

JUSTIÇA & CIDADANIA[®]

Edição 157 • Setembro 2013

Paulo Dias de Moura Ribeiro | Ministro do STJ

O DESAFIO DE APLICAR A JURISPRUDÊNCIA

Editorial: Liberdade, sim! Bandidagem, não!

Segurança jurídica no mercado de energia elétrica

Rogério Medeiros Garcia de Lima | Desembargador do TJMG

Setor Elétrico

Particpei, com enorme proveito, do 2º Curso sobre o Setor Elétrico Brasileiro para a Magistratura, promovido pela Escola Nacional da Magistratura-ENM e Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE (Brasília-DF, 22 a 24 de maio de 2013).

A regulação no setor elétrico é conhecida por poucos e precisa ser difundida (Fábio Amorim da Rocha, *Temas relevantes no direito da energia elétrica*, Rio de Janeiro, Synergia, 2012, apresentação). Com efeito, “o direito da energia é um processo de construção de um conhecimento jurídico pragmático: um ‘knowledge building’, diriam alguns. Uma obra ainda e sempre aberta” (ob. cit., prefácio de Joaquim Falcão).

A importância da participação no curso sobre setor elétrico – sobretudo para um magistrado estadual, pouco afeito às questões jurídicas atinentes a esse importante campo da infraestrutura nacional – reside em apreender as características do novo modelo de comercialização de energia no Brasil, adotado a partir da edição da Lei Federal nº 10.848, de 15.3.2004.

Marco regulatório

O marco regulatório do Novo Modelo do Sistema Elétrico (NMSE) foi proposto logo após a crise de racionamento de energia, no Brasil, em 2001. O texto legal foi aprovado com os seguintes pilares (Maurício T. Tolmasquim: o marco regulatório do novo modelo do sistema elétrico: um balanço positivo, *in Temas relevantes no Direito da Energia Elétrica*. cit., pp. 2-3): “Respeito aos contratos existentes, minimização de pressões tarifárias adicionais para o

consumidor, confiabilidade do suprimento, universalização do serviço, redução dos custos de transação durante a fase de implantação do NMSE e gradualismo na implementação das medidas requeridas”.

Durante o curso, foi destacada a imprescindível estabilidade do marco institucional do setor. Conforme Julião Coelho, diretor da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, o órgão regulador deve criar ambiente propício para investimentos, com estabilidade do marco regulatório.

Antonio Claudio Macedo da Silva, juiz titular da 8ª Vara Federal da Justiça Federal, em Brasília, assinalou a impropriedade da interferência do Poder Judiciário em políticas públicas. Só pode intervir de modo pontual, para corrigir eventuais distorções. Em regra, o Judiciário não deverá interferir na discricionariedade do agente regulador.

Recordei a sempre festejada doutrina de Marçal Justen Filho (*Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 2005, pp. 464-467):

A adoção de um modelo regulatório de Estado conduz à fragmentação das competências normativas e decisórias estatais. Surgem entidades administrativas encarregadas da gestão setorial. Alguns afirmam que se produz o surgimento de um Estado “policêntrico”, cuja configuração pode ser mais bem representada como uma “rede governativa”. Substitui-se, assim, o modelo piramidal, de influência napoleônica (confira-se em “*L’État post-moderne*”, Paris: LGDJ, 2004, P. 76-7). Nesse cenário, uma instituição fundamental consiste na agência reguladora. (...)



Agência reguladora independente é uma autarquia especial, sujeita a regime jurídico que assegure sua autonomia em face da Administração direta e investida de competência para a regulação setorial. (...)

A agência reguladora independente é titular da competência regulatória setorial. Isso significa o poder de editar normas abstratas infralegais, adotar decisões discricionárias e compor conflitos num setor econômico. Esse setor pode abranger serviços públicos e (ou) atividades econômicas propriamente ditas. E as decisões adotadas são vinculantes para os diversos setores estatais e não estatais, ressalvada a revisão jurisdicional.

