção ao pagamento de débito pretérito

"A agravante pede a reforma de decisão interlocutória por meio da qual o Juízo *a quo*, em ação de obrigação de fazer, deferiu tutela antecipada com o fim de compelir a concessionária ré a restabelecer o fornecimento de água à loja locada ao autor, ora agravado, na convicção de que o pleito preenche os requisitos do art. 273 do código de ritos.

A CEDAE pondera que se limitou a aplicar as normas regulamentadoras da prestação do serviço, que a autorizam a interrompê-la se o usuário, cumprido aviso prévio, permanecer inadimplente, como ocorreu no caso, daí o descabimento do provimento recorrido.

A síntese da agravante é imperfeita. Esconde que a concessionária está a manejar o corte no fornecimento como meio para coagir o usuário ao pagamento de contas correspondentes a período em que o imóvel era desprovido de hidrômetro – por isto que o consumo era calculado por estimativa – e que outro era o seu ocupante. Logo, a CEDAE pretende obter receita por serviços que terá prestado a anteriores ocupantes do imóvel, ao que resiste o atual, o aqui agravado.

A inicial da ação principal e seus anexos comprovam que o agravado locou o imóvel - loja comercial em Vila Valqueire -, em março de 2004, e que a CEDAE,

tendo instalado hidrômetro, por solicitação do autor, em setembro de 2007, está a dele cobrar diferenças de consumo a partir de maio de 1997, inclusive recusando-se a emitir as faturas mensais a contar da instalação do medidor enquanto o atual usuário não quitar os débitos pretéritos, que ascendem, segundo cálculo da concessionária por estimativa, a R\$ 31.063,61.

Nessas circunstâncias, com razão a decisão hostilizada quando entende presentes os requisitos do art. 273 do CPC, quanto ao direito do usuário ao restabelecimento do fornecimento de energia.

Se o atual locatário do imóvel dispõe-se, como afirma na inicial da ação de obrigação de fazer, a pagar as faturas mensais de consumo medido pelo hidrômetro, cabe à concessionária emití-las e prestar o correspondente serviço mediante o pagamento das respectivas tarifas, prosseguindo a lide apenas em relação à pretensão de cobrar do atual usuário por serviços que terão sido prestados a anteriores ocupantes do imóvel, inclusive a seu proprietário.

Tratando-se, como se trata, de serviço público *uti singuli*, ou seja, sustentado por receita advinda do efetivo consumo de cada usuário, a verossimilhança do direito ao fornecimento de água ao atual usuário é patente, tanto quanto transparece o abuso do direito por parte da concessionária, ao condicionar a execução do serviço ao pagamento de débitos referentes a períodos anteriores, quando outros eram os usuários. É clara, também, a reversibilidade da medida deferida pelo Juízo, acaso o autor deixe sem pagamento as faturas que lhe remeta a CEDAE de acordo com o consumo medido pelo hidrômetro instalado em setembro de 2007.

Vê-se, portanto, que o cerne da questão não se encontra na afirmativa da concessionária de que avisou o usuário previamente do corte e o efetuou porque este não pagou a conta do fornecimento de água. Fosse apenas isto e decerto que a interrupção do serviço encontraria amparo no art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/95. Mas, como se verifica, a questão é outra: a CEDAE quer que o autor, que passou a ocupar o imóvel em março de 2004, na qualidade de locatário, pague todas as diferenças de consumo estimado pela concessionária desde maio de 1997. Legítima a resistência do atual usuário e abusivo o corte como meio de coerção para o pagamento de débitos pretéritos de terceiros.

Segue-se que os quatro requisitos do art. 273 do CPC, com a redação da Lei nº 8.952/94 (verossimilhança das alegações, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, abuso do direito de defesa e reversibilidade do provimento antecipado), encontram-se presentes e nada, por ora, aconselha que se altere a decisão agravada, que se compadece com a orientação do verbete 59, da Súmula deste Tribunal de Justiça ('Somente se reforma a decisão concessiva ou não da antecipação de tutela, se teratológica, contrária à Lei ou à evidente prova dos autos'), notadamente à vista da essencialidade da água para a existência humana.

O art. 557, *caput*, do CPC manda – verbo no imperativo – o relator negar seguimento a recurso manifestamente improcedente ou em confronto com a jurisprudência dominante. Assim se apresenta o caso vertente, daí negar seguimento ao agravo de instrumento." (Segunda Câmara Cível, AI nº 2008.002.22475, julgado aos 23 de julho de 2008)

11. A prerrogativa de alteração unilateral de contrato administrativo não se estende a concessionária de serviços públicos

“Relatório - A sentença de fls. 60-61 julgou improcedente o pleito, que pretende compelir a concessionária a honrar contrato de parcelamento de débito em 60 vezes, originariamente firmado com o autor, usuário em mora, bem como a reparar-lhe dano moral decorrente do cancelamento desse contrato, com o fim de reduzir o número de parcelas para 24.

O recurso de apelação, tempestivo e ao abrigo da gratuidade, foi recebido em seus regulares efeitos (fls. 69). Quer a reforma do julgado aos argumentos de que: (a) se equivocou, ao supor que a rescisão decorreu de falta de pagamento das primeiras parcelas do acordado, sendo certo que aquelas que se encontram em aberto, nos controles da concessionária (abril a outubro de 2005), são as que motivaram o parcelamento, tendo este sido iniciado em outubro, a partir de quando o usuário pagou cada parcela devida, daí não se justificar a rescisão; (b) a redução de 60 para 24 meses do prazo do pagamento desatende às possibilidades financeiras do usuário, que percebe salário mensal pouco superior a oitocentos reais e passaria a pagar à CEDAE, por mês, quase quatrocentos reais; (c) tal situação gera angústia que supera o mero aborrecimento, seguindo-se que o usuário faz jus a verba compensatória de dano moral (fls. 63-67).

Contrarrazões a fls. 71-74, prestigiando a decisão monocrática e invocando a discricção administrativa da concessionária para rever o parcelamento.

É o relatório. À douta revisão.

Voto - A sentença adotou premissa fática que não se coaduna com os documentos entranhados. No de fls. 14, que arrola as faturas mensais devidas pelo usuário apelante, segundo os controles da concessionária apelada, os meses de abril a outubro de 2005 aparecem em aberto por corresponderem ao débito por aquele admitido, tanto que convencionou com esta o pagamento parcelado em sessenta meses. Do documento de fls. 35, que instrui a contestação, consta que o contrato de parcelamento do débito, a pedido do usuário, foi ‘digitado’ aos 06.09.05 e teve início aos 10.10.05, tendo sido ‘cancelado’ pela OS nº 603.42787-7, aos 23.03.06. Logo, correta a versão do apelante e equivocada a premissa da sentença: não foi o débito de abril a outubro de 2005 que motivou o cancelamento do parcelamento em 60 meses; tal débito preexistia ao parcelamento e lhe deu motivo; o pagamento das primeiras cinco parcelas, a partir outubro de 2005, vinha sendo feito, ainda que com algum atraso (fls. 15), bem assim o pagamento de meses subsequentes (fls. 37); o cancelamento decorreu de ato unilateral da concessionária, com o fim de reduzir o prazo de 60 para 24 meses, passando o valor mensal de R\$ 165,88 para R\$ 380,33.

Falacioso o argumento da concessionária, de que assim agiu à vista da mora do usuário e no exercício de sua discricionariedade administrativa. Quanto à primeira alegação, é vero que houve atrasos de pagamento, mas estes foram feitos, ao que se deduz dos documentos trazidos pela própria ré (fls. 36-41). Quanto à segunda, colide com os princípios e normas de regência.

Não se duvida, de um lado, de que cabe na discricção da empresa fixar os critérios que reputar adequados para o parcelamento de débitos. O devedor não tem o direito de impor ao credor a forma e o modo de pagamento que lhe convenham. Ao que se deduz da resposta de fls. 27-28, a CEDAE estabeleceu por ato interno (Ordem de Serviço E nº 9.444), como lhe é lícito, que os acordos firmados a partir de 18.01.06 só podem admitir o máximo de 24 parcelas. Por óbvio que a nova ordem produz efeitos *ex nunc*, vedado que retroagisse para alcançar parcelamentos pactuados antes daquela data.

Eis o móvel oculto do ‘cancelamento’. Não se deveu, propriamente, aos atrasos de pagamentos pelo usuário, mas, sim, à estratégia da empresa para recuperar, em menor tempo, perdas de receita. Compreende-se a providência, desde que não contravenha às garantias constitucionais, entre as quais a do ato jurídico perfeito. A própria OS nº 9.444/06 fixou o marco temporal a partir do qual produziria efeitos (18.01.06). O primeiro parcelamento foi acordado com o apelante aos 10.10.05, logo, inalcançável pela nova diretriz.

