

***REFLEXÕES JURÍDICAS
SOBRE O SETOR DE
ENERGIA NO BRASIL***

ÍNDICE¹

Introdução.....	03
1. Aspectos institucionais do setor de energia elétrica no Brasil.....	04
2. Empresa de pesquisa energética – EPE – solução ou atropelo das questões ambientais do setor energético brasileiro.....	05
3. Contratos de energia e ambientes de contratação.....	07
4. Aspectos teóricos e práticos da Resolução 456/2000 da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.....	09
5. Cobrança dos créditos decorrentes do não pagamento da fatura de energia elétrica.....	11
6. Atuais alterações na regulamentação do furto de energia elétrica no Brasil.....	14
7. A responsabilidade civil das concessionárias de energia elétrica.....	16
8. Regras relativas à saúde e segurança ocupacional aplicáveis ao setor elétrico.....	17
9. Majoração da contribuição previdenciária decorrente da exposição de empregados a atividades nocivas.....	22
10. Efeitos do acidente do trabalho nas relações previdenciárias.....	24
11. O mercado de carbono no Brasil.....	25
12. Incentivos à produção de energias renováveis no Brasil – Desenvolvimento estratégico do setor energético brasileiro.....	26
13. Conclusão.....	28

¹ Os artigos deste estudo foram elaborados pelos advogados: André de Almeida, Ana Carolina Rovida de Oliveira, Andréa Seco, Daniel Sibille, Fábio Lopes Vilela Berbel, Filipe Lisboa Maldonado, Guilherme de Carvalho Doval, Gustavo Henrique de Faria, Leonardo Palhares e Tamira Maira Fioravante, com a cooperação do advogado: Cassio Augusto Ambrogi.

INTRODUÇÃO

O Brasil é um país com quase 184 milhões de habitantes, segundo estimativas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), e se destaca como a quinta nação mais populosa do mundo. Em 2008, aproximadamente 95% da população tinha acesso à rede elétrica. Segundo dados divulgados no mês de setembro daquele ano pela Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), o país já contava com mais de 61,5 milhões de unidades consumidoras em 99% dos municípios brasileiros. Destas, a grande maioria, por volta de 85%, é residencial. De todos os segmentos da infra-estrutura, energia elétrica é o serviço mais universalizado.

De acordo com a Aneel, o Brasil, em novembro de 2008, já contava com 1.768 usinas em operação, que correspondem a uma capacidade instalada de 104.816 MW (megawatts). Desse total, 159 são hidrelétricas, 1.042 térmicas abastecidas por fontes diversas (gás natural, biomassa, óleo diesel e óleo combustível), 320 Pequenas Centrais Hidrelétricas (PCHs), duas nucleares, 227 centrais geradoras hidrelétricas (pequenas usinas hidrelétricas) e uma solar. Este segmento conta com mais de 1.100 agentes regulados entre concessionários de serviço público de geração, comercializadores, autoprodutores e produtores independentes. Já o mercado de distribuição de energia elétrica é formado por 63 concessionárias, responsáveis pelo atendimento de mais de 61 milhões de unidades consumidoras.

O Balanço Energético Nacional de 2008 dá conta de que a energia elétrica foi a modalidade mais consumida no país em 2007. O volume absorvido, 35,443 milhões de tep, correspondeu a uma participação de 17,6% no volume total e a um aumento de 5,7% sobre o ano anterior. Com este desempenho, a tendência à expansão contínua e acentuada, iniciada em 2003, manteve-se inalterada.

Atento a importância desse setor da economia o Almeida Advogados apresenta uma série de doze artigos tratando do tema Energia e sua relação com os diversos ramos e áreas do direito, a saber: societária, contratual, regulatória, consumerista, trabalhista, previdenciária, dentre outras.

Com esse estudo, o Almeida Advogados não espera esgotar a infinita gama de questões jurídicas que se originam a partir dos inúmeros negócios jurídicos que são desenvolvidos e realizados no setor de Energia. Pretende apenas contribuir no sentido de permitir que o leitor se inteire de algumas interessantes questões jurídicas relacionadas a esse estratégico seguimento da economia mundial.

1. ASPECTOS INSTITUCIONAIS DO SETOR DE ENERGIA ELÉTRICA NO BRASIL

O marco da utilização de energia elétrica no Brasil data de 1879, quando um dínamo foi instalado na Estação Central da Estrada de Ferro Dom Pedro II. No entanto, oficialmente, a Marmelos-Zero, localizada em Juiz de Fora (MG) é a primeira usina hidrelétrica do País e da América Latina destinada ao abastecimento de energia elétrica em território nacional, cuja entrada em operação se deu em 1889².

Após alguns anos, em 1903, o Congresso Nacional brasileiro aprova o primeiro documento que disciplina o uso da energia elétrica. Sendo o Brasil, dono da mais extensa rede hidrográfica na Terra, com 55.547 km², o processo de utilização de seu potencial hidráulico teve início e em 1920, a capacidade instalada já atingia os 360 MW.

Nesta fase o Estado não exercia grande ingerência sobre as fontes geradoras de energia elétrica, representadas, basicamente, pelas usinas hidroelétricas. Somente a partir de 1934, com a instituição do Código de Águas pelo Decreto nº 24.643, o Estado Brasileiro assume o poder de conceder o direito ao uso dos aproveitamentos hidrelétricos e à exploração da concessão de serviços de transmissão e distribuição de energia elétrica, limitada exclusivamente a brasileiros ou empresas sediadas no País.

Na década de 40, em decorrência da construção de uma série de usinas hidroelétricas, o Brasil, juntamente com o Canadá, passa a ser um dos maiores produtores de energia renovável do mundo. T tamanha evolução do setor levou à criação da Eletrobrás, cujo escopo, de acordo com Lei nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, era o de coordenar o setor de energia.

Na década de 80, o Brasil já contava com mais de 33 mil MW de capacidade instalada, potencial este que não livrou o País de um novo racionamento de energia elétrica (o primeiro ocorreu na década de 50), atingindo as regiões Norte e Nordeste.

A Constituição de 1988, ao estabelecer políticas públicas para diversas áreas ou setores da economia, incumbe o Poder Público a contratar, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre por meio de licitação, a prestação de serviços públicos³. A regulamentação deste comando constitucional viria a ocorrer somente em 1995, com a edição da Lei nº 8.987/95 (Lei das Concessões).

Foi, contudo, a Lei nº 8.031/94 que deu o primeiro, e talvez o mais significativo, impulso para o que é hoje o setor energético no Brasil. A lei em questão lançou o Programa Nacional de Desestatização (PND), cuja principal finalidade foi a de introduzir a liberalização da economia no País. Nesta época, o Brasil já superava os 53 mil MW de capacidade geradora. Começa a Era das Privatizações.

De se esclarecer, contudo, que a lei que criou o marco regulatório do setor (Lei nº 9.427/96) foi editada quando as privatizações já estavam ocorrendo. Instituída pela citada Lei, a

² Fonte: Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.

³ CF, art. 175 *caput*.

ANEEL nasce com a finalidade de regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal⁴.

Segundo a própria ANEEL, o modelo criado introduz a geração competitiva, com o valor da energia definido pelo mercado, a transmissão independente e de livre acesso, a comercialização livre e expansão do parque como responsabilidade dos agentes. Cabe esclarecer que, de acordo com Lei 9427/96, a regulação se dá apenas no transporte (transmissão e distribuição) da energia⁵, pois a geração continua sob o controle do Ministério de Minas e Energia.

Em 2004 um novo modelo para o setor elétrico é introduzido pelas Leis nº 10.847 e 10.848. Referidos instrumentos legais criaram a Empresa de Pesquisa Energética (EPE), a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica, o Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico (CMSE), a substituição do critério de leilão de novos empreendimentos, no qual o vencedor passa a ser o investidor que oferecer o preço mais baixo para a energia, dentre outras inovações e mudanças.

Não obstante as alterações e o aperfeiçoamento do modelo regulatório, o setor energético brasileiro ainda tem grandes desafios pela frente. O desenvolvimento dos potenciais energéticos representa uma meta constante por que favorece o crescimento de outros setores tão ou igualmente importantes para a economia nacional.

Nessa esteira, a constituição da Empresa de Pesquisa Energética (EPE), com a missão principal de desenvolver os estudos necessários ao planejamento da expansão do sistema elétrico, representou um importante passo na busca pelo desenvolvimento do potencial energético do Brasil.

2. EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA (EPE) - SOLUÇÃO OU ATROPELO DAS QUESTÕES AMBIENTAIS DO SETOR ENERGÉTICO BRASILEIRO?

A necessidade de desenvolvimento do potencial energético brasileiro como forma de se impulsionar o crescimento do Brasil é assunto que desde o início do ano 2000 consta das agendas de investidores e representantes do Setor Público no país. A dificuldade, contudo, reside na articulação dos interesses envolvidos.