A propósito, abalizada jurisprudência consagra a autonomia técnica das agências reguladoras:

ADMINISTRATIVO. INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA. FORMAÇÃO DE CARTEL E DUMPING. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CADE. PEDIDO FORMULADO NO SENTIDO DE QUE ESTA AUTARQUIA, DIANTE DA HIPÓTESE FÁTICA, EXERCESSE SEU MISTER INSTITUCIONAL. (...) Violaria a autonomia técnica do Conselho, como entidade reguladora da concorrência e da ordem econômica, forçá-lo a atuar administrativamente (lembre-se, o pedido inicial busca forçar o Cade a cumprir seu mister institucional) quando, de início, não vislumbra

“Não há falar em ilegalidade na cobrança da taxa de abertura de crédito, pois esta visa exatamente a remunerar a instituição financeira pelo serviço prestado na concessão do crédito, podendo ser cobrada desde que contratualmente prevista.”

ele próprio competência nem motivos para tanto, afinal o próprio Cade pode entender, por exemplo, que a conduta narrada pelo MPF é legal. (...)

Pacifico nesta Corte Superior que a revisão dos requisitos ensejadores do deferimento da tutela antecipada esbarra no óbice de sua Súmula n. 7. Além disso, importa salientar que a distância desta Corte Superior dos fatos e das provas impede a correta valoração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. 14. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido. (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 650.892-PR, min. Mauro Campbell Marques, DJe 13.11.2009, grifos nossos).

Contratos e segurança jurídica. Segundo Arnaldo Wald, os contratos possuem grande relevância no mundo contemporâneo (*in* Vera Helena de Mello Franco, *Teoria Geral do Contrato: Confronto com o Direito Europeu Futuro*, São Paulo, Editora RT, 2011, p. 9):

Não há assunto mais atual e relevante do que o contrato que, paradoxalmente, se torna cada dia mais importante e de maior utilidade, ao mesmo tempo que sofre, em certo sentido, uma perda de densidade. Efetivamente, reconhece-se que o seu conceito clássico está superado. Já se afirmou até que o contrato se tornou “mais ou menos obrigatório, mais ou menos oponível a terceiros, mais ou menos sinalagmático, ou mais ou menos aleatório, conforme o caso, a sua nulidade ou resolução pode ser mais ou menos extensa”. Em compensação, o contrato adquiriu uma flexibilidade extraordinária e um dinamismo que lhe permite resistir às modificações das circunstâncias. Seu campo de ação deixou de ser exclusivamente o direito privado para abranger parte do direito administrativo e do direito internacional. (...)

O respeito dos contratos, além de ser determinação constitucional, em nosso país, tornou-se um imperativo do Estado de Direito e um valor cultural e ético em todo o mundo ocidental. Chegou-se a afirmar que uma sociedade que não respeita os contratos se caracteriza pela deslealdade e é desmoralizada. Nem mesmo democracia pode haver nos países nos quais não é possível exigir e obter o cumprimento dos contratos.

Aqui, pois, urge destacar a segurança jurídica, com a prestigiada pena de Eros Roberto Grau, no ensaio *Princípios, a (in)segurança jurídica e o magistrado* (revista *Amagis Jurídica*, Belo Horizonte, Associação dos Magistrados Mineiros, nº 7, jan-jun 2012, p. 1):

Max Weber ensinou-nos que as exigências de calculabilidade e confiança no funcionamento da ordem jurídica e na administração constituem uma exigência vital do capitalismo racional; o capitalismo industrial depende da possibilidade de previsões seguras – deve

poder contar com estabilidade, segurança e objetividade no funcionamento da ordem jurídica e no caráter racional e em princípio previsível das leis e da administração.

O cumprimento dos contratos não podia ser assegurado sob a equidade, incompatível com a calculabilidade, requisito do direito moderno. Era necessário transformar-se a equidade em um sistema rígido de normas, a fim de que fosse assegurada a calculabilidade exigida pelas transações econômicas. (grifos no original).