A CEDAE, na qualidade de sociedade de economia mista que é (fls. 22), tem personalidade jurídica de direito privado e por este é tutelada em suas relações obrigacionais (CF/88, com a redação da EC nº 19/98, 173, § 1º, II). Não pode pretender atuar como se fosse órgão da administração pública direta em suas contratações. No contrato administrativo é que se reconhece à Administração, entre outras, a prerrogativa de rescindir unilateralmente contratos, e ainda assim apenas nas hipóteses legalmente definidas (Lei nº 8.666/93, art. 58, II). Nessas circunstâncias, o ‘cancelamento’ do contrato de parcelamento em sessenta meses almejava suposta equivalência com a rescisão unilateral de contrato, o que descabe, seja porque dessa prerrogativa não dispõe a sociedade de economia mista, seja porque, no caso, o ‘cancelamento’ visou atender, a toda evidência, apenas ao interesse de um dos contraentes, de sorte a causar injusto gravame ao outro, com clara violação do ato jurídico perfeito.

Com razão, pois, o apelante, no concernente à invalidação do segundo parcelamento, com a consequência de restaurar-se o primeiro.

Não porta razão o recorrente quanto à pretendida reparação de dano moral.

O tema do dano moral cujo fato gerador seja, tão-somente, como no caso, o não cumprimento de contrato, suscita conhecido dissídio jurisprudencial. Amplamente majoritário se mostra, todavia, o entendimento de que descabe se o inadimplemento contratual não se faz acompanhar de lesão a direito da personalidade, porquanto “o dissabor ou o aborrecimento pela não conclusão do negócio não afeta o patrimônio ético, a honra ou a reputação” do lesado (TJRJ, Ap. 12.740/00, Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Marcus Faver). A orientação findou consagrada no verbete 75, da Súmula do TJRJ (‘O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte’). Nada nos autos configura atentado à dignidade pessoal do autor, a ponto de atingir-lhe direitos da personalidade.

Assim também tem decidido esta Câmara, na esteira de orientação do Superior Tribunal de Justiça – ‘Inadimplemento do contrato por si só pode acarretar danos materiais e indenização por perdas e danos, mas, em regra, não dá margem ao dano

moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. Embora a inobservância das cláusulas contratuais por uma das partes possa trazer desconforto ao outro contratante e normalmente o traz – trata-se, em princípio, do desconforto a que todos podem estar sujeitos, pela própria vida em sociedade. Com efeito, a dificuldade financeira ou a quebra da expectativa de receber valores contratados, não tomam a dimensão de constranger a honra ou a intimidade, ressalvadas situações excepcionais’ (RE nº 202.564-RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU de 01.10.01).

De efeito. Descabe, na responsabilidade decorrente de ilícito contratual, cogitar-se de dano moral. O direito comum sempre delimitou a reparação aos prejuízos efetivos e aos lucros cessantes por efeito dela direto e imediato. É clara, típica e exclusiva hipótese de dano material, de ordem patrimonial, que se resolve em perdas e danos, oposta ao conceito de dano moral, que é o abalo emocional resultante da lesão. Como ensina SÉRGIO CAVALIERI FILHO, referindo-se à norma do Código Civil então vigente, ‘A toda evidência, a expressão direto e imediato não foi aí inserida por acaso. Está a indicar uma relação causal necessária direta e imediata entre o descumprimento da obrigação e o dano; que o dano deva ser consequência necessária da inexecução da obrigação. Ocorrendo alguma causa superveniente imputável a terceiro ou ao próprio credor, ou, ainda, decorrente de fato natural, interrompe-se o nexo causal e exonerado de responsabilidade ficará o autor da causa primeira’ (*Programa de Responsabilidade Civil*, pág. 202. Ed. Malheiros, 2ª edição, 1999).

O que se está a ponderar concerne à própria configuração do dano moral como decorrência de alegada inobservância de obrigação contratual, para concluir-se que tal espécie de dano, dada a natureza imaterial da lesão, não pode resultar, diretamente, de relação contratual. Mormente se, como no caso, não se caracteriza afronta a direito da personalidade do usuário, que, em verdade, nenhum abalo sofreu, além do aborrecimento que lhe causou a substituição de parcelamento que vinha honrando por outro a que não poderia financeiramente atender.

Eis os motivos de votar por que se dê parcial provimento ao recurso, para, reformada a sentença nesse ponto, anular-se o contrato de parcelamento de débito em 24 meses e restaurar-se o contrato de parcelamento em sessenta meses, mantido o julgado de improcedência do pleito compensatório de dano moral. Por conseguinte, é de reconhecer-se a sucumbência recíproca (CPC, art. 21), repartindo-se as custas processuais igualmente e arcando cada parte com os honorários de seus respectivos patronos, observado, quanto ao autor, o disposto no art. 12 da Lei nº 1.060/60, posto ser beneficiário da gratuidade.” (Segunda Câmara Cível, Apel. nº 2007.001.17591, julgado aos 16 de abril de 2007)

12. Divisibilidade da cobrança por serviços parcialmente prestados

“Relatório - A sentença de fls. 351-353 julgou, em processo ordinário, improcedente o pleito declaratório da inexistência de obrigação de pagamento por serviço público não prestado, cumulada com repetição em dobro do indébito, na

convicção de que a concessionária ré mantém serviço de coleta de esgoto que atende ao imóvel do autor, daí ser titular do direito de cobrar a tarifa prevista na legislação de regência.

O recurso de apelação, tempestivo e ao abrigo da gratuidade, foi recebido em seus regulares efeitos (fls. 360). O apelante reconhece que, após a realização da prova técnica, restou comprovado que os dejetos provenientes de sua residência são, de fato, captados pela rede pública e tratados pela apelada. Todavia, também ficou comprovado, por documento apresentado pela própria concessionária, que a estação de tratamento somente entrou em operação aos 10.02.03. Considerando que a demanda foi ajuizada aos 17.11.03, haveria lapso temporal de quatro anos e dois meses durante os quais o serviço de tratamento foi pago, sem a devida contraprestação. Daí postular a reforma do julgado, com o fim de obter a restituição dos valores pagos nesse período, invertendo-se a condenação nos ônus da sucumbência. Mantida a sentença, pugna pela redução da verba honorária (fls. 355-358).

As contrarrazões de fls. 365-384 prestigiam a decisão monocrática.

É o relatório. À douta revisão.

Voto - Lide entre concessionária e usuário dos serviços urbanos de água e esgoto é frequente no pretório estadual. Reedita-se nestes autos, nenhum fato ou argumento novo apresentando em relação à coletânea de teses e antíteses que se revezam no tema.

É da essência dos serviços *uti singuli* a cobrança pela quantidade efetivamente usada. Tal é a função dos medidores do consumo desses serviços (telefonía, energia elétrica, gás, água e esgoto), como é o hidrômetro em relação ao consumo de água, sendo usual que o serviço de esgotamento sanitário seja coberto por valor correspondente a uma fração legalmente estabelecida sobre o consumo da água.

A irrisignação do recorrente está em que, a seu sentir, a só coleta de esgoto não configura serviço suficiente que justifique a cobrança de taxa ou tarifa, que pressupõe o tratamento dos efluentes, não apenas a sua coleta, certo que, no caso, documento trazido aos autos pela própria concessionária certifica que o tratamento dos dejetos da residência do apelante, lançados na rede pública, somente teve início em fevereiro de 2003, por isto que este faria jus à devolução, em dobro, dos valores que pagou antes desse termo, observada a prescrição quinquenal.

Não lhe assiste razão.

O laudo pericial atestou a inexistência, no logradouro em que se situa o imóvel do autor, de rede privada de coleta de esgoto, nem jamais o imóvel foi provido de fossa, porque ‘a única rede de efluente encontrada pertence à requerida; a rede de efluente interna do imóvel do requerente deságua diretamente na rede da requerida’ (fls. 281). Não existisse tal rede pública de esgotamento sanitário, instalada e operada pela concessionária, e o imóvel do autor teria de contar com fossa; então, sim, nada efetivamente haveria de ser pago à concessionária. Mas outra é a situação descrita pelo louvado.

A peça técnica demonstra que a presente demanda foi proposta em equívoco. E em equívoco continua a laborar o esforço recursal. Basta reler-se o laudo de fls. 280-281, *verbis*:

‘Desde logo ficou claro ao perito... que tinha havido engano na formulação dos pedidos e na própria motivação da ação. O Requerente contestou praticamente todos os pedidos que ele formulara e o próprio objeto da ação, informando ao perito que: i) a rede de esgoto que atende a seu imóvel ... havia sido instalada naquele local a cerca de 45 anos e que ele somente havia realizado a ligação da rede interna de seu imóvel à rede da requerida; ii) que não possuía fossa e, muito menos, havia existido uma reunião com os vizinhos para a realização de um sistema de esgoto condominial; iii) que não havia cursos d’água próximos a seu imóvel (o que ficou claro desde logo ao perito), pois o imóvel se localiza no topo de uma rua íngreme – cerca de 200m de altura desde a base em rampa de 30% -, o que impede a existência de um curso d’água; iv) tais alegações foram confirmada por todos os presentes pertencentes à família do Requerente; v) na verdade, o Requerente desejaria ajuizar uma ação de contestação do valor a pagar, entendido alto e acima do limite de suas posses; esta motivação não foi captada por seu Patrono, que enveredou por caminhos que o autor e sua família, constrangidos, rejeitaram e relataram não representar suas vontades, desautorizando o conteúdo da exordial... A partir da constatação relatada no item anterior, somente restou ao perito... realizar um levantamento expedito das instalações existentes e deixar o local, pois que o Requerente, pessoa de idade avançada, não se sentia confortável com as discussões a respeito das motivações da lide... Corroborando as informações obtidas diretamente do Requerente, o perito não encontrou qualquer indício de rede de efluente condominial. A única rede de efluente encontrada pertence à requerida. A rede de efluente interna do imóvel do requerente deságua diretamente na rede da requerida. É devida à Requerida a tarifa de esgoto, conforme preconiza a legislação vigente, já que o Requerente tem suas instalações de esgoto sanitário ligadas à Rede da requerida’ (*sic*).