De um lado, a necessidade que o poder público tem de obter financiamento privado para os vultosos investimentos; de outro, a exigência por parte dos investidores de um marco legal bem definido, com regras que minimizem os riscos legais e, sobretudo, ambientais. A Empresa de Pesquisa Energética (“EPE”), Empresa Pública criada pela Lei Federal n.10.847/04, pode significar importante passo na solução de tais questões.

2.1. Cenário de base - das privatizações ao apagão

⁴ Art. 2º da Lei nº 9427/96.

⁵ Relatório ANEEL 10 anos / Agência Nacional de Energia Elétrica. – Brasília: ANEEL, 2008, p. 21.

O período que precede a criação da EPE mostra bem o terrível cenário que vivia o parque energético brasileiro nos anos 80 e 90. Criado a partir de um modelo público de investimentos, tendo o Estado como seu único ator, o Setor Energético Brasileiro sofria com as conseqüências do endividamento gerado pela grande expansão dos anos 70, as tarifas subsidiadas e um déficit acumulado de mais de 35 bilhões de dólares.

Como único meio de se evitar o colapso, remodelou-se o setor energético de forma a que os investimentos privados pudessem arcar com o desenvolvimento dos novos projetos e financiar o crescimento do país. Vieram então as privatizações, atraindo para o Setor mais de 60 bilhões de dólares na segunda metade dos anos 90.

Contudo, o período de austeridade que o Estado Brasileiro enfrentava nesta época e a ausência de estudos programáticos sobre o setor energético contribuíram para que, diante de condições hidrográficas desfavoráveis (período prolongado de secas e a redução dos reservatórios de geração de energia hidrelétrica), tais investimentos não fossem suficientes para evitar o apagão de 2001.

A imposição do racionamento de energia e os incríveis prejuízos que tal situação acarretou obrigaram o Estado Brasileiro a imprimir significativo esforço institucional e regulatório para se revisar a orientação e as regras da questão energética no Brasil.

2.2. Premissa da reorganização do setor energético - licenciamento ambiental

Conclusões de diversos estudos realizados apontaram o licenciamento ambiental como fator crítico no desenvolvimento do setor energético brasileiro. De acordo com os levantamentos realizados à época, as licenças ambientais e as questões sociais relacionadas (deslocamento de populações atingidas pelos projetos hidrelétricos, por exemplo) representavam quase 20% do custo total de empreendimentos hidrelétricos no país, sendo que todo procedimento de obtenção das licenças necessárias tomava em média 3 anos.

Somava-se a tais questões o aspecto prático que os potenciais energéticos eram licitados sem o devido licenciamento ambiental prévio, o que transferia para o investidor e para o projeto os riscos que a variável ambiental poderia implicar (viabilidade ambiental do projeto, dificuldade de estipulação do início da geração de energia e, como conseqüência, as implicações financeiras geradas na amortização dos investimentos, dentre outras).

Esse cenário implicava não só o aumento significativo do custo dos projetos energéticos brasileiros, como gerava incertezas capazes de desestimular boa parte dos investidores.

2.3. Criação da EPE

Diante desse ambiente de incertezas e entraves foi criada em 2004 a EPE⁶, empresa pública cujo escopo, entre outros, seria o da realização de estudos e projeções da Matriz Energética Brasileira, a elaboração de estudos para a determinação e desenvolvimento dos aproveitamentos energéticos do país e, em resposta às questões ambientais apontadas no ponto 2 acima, bem como a outorga de poderes para promover as ações para a obtenção do licenciamento ambiental necessário às licitações envolvendo empreendimentos de geração hidrelétrica e transmissão de energia.

⁶ Criada pela Lei Federal n. 10.847/2007 e regulamentada pelo Decreto n. 5.184/2004.

Com base em tais fundamentos, a EPE passaria a ser responsável pela obtenção do licenciamento prévio dos empreendimentos hidrelétricos a serem licitados e, como consequência, internalizaria para o Estado parte interessante dos riscos ambientais e regulatórios gerados pela produção de energia no Brasil. De fato, a idéia parece ser interessante, na medida em que ninguém melhor que o próprio Estado para negociar internamente a obtenção de licenças ambientais.

Ainda que não seja capaz de resolver todas as questões regulatórias do setor energético do país, a EPE é, sem dúvida, uma importante evolução nesta direção e que já confere aos investidores interessados alento regulatório, especialmente no que toca às questões críticas.

Assunto de grande importância, sobretudo em relação aos interesses aos investidores deste mercado é o que diz respeito à forma de contratação de energia, aos ambientes de contratação e, sobretudo, às características deste tipo de contrato.

3. CONTRATOS DE ENERGIA E AMBIENTES DE CONTRATAÇÃO

3.1. Comercialização de energia elétrica

A regulamentação da comercialização de energia elétrica no Brasil foi trazida pela Lei 10.848 de 2004, pelos Decretos 5.163 e 5.177 de 2004, e pela Resolução Normativa ANEEL 109 de 2004, que instituiu a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica.

Esta legislação estabelece que as relações comerciais entre os participantes deste mercado deverão se estabelecer por meio de contratos de compra e venda de energia, sendo obrigatório o registro destes contratos perante a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – “CCEE”, em âmbito do Sistema Interligado Nacional.

Para qualquer tipo de contratação, o registro deverá incluir as partes envolvidas, os montantes de energia avençados e o prazo de fornecimento da energia. Os preços estipulados em relações particulares, naturalmente, não são registrados na CCEE.

A CCEE tem por uma de suas funções contabilizar as diferenças entre os montantes produzidos e os efetivamente consumidos, relativamente aos contratos celebrados. As diferenças positivas ou negativas são liquidadas no Mercado de Curto Prazo e valoradas ao Preço de Liquidação das Diferenças, determinado semanalmente para cada patamar de carga e para cada sub-mercado.

Dentre outras atribuições, a CCEE é também responsável por:

- Manter o registro de todos os contratos de energia tanto dos Ambientes de Contratação Regulada quanto Livre;
 - Efetuar a contabilização dos montantes de energia elétrica comercializados no Mercado de Curto Prazo e a Liquidação Financeira;
 - Apurar o descumprimento de limites de contratação de energia elétrica e outras infrações;
- e

- Promover Leilões de Compra e Venda de energia elétrica, conforme delegação da ANEEL.

3.2. Ambientes de contratação

Hoje, no Brasil, a comercialização de energia elétrica é realizada em dois ambientes de mercado, o Ambiente de Contratação Regulada “ACR” e o Ambiente de Contratação Livre “ACL”.

O Ambiente Regulado é aquele no qual as relações são estabelecidas por meio de contratos bilaterais regulados e as compras realizadas através de leilões de compra e venda de energia elétrica. Tais contratos são denominados Contratos de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado (CCEAR), e são celebrados entre os “agentes vendedores”, ou seja, comercializadores, geradores, produtores independentes ou auto produtores com excesso de produção, e os compradores / distribuidores.

O Ambiente de Contratação Livre é aquele no qual as partes têm maior liberdade de contratação, além de especial interesse comercial na relação estabelecida. Há livre negociação entre os geradores-vendedores, e os compradores habilitados neste mercado: os comercializadores, os consumidores livres, os importadores e os exportadores de energia.

Tanto os “Agentes de Geração”, não importando serem concessionários de serviço público de geração, produtores independentes ou auto produtores, quanto os agentes comercializadores, podem vender energia elétrica nos dois ambientes, a fim de promover-se a concorrência neste setor, e mantendo o caráter competitivo da geração, e todos os contratos, sejam do ACR ou do ACL, são registrados na CCEE, servindo de base para a contabilização e liquidação das diferenças no mercado de curto prazo.

Interessante mencionar que, de acordo com o art. 13 do Decreto nº 5.163/2004, os agentes distribuidores do Ambiente Regulado, para garantir o atendimento aos seus mercados, podem adquirir energia por meio de:

- i. Leilões de compra de energia elétrica proveniente de empreendimentos de geração existentes e de novos empreendimentos de geração;
- ii. Geração distribuída;
- iii. Usinas que produzam energia elétrica a partir de fontes eólicas, pequenas centrais hidrelétricas e biomassa, contratadas na primeira etapa do Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica - PROINFA; e
- iv. Itaipu Binacional.

3.3. Contratos de energia

A característica mais notável dos contratos de energia é a sua natureza primordialmente financeira. Isso significa dizer, em poucos termos, que se tratam de contratos que visam fornecer energia elétrica à rede de energia e distribuição como um todo, e não exatamente ao contratante-comprador. Da mesma forma, a energia adquirida será retirada da rede de energia e distribuição, e não diretamente de um contratante-vendedor. Assim, tais contratos

não representam de fato um fornecimento e consumo diretamente estabelecidos entre os fornecedores/consumidores contratantes.