Boa-fé objetiva. Ainda em matéria contratual, exalta-se o princípio da boa-fé objetiva:

Na linha do Código Civil alemão (BGB, §157) o nosso Código Civil de 2002 acatou na sua norma do art. 113 o princípio da boa-fé objetiva, ordenando que os contratos sejam interpretados de acordo com o princípio da boa-fé e os usos locais usuais naquela prática de negócio. (...)

Entende-se por boa-fé objetiva a recíproca lealdade das partes, afastada a ignorância de certas situações como forma de macular esta lealdade e este princípio exerce função dominante no campo da interpretação dos contratos, constituindo o ponto de união entre os dois momentos lógicos da interpretação (interpretação subjetiva e objetiva). (...)

Sua aplicação exige que o juiz pressuponha, no caso concreto, que as partes tenham observado o princípio durante a preparação e a conclusão do contrato, atuando, igualmente, conforme por ele determinado.

De qualquer forma, o princípio não pode ser aplicado de modo a modificar a determinação da intenção comum ou atribuir-lhe um significado diverso daquele que resulte da declaração do proponente. (Vera Helena de Mello Franco, *ob. cit.*, pp. 201-202).

Para o saudoso Miguel Reale, a boa-fé o “artigo-chave” do Novo Código Civil (*Estudos Preliminares do Código Civil*, São Paulo, Editora RT, 2003, pp. 75 e 77):

Em todo ordenamento jurídico há artigos-chave, isto é, normas fundantes que dão sentido às demais, sintetizando diretrizes válidas “para todo o sistema”.

Nessa ordem de ideias, nenhum dos artigos do novo Código Civil me parece tão rico de consequência como o art. 113, segundo o qual “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.” (...)

Boa-fé é, assim, uma das condições essenciais da atividade ética, nela incluída a jurídica, caracterizando-se pela sinceridade e probidade dos que dela participam, em virtude do que se pode esperar que será cumprido e pactuado sem distorções ou tergiversações, máxime se dolosas, tendo-se sempre em vista o adimplemento do fim visado ou declarado como tal pelas partes .

Impacto macroeconômico das decisões judiciais. O eg. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, reportando-se ao impacto macroeconômico das decisões judiciais no mundo globalizado, assentou:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS – JUROS – NÃO LIMITAÇÃO – ENUNCIADO DA SÚMULA 596 DO STF - CAPITALIZAÇÃO MENSAL – POSSIBILIDADE – CUMULAÇÃO DA COMISSÃO DE PERMANÊNCIA COM A MULTA MORATÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – COBRANÇA DA TAXA DE ABERTURA DE CRÉDITO – LEGALIDADE – TAXA DE SERVIÇOS DE TERCEIRO – ABUSIVIDADE – DEVOLUÇÃO EM DOBRO INDEVIDA. A legislação pertinente ao Sistema Financeiro Nacional não sujeita as instituições, que o integram, às limitações da Lei de Usura, a teor do que vem assentando a jurisprudência pátria. “As disposições do Dec. 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o sistema financeiro nacional” (enunciado da súmula nº 596 do Supremo Tribunal Federal). Em contratos celebrados a partir de 30 de março de 2000, vale o artigo 5º da Medida Provisória nº 2.170-36/2001, a qual afasta a imposição do limite anual à capitalização de juros. É ilegal a cobrança da comissão de permanência com a multa moratória, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Não há falar em ilegalidade na cobrança da taxa de abertura de crédito, pois esta visa exatamente a remunerar a instituição financeira pelo serviço prestado na concessão do crédito, podendo ser cobrada desde que contratualmente prevista. É abusiva a cobrança da taxa de serviços de terceiros porque o custo de tais serviços é inerente à atividade exercida pela instituição financeira (art. 51 , IV, do Código de Defesa do Consumidor), não sendo possível o repasse ao consumidor por onerá-lo demasiadamente e por infringir o disposto no artigo 6º, III do CDC. A restituição em dobro de quantia cobrada indevidamente só é admitida quando pressupõe a ocorrência de pagamento efetuado por erro decorrente de dolo ou culpa do credor, sendo este o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência, de forma que incabível *in casu*. O julgador não pode desprezar o impacto macroeconômico das suas decisões. Em tempos de globalização econômica, aos agentes de poder é incumbida a tarefa de recriar, em nível global, as tradicionais garantias de segurança jurídica própria do direito privado nacional (Eduardo Greblo, *Globalización, Democracia, Derechos*). Historicamente, dividem-se os ordenamentos jurídicos de tradição romanística (nações latinas e germânicas) e de tradição anglo-americana (*common law*). Contudo, essas expressões culturais diversas passaram a se influenciar