Nos termos do regulamento do serviço (Decreto nº 22.872/96), a aqui apelada é, no Município de Petrópolis, a responsável exclusiva pelo sistema de fornecimento de água e de coleta e tratamento de esgoto sanitário. O sistema a seu cargo é público e sua operação é o objeto da prestação delegada à sua execução, seguindo-se a legitimidade da concessionária para arrecadar os valores correspondentes ao custeio

de manutenção da rede, como inerente ao regime das concessões de serviços públicos, desde que concretamente executados.

A Lei nº 8.987/95, que ‘dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal’, estabelece, em seu art. 6º, que ‘Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários’. O § 1º define serviço adequado como aquele ‘que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência...’. E o 3º contém as ressalvas de que ‘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’.

De certo que a lei específica federal assim estatui por acolher a vetusta premissa de que, na prestação de serviços públicos por concessão contratual, a delegatária somente conta, para manter a estrutura que garante a continuidade da prestação, com as receitas oriundas da tarifa paga pelos usuários *uti singuli*. Admitir-se que os serviços devam ser prestados mesmo sem a remuneração tarifária equivale a sujeitar a colapso, em breve prazo, a rede prestadora, cuja manutenção se impõe à concessionária por sua conta e risco exclusivo (Lei nº 8.987/95, art. 2º, II).

Se a concessionária demonstra que mantém operante o sistema (de coleta em determinadas áreas, de coleta e tratamento em outras), pode e deve cobrar dos usuários, desde que o faça de modo discriminado, como ocorre por expressa previsão normativa no Município de Petrópolis. A questão sujeita-se a conceito anterior, que se encontra no art. 77 do Código Tributário Nacional, relativamente à taxa, cujo fato gerador é a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição. Se o serviço é obrigatório, como o de água e esgoto, a denominada tarifa de água e esgoto é, em verdade, taxa, tal como a define o CTN. A taxa, como qualquer tributo, somente é devida em face do fato gerador; e este, no caso, deve ser a existência de serviço de coleta ou de coleta e tratamento do esgoto. Inexistente o serviço, prestado ou posto à disposição do usuário, não há o fato gerador da taxa, nem esta pode ser estabelecida e cobrada.

Ao responder a quesito do autor, o louvado esclareceu que ‘o efluente que provém de seu imóvel é despejado na rede coletora da Requerida. E de acordo com informação do assistente técnico da Requerida, o que foi constatado pelo perito, após descer a elevação onde se situa o imóvel do Requerente, o efluente corre paralelo à via pública, do mesmo lado até a entrada na estação de tratamento situada a cerca de 400 m do local’ (fls. 283). Irrelevante que essa estação de tratamento houvesse sido inaugurada em fevereiro de 2003 porque antes dela já havia a rede pública coletora, instalada e operada pela concessionária, logo, produzindo custos que os usuários devem suportar com o pagamento pertinente, inclusive para viabilizar o aperfeiçoamento e a expansão do sistema público. E tanto isto ocorreu que a rede coletora veio a ser acrescida a estação de tratamento.

Evidenciada a execução da prestação do serviço pela ré, impõe-se reconhecer a existência da relação jurídica entre tais serviços e os respectivos usuários, com

a consequente obrigação de pagamento. Resulta descabido o pedido cumulado de repetição do indébito, dependente que é da inexistência daquela relação.

Em isolado ponto merece revisão o julgado, qual seja o do valor arbitrado para a verba honorária, que, nas circunstâncias do caso, se mostra elevada à vista do disposto no art. 20, § 4º, do código de ritos.

Eis os motivos de votar por que se dê parcial provimento ao recurso, apenas para que se reduza o valor dos honorários da sucumbência a R\$ 500,00 (quinhentos reais), mantida a sentença em seus demais termos.” (Segunda Câmara Cível, Apel. nº 2009.001.49195, julgado aos 30 de agosto de 2009)

13. Infração a normas da agência reguladora, quanto a rescisão de contrato por inadimplência do usuário

“A sentença de fls. 161-168 julgou, em procedimento ordinário, parcialmente procedente o pedido, para compelir a concessionária ré a cancelar, em trinta dias, sob pena de multa, o apontamento negativo em cadastro restritivo de crédito, a que remeteu o nome da autora, bem como o débito a esta imputado; reparar-lhe dano moral, cujo valor arbitrou em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), monetariamente corrigido e acrescido de juros legais a partir da citação.

Ambos os litigantes interpuseram recursos de apelação, que, tempestivos, regularmente preparado o da concessionária, ao abrigo da gratuidade o da autora, foram recebidos no duplo efeito (fls. 191 e 213).

A ré, primeira apelante, quer a reforma integral do julgado porque: (a) a linha telefônica foi cancelada em fevereiro de 2009, por inadimplemento da usuária; (b) o débito incluía parcelas vencidas em períodos anteriores ao fato questionado pela autora; (c) inspeção na linha, em janeiro de 2008, nenhuma irregularidade encontrou; (d) dos fatos não resulta a configuração de dano moral. Caso se mantenha a condenação, alvitra a exclusão da verba reparatória de dano moral ou a redução de seu valor, por excessivo (fls. 170-180).

A autora, recorrente adesiva, almeja a majoração das verbas indenizatória e advocatícia, bem assim a imposição de penalidade por litigância de má-fé (fls. 197-201).

As contrarrazões de fls. 194-196 e 215-222 perseveram em suas respectivas teses e postulações.

É o relatório.

O conflito envolve relação sob o regime do Código de Defesa do Consumidor, cujo art. 22 estabelece que “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. Parágrafo único – Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código.

A sociedade ré é concessionária de serviço público essencial – telefonia –, sujeitando-se, destarte, ao disposto no preceptivo supra transcrito. E, em consequência, também à regra do art. 14 do CDC, que define a responsabilidade por fato do serviço de modo a caracterizá-la como objetiva, impondo ao prestador responder, independentemente de culpa, ‘pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços ...’, somente escusando-se quando, ‘tendo prestado o serviço, o defeito inexistir’, ou por ‘culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro’ (§ 3º, incisos I e II).

A regra do art. 6º, VI, do estatuto consumerista igualmente rege a questão: ‘São direitos básicos do consumidor: VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos’.

Aplicadas tais normas de regência ao caso concreto, chega-se ao núcleo do resultado a que chegou a sentença recorrida, com a emenda, de ofício, que ao final se fará.

Eis a resenha dos fatos, segundo alegados por ambas as partes:

(a) a autora era usuária da linha de telefonia fixa nº 3327-3148, instalada em sua residência desde 24.09.01, da qual foi retirada pela concessionária ré aos 18.02.09 (tela de fls. 109);

(b) tal retirada se deu não apenas através do sistema, senão que, também, mediante ‘desconexão da caixa telefônica’ (fls. 149);

(c) queixa-se a usuária de que, a partir de 2005, passou a receber faturas mensais com valores ‘absurdos’, decorrentes de inúmeras ligações para números que desconhecia, daí haver reiteradamente solicitado providências à concessionária, que jamais as tomou, culminando por remeter-lhe o nome a cadastro restritivo de crédito e desativar a linha em 2006, todavia continuou a cobrar-lhe faturas com elevados valores até 2009, daí presumir a autora que se tratava de clonagem de linha;

(d) contrapõe a concessionária que a autora era inadimplente habitual antes mesmo de 2005 e que, em 2008, procedeu a inspeção técnica na linha, nada encontrando de irregular, certo que somente desligou a linha em 2009, segundo registram seus controles internos.

A documentação entranhada mostra que:

(a) a TELEMAR remeteu à autora cartas de cobrança de débitos vencidos em 2005 e 2006 (fls. 24-25 e 34), e, nada obstante, continuou a remeter-lhe faturas mensais de prestação de serviços, com valores elevados, ao longo de 2007, 2008 e 2009 (fls. 15-23, 28-33 e 35-56), sempre com aviso impresso de débitos pendentes;

(b) empresas privadas de cobrança de débitos de serviços telefônicos também remeteram cartas à autora, referindo débitos vencidos em 2007 e exortando-a a negociar o respectivo pagamento (fls. 14 e 27);

(c) o nome da autora foi objeto de apontamento negativo no cadastro da SERASA, por débito com serviço de telecomunicações vencido aos 13.03.07 (fls. 141).