Outra característica que podemos destacar é que os contratos relativos ao Ambiente Regulado, decorrentes de leilões de venda de energia elétrica, apresentam prazo específico de duração para cada tipo de leilão, conforme abaixo:

i. Para os leilões de compra de energia provenientes de novos empreendimentos, os CCEARs têm no mínimo quinze e no máximo trinta anos, contados do início do suprimento de energia; e,

ii. Para os leilões de compra de energia proveniente de empreendimentos existentes, os CCEARs têm no mínimo cinco e no máximo quinze anos de duração, contados a partir do ano seguinte ao da realização de tais leilões.

Além disso, podem os agentes de distribuição reduzir os montantes contratados nos leilões de compra de energia proveniente de empreendimentos existentes, quando consumidores potencialmente livres venham a exercer seu direito de opção de compra de outro fornecedor, quando houver redução em seu mercado, anualmente limitada a quatro por cento, e em virtude de acréscimos de aquisição de energia provenientes de contratos firmados antes de 16/03/2004.

A ANEEL como agência reguladora do Setor Elétrico tem por objetivo atuar de forma a garantir, por meio da regulamentação e fiscalização, a operação de todos os agentes em um ambiente de equilíbrio. Esse equilíbrio é atingido, dentre outros fatores, por uma série de normas criadas por essa Agência, dentre as quais, uma das mais importantes é a Resolução 456/2000.

No tópico abaixo são feitas considerações acerca dos principais dispositivos da Resolução 456/2000 da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, bem como de sua aplicação prática perante o Poder Judiciário.

4. ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS DA RESOLUÇÃO 456/2000 DA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL

4.1. Limite territorial da responsabilidade da concessionária de energia elétrica – artigo 9º da Resolução

As concessionárias de energia elétrica são responsáveis pelo fornecimento de energia elétrica somente até o ponto de entrega, situado no limite da via pública com o imóvel.

Referida determinação está descrita no artigo 9º da Resolução 456/2000 da ANEEL, e tem como fundamento evitar que a concessionária se responsabilize por problemas ocorridos com a rede interna do usuário de energia elétrica, uma vez que cabe a este manter regular toda a fiação de seu imóvel.

4.2. Leitura do consumo para faturamento em áreas “sensíveis” – Artigo 41 – da Resolução

A Resolução 456/2000 autoriza que as concessionárias para imóveis localizados em área rural, clientes denominados de baixa renda, e regiões com até 1000 (mil) imóveis realizem o faturamento do consumo de energia elétrica de forma trimestral.

Justifica-se o referido dispositivo, respectivamente, pela dificuldade de acesso, pelo baixo consumo mensal, bem como pela reduzida disponibilização de energia elétrica distribuída.

É importante deixar claro que para os meses que não se realiza o faturamento, o consumidor tem a possibilidade de reportar o seu consumo à concessionária para que ocorra o faturamento.

No entanto, caso esta medida ofertada ao consumidor não se concretize, a própria concessionária realizará o cálculo tomando-se por base os meses anteriores, além do devido ajuste quando da realização do próximo faturamento *in loco*.

4.3. Inadimplência propriamente dita

Problema que é comumente enfrentado por toda concessionária de energia elétrica, qual seja, o consumo sem a devida contraprestação, denominada inadimplência pura.

A Resolução 456/2000, amparada pela jurisprudência majoritária, autoriza a concessionária de energia elétrica, após prévia comunicação formal ao consumidor, realizar a interrupção do fornecimento de energia elétrica durante o período que o consumidor permanecer inadimplente.

É importante que se diga que apesar da energia elétrica se caracterizar como um bem essencial, não há a obrigatoriedade por parte da concessionária de fornecer energia elétrica de forma incondicional, sob pena de levar à falência sua distribuição, sem falar no ônus que seria imposto aos demais consumidores cumpridores de suas obrigações. É o que prevê a jurisprudência majoritária⁷.

4.4. Procedimentos irregulares

Um dos temas considerados de maior discussão jurídica no âmbito das ações nas quais as concessionárias de energia elétrica figuram como parte, é o que diz respeito aos procedimentos irregulares, popularmente denominados de “gatos” na rede elétrica.

A Resolução 456/2000 prevê em seu artigo 72 a prática de procedimentos irregulares por parte de consumidores, no sentido de adulterarem o relógio medidor, equipamento responsável pelo registro da energia consumida, no intuito de ter faturado apenas parcela da energia utilizada.

⁷ Em resumo: a continuidade significa que o serviço não pode ser paralisado em relação à coletividade, à sociedade. Se os consumidores não pagam e, ainda sim, o serviço individual for mantido, a continuidade geral (que é a que, na realidade, merece tutela) estará – aí sim – ameaçada. (TJ-SP - apelação nº 1059417-0/5, julgado em 26/09/2008).

Em contrapartida, a concessionária, como defensora de seu produto, e em prol dos demais consumidores, se utiliza de instrumentos de fiscalização para coibir este procedimento.

Nesse sentido, e considerando que há a necessidade de se apurar o *quantum* de energia que não foi faturado, a concessionária se utiliza de algumas formas de cálculo, tomando-se por base (i) o consumo do usuário de energia elétrica antes ou após a irregularidade, (ii) ou, ainda, a média de consumo que os equipamentos elétricos existentes produziram, e, conseqüentemente, a integralidade do registro.

Todavia, o tema é bastante discutido no âmbito jurídico, havendo, no entanto, jurisprudência amplamente favorável nesse sentido⁸.

Na verdade, essa discussão sempre existirá, considerando o fato de sermos um Estado Democrático de Direito, com um Poder Judiciário independente e pronto para ser movimentado tanto pelo consumidor quanto pela concessionária de energia elétrica.

O que deve ficar claro é que há uma legislação afeta ao setor elétrico, frise-se, constitucional, em que tem como objetivo amparar as concessionárias nas hipóteses públicas e notórias de consumo de energia elétrica de forma gratuita, em que pese indubitável bilateralidade da prestação do serviço de fornecimento de energia elétrica.

Nesse sentido, a falta de pagamento pelo consumo de energia e até mesmo o seu furto por parte dos consumidores é um problema recorrente e que traz como conseqüência grandes prejuízos às concessionárias de energia elétrica. Nos tópicos a seguir será analisada a questão sob a ótica da cobrança pelo uso da energia, bem como pela legalidade do corte do seu fornecimento aos inadimplentes.

5. COBRANÇA DE CRÉDITOS DECORRENTES DO NÃO PAGAMENTO DA FATURA DE ENERGIA ELÉTRICA

Quando se está diante da questão relativa à ausência de pagamento de conta de energia elétrica por àquele que usufruiu do serviço, a principal dicotomia que surge a respeito do

⁸ DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. SERVIÇOS PÚBLICOS. CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. RGE. RECUPERAÇÃO DE CONSUMO NÃO MEDIDO. INADIMPLEMENTO DO USUÁRIO. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO. POSSIBILIDADE. CUSTO ADMINISTRATIVO. EXCLUSÃO. A legislação específica permite a recuperação de consumo não medido junto ao usuário-consumidor, na hipótese de constatação de procedimento irregular não-atribuível à concessionária em medidor e conseqüente redução daquele, na forma do art. 72, inc. IV e alíneas da Res. ANEEL nº 456/00. O procedimento de recuperação de consumo não medido é autorizado legalmente. O cálculo deve obedecer à norma regulamentar (Res. nº 456/2000 da ANEEL), porque expedida em conformidade com a legislação (Lei nº 9.427, de 26/12/96, art. 3º c/c art. 29 e 30 da Lei nº 8.987, de 13/02/95, quanto ao que aplicável aos serviços de energia elétrica), dentro da competência da União, conforme a Constituição Federal. Embora cabível a cobrança de custo administrativo, depende de prova, não produzida nos autos, pois não se cuida de multa, mas de indenização. Tornada ilíquida a dívida, afasta-se a mora do autor. Imperativo o refazimento dos cálculos e a notificação daquele. Na ausência de pagamento, justificar-se-á a suspensão do fornecimento quanto ao débito dos autos. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70023716657, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rejane Maria Dias de Castro Bins, julgado em 24/04/2008).

tema é se as concessionárias incidem em prática abusiva ao praticar o corte no fornecimento da energia elétrica por falta de pagamento, expondo, conseqüentemente, o consumidor a constrangimento, ou se o correto seria abandonar tal prática para que as empresas recorram exclusivamente a mecanismos legais de cobrança de seus créditos junto ao Poder Judiciário.

Esta questão levantada por muitos merece uma primeira consideração que diz respeito à realização da suspensão do fornecimento do serviço em si.

Isso porque, antes do corte de energia elétrica ser visto como uma “forma de cobrança” unilateral e abusiva por parte das concessionárias de energia, vale lembrar que tal conduta decorre, em verdade, de uma previsão normativa estabelecida pela ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica.