“O juiz não deve julgar contrariamente ao que, em lides semelhantes, decide o Supremo Tribunal Federal, porque criaria esperanças infundadas para as partes.”

reciprocamente. Enquanto as normas legais ganham cada vez mais importância no regime do common law, por sua vez, os precedentes judiciais desempenham papel sempre mais relevante no Direito de tradição romanística. A influência recíproca tende a se intensificar na esteira do fenômeno globalização. O juiz não deve julgar contrariamente ao que, em lides semelhantes, decide o Supremo Tribunal Federal, porque criaria esperanças infundadas para as partes. (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Cível nº 1.0090.10.002579-1/002, des. Rogério Medeiros, julg. 5.7.2012, grifos nossos).

Decisões judiciais e segurança jurídica no setor elétrico. Solange David, gerente jurídica da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, lembrou que os agentes aderentes ao sistema assinam um “termo de conhecimento”, onde declaram expressamente ter ciência prévia de todas as regras de operação do setor.

É contrato de risco a longo prazo. A CCEE, previamente à abertura dos leilões, realiza detalhados estudos para avaliar custos, preços, margens de lucros etc.

Nesse contexto, os agentes aderentes, enquanto lucram, estão saciados. No entanto, quando, por alguma vicissitude (*v.g.*, falta de chuvas, alta de preços de combustíveis etc.), começam a ter prejuízos, “judicializam” os contratos. Pedem sua revisão, à luz da *teoria da imprevisão* (cláusula *rebus sic stantibus*).

Também costumam questionar os “encargos de segurança” (*v.g.*, investimentos em segurança na transmissão de energia). Todavia, no momento em que apresentaram sua proposta de preços nos leilões, sabiam de antemão os custos dos referidos encargos.

Solange David citou algumas decisões de tribunais brasileiros, exemplificativamente: a) denegação de liminar a agente contratante, pois a liquidação mensal de créditos/débitos é matéria complexa, não pode ser examinada sem o crivo dos princípios processuais do devido processo

legal, contraditório e ampla defesa; b) a comercialização de energia elétrica opera-se dentro de um sistema, o qual não pode ser desestabilizado; e c) havendo débito, é legítima a inclusão do nome do agente em cadastros de devedores inadimplentes.

Fábio Medina Osório, discorrendo sobre sanções administrativas, em situação análoga a aqui versada, apontou o despreparo dos magistrados para lidar com questões técnicas de alta complexidade (*Direito Administrativo Sancionador*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, pp. 50-51):

Talvez um exemplo da insuficiência do Direito Administrativo se perceba no controle das privatizações em cenários terceiro-mundistas, em que as instituições jurídicas são chamadas a decidir praticamente todo o complexo pleito, com todas suas repercussões econômicas, sociais, seus reflexos no bem-estar da coletividade, em um juízo liminar. (...)

Nenhum juiz parece estar preparado para controlar litígios que envolvem temas multidisciplinares, v.g., economia, sociologia, moral, em prazo fixado em semanas ou, no máximo, meses. Esses controles judiciais têm se revelado claramente insuficientes, incapazes de inibir abusos que implicam o atropelamento de fórmulas legais ou mesmo constitucionais.