Os artigos 67 e seguintes da Resolução nº 85/98, da ANATEL, referida na contestação de fls. 84, disciplinam a suspensão do serviço de telefonia por falta de pagamento. Deles se extrai que: (a) a prestadora pode suspender o serviço decorridos trinta dias de inadimplência; (b) o débito que caracteriza a inadimplência deve ser incorporado na cobrança subsequente; (c) a prestadora deve destacar, no documento de cobrança, a existência de débito vencido, explicitando o valor, bem como informando que o não pagamento poderá implicar suspensão parcial do serviço; (d) a prestadora ‘notificará o assinante, em até 15 dias após o vencimento do primeiro documento de cobrança, de periodicidade regular, com débito, dos seus direitos de contestação do débito, em até 5 dias úteis, e da possibilidade de suspensão parcial do serviço por inadimplência’; (e) decorridos trinta dias da suspensão parcial, permanecendo o assinante inadimplente, a concessionária poderá suspender totalmente o serviço, fato que igualmente deverá estar destacado na fatura, devendo, ainda, notificar o assinante, em 15 dias, sobre o risco de suspensão total; (f) somente após trinta dias da suspensão total, e persistindo o inadimplemento, é que a concessionária poderá rescindir o contrato, bem como incluir o registro do débito em sistemas de proteção ao crédito. Logo, a rescisão do contrato, que configura medida extrema, somente poderá ocorrer decorridos 90 dias de inadimplência, devendo o assinante, nesse período, ser informado, na própria conta, sobre a existência de débitos e do risco de suspensão do serviço, parcial ou total, bem como ser notificado 15 dias antes de cada suspensão. Somente após a rescisão é que poderá remeter o nome do usuário a cadastro de inadimplentes.

No caso, prova há de que a autora foi notificada da existência de débitos, porém prova também há de que a autora teve o nome inscrito em cadastro restritivo de crédito em 2007, quando, segundo a TELEMAR, somente em 2009 a linha foi desligada. Logo, antes mesmo de dar por resolvido o contrato, em 2009, de acordo com a sua própria versão, a concessionária já havia promovido, em 2007, a negativação do nome da usuária, em contravenção à norma reguladora.

Mais: inaceitável que a concessionária afirme desconhecer a existência de problemas no uso da linha da autora, posto que foi ré condenada, por cobranças indevidas, em precedentes ações propostas pela mesma usuária perante o XVI Juizado Especial de Jacarepaguá, em 2003/2004 (fls. 139-140).

O descaso da prestadora às reclamações da autora e a remessa de seu nome a cadastro de inadimplentes deram causa aos constrangimentos pelos quais esta veio a passar, efetivamente maiores do que mero aborrecimento.

O dano moral se presume em face de circunstâncias de que decorra injusto gravame. Importa, pois, para delinear-se dano dessa espécie, mormente sendo objetiva a responsabilização civil da concessionária nas relações de consumo, a demonstração do nexo de causalidade entre o defeito do serviço e a violação de direito da personalidade, como ocorrido no caso. O nexo causal está comprovado pela reiterada cobrança de ligações para números não reconhecidos pela autora e o descaso da concessionária, que, ademais, desligou a linha, por inadimplemento, em violação ao estabelecido na Resolução nº 85/98, da ANATEL, a par de haver remetido, indevidamente, seu nome a cadastro de inadimplentes. Nada mais é necessário para configurarem-se o dano e o dever de repará-lo.

O caso se ajusta à orientação traçada nos verbetes 75, parte final (‘O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte’), e 94 (‘Cuidando-se de fortuito interno, o fato de terceiro não exclui o dever do fornecedor de indenizar’), da Súmula deste TJRJ.

No que respeita ao valor da verba reparatória, motivo não há seja para elevá-lo ou reduzi-lo, na medida em que corresponde à média dos valores arbitrados em circunstâncias assemelhadas às destes autos, atendendo ao caráter dúplice da reparação (compensatório e punitivo), levando em conta a intensidade do dano, a modéstia da situação sócio-econômica da autora, que se qualifica como do lar, e as possibilidades da apelada. Precata, ademais, o enriquecimento sem causa, contra o qual adverte a jurisprudência dominante nos tribunais superiores, à vista do disposto no art. 884 do CC/02, por isto que consulta à razoabilidade e à proporcionalidade.

Tampouco se justifica a pretendida majoração dos honorários da sucumbência. Os fixados se harmonizam com os critérios do art. 20, § 3º, do CPC - demanda corriqueira, de pronta tramitação, aforada que foi em maio de 2009, e de dilação singela, fundada em prova exclusivamente documental, a não exigir dos patronos empenho incomum na dedução de teses jurídicas intrincadas ou na produção de prova complexa.

Por outro lado, a conduta processual da concessionária não se afeiçoa a qualquer das hipóteses do art. 17 do código de ritos, daí não autorizar a imposição de penalidade por litigância de má-fé.

Num só ponto a sentença está a merecer reparo, qual seja a do termo inicial da correção monetária, que fez coincidir com a data da citação. Todavia, nos termos do verbete 97, da Súmula deste TJRJ, e do verbete 362, da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, a correção monetária de verba indenizatória de dano moral incide desde a data do arbitramento, isto é, do julgado que a fixou. A matéria é cognoscível de ofício à vista da diretriz estabelecido no Enunciado nº 50, da jurisprudência predominante deste TJRJ, veiculada pelo Aviso nº 83/2009.

O art. 557, *caput*, do CPC manda – verbo no imperativo – o relator negar seguimento ao recurso manifestamente improcedente ou em confronto com a jurisprudência dominante. Assim se apresenta o caso vertente, daí negar seguimento a ambos os apelos, e, de ofício, estabelecer que a correção monetária do valor compensatório do dano moral fluirá da data da sentença, que se mantém em seus demais termos.” (Segunda Câmara Cível, Apel. n.º 0126257-53.2009.8.19.0001, julgado aos 24 de maio de 2010).

14. Exercício de função policial constitui abuso de direito

“Voto Vencido - Ousei divergir da douta maioria, por entender que o julgado vencedor no colegiado precedente deu melhor solução ao litígio.

O ponto da divergência, justificador dos infringentes, está em verificar se a *noticia criminis*, levada por prepostos da concessionária de telefonia à autoridade

policial, causou dano injusto aos embargados, afinal absolvidos em sede criminal, provada a inexistência do fato.

Para a sentença, prestigiada pelo voto minoritário, não há indícios de que a ré tenha extrapolado o direito de pleitear investigação criminal, por isto que teria agido no exercício regular de direito.

Para o voto majoritário, que deu provimento ao recurso interposto pelos ora embargados, estes sofreram lesão a direito da personalidade em razão de conduta arbitrária da embargante, que teria provocado de forma leviana a atividade policial estatal, por haver colocado o suposto produto de crime no estabelecimento daqueles, como se extraiu dos julgados proferidos em sede criminal.

O oferecimento de notícia-crime à autoridade policial, via de regra, constitui exercício regular de direito, e não gera o dever de indenizar danos materiais e morais dele decorrentes. No caso de que cuidam estes autos, há de ser verificada a existência de conduta extravagante da concessionária embargante, a qual figurou na instância criminal como assistente de acusação, de modo a contribuir de forma decisiva para a imputação de fato criminoso não praticado pelos ora embargados, de sorte a configurar a sua responsabilização.

No magistério de José de Aguiar Dias, ‘qualquer que seja a ação, o abuso se manifesta quando seja usado com a intenção de prejudicar. Todavia, ainda que isento de malícia, incorre em responsabilidade quem intenta contra outro uma ação de consequências desastrosas ou desonrosas para o réu, sem tomar as precauções necessárias para perpetrar uma injustiça. Nesse caso, a temeridade ou a mera levandade configura abuso.’ (*Da responsabilidade civil* – 11ª edição, revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Belford Dias – Rio de Janeiro, Renovar 2006, pág.688).

Sobre o abuso de direito como ato ilícito, Flávio Tartuce esclarece que ‘Para que o abuso de direito esteja presente, nos termos do que está previsto na atual codificação privada, é importante que tal conduta seja praticada quando a pessoa exceda um direito que possui, atuando em exercício irregular de direito, conforme anotado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (*Código Civil...*, 2003, p. 255). Dúvidas restam quanto à natureza jurídica da responsabilidade civil relacionada com o abuso de direito, prevalecendo na doutrina o posicionamento de que essa seria de natureza objetiva, ou seja, independe de culpa. Essa é a conclusão a que chegaram os juristas participantes da *I Jornada de Direito Civil* promovida pelo Conselho de Justiça Federal, com a aprovação do Enunciado 37 e que tem a seguinte redação: ‘Art. 187. A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico...’ (*Direito civil*, v. 2: *Direito das obrigações e responsabilidade civil*, 4ª ed., editora Método, 2010, pág. 327).

Passa-se, então, à análise dos fatos.