Nesse sentido é que o corte de energia elétrica é uma conseqüência, vista por muitos como um ato de mera gestão negocial para todo aquele que, após ter usufruído de forma plena do serviço, prestado a título oneroso, não efetua o pagamento na forma e tempo devidos, mesmo depois de notificado administrativamente com antecedência mínima de 15 (quinze) dias, pela concessionária de energia elétrica (artigo 91 da Resolução nº 456/2000 da ANEEL e Lei nº8.987/95, artigo 6º, parágrafo 3º, inciso II).

Paralelamente a esta questão, no entanto, a verdade é que as concessionárias de energia vêm adotando em suas políticas internas várias formas de atuação visando abaixar os índices de inadimplência e, conseqüentemente, diminuir suas perdas de receita.

Entre as práticas mais utilizadas podem ser destacadas aquelas de cunho administrativo, como envio de notificações e tentativas de negociação através de agentes ou terceirizados da concessionária, ou de natureza judicial, como o ajuizamento de ações de cobrança e apresentações de reconvenções.

5.1. Cobrança de faturas não pagas de energia elétrica no Poder Judiciário e o corte no fornecimento do serviço

A par da viabilidade da cobrança judicial de dívidas decorrentes do fornecimento de energia elétrica não honradas pelo público consumidor, seja ele pessoa física ou jurídica, as discussões acerca da natureza, motivação e forma de procedimento da suspensão de energia elétrica oriunda do inadimplemento invariavelmente permeiam as discussões judiciais.

Conforme brevemente já exposto, embora tal questão esteja legalmente prevista em normas e leis de amplitude federal, a sua prática ainda invoca calorosas discussões judiciais, nos mais variados âmbitos do Poder Judiciário.

Isso porque a dívida oriunda da fruição de energia elétrica em si, por seu caráter de onerosidade e bilateralidade, é sempre reconhecida como devida.

Ao longo dos últimos anos, no entanto, diante do inadimplemento do consumidor, parte da jurisprudência inclinou-se por admitir a suspensão do serviço, ao argumento da essencialidade do bem em questão e da característica de continuidade do serviço de fornecimento de energia elétrica, com apoio em normas como o Código de Defesa do

Consumidor (Lei nº 8.078/90), que consagra o princípio da continuidade dos serviços públicos essenciais.

De outro lado, tal matéria acabou por chegar ao Superior Tribunal de Justiça que, confirmando entendimento que vem tomando corpo em alguns Tribunais Estaduais, através de algumas de suas câmaras, no sentido de que o corte de energia elétrica é um direito que assiste ao Poder Público ou ao seu concessionário, no caso de inadimplência do usuário, destacando que tal prática decorre de disposição legal e, por isso mesmo, jamais poderia ser considerada um expediente constrangedor ou infração a direitos do consumidor não caracterizando, por conseguinte, descontinuidade do serviço.

Já no campo administrativo, muito se tem falado sobre as alterações e revisões que vêm sendo praticadas nos últimos meses pela ANEEL objetivando a, além de uma revisão geral, a introdução de novas regras até então previstas na Resolução 456/2000, destinada a regulamentação das condições gerais de fornecimento de energia elétrica entre as concessionárias e o tomar de serviços de forma geral.

No campo do inadimplemento por falta de pagamento algumas novas previsões vêm sendo discutidas visando dar maior segurança e clareza as partes envolvidas.

E é dentro deste conceito que a nova minuta da Resolução ANEEL, ainda pendente de publicação final, continua a contemplar a necessidade de notificação prévia, específica e comprovada ao consumidor antes da prática de qualquer suspensão.

Visando diminuir o número de reclamações e dar mais liberdade às equipes de campo das concessionárias, uma importante alteração que deve vir a ser contemplada no texto final é a de que o corte será declarado indevido quando se constatar que o pagamento da fatura de energia se deu até a data limite prevista na notificação e não a data limite da fatura originária.

Com isso, as concessionárias tendem a ser bem mais cuidadosas em suas rotinas diárias e criteriosas quanto aos consumidores que realmente já estão aptos a sofrerem o corte do serviço.

Tanto assim o é, que a ANEEL pretende em seu novo texto estabelecer que a suspensão do fornecimento ficará vedada a concessionária após o decurso do prazo de 90 (noventa) dias, contado da constituição em mora do consumidor, salvo se comprovado o impedimento da sua execução por determinação judicial ou outro motivo justificável, ficando suspensa a contagem pelo período em que perdurar o impedimento.

Embora as novidades que a ANEEL vem buscando contemplar em sua nova norma não sejam tão amplas ou radicais no que toca ao inadimplemento da fatura de energia elétrica mensal (consumo regular), há o intuito claro de harmonizar todos os envolvidos na busca de um relacionamento entre as concessionárias e seus consumidores cada vez mais transparente e seguro, evitando, conseqüentemente, um volume considerável de reclamações administrativas e processos judiciais que em muitas das vezes seria facilmente resolvido pela presença de normas positivadas e mais amplamente divulgadas para conhecimento de todos.

6. ATUAIS ALTERAÇÕES NA REGULAMENTAÇÃO DO FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA NO BRASIL

Nos últimos quinze anos várias mudanças governamentais e regulatórias ocorreram no cenário envolvendo o setor de energia elétrica no Brasil.

No que diz respeito, em especial, às empresas responsáveis pelo nicho de distribuição de energia elétrica aos consumidores em geral, estas realizaram, em quase sua totalidade, a migração da gestão de seus negócios, antes de responsabilidade exclusiva do setor público, para o setor privado, através do regime de concessão.

Em conjunto com esta nova forma de atuação e orientação governamental veio, também, a evolução no trato legislativo no tocante às condições gerais de fornecimento de energia elétrica, visando aprimorar o relacionamento entre os agentes responsáveis pela prestação do serviço público e os consumidores em geral.

Foi então que, festejando a era de privatizações no Brasil e após o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/90), a então jovem ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica editou a Resolução nº 456/2000, buscando imprimir modernização e consolidação das normas inerentes ao setor elétrico.

6.1. Combate ao consumo fraudulento de energia elétrica no Brasil

Junto ao conjunto de consumidores em geral, duas frentes de consumo de energia elétrica podem ser muito bem delimitadas nas rotinas das concessionárias distribuidoras, àquelas decorrentes do consumo regular de energia (inerente ao consumidor regular e geradora da fatura de cobrança mensal), e o funesto consumo fraudulento de energia.

De forma geral, pode-se entender o consumo fraudulento de energia como sendo aquele em que, apesar da fruição plena do produto (energia) pelo consumidor, em decorrência do emprego de procedimentos irregulares não atribuíveis e não autorizados pela distribuidora, burlam os equipamentos de medição do consumo, provocando o faturamento inferior ao correto ou até mesmo nulo pelo serviço prestado.

A par dos enormes prejuízos que tal prática causa às concessionárias de energia, situação esta em muito agravada pelos anos de desídia e falta de investimento da gestão anteriormente pública, o combate efetivo à fraude passou a ser uma política de extrema relevância para o saneamento das contas e estancamento das perdas das concessionárias, agora em poder da gestão privada.

Embora a Resolução nº 456/2000 da ANEEL, preveja em seu bojo os principais procedimentos para a constatação da fraude, os requisitos necessários para a formalização da notícia ao consumidor, hipóteses de suspensão do fornecimento de energia elétrica e fórmulas específicas de cálculo para recuperação das perdas, no mais das vezes, em muitas oportunidades as regras existentes não atendem a necessidade das partes envolvidas ou não encontram respaldo no Poder Judiciário.

Entre as inúmeras críticas feitas a atual Resolução vigente, representantes do Ministério Público, de órgãos de Defesa do Consumidor e Magistrados responsáveis pelos

julgamentos das demandas entre outros, apontam para a existência de um procedimento de constatação da fraude extremamente unilateral, pouca clareza nas hipóteses e formas de elaboração dos cálculos de recuperação e, por fim, a efetivação do corte no fornecimento de energia elétrica de forma, eventualmente, precoce e pouco clara.

Após acalorados debates entre os mais diversos representantes de todas as partes interessadas, e embora a questão ainda seja polêmica, a ANEEL contemplando o movimento de aprimoramento e orientação do Poder Judiciário no julgamento de milhares de demandas em vários Estados da Federação envolvendo o combate a fraude, há vários meses atrás iniciou os debates e trabalhos para a reformulação das regras até então vigentes na Resolução nº 456/2000, a qual começa a apresentar seus novos resultados.

6.2. Expectativa e novas regras inerentes ao consumo fraudulento de energia elétrica em Resolução a ser editada pela ANEEL

Considerando as sugestões recebidas em Audiência Pública nº 008/2008 e após profundo estudo e discussões envolvendo várias entidades representativas a ANEEL já vem divulgando as novas regras e novidades que serão contempladas em sua próxima Resolução, a ser publicada ainda no ano de 2009, estabelecendo as regras e condições gerais para o fornecimento de energia elétrica no Brasil.