Nesse quadro, exige-se redobrada cautela dos julgadores para examinar pedidos de antecipação de tutela ou liminares, em medidas cautelares, decorrentes de contratos de comercialização de energia elétrica.

Vêm a talho decisões de nossos tribunais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. POÇO ARTESIANO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. A concessão da tutela antecipada exige a prova inequívoca da verossimilhança da alegação e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Hipótese em que os Agravantes não lograram comprovar, liminarmente, quaisquer dos requisitos para o deferimento da medida. Negado seguimento ao recurso por ato do Relator. Art. 557 do Código de Processo Civil. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento nº 70023189517, Desª Maria Isabel de Azevedo Souza, julg. 21.2.2008).

As medidas cautelares devem ser utilizadas como instrumento para obviar lesão irreversível, não é lícita sua utilização para causar dano à parte contrária. (Superior Tribunal de Justiça, Medida Cautelar nº 594-SP, min. Humberto Gomes de Barros, DJU 29.6.1998).

O processo cautelar não se presta para obter a pretensão definitiva objeto do processo principal. (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 130.880-CE, min. Felix Fischer, DJU 3.8.1998).

MEDIDA CAUTELAR. REQUISITOS. PRESENÇA. LIMINAR. CONCESSÃO. ADENTRAMENTO NO MÉRITO DO PEDIDO PRINCIPAL. DESCABIMENTO. Em sede de medida cautelar não cabe ao Juiz adentrar no mérito do pedido principal, competindo a ele, ao conceder a liminar, verificar se estão presentes os requisitos autorizativos, quais sejam: o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Agravo de Instrumento nº 62.279/5, Des. Isalino Lisboa, Diário do Judiciário-MG, 28.10.1997).

Conclusão. À guisa de conclusão, deve-se salientar que, no mundo globalizado contemporâneo cabe aos magistrados analisar cada caso e suas circunstâncias peculiares. Não podem desprezar o impacto macroeconômico das suas decisões. O economista Armando Castelar, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), sustenta que abalam o mercado de crédito a ineficiência do Poder Judiciário e as decisões judiciais causadoras de insegurança jurídica (*Folha de São Paulo*, 19.2.2003). Igualmente, argumentou Fábio Ulhoa Coelho (Os Valores do Direito Comercial e a Autonomia do Judiciário, Brasília, *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, nº 2, outubro de 2006, p. 86):

A instabilidade do marco institucional manifesta-se por vários modos. Um deles é a jurisprudência desconforme ao texto legal. Se a lei diz “x”, mas sua aplicação pelo Judiciário implica “não-x”, os investimentos se retraem. O investidor busca outros lugares para empregar seu dinheiro; lugares em que ele tem certeza das regras do jogo e pode calcular o tamanho do risco (que sempre existe em qualquer empreitada econômica). Numa economia globalizada, ele os encontra com facilidade. Tanto o investidor estrangeiro começa a evitar o país com marco institucional instável, como o nacional passa a considerar outros países como alternativa melhor para seus investimentos.

A magistratura brasileira tem se confrontado com a tensão entre a justiça e a segurança jurídica ou a estabilidade econômica. O ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, refletiu (Impacto das Decisões Judiciais na Concessão de Transportes, Brasília, *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, nº 5, maio de 2008, p. 12):

Se nós oferecemos uma justiça caridosa, se nós oferecemos uma justiça paternalista, se nós oferecemos uma justiça surpreendente que se contrapõe à segurança jurídica prometida pela Constituição Federal, evidentemente que isso afasta o capital estrangeiro, como afasta o capital das grandes corporações. É o que sucede com o não-cumprimento de tratados, o não-cumprimento de laudos arbitrais conveniados previamente... Isso, segundo a Corte Especial, aumenta o que se denomina “Risco Brasil”.