O Ministério Público ofereceu denúncia nos seguintes termos:

‘...no dia 05 de janeiro de 2005, por volta das 11:30h, os denunciados, agindo livre e conscientemente, em perfeita comunicação de ações e desígnios,

no exercício de sua atividade comercial, ocultavam, no interior do ‘ferrovelho’ localizado na Rua Francisco Neto, lote 26 – Bairro Alcântara, nesta comarca, 70 (setenta) metros, aproximadamente, de cordoalha; 30 (trinta) metros, aproximadamente, de fio de cobre queimado e 01 (um) metro, aproximadamente, de cabo telefônico semiqueimado, material este que deviam saber ser produto de crime eis subtraído da rede da concessionária Telemar (...), no local foi apreendida, ainda, certa quantidade de capas isolantes de fios elétricos pertencentes à concessionária AMPLA (fls.10). Consta que inspetores de polícia, *acompanhados de um funcionário da empresa Telemar*, estavam no Bairro acima mencionado visando reprimir a prática de furtos e receptação de cabos telefônicos quando receberam notícia de que no estabelecimento comercial localizado no endereço supra, de propriedade dos denunciados, havia material produto de crime. Assim é que, chegando ao local, após uma breve vistoria, os policiais lograram encontrar o material descrito nos autos de apreensão fls. 10/12, sendo que aqueles descritos as fls. 12 foram imediatamente identificados pelo funcionário da Telemar como de propriedade desta concessionária. Constatou-se, no local, que os denunciados, irmãos e sócios do ‘ferrovelho’, comercializavam regularmente grande quantidade de fios de cobre cuja procedência deviam saber ser criminosa. Assim agindo, encontram-se os denunciados Maximiano e Marco Aurélio incursos nas sanções do art. 180, §§ 1º e 2º, do CP’ (fls.73).

Da narrativa da peça acusatória se extrai que o preposto da concessionária reconheceu os objetos do crime como sendo de propriedade desta. Sua iniciativa de dirigir-se ao local dos fatos e apontar a materialidade delitativa foi crucial ao oferecimento da denúncia, já que ministrava elementos configuradores da justa causa. Destaca-se o depoimento prestado por Evandro Tavares da Silva em Juízo:

‘que trabalha para a TELEMAR com carteira assinada há 3 anos; que sua função é a de verificar os locais onde foram furtados cabos telefônicos e pregar cartazes nos postes com o número do telefone para as respectivas denúncias, inclusive alertando os moradores da localidade, que existe uma empresa que presta serviços de segurança, trata-se da empresa Delta Force; que a função dos seguranças da Delta Force é o de recolher os cabos que ficam pendentes nos postes ou largados nas vias públicas, sendo que eles recolhem os referidos cabos e os levam para o almoxarifado da TELEMAR (...); que há uma variedade grande de vigilantes; que as denúncias são feitas para a Central de segurança da TELEMAR; que houve uma denúncia no sentido de existirem cabos de cobre da TELEMAR que estariam sendo vendidos no estabelecimento mencionado na denúncia (...); que entrou sozinho no estabelecimento, que estava aberto (...); que somente o réu Maximiano encontrava-

se presente; que se identificou esclarecendo o teor da denúncia; que Maximiano lhe franqueou a vistoria do seu estabelecimento, dizendo que não tinha tal material armazenado; que nesse momento, os seguranças entraram no estabelecimento para ajudarem na vistoria (...); que entraram em contato com a delegacia de roubos e furtos e solicitaram a presença de policiais, que chegaram ao local 45 minutos depois ...' (fls. 48-49).

Os julgados da instância criminal absolveram os acusados ao fundamento de ter havido conduta abusiva e arbitrária da Telemar, por suposto interesse em ver fechado o ferro-velho de propriedade dos embargados.

O juiz que presidiu a instrução criminal, em suas razões de decidir, afirmou:

'Pude perceber nitidamente, ao ouvir a testemunha Evandro, que a Telemar se vale de uma equipe de segurança armada para, numa atividade policial, invadir ferros-velhos visando coibir delitos que afetam o serviço que presta.

É mais do que óbvio, conforme pude sentir, que a TELEMAR, no presente caso, foi com uma equipe armada diretamente ao ferro-velho dos réus somente para prendê-los, atuando de forma abusiva.

Ora, é impossível acreditar que a equipe armada de segurança Delta Force tenha a incumbência de verificar e recolher cabos que pendem dos postes, conforme afirmado por Evandro.

Se assim fosse, não deveria acompanhar a equipe da TELEMAR na averiguação da existência de cabos no ferro-velho dos réus.

Agride, portanto, ao bom senso entender que as duas equipes da TELEMAR foram ao local somente para a averiguação de uma denúncia. Resta, assim, a seguinte indagação: por que motivo a TELEMAR, ao saber da existência de cabos de sua propriedade, não acionou a Polícia? A testemunha Evandro afirmou que os policiais somente foram chamados ao local após a diligência ser integralmente realizada por sua equipe e pela Delta' (fls. 69-70).

No mesmo sentido assentaram os desembargadores que compõem a 7ª Câmara Criminal deste Tribunal, *verbis*:

'Interrogados às folhas 160 (Maximiano) e 163 (Marco Aurélio) os ora apelados apresentaram relatos coerentes e harmônicos entre si, narrando a arbitrariedade de que foram vítimas pelos 'agentes' da Telemar, sendo certo que suas palavras estão em consonância com o restante da prova defensiva produzida na instrução criminal (...).

Acrescentou Maximiano, que em certo momento um dos homens foi até o automóvel pegou um material e colocou dentro de ferro-velho filmando em seguida.

Marco Aurélio, chamado ao local por seu irmão Maximiano, reiterou a ação ilegítima praticada pelos funcionários da TELEMAR, bem como que os policiais que foram ao ferro-velho somente ali chegaram mais de uma hora depois da presença dos mesmos (...).

Como bem destacado pelo Juiz Sentenciante, *impossível acreditar que uma equipe denominada Delta Force, tenha a incumbência de verificar e recolher fios de cobre pendurados, ande armada, ficando a indagação, porque tal equipe foi ao ferro-velho dos apelados, já que essa não era sua função? e qual a lógica de duas equipes diferentes irem a um ferro-velho apenas verificar uma denúncia?(...).*

O depoimento do Policial Robson (fls. 173) revela-se recheado de contradições as quais foram muito bem salientadas na decisão monocrática. Robson, inicialmente alegou que estava em ronda quando tivera a atenção voltada para um ferro velho, para logo em seguida afirmar que recebeu uma comunicação via-rádio para ir até o ferro-velho se encontrar com a testemunha Evandro, e que foi ao local com a viatura caracterizada da polícia, e acompanhou integralmente a ação da equipe de funcionário da Telemar desde o início, tendo inclusive, tirado fotos numa câmara digital, e indagado pelo MM. Dr. Juiz Sentenciante porque andava, em serviço, com uma câmera digital, desconversou não sabendo explicar ao certo (...).

Ao que tudo indica, a TELEMAR se valeu de agentes do Estado para efetuar uma operação visando fechar o ferro-velho dos ora apelados, constituindo uma ação arbitrária e ilegal...' (fls. 78-79).

As conclusões a que chegaram o magistrado e o colegiado que manteve o decreto absolutório, ao contrário do que quer fazer crer o embargante, não foram baseadas em "meras impressões e opiniões pessoais". A dinâmica dos fatos, narrada pelo preposto da concessionária, caracteriza abuso no exercício do direito de defesa do patrimônio afetado ao serviço delegado à execução da concessionária. Esta irrogou-se de poder de polícia para a prática de atos de persecução criminal.

Assim não poderia proceder.

Sobre o exercício do poder de polícia, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello: 'os atos jurídicos expressivos do poder de público, de autoridade pública, e, portanto, os de polícia administrativa, certamente não poderiam, ao menos em princípio e salvo circunstâncias excepcionais ou hipóteses muito específicas (caso, *exempli gratia*, dos poderes reconhecidos aos capitães de navio), ser delegados a particulares, ou ser por eles praticados. A restrição à atribuição de atos de polícia a particulares funda-se no corretíssimo entendimento de que não se lhes pode, ao menos em princípio, cometer o encargo de praticar atos que envolvem o exercício de misteres tipicamente públicos quando em causa liberdade e propriedade, porque ofenderiam o equilíbrio entre os particulares em geral, ensejando que uns oficialmente exercessem supremacia sobre os outros' (*Curso de Direito Administrativo*, Ed. Malheiros, 21ª edição, 2006, pág. 797).

O estatuto das concessões delinea as regras que devem vigorar quando da execução do serviço público delegado. O art. 23 da Lei nº 8.987/95 estabelece quinze cláusulas essenciais que devem estar presentes nos contratos de concessão. José dos Santos Carvalho Filho¹ convencionou agrupá-las em cinco categorias: cláusulas relativas ao serviço, cláusulas relativas aos direitos e obrigações, cláusulas de prestação de contas, cláusulas de fiscalização e cláusulas relativas ao fim da concessão. Atendo-se especificamente ao dever de fiscalização (art. 23, VII), compreende-se tão somente o dever de acompanhar o serviço relativamente 'à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução de serviço, bem como a *indicação dos órgãos competentes para exercê-la*'. Diante do texto legal é possível inferir que há limites ao poder fiscalizatório das concessionárias, de modo que estas devem remeter aos órgãos pertinentes a prática de atos que ultrapassem a sua competência.