No campo específico da regulamentação, quanto à constatação e recuperação de receitas oriundas do emprego de procedimentos irregulares, várias são as novidades, sendo que algumas delas merecem destaque:

Constatação da fraude: i) amplia a regulamentação no tocante a forma e procedimentos no momento da constatação contemplado a possibilidade de obtenção de provas visuais da fraude pelo emprego de fotografias e vídeos; ii) prevê a possibilidade de retirada do medidor, mediante acondicionamento em invólucro lacrado, identificável e entrega de comprovante ao consumidor.

Cálculos de recuperação de consumo: i) as modalidades de cálculo devem ser empregadas de forma sempre sucessiva; ii) amplia as modalidades de cálculo, em especial, trazendo a possibilidade de valoração mediante a média de consumo pós regularização; iii) altera os valores e forma de imposição do custo administrativo segregando diferentes grupos de consumidores.

Corte e pagamento do consumo: i) regulamenta a forma de notificação e prazos a serem obedecidos pela concessionária, em caso de suspensão do fornecimento de energia elétrica; ii) prevê a possibilidade de parcelamento do débito que poderá ser incluído nas faturas de energia subsequentes.

Analisando a ampliação e especificidade nas regras que vêm sendo anunciadas pela ANEEL, se constata de forma cristalina que a nova regulamentação vem apenas normatizar vários procedimentos que já vinham sendo empregados na prática ou então impostos pelo Poder Judiciário, demonstrando, assim, um claro sinal na evolução das relações comerciais e dos anseios entre concessionárias e consumidores.

Dessa forma, as concessionárias de distribuição de energia elétrica podem aguardar para um futuro próximo a edição da nova Resolução ANEEL que acarretará, mais do que a

necessidade de algumas adequações em seus procedimentos administrativos internos, em uma maior transparência e segurança em suas relações com consumidores em geral.

Não obstante o direito de receber dos consumidores a devida contraprestação pelos serviços que lhes são prestados, o exercício de atividade econômica na forma da prestação de um serviço público, sobretudo de ordem essencial, obriga às concessionárias de energia elétrica a responsabilização pela prática de atos danosos aos consumidores de seus serviços, bem como a terceiros

7. A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CONCESSIONÁRIAS DE ENERGIA ELÉTRICA

A responsabilidade civil impõe ao agente a obrigação legal de tornar indene a vítima do dano, de modo a reparar-lhe o dano ou ressarcir-lhe o prejuízo causado por sua conduta antijurídica.

Hoje, ao contrário do que lecionava a doutrina clássica, o dano a ser reparado não será necessariamente de ordem patrimonial, ainda que, para fins de indenização, possa ser expresso em valores monetários.

Na responsabilidade civil, encontramos o regime menos estrito de todos, pois enquanto na penal e administrativa, geralmente, somente se sanciona o dolo, e excepcionalmente a culpa, no caso da primeira basta a caracterização da culpa, sendo desnecessária a demonstração do dolo.

Partindo-se de um sistema no qual a regra era a da responsabilidade subjetiva, a evolução levou à ampla aceitação da idéia da responsabilidade objetiva para casos determinados, a partir da previsão em situações específicas de presunção de culpa e de responsabilidade sem culpa.

Atualmente, no que se refere à Responsabilidade Civil, o sistema adotado é o *dúplice*, com as seguintes regras gerais: uma de responsabilidade subjetiva (CC, art. 186) e outra de responsabilidade objetiva (art. 927, parágrafo único).

Nesse diapasão, as concessionárias de energia elétrica, por força dos artigos 12 do Código de Defesa do Consumidor, artigo 10 da Resolução 456/2000, e artigo 10 da Resolução 61/2004, ambas da ANEEL, respondem, objetivamente, pelos danos causados.

Portanto, até o ponto de entrega da energia elétrica, a concessionária deverá adotar todas as providências com vistas a viabilizar o fornecimento, observadas as condições estabelecidas na legislação e regulamentos aplicáveis, bem como operar e manter o seu sistema elétrico, respondendo, independentemente da existência de culpa, pelos danos causados a equipamentos de consumidores.

Porém, como o Código de Defesa do Consumidor não adotou a Teoria do Risco Integral, admitiu, por conseguinte, excludentes de responsabilidade Civil, na hipótese de rompimento do nexo causal.

Daí por que, e em razão do que dispõe o Estatuto Consumerista, alguns fatores afastam o dever de indenizar da concessionária, quais sejam: (i) a culpa exclusiva do consumidor (ii) ou de terceiro e (iii) o caso fortuito ou de força maior.

Nesse sentido, a própria Resolução 456/2000 da ANEEL, em seu artigo 99, e em estrito cumprimento ao Código de Defesa do Consumidor prevê a exclusão da Responsabilidade Objetiva, na hipótese de má utilização e conservação por parte dos usuários da unidade consumidora ou em razão do uso inadequado da energia, ainda que precedido de vistoria. Assim, e por conta deste dispositivo legal, a concessionária de energia poderá se eximir de indenizar nas hipóteses de culpa exclusiva do consumidor ou do terceiro, ou ainda, nas situações que configuram caso fortuito ou força maior.

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já se posicionou nesse sentido, como assentado em precedente da Corte, a saber *“o fato de o artigo 14, § 3º do CDC não se referir ao caso fortuito e à força maior, ao arrolar as causas de isenção de responsabilidade do fornecedor de serviços, não significa que, no sistema por ele instituído, não possam ser invocadas.”*(Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Resp. nº 330.523/SP)

Na mesma linha de raciocínio, alguns doutrinadores ao tratar do tema referente às excludentes da responsabilidade civil objetiva afirmam que: *“... se aquele que não é partícipe da relação de consumo ocasionar o dano, rompe-se o nexos causal entre a ação do fornecedor e o dano causado ao consumidor.”*⁹

Portanto, pode-se concluir que nas hipóteses de culpa exclusiva do consumidor ou do terceiro, ou ainda, configurados o caso fortuito ou força maior, a responsabilidade civil objetiva da concessionária estará afastada, e, por conseguinte, o dever de indenizar.

A garantia de segurança no local trabalho em empresas do setor elétrico tem sido uma preocupação constante para o legislador infraconstitucional, conforme observa na legislação trabalhista brasileira.

No tópico abaixo, após breves considerações a respeito de insalubridade e periculosidade, base de cálculo e valor dos respectivos adicionais serão abordadas, especificamente, regras aplicáveis ao setor elétrico. Por fim, serão mencionadas medidas que as empresas desse ramo da economia poderão adotar para mitigar eventual passivo trabalhista no que se refere à saúde e a segurança no trabalho.

8. REGRAS RELATIVAS À SAÚDE E SEGURANÇA OCUPACIONAL APLICÁVEIS AO SETOR ELÉTRICO

8.1. Insalubridade: conceito e recentes alterações na base de cálculo

De acordo com a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), são consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância

⁹ DENARI, Zelmo. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*.

fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.¹⁰

A CLT também determina que Ministério do Trabalho deverá aprovar o quadro das atividades e operações insalubres e adotar normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes.¹¹ Atualmente, tal normatização é feita pela Norma Regulamentadora 15 (NR 15) do Ministério do Trabalho e Emprego.

O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegurava a percepção de adicional de, respectivamente, 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo.¹²

Todavia, desde meados de 2008, o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento no sentido de que o valor do salário-mínimo não deve ser utilizado como base de cálculo do adicional de insalubridade.¹³ Tal posicionamento também foi, posteriormente adotado, pelo Tribunal Superior do Trabalho, que determinou que o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em norma coletiva, mantidas as alíquotas originalmente previstas em lei.¹⁴

De qualquer forma, o adicional de insalubridade, pago conforme as alíquotas supramencionadas possuem natureza salarial para todos os efeitos legais, enquanto for devido.¹⁵

Cabe esclarecer, que o trabalho executado em caráter intermitente, em condições insalubres, não afasta, por si só, o direito à percepção do respectivo adicional.¹⁶ Na incidência de mais de um fator de insalubridade, será considerado apenas o de grau mais elevado, para efeito do cálculo do adicional, vedada a percepção cumulativa.

8.2. Conceito de periculosidade e regras específicas em relação ao setor elétrico

São consideradas atividades ou operações perigosas, de acordo com a lei, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem o contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado.¹⁷ Os conceitos de substância explosiva e inflamável estão contidos, respectivamente, nas Normas Regulamentadoras nº 19 (NR 19) e nº 20 (NR 20) do Ministério do Trabalho e Emprego.

Também é considerada atividade perigosa o trabalho em Sistemas Elétricos de Potência (SEP), instalações elétricas energizadas em Alta Tensão (AT) e outras formas de eletricidade, para as quais a lei prevê medidas específicas de proteção, tanto no âmbito coletivo quanto no individual.

¹⁰ Cf. art. 189 da CLT.

¹¹ Cf. Art. 190 da CLT.

¹² Cf. Art. 192 da CLT.

¹³ Cf. Súmula vinculante nº 4 do STF.

¹⁴ Súmula 228 do TST.

¹⁵ Súmula 139 do TST.

¹⁶ Cf. Súmula 47 TST.

¹⁷ Cf. art. 193, caput, da CLT.

Dentre as medidas de proteção coletiva aplicáveis ao setor elétrico previstas em lei destacam-se: (i) desenergização elétrica (prioritariamente), (ii) emprego de tensão de segurança (prioritariamente); (iii) isolação das partes vivas, (iv) obstáculos, (v) barreiras, (vi) sinalização, (vii) sistema de seccionamento automático de alimentação, (viii) bloqueio do religamento automático; e, (ix) aterramento das instalações elétricas.¹⁸

Nos trabalhos em instalações elétricas, quando as medidas de proteção coletiva forem tecnicamente inviáveis ou insuficientes para controlar os riscos, devem ser adotados equipamentos específicos de proteção individual, adequados às atividades desenvolvidas.

Nesse sentido, as vestimentas de trabalho devem ser adequadas às atividades, devendo contemplar a condutibilidade, inflamabilidade e influências eletromagnéticas. Também é vedado o uso de adornos pessoais nos trabalhos com instalações elétricas ou em suas proximidades.

Para atividades em instalações elétricas deve ser garantida ao trabalhador iluminação adequada e uma posição de trabalho segura, de forma a permitir que ele disponha dos membros superiores livres para a realização das tarefas.

Ademais, os serviços em instalações elétricas energizadas em AT, bem como aqueles executados no SEP não podem ser realizados individualmente.¹⁹

Como medida adicional de segurança, registre-se que todo trabalho em instalações elétricas energizadas em AT, bem como aquelas que interajam com o SEP, somente pode ser realizado mediante ordem de serviço específica para data e local, assinada por superior responsável pela área.

Os eletricitários possuem o dever de não só zelar pela sua segurança e saúde, mas também a de outras pessoas que possam ser afetadas por suas ações ou omissões no trabalho; responsabilizar-se junto com a empresa pelo cumprimento das disposições legais e regulamentares, inclusive quanto aos procedimentos internos de segurança e saúde; e comunicar, de imediato, ao responsável pela execução do serviço as situações que considerar de risco para a sua segurança e saúde e a de outras pessoas.

Por outro lado, os trabalhadores podem interromper suas tarefas e exercer o direito de recusa, sempre que constatarem evidências de riscos graves e iminentes para a sua segurança e saúde ou a de outras pessoas, comunicando imediatamente o fato a seu superior hierárquico, que diligenciará as medidas cabíveis.

As empresas de energia também possuem obrigações em relação à saúde e segurança dos eletricitários. As instalações elétricas devem ser construídas, montadas, operadas, reformadas, ampliadas, reparadas e inspecionadas de forma a garantir a segurança e a saúde dos trabalhadores e dos usuários, e serem supervisionadas por profissional autorizado, conforme dispõe a lei.

¹⁸ Cf. NR 10 do MTE.

¹⁹ Cf. NR 10 do MTE.

Ademais, nos trabalhos e nas atividades com sistemas elétricos devem ser adotadas medidas preventivas destinadas ao controle dos riscos adicionais, especialmente quanto a altura, confinamento, campos elétricos e magnéticos, explosividade, umidade, poeira, fauna e flora e outros agravantes, adotando-se a sinalização de segurança.

Registre-se também que nos locais de trabalho só podem ser utilizados equipamentos, dispositivos e ferramentas elétricas compatíveis com a instalação elétrica existente, preservando-se as características de proteção, respeitadas as recomendações do fabricante e as influências externas.

8.3. Adicional de periculosidade: base de cálculo

O trabalho em condições de periculosidade, seja devido ao contato com substâncias inflamáveis, com substâncias explosivas ou com sistemas elétricos, assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa.²⁰

O adicional de periculosidade possui natureza salarial para todos os fins legais²¹, e não poderá ser cumulado com o adicional de insalubridade. Dessa forma, caso o empregado esteja exposto tanto a condições insalubres quanto a condições perigosas, deverá optar pelo recebimento do adicional que lhe for mais benéfico.²²

Faz jus ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, se sujeita a condições de risco. Indevidamente, apenas, quando o contato dá-se de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido.

Registre-se ainda que, de acordo com os Tribunais, a fixação do adicional de periculosidade, em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco, deve ser respeitada, desde que pactuada em acordos ou convenções coletivos.²³

8.4. Caracterização e neutralização de condições de trabalho insalubres ou perigosas.

A caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, serão feitas por meio de perícia a cargo de Médico ou Engenheiro do Trabalho, registrados no Ministério do Trabalho e Emprego.²⁴

Dessa maneira, se o pagamento do adicional de insalubridade ou de periculosidade for eventualmente pleiteado em juízo, seja pelo empregado, seja pelo Sindicato em favor de grupo de associados, o juiz designará perito habilitado, e, onde não houver, requisitará perícia ao órgão competente do Ministério do Trabalho.²⁵

²⁰ Cf. art. 193, § 1º, da CLT; bem como Súmula 191 do TST.

²¹ Cf. Súmula 132 TST.

²² art. 193, § 2º, da CLT.

²³ Cf. Súmula 364 do TST. No mesmo sentido, ver Súmula 361, que trata especificamente do adicional de periculosidade devido aos eletricitários.

²⁴ Cf. art. 195 *caput*, CLT

²⁵ Cf. art. 195 § 2º, CLT

Nesse sentido, a realização de perícia é obrigatória para a verificação de insalubridade e de periculosidade. Quando não for possível sua realização, como em caso de fechamento da empresa, poderá o juiz utilizar-se de outros meios de prova.²⁶

Importante lembrar que a perícia judicial supramencionada não dispensa o enquadramento da atividade entre as insalubres ou perigosas, que é ato da competência do Ministro do Trabalho e Previdência Social.²⁷

A eliminação ou a neutralização de eventual condição de trabalho insalubre ou perigosa ocorrerá com a adoção de medidas que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância ou com a utilização de equipamentos de proteção individual (EPI) pelo trabalhador, que diminuam a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância.²⁸ Uma vez eliminado do risco à sua saúde ou integridade física, o empregado não terá mais direito ao adicional de insalubridade ou de periculosidade.²⁹

Tal entendimento é confirmado pelos Tribunais do Trabalho, para os quais a eliminação da insalubridade mediante fornecimento de aparelhos protetores aprovados pelo órgão competente do Poder Executivo exclui a percepção do respectivo adicional.³⁰

Não obstante, o simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade. Cabe-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, entre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado.³¹

Importante ressaltar também que, de acordo com os Tribunais, a reclassificação ou a descaracterização da insalubridade, por ato da autoridade competente, repercute na satisfação do respectivo adicional, sem ofensa a direito adquirido ou ao princípio da irredutibilidade salarial.³²

8.5. Sugestões práticas para evitar contingências relacionadas à insalubridade e periculosidade

À luz das leis e dos entendimentos dos Tribunais acima mencionados, o empregador pode adotar algumas estratégias para evitar eventual contingência em relação a questões relativas a saúde e segurança ocupacional trabalhista, dentre as quais destacam-se: (i) proceder à correta verificação do grau de insalubridade e periculosidade eventualmente existente na empresa, mediante perícia; (ii) fornecer, mediante recibo, EPI e EPC devidamente certificado aos empregados que trabalhem em condições insalubres ou perigosas, em periodicidade adequada; (iii) orientar e fiscalizar o correto uso do EPI e do EPC fornecidos; e (iv) proceder ao pagamento do adicional, conforme o caso.

Ademais, a empresa deverá manter em funcionamento, conforme os requisitos legais, no que se refere a correto dimensionamento, bem como a correspondente documentação, no

²⁶ Orientação Jurisprudencial nº 278 da SDI-1 TST.

²⁷ Súmula nº 460 do STF.

²⁸ Cf. art. 191 da CLT.

²⁹ Cf. art. 194 da CLT.

³⁰ Cf. Súmula nº 80 do TST.

³¹ Cf. Súmula nº 289 do TST.

³² Cf. Súmula nº 248 do TST.

que se refere a: CIPA (Comissão Interna de Prevenção de Acidentes); SESMT (Serviço Especializado em Engenharia e Segurança do Trabalho); PPRA (Programa de Prevenção de Riscos Ambientais), geralmente definido pelos integrantes da CIPA e executado pelo SESMT; PCMSO (Programa de Controle Médico e Saúde Ocupacional), geralmente executado pelo médico integrante do SESMT; e LTCAT.