Ao desbordar dos limites da proteção de seu patrimônio, uma vez que deveria chamar a autoridade pública competente para a função de investigação, expôs-se ao risco de ver contra si alegado, como foi, o fato de que teria plantado o cenário criminoso. A testemunha Wilson de Mello Júnior confirmou, em Juízo, haver presenciado a prisão dos acusados, aqui embargados, posto que no dia dos fatos estava em frente ao ferro-velho e viu alguns rapazes, sendo que um deles carregava uma câmera, e que, em dado momento, um deles retornou ao carro e pegou um rolo de fios, tendo em seguida voltado ao ferro-velho (fls. 193).

Exata ou não a percepção da testemunha – conceda-se o benefício da dúvida –, remanesce a conduta abusiva e arbitrária da concessionária, que mantém equipe de prepostos de seus quadros ou terceiros contratados para desempenho de atividade própria da função policial. Dessa conduta resultou a movimentação da máquina do Judiciário e os efeitos deletérios pelos quais passaram os embargados ao se verem indiciados, denunciados e presos, perante a comunidade em que exerciam atividade econômica.

Irrelevante o fato de a denúncia caluniosa exigir dolo direto, porquanto a configuração do abuso do direito (art. 187, do Código Civil) independe da presença do elemento subjetivo (*'Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes'*).

Aliás, é nesse sentido o verbete nº 127, da Súmula deste Tribunal, segundo o qual 'para a configuração do abuso do direito é dispensável a prova da culpa', a significar que, independente da presença da denúncia caluniosa, pode surgir o abuso do direito e o dever de indenizar.

O exercício regular de direito esgota-se na apresentação da *notitia criminis*. Envolver-se em operação policial, retira-lhe toda a isenção, fato tão nocivo e perigoso à cidadania quanto a condenada atividade de receptação, atribuída ao ferro-velho, para quem pretenda conviver em estado democrático de direito.

O art. 144, § 4º, da Constituição da República estabelece que 'às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência

da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares'. Ressalte-se que, mesmo na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais Superiores, inclusive pendente de solução pelo Plenário do STF, é controvertida a existência de poderes investigatórios por parte do próprio Ministério Público, dado que onde a Constituição restringiu não caberia à lei ordinária ampliar. Com muito mais razão não se incluiria no mister das concessionárias de serviço público tamanha prerrogativa na defesa de seu patrimônio - os fins jamais poderiam justificar os meios.

A lei não pode cometer as funções de elaboração de inquérito policial e de investigações criminais a quem não se revista expressamente de autoridade policial, segundo a Constituição Federal. Tal atribuição administrativa constitucional deve ser aplicada e interpretada como garantia individual, donde a Administração Pública só pode agir quando um texto de lei específico a autorize a agir. Não há norma que autorize delegatários de serviço público a exercerem atividades típicas de investigação criminal, e, ainda que houvesse, reputar-se-ia de duvidosa constitucionalidade.

É que direitos fundamentais e democracia constituem as maiores conquistas da ética política dos últimos tempos e alicerçam a base da civilização ocidental: liberdade, igualdade, segurança, direitos fundamentais e democracia, os quais legitimam e formam a estrutura do estado democrático de direito.

Estando a jurisdição vinculada aos direitos fundamentais, conduziria ao absurdo permitir que pessoa jurídica de direito privado, no exercício delegado do serviço público, a pretexto de zelar por bens afetados ao exercício dessa atividade, tenha poderes de persecução criminal desconhecidos da Constituição Republicana e das leis, a ferir o princípio da confiança próprio do estado de direito, bem como a segurança jurídica.

A segurança jurídica é um dos pilares mais caros do estado de direito, sendo fundamental que se assegure certa previsibilidade na aplicação do direito impondo-se limites ao arbítrio daqueles que exercem atividade estatal, protegendo a confiança e as legítimas expectativas dos cidadãos na ordem jurídica estabelecida.

... No embate entre o paradigma do Estado Social intervencionista e altamente regulador e a nefasta tentativa de implantar um Estado minimalista à feição dos projetos globalizantes do modelo econômico e da ideologia neoliberal, o correto manejo da proibição do retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais poderá constituir uma importante ferramenta jurídica para a afirmação do Estado necessário (...). Recordando a lição de Cármen Lúcia Antunes Rocha, no sentido de que a dignidade corresponde ao 'coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana', necessário será o estado apto a assegurar – de modo eficiente – nunca menos do que uma vida com dignidade para cada indivíduo e, portanto, uma vida saudável para todos os integrantes (isolada e coletivamente considerados) do corpo social" (*A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, Ingo Wolfgang Sarlet, 10ª ed. ver. atual. e ampl., 2010, pág. 457).

A repressão e a prevenção contra a prática de crimes dessa espécie são atividades a cargo do estado, ao suprimir a vingança privada e avocar o poder de punir.

¹ Manual de Direito Administrativo, 21ª edição, editora Lúmen Júris, 2009, p.371.

Por outro lado, não prospera a tese da embargante, de que o acórdão embargado inverteu os efeitos previstos no artigo 935 do CC/02, o qual consagra: 'A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal'.

De certo que a concessionária não está vinculada à coisa julgada penal, quer quanto aos limites subjetivos, quer quanto aos objetivos, posto que não integrou a relação processual penal, daí porque, embora assistente de acusação naquela demanda, não se vinculou à coisa julgada.

Se mesmo em caso de sentença condenatória penal de seus prepostos, por denúncia caluniosa, não se formaria título executivo judicial contra ela (art. 475-N, inciso II, do CPC), porquanto a execução civil decorrente do dano causado pelo delito recai exclusivamente sobre o patrimônio do próprio condenado, com muito mais razão em caso de sentença penal absolutória, de conteúdo declaratório, em que não há o que executar no cível.

Com efeito, o que se declarou e fez coisa julgada penal, com repercussão no cível, na forma do art. 935, 2ª parte, do Código Civil, é que os apelados não praticaram crime de receptação. Mas não se declarou, com força de coisa julgada, que os prepostos da Telemar agiram com abuso do direito — e nem poderia ser diferente —, pois a pretensão penal deduzida versou apenas sobre a conduta dos apelados e não acerca do comportamento dos prepostos da concessionária.

Isso quer dizer que o tema — abuso do direito — na forma do art. 469, inciso II, do CPC, permanece sem o manto da eficácia preclusiva da coisa julgada, seguindo-se que aquela conduta pode ser rediscutida. O que não é mais possível examinar no cível é a existência do crime de receptação dos apelados, o que, simplesmente, os exime de qualquer indenização perante a Telemar, mas não lhes garante, de pronto, o direito à indenização no cível.

A sentença absolutória penal não tem qualquer interferência nesta demanda, ainda que exclua o fato criminoso, nem há coisa julgada de que os prepostos da Telemar atuaram de forma abusiva, mas constitui um forte indício desta conduta. Com efeito, toda a prova colhida ao longo da instrução, bem como a prova emprestada consistente nas razões de decidir dos julgados criminais que inocentaram os embargados, em estrita observância ao devido processo legal, são o suficiente para impingir responsabilidade à concessionária, em razão do atuar temerário e leviano de seus funcionários, de que resultou a condução dos embargados ao banco dos réus, atingindo suas esferas de liberdade.

No estado democrático de direito, todos os cidadãos, proprietários de ferrovelho ou não, devem ser tratados com igual respeito e consideração. Práticas desse jaez devem ser reprimidas e censuradas, com o fim evitar o surgimento de verdadeiros 'estados paralelos' a cargo daqueles que exercem serviço público por delegação, de que lamentável exemplo são as notórias "milícias" que, à falta dos serviços estatais, disputam com traficantes o domínio de espaços ocupados por comunidades desassistidas. A contratação, pela Telemar, de empresa privada de segurança para

investigar e levar à prisão suspeitos de crimes de furto e receptação de material de telefonia não se distancia dessa prática, de conhecidos efeitos.

No campo específico das concessionárias de serviços públicos, a jurisprudência tem estado atenta para os abusos de direito perpetrados por concessionárias, a pretexto de combater desvios e irregularidades imputadas a usuários.