O exercício de atividades que expõem o trabalhador a riscos, além do próprio acidente do trabalho, igualmente causa repercussão no campo das relações previdenciárias conforme demonstram os tópicos seguintes.

9. MAJORAÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DECORRENTE DA EXPOSIÇÃO DE EMPREGADOS A ATIVIDADES NOCIVAS

A verificação da isonomia pressupõe a contextualização dos objetos apreendidos. No âmbito da Seguridade Social, a identidade deve ser aferida em face do risco social. Riscos diferentes exigem tratamentos desiguais, da mesma forma que riscos iguais pressupõem o mesmo tratamento.

O valor social do trabalho valoriza as contribuições previdenciárias. O liame entre a hipótese de incidência e a base de cálculo desse tributo com as relações laborais é inexorável. Ocorre que nem todas as formas de trabalho se identificam, sobretudo quanto ao ambiente onde são exercidos.

O ambiente inóspito maximiza a probabilidade do risco, pois aproxima, no plano presumido, o trabalhador da contingência determinada. Essa especialidade justifica, no âmbito da proteção, um benefício alternativo, que antecipa a jubilação proporcionalmente ao grau de nocividade em que o segurado se encontra exposto.

Os trabalhos comuns admitem aposentadoria ordinária, para os homens, aos 35 anos de tempo de contribuição, e às mulheres aos 30 de tempo de contribuição. O exercício de atividade especial, graduada em três níveis, reduz substancialmente o tempo de contribuição necessário à aposentação.

Para ambos os segurados, homens ou mulheres, o tempo de contribuição, em se tratando de atividades nocivas, é reduzido para 15, 20 ou 25 anos, dependendo do grau de nocividade em que se encontra submetido.

Nocividade não é sinônimo de insalubridade, periculosidade ou penosidade. Esses defeitos da relação laboral pertencem ao contexto do direito do trabalho. Nocividade não decorre da incidência do agente sobre o trabalhador, mas da simples exposição desse ao agente caracterizado pelo direito como nocivo.

O trabalhador exposto a agentes nocivos necessariamente não exerce atividade insalubre, sobretudo porque a utilização de Equipamentos de Proteção Individual – EPI eficazes neutralizam a incidência do agente evitando a insalubridade da atividade. Inobstante essa neutralização, o EPI não sana a exposição, que se encontra intimamente ligada ao ambiente de trabalho.

O elemento que caracteriza a atividade como nociva, portanto, não é a função, mas o ambiente de trabalho. A existência de agentes nocivos em determinado ambiente de trabalho importa na imediata caracterização de todas as atividades exercidas nesse ambiente como nocivas.

A antecipação da aposentadoria se justifica, pois, na elevação da probabilidade do dano. O ambiente nocivo majora a probabilidade da invalidez, justificando um tratamento diferenciado para as atividades sujeitas à esse contexto.

A contribuição previdenciária é mensurada através da probabilidade da ocorrência do dano (risco social). Quanto maior for essa probabilidade, maior será o custeio necessário ao equilíbrio financeiro e atuarial. É por essa razão, senão outra, que algumas empresas pagam contribuições maiores do que as outras.

Essa relação de equidade não se manifesta tão-somente na contribuição previdenciária para o Seguro Acidente do Trabalho – SAT. O método também age sobre o custeio da aposentadoria especial, impondo uma majoração das contribuições previdenciárias às empresas que mantêm ambientes nocivos.

Diferentemente da contribuição previdenciária para o SAT, a contribuição para o custeio da aposentadoria especial não incide sobre a totalidade da folha de remunerações empregados, porém apenas sobre a folha de remunerações dos empregados expostos à nocividade.

A majoração, semelhantemente à apuração do fato imponible do benéfico, também observa a proporcionalidade. Quanto maior for o grau de nocividade, maior será a alíquota incidente; a nocividade elevada (15 anos) justifica alíquota de 12%, a nocividade moderada (20 anos) de 9%, e a nocividade mínima (25 anos) de 6%.

A identificação do grau pressupõe o conhecimento pericial dos ambientes de trabalho existentes em cada estabelecimento da empresa. Esse conhecimento, via de regra, dá-se pelo Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho – LTCAT ou pelo Programa de Prevenção de Riscos Ambientais do Trabalho – PPRA.

Essa situação é melhor compreendida através do exemplo. Imaginemos a seguinte empresa:

	Espécie de Atividade			
	Comum	Especial 15	Especial 20	Especial 25
Remunerações de cada espécie	20.000,00	5.000,00	15.000,00	10.000,00
Total de remunerações	50.000,00			

Além da contribuição previdenciária de 20% incidente sobre o total das remunerações (50.000,00), e da contribuição previdenciária para o SAT à razão de 1%, 2% ou 3% da mesma base de cálculo, essa empresa também terá que pagar: 12% sobre 5.000,00, 9% sobre 15.000,00 e 6% sobre 10.000,00, isto é: 2.550,00.

Não obstante a legalidade dessa contribuição há dúvidas quanto a sua constitucionalidade, notadamente porque o custeio foi criado após a prestação, e num momento de considerável redução da concessão dessa prestação. Ademais, para evitar essa tributação, as empresas podem adequar seus documentos periciais à legislação previdenciária, descaracterizando a nocividade de determinados ambientes ante a aplicação de critérios mais conservadores.

10. EFEITOS DO ACIDENTE DO TRABALHO NAS RELAÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

O acidente do trabalho importa à vários ramos do direito. O direito do trabalho ocupa-se desse fenômeno na apuração de responsabilidade, na identificação de estabilidade e na manutenção dos depósitos fundiários.

O direito tributário releva esse fenômeno nas obrigações tributárias principal e acessória. Nas obrigações principais, o acidente do trabalho se apresenta como majorador de alíquota, haja vista que interessa ao Fator Acidentário de Prevenção. Nas relações acessórias, o fenômeno importa à Guia de Fundo de Garantia e Informações à Previdência Social – GFIP, na medida em que o acidente do trabalho recebe tratamento específico.

Além desses efeitos, o acidente do trabalho também repercute nas relações previdenciárias. No campo da proteção, o acidente do trabalho, como espécie de acidente de qualquer natureza, isenta a carência possibilitando a concessão de aposentadorias e auxílios sem a necessidade de aportes financeiros. Nessa seara não há outra conseqüência, sobretudo porque o benefício concedido em razão do acidente do trabalho tem o mesmo valor da prestação decorrente de outra causa.

A ocorrência do acidente do trabalho, notadamente se decorrente de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho, gera outra conseqüência previdenciária. Essa situação autoriza a Previdência Social regressar contra a empresa negligente os valores gastos com o custeio do benefício previdenciário decorrente. A Previdência Social, quando verificado o evento-causa, transfere à empresa a obrigação financeira de custear o benefício, sem prejuízo da ação de reparação movida pelo empregado acidentado ou pelos seus dependentes.

A possibilidade de regresso encontra-se prevista na legislação previdenciária desde 1991. Sem embargo dessa autorização, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS raramente se utilizava dessa ação. Essa situação se alterou em 2006, ano em que se verificou uma substancial elevação no número de ações regressivas. Os dados de 2007 e 2008 provam a alteração de postura não foi pontual, haja vista que a elevação se tornou exponencial.

O INSS espera com essa ação regressar algo próximo de 13 bilhões de reais. As perspectivas são boas, pois a jurisprudência dos tribunais regionais vem confirmando a constitucionalidade dessa medida. O Superior Tribunal de Justiça – STJ já analisou algumas medidas; a incipiência dos dados, porém, impossibilita a verificação da direção. Sem embargo de algumas arguições de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal – STF ainda não analisou a constitucionalidade do artigo 120 da Lei n. 8.213/91, que fundamenta a pretensão.

Esse contexto, sobretudo negativo para as empresas, impõe a prevenção. Ao invés de esperar o regresso e combater uma tendência jurisprudencial negativa, as empresas devem

prevenir a constituição do dado regressado, provando na esfera administrativa que os pressupostos do regresso não se encontram presentes. Não se trata de medida sanitária, mas de postura jurídica para descaracterizar a negligência ou a natureza acidentária do evento, que na maioria das vezes é identificada através de métodos estatísticos.

Por meio dessas medidas preventivas, a empresa poderá mitigar o risco da ação de regresso, evitando contingências muito elevadas. Frisa-se que a pretensão do INSS não objetiva tão-somente o recebimento dos valores vencidos, como também a constituição de um fundo previdenciário para o custeio do benefício até a provável extinção (morte do beneficiário).

Uma vez finalizada a análise de algumas importantes questões de ordem trabalhista e previdenciárias tratadas nos tópicos anteriores cabem alguns esclarecimentos acerca do rentável mercado de carbono e sua importância para os países em desenvolvimento como é o caso do Brasil.