São conhecidas as diretrizes pretorianas dominantes quanto a ter-se por abusivas, entre outras, as práticas de concessionárias de serviços de energia elétrica, e de água e esgoto, que lavram termos de ocorrência de irregularidade unilateralmente e, com base neles, cobram valores a título de reposição de consumo não aferido, acrescidos de multas e encargos, impondo aos usuários a assinatura de termos de confissão de débitos, cujo não pagamento acarreta o corte no fornecimento. Exercício legítimo de polícia? Não, dizem os Tribunais, que nesse procedimento vêm caracterizado abuso de direito, que conduz à anulação dos termos unilaterais, *verbis*:

(a) Processual Civil e Administrativo. Agravo Regimental. Fornecimento de Energia. Interrupção. Fraude Medidor. Apuração Unilateral. 1. Não cabe a suspensão do fornecimento de energia elétrica como forma coercitiva de cobrança de valores de débitos originados em suposta fraude no medidor de consumo de energia elétrica e apurado unilateralmente pela concessionária, uma vez que *o corte de energia pressupõe o inadimplemento de conta regular, relativa ao mês do consumo, devendo a concessionária utilizar-se dos meios ordinários de cobrança. Precedentes.* 2. *O acórdão recorrido concluiu pela ilegalidade de suspender-se o fornecimento de energia elétrica nos casos de dívida decorrente da apuração unilateral, pela concessionária, de suposta fraude no medidor...* 4. Agravo regimental não provido. Processo AgRg no REsp 1119165 / MA Agravo Regimental no Recurso Especial 2009/0111127-7 Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA (1125) Órgão Julgador T2 - Segunda Turma Data do Julgamento 21/10/2010 Data da Publicação/Fonte DJe 28/10/2010;

(b) "Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. Administrativo. Fornecimento de Energia Elétrica. Interrupção. Impossibilidade. Prova Pericial. Cerceamento de Defesa. Súmula 7/STJ. Recurso Incapaz de Infirmar Os Fundamentos da Decisão Agravada. Agravo Desprovido. 1. Não é lícito à concessionária interromper o serviço de fornecimento de energia elétrica por dívida pretérita, a título de recuperação de consumo, em face da existência de outros meios legítimos de cobrança de débitos antigos não-pagos. 2. *É assente nesta Corte de Justiça a orientação de que não é devida a interrupção do fornecimento de energia elétrica, para fins de recuperação de consumo, após a constatação da existência de irregularidade no medidor.* 3. A análise da real ocorrência de irregularidade ou fraude no medidor de energia elétrica, para fins de cobrança do valor efetivamente consumido, é vedada em sede de

recurso especial, porquanto pressupõe o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos (Súmula 7/STJ). 4. Não prospera a alegação da ora agravante de que houve cerceamento de defesa, sob o argumento de que não lhe foi oportunizado o direito de produzir a prova pericial requerida. Isso, porque saber se a prova cuja produção fora requerida pela parte é ou não indispensável à solução da controvérsia, de modo a permitir ou não o julgamento da lide, é questão que exige o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a atrair o óbice previsto na Súmula 7/STJ. 5. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no Ag 1031388/MS, Ministra DENISE ARRUDA, Primeira Turma em 21/10/2008, DJe de 12/11/2008);

(c) “Apelação Cível. Irregularidade no Relógio Medidor de Energia Elétrica. Fraude Comprovada. Débito Apurado Unilateralmente. Ilegalidade. 1. A prova dos autos demonstra claramente a fraude do relógio medidor instalado no estabelecimento empresarial do apelante, conforme se depreende do laudo pericial do ICCE, órgão competente e vinculado à segurança pública, que goza de presunção de veracidade, tendo seus laudos confeccionados por peritos notoriamente qualificados. Precedentes. 2. Neste caminhar, conforme conclusão da perícia judicial havia irregularidade no sistema de mediação do imóvel autor, pois o consumo subiu cerca de 41,29% após o término da irregularidade.” Precedentes. 3. Contudo, *deve ser cancelado o TOI, na medida em que a jurisprudência desta Corte reconhece a ilegalidade de tal procedimento e do débito apresentado de forma unilateral, sem oportunizar o direito da ampla defesa. Precedentes.* 4. Diante disso, *o contrato de financiamento de débito é nulo e da mesma forma as cobranças efetuadas pela concessionária e pagas pelo consumidor, sob a ameaça de ter suspenso o fornecimento de energia, sem o efetivo contraditório, ensejando a devolução simples*, de modo a se considerar engano justificável a cobrança efetuada pela ré, uma vez que foi constatada a fraude pela perícia. 5. Recurso parcialmente provido”. (0006620-23.2005.8.19.0204 - Apelação - 1ª Ementa Des. José Carlos Paes - Julgamento: 19/10/2010 - Décima Quarta Câmara Cível).

A questão chegou ao Supremo Tribunal Federal pela via da ADI nº 1.668 – MC/DF, a propósito da outorga de poderes de polícia a agência reguladora da execução da prestação de serviços públicos. Visite-se excerto do julgamento, especificamente o voto do relator, Min. Marco Aurélio, no que foi acompanhado pelos votos dos Ministros Maurício Corrêa, Carlos Veloso, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira: “Quanto ao inciso XV, exsurge a relevância do pedido formulado. A rigor, o que se tem na espécie, é o exercício, pela Administração Pública, de maneira direta, a alcançar patrimônio privado, de direito inerente à atividade que exerce. Se de um lado à Agência cabe a fiscalização da prestação de serviços, de outro não se pode compreender, nela,

a realização de busca e apreensão de bens de terceiros. A legitimidade diz respeito à provocação mediante o processo próprio, buscando-se alcançar, no âmbito do Judiciário, a ordem para que ocorra o ato de constrição, que é o de apreensão de bens. O dispositivo acaba por criar, no campo da administração, figura que, em face das repercussões pertinentes, há de ser sopesada por órgão independente e, portanto, pelo Estado-juiz. Diante de tais premissas, defiro parcialmente a liminar para suspender, no artigo 19 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a eficácia do inciso XV, no que atribuiu à ANATEL, isto é, à Agência Nacional de Telecomunicações, a possibilidade de empreender busca e apreensão de bens. Entendo que a norma contraria o inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal, que encerra a garantia de que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Eis os motivos por que negava provimento aos embargos, de modo a prevalecer o voto majoritário.” (Segunda Câmara Cível, Embargos Infringentes nº 0002687-34.2007.8.19.0087, julgados aos 15.12.2010)

Conclusão

À vista do mosaico dos principais antagonismos entre concessionárias e usuários, levados aos tribunais, um elo parece onipresente: as concessionárias creem, ou parecem crer, que estão sempre a cumprir com o dever jurídico de proteger os bens necessários à prestação do serviço público, ao passo que os usuários acreditam, ou parecem acreditar, que aquelas não raro extrapolam do dever e ingressam no campo do abuso, no que atentam contra a dignidade pessoal do lesado.

Demarque-se, portanto, com a nitidez possível, à guisa de conclusão, a fronteira entre o dever jurídico da concessionária e o abuso do direito no respectivo exercício.

O dever foi bem definido por Marçal Justen Filho (*op. cit.*, p. 508-509), *verbis*:

“Entre os deveres específicos do concessionário, encontra-se aquele de resguardar a integridade dos bens afetados à prestação do serviço público... Em todos os casos em que existirem bens afetados à concessão, o concessionário tem o dever de adotar todas as providências cabíveis para assegurar sua integridade. Veja-se que se trata de proteger os bens necessários à proteção do patrimônio afetado à prestação do serviço público. Portanto, e mesmo se os bens não estiverem no domínio ou na posse do concessionário, existirá o dever de zelar por sua integridade... A situação jurídica peculiar do concessionário acarreta-lhe o dever, perante o poder concedente, de adotar todas as providências destinadas a assegurar a integridade do patrimônio afetado à prestação dos serviços públicos. Isso abrange, inclusive, promover as medidas para, dentro de sua órbita de faculdades, impedir o apossamento por terceiros. Se um terceiro pretender impedir a utilização dos bens afetados à prestação do serviço público, caracterizar-se-á turbação ou esbulho, reprimíveis

segundo as regras usuais do direito das coisas. Caberá ao concessionário invocar a tutela jurisdicional para impedir a atuação indevida dos terceiros. Essa atuação configurará um dever do concessionário em face do poder concedente. Significa que o concessionário sequer tem disponibilidade da escolha entre defender ou não os bens em face de terceiros – está obrigado a tanto, em virtude do vínculo de concessão”.

Da lição deduz-se o perfil esquemático desse dever jurídico de toda concessionária de serviço público: (i) os bens, de qualquer natureza, necessários à execução da prestação do serviço público delegado são afetados a tal prestação, por isto que inapropriáveis ou manipuláveis a qualquer título por terceiros e usuários; (ii) estejam ou não sob ameaça, tais bens devem ser mantidos íntegros pela concessionária, posto que disso depende a adequada execução da prestação delegada pelo poder concedente; (iii) na defesa, preventiva ou repressiva, da integridade desses bens, a concessionária deve promover todas as medidas cabíveis, respondendo ao poder concedente por omissão; (iv) as medidas administrativas não podem invadir a esfera dos direitos subjetivos de terceiros e usuários, o que impõe a adoção, pela concessionária, das medidas judiciais que se apresentarem pertinentes em cada caso; (v) constitui abuso de direito qualquer ação administrativa da concessionária que ingresse nessa esfera dos direitos subjetivos, com potencial causador de danos a terceiros ou usuários, independentemente de culpa ou dolo da concessionária e seus prepostos.

É rotineiro, nos arrazoados das concessionárias em processos judiciais, o argumento de que estas são providas de discricionariedade para escolher as medidas que mais efetivamente protejam os bens necessários à execução da prestação do serviço público delegado, podendo até mesmo valer-se daquelas típicas da função de polícia administrativa.

Assim não pode ser, todavia.

Recorra-se ao magistério sempre lembrado de Caio Tácito:

“É, sobretudo, em relação aos atos de polícia, por sua natureza discricionária, que o controle da legalidade do fim objetivado na ação administrativa adquire relevo especial. Ele corresponde à eliminação dos processos maliciosos e sub-reptícios (e, por isso mesmo, socialmente mais nocivos) de arbítrio administrativo acobertado pelo aparente respeito à lei. O exercício do poder de polícia pressupõe, inicialmente, uma autorização legal explícita ou implícita atribuindo a um determinado órgão ou agente administrativo a faculdade de agir. A competência é sempre condição vinculada dos atos administrativos, decorrente necessariamente de prévia enunciação legal. A sua verificação constitui, portanto, outro limite à latitude da ação de polícia, que somente poderá emanar de autoridade legalmente habilitada. Na escolha dos meios de ação administrativa, ou seja, no tocante ao objeto, está igualmente limitado o poder de polícia. Embora decidindo discricionariamente da

oportunidade ou conveniência das medidas administrativas ou mesma da forma de sua materialização, deve a autoridade se utilizar de meios compatíveis com a lei: *‘en matière de police’* – destaca Roger Bonnard – *‘la fin ne justifie pas tout moyen’*. O objeto do ato de polícia deve ser não somente lícito, mas idôneo e proporcional à ameaça à ordem jurídica. Importando, via de regra, o poder de polícia em restrições a direitos individuais, a sua utilização não deve ser excessiva ou desnecessária, de modo a não configurar um abuso de poder. Não basta que a lei possibilite a ação coercitiva da autoridade para justificação do ato de polícia. É necessário, ainda, que se objetivem condições materiais que solicitem ou recomendem a sua intervenção. A coexistência da liberdade individual e do poder de polícia repousa na conciliação entre a necessidade de respeitar essa liberdade e a de assegurar a ordem social. O requisito de conveniência ou de interesse público é, assim, um pressuposto necessário à limitação dos direitos do indivíduo” (*Temas de Direito Público*, 1º vol., p. 531-532. Ed. Renovar, 1997).

Em outras palavras, a polícia administrativa é função estatal que almeja prevenir a ocorrência de danos sociais, e, não, individuais. Os atos de seu exercício são vinculados quanto à competência do agente, à legislação incidente sobre o campo sujeito à fiscalização e à observância do devido processo legal (v. CTN, art. 78, p. único). Mas são discricionários no que respeita à definição da oportunidade para agir e dos meios para agir, que cabe à autoridade competente, que se deve deter ante os direitos subjetivos dos administrados. Tanto, recorde-se, que o atributo da auto executoriedade dos atos administrativos em geral e dos de polícia em especial não existe quando, por exemplo, se trata de expropriar ou excluir bens privados, ou de embargar edificações em curso na propriedade privada, por isto que o estado se deve valer, então, das ações de desapropriação e de execução fiscal, ou da ação de nunciação de obra nova, ou seja, buscar a tutela jurisdicional que garantirá o devido processo legal, bem assim o direito à ampla defesa e ao contraditório, com os recursos a ela inerentes, em sede isonômica (CR/88, art. 5º, incisos LIV e LV).

Concessionárias de serviços públicos são empresas privadas que os executam por delegação do poder concedente, este, sim, exclusivo titular da função de polícia. Admitir que tais empresas exercitem função de polícia seria presumir que a delegação da execução da prestação do serviço público inclui a delegação também da função de polícia em relação a tais serviços. Esvaziar-se-ia a estatalidade do ato administrativo de polícia, que passaria a depender da discricção da empresa privada delegatária, inaceitável inversão da ordem pública, ordem essa que a própria função de polícia visa a preservar.

Vero é que a moderna dogmática administrativista tem evoluído para anuir em que se possa caracterizar, em certas circunstâncias, como abusiva a omissão do poder de polícia, geradora, então, de danos sociais que poderiam haver sido evitados se a autoridade agisse a tempo, seguindo-se que tais danos, na medida em que se

individualizam, conduzem à responsabilização civil do estado. Tudo se passa, porém, na esfera do poder público, não na de empresas privadas delegatárias da execução de serviços públicos, que respondem em nome próprio e também objetivamente (CR/88, art. 37, § 6º). Ainda assim, a premissa do dano social é inafastável do conceito de polícia administrativa, que não se compadece com a pretensão de ser a autoridade administrativa estatal substituída por agente privado em suas relações com usuários de serviços públicos.

Por conseguinte, nada têm de exercício legítimo de polícia administrativa, antes constituindo abuso de direito, atos de concessionárias de serviços públicos que:

- (i) pretendam exonerá-las de responder por danos causados aos usuários, decorrentes da interrupção do fornecimento do serviço em razão de fortuito interno, entendendo-se como tal todo fato inerente aos riscos do empreendimento, incluindo fenômenos climáticos conhecidos e previsíveis;
- (ii) interrompam o fornecimento do serviço como meio de coerção para a cobrança de débitos pretéritos de unidades consumidoras, bem como a remessa do nome do atual usuário a cadastros restritivos de crédito, à conta da existência de débitos relativos ao consumo de outros usuários que antes ocupavam a mesma unidade;
- (iii) cobrem diferenças de consumo, calculadas por estimativa, a partir de irregularidades nos equipamentos medidores, imputadas mediante termos lavrados unilateralmente por prepostos da concessionária, termos esses ademais utilizados como coerção para que o usuário assine confissão de débito cuja falta de pagamento autoriza a interrupção do fornecimento;
- (iv) adotem forma de cobrança que se afaste do consumo aferido por medidor instalado, bem assim a multiplicação do valor desse consumo pelo número de unidades integrantes do conjunto condominial, quando o controle do consumo geral deste é realizado por um só medidor;
- (v) condicionem, à satisfação de exigências não previstas nas normas reguladoras da prestação, a extensão dos serviços a novas unidades consumidoras, situadas em locais já providos de rede;
- (vi) se arroguem prerrogativas exclusivas da administração pública no regime dos contratos administrativos, tais como as de alteração e rescisão unilateral de cláusulas de contratos firmados com os usuários;
- (vii) cancelem serviços e rescindam, em contravenção a normas da agência reguladora, contratos celebrados com os usuários;
- (viii) contratem a particulares, ditos especializados em serviços de segurança, a apuração de supostos crimes perpetrados contra a rede, tais como os de subtração de material e sua receptação, incluindo a forja, à revelia da autoridade policial, de flagrantes que subsidiem o oferecimento de notícia criminal por fato posteriormente considerado inexistente em ação penal.

REGULAÇÃO DE ESTADO, SUSTENTABILIDADE E O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA*

JUAREZ FREITAS

Prof. do Mestrado e do Doutorado em Direito da PUCRS e de Direito Administrativo da UFRGS, Pres. do Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito Público, Pós-Doutorado na Universidade Estatal de Milão, Autor de várias obras, entre as quais Sustentabilidade: Direito ao Futuro. BH: Fórum, 2011.

Sumário: 1. Introdução; 2. Regulação de Estado Constitucional: Características e Propostas; 3. Considerações Finais.

1. Introdução

Os tradicionais modelos regulatórios voltados à correção das “falhas de mercado” (assimetria de informação, externalidades negativas, competição desleal e falta de transparência) colecionam fracassos rotundos, seja por deficiências no campo propriamente da regulação (tais como omissões e sobreposições pleonásticas), seja pela ausência pura e simples da disciplina regulatória (como sucedeu em relação ao mercado bancário paralelo, que se instalou com espantosa facilidade tóxica).¹ Em contrapartida, os modelos voltados ao combate às “falhas de governo”² (na linha de George Stigler, com a denominada “teoria da captura”), ainda que involuntariamente, contribuíram - e muito - à desregulação alastrada, que tomou parte decisiva na formação do nexos causal da grande crise de confiança mundial, assim como a que envolve a zona do euro.

* O presente estudo serve de homenagem ao publicista Prof. Marcos Jurueña Villela Souto, que produziu relevante contribuição para o debate sobre o redesenho do Direito Administrativo brasileiro.

1 Vide Paul Krugman in A Crise de 2008 e a Economia da Depressão. Rio: Campus, 2009, p. 168, que, a propósito do sistema bancário sombra (“shadow banking system”), observou, com acuidade: “Os bancos convencionais, que aceitam depósitos e são parte do Federal Reserve, operam mais ou menos à luz do sol, com livros escancarados e com reguladores olhando sobre seus ombros. Já as operações das instituições não depositárias, que são bancos de fato, em contraste, são muito sombrias. Com efeito, até a eclosão da crise, parece que pouca gente se deu conta de como o sistema bancário sombra se tornara importante.” (p. 168).

2 Embora importante a contribuição de George Stigler in “The theory of economic regulation”, *The Bell Journal of Economics and Management Science* 2, 1971, exagerou o temor da captura: “The state - the machinery and power of state - is a potential resource or threat to every industry and society. (...) A central thesis of this paper is that, as a rule, regulation is acquired by the industry and designed and operated primarily for its benefit”. Ora, é inegável que tal teoria denunciou algo grave, mas conduziu à desregulação e aos seus devastadores efeitos.