11. O MERCADO DE CARBONO NO BRASIL

Um dos assuntos mais importantes em voga no Brasil, nos dias atuais, é o aquecimento global provocado pela emissão dos gases do efeito estufa (GEE) e suas conseqüências nefastas para a economia mundial, causadas pelo aumento da temperatura global que estima-se, se eleve em até 5°C até o ano de 2.100.

Nesse contexto de caos anunciado, em que catástrofes climáticas, como inversões térmicas, secas e inundações, já vem sendo verificadas, o Protocolo de Kyoto criou uma excelente oportunidade econômica para os países em desenvolvimento, qual seja, a elaboração de projetos de MDL - Mecanismo de Desenvolvimento Limpo.

Os Projetos de MDL permitem que países desenvolvidos financiem projetos de redução de emissões de gases de efeito estufa e comprem os volumes de redução de emissões de gases dos países em desenvolvimento, de forma que a possibilitar o cumprimento das metas estabelecidas no Protocolo de Kyoto.

No Brasil, o mercado de Crédito de Carbono movimentou aproximadamente US\$ 1 bilhão em 2008 e o Brasil consolidou-se na terceira posição em números de projetos de MDL, logo atrás da China e da Índia.

Para que um projeto de MDL resulte em reduções certificadas de emissões (RCEs) comercializáveis, as atividades nele compreendidas têm de passar por sete etapas de análise: (i) elaboração um documento de concepção de projeto (DCP), usando a metodologias já aprovadas ou que venham a ser aprovadas pelas várias instâncias responsáveis; (ii) validação (verificação se o projeto está em conformidade com a regulamentação do Protocolo de Kyoto); (iii) aprovação pela Autoridade Nacional Designada (AND), que no caso do Brasil é a Comissão Interministerial de Mudança Global do Clima (CIMGC), que analisa se o projeto contribui para o desenvolvimento sustentável; (iv) submissão ao Conselho Executivo para registro; (v) monitoramento; (vi) verificação/certificação e (vii) emissão de unidades segundo o acordo de projeto.

Após emitidas, as RCEs estarão aptas a serem comercializadas no mercado financeiro. O comércio de RCEs apresenta todas as características de um mercado concentrado e organizado, utilizando-se de bolsas de mercadorias e de futuros semelhante as negociações tradicionais de "commodities" agrícolas. Essas bolsas demonstram a transparência do andamento livre das negociações para o mercado, difundindo as informações em escala mundial, aproximando os compradores e vendedores.

No Brasil, a Bolsa de Mercadorias e Futuros ("BM&F") foi a primeira bolsa de países emergentes a negociar créditos de carbono gerado pelo MDL no âmbito do Protocolo de Kyoto, concorrendo com os mercados importantes na Europa, na Ásia e nos EUA.

Todos os projetos enquadrados no programa brasileiro de Incentivo às fontes alternativas de Energia Elétrica, como a eólica, biomassa e PCH, por exemplo, são passíveis de gerar crédito de carbono, constituindo assim um fonte muito atrativa de receita às empresas do setor.

Não obstante os altos ganhos que o mercado de carbono possibilita aos países, o mundo vive um momento crítico relacionado à produção e demanda de energia. O cenário atual, que contrapõe o crescente aumento na demanda global por energia à perspectiva de esgotamento próximo dos combustíveis fósseis, poluição ambiental e aquecimento global, expõe os sinais de sobrecarga do modelo energético mundial que sinaliza para a necessidade estratégica de mudanças.

12. INCENTIVOS À PRODUÇÃO DE ENERGIAS RENOVÁVEIS NO BRASIL - DESENVOLVIMENTO ESTRATÉGICO DO SETOR ENERGÉTICO BRASILEIRO

As fontes renováveis de energia, comumente referidas como Energias Renováveis, surgem como ponto de contato entre as preocupações do setor energético e possível solução para o dilema, relacionando a produção de energia com a redução dos níveis de poluição.

12.1. Matriz energética brasileira

Graças ao álcool (etanol) e às energias hidrelétricas, o Brasil ocupa hoje posição privilegiada em relação ao restante do mundo quando o assunto é matriz energética. Aproximadamente 45% de toda energia consumida no país advém de fontes consideradas renováveis, quase 3 vezes mais que a média global de 14%.

Entretanto, não obstante o excelente posicionamento da matriz energética brasileira, o desenvolvimento de novos projetos de produção de energias renováveis tem que ser sempre incentivado. Isso porque a pressão das fontes de energia consideradas poluentes é importante, sobretudo quando considerados os custos de produção e utilização de tais energias³³.

12.2. Incentivos à produção de energias renováveis no Brasil

³³ Na maioria absoluta das vezes, o custo de produção em larga escala das energias não-renováveis é significativamente inferior ao das energias renováveis.

O Brasil vem ao longo dos últimos 5 (cinco) anos criando várias ferramentas visando incentivar os investidores privados a desenvolver projetos relacionados às energias renováveis.

Além de alguns vários projetos de lei em tramitação no Congresso³⁴, uma gama de iniciativas têm sido implementadas para beneficiar o setor de energias renováveis, dentre os quais citamos:

(i) Processo Simplificado de Licenciamento Ambiental (Resolução Conama 279/2007): estabelece prazos de até 60 dias para a concessão de cada licença ambiental, com prioridade de análise e previsão de estudos simplificados.

(ii) Processo Simplificado para a concessão de outorgas - submetidas a autorização simples (e não processos licitatórios) e isentas de declarações de Uso de Bem Público³⁵.

(iii) Criação de mercado reservado para venda de energias renováveis: consumidores de demandas significativas, mas que inicialmente estariam excluídos do mercado livre de energia, podem adquirir energia advinda de Pequenas Centrais Hidrelétricas.

(iv) Redução de 50% nas Tarifas de Uso e Distribuição de Energia Elétrica (TUSD e TUST) para energia advinda de fontes renováveis.

Diversos outros benefícios são dados de forma a atribuir benefícios econômicos aos projetos elétricos em geral³⁶, sem excluir a possibilidade de inscrição dos projetos de energias renováveis nos Mecanismos de Desenvolvimento Limpo, criados pelo Protocolo de Kyoto.

Ponto que chama a atenção e que não raro é objeto de questionamentos dos investidores, é a segurança dos incentivos concedidos para a implementação dos projetos. Como a grande parte dos incentivos decorre de resoluções e atos normativos do próprio Estado, não há necessária vinculação jurídica que garanta que estariam todos à disposição dos investidores no curso do longo prazo de amortização de seus investimentos. Sob o ponto de vista

³⁴ PL 1563/2007, PL 7692/2006, PL 2505/2007, PL 2023/2007, PL 523/2007, PL 630/2003, etc.

³⁵ Art. 26º da Lei 9.427/96 e Res. ANEEL 395/98.

³⁶ Sub-rogação da Participação da CCC em Sistemas Elétricos Isolados: CCC é a Conta de Consumo de Combustíveis Fósseis de Sistemas Isolados e foi criada em 1973. Sua idéia é impor o rateio do ônus/Bônus gerado pela produção de energia via combustíveis fósseis nos sistemas isolados. Seu valor compõe o cálculo da TE e seu pagamento é suportado pelos Agentes de Distribuição e Transmissão. Participação no MRE – ainda que a energia Gerada não seja despachada de forma centralizada (Garantia de comercialização de Energia): O MRE permite o compartilhamento do risco hidrológico entre os geradores. As usinas com maior disponibilidade de água em seus reservatórios podem eventualmente gerar mais energia para compensar a queda no nível dos reservatórios de outros empreendimentos. Dispensa do Pagamento da Compensação Financeira: Resolução 87/2001 da ANEEL que prevê o pagamento de Compensação Financeira pela Utilização de Recursos Hídricos para Geração Hidrelétrica; Isenção da Aplicação de 1% da Receita Operacional Líquida em R&D do Setor Elétrico: Art. 24 da Lei 10.438/2002, que altera o art. 2º da Lei 9.991/2000; Não Participa da Contabilização do Limite de Auto-Suprimento (Self-Dealing) das Distribuidoras: Regras para concentração na produção/distribuição de energia criadas pela Resolução ANEEL 278/2001.

prático, tais incentivos poderiam ser modificados dependendo das alterações de orientações de governo.

Os investimentos em energias renováveis podem ser excelentes e lucrativas opções, mas recomenda-se cuidado e bom acompanhamento jurídico na formulação do negócio para que sua estrutura seja devidamente cercada de todas as garantias ao capital investido e às taxas de retorno previstas.

13. CONCLUSÃO

O presente estudo procurou abordar as principais questões afetas ao tema Energia, tais como as referentes aos aspectos institucionais do Setor no Brasil, aos contratos de energia e os ambientes de contratação, responsabilidade civil das concessionárias de energia elétrica, regras relativas à saúde e segurança ocupacional aplicáveis ao Setor, reflexos previdenciários inerentes às atividades laborais nele desempenhadas, mercado de carbono, energias renováveis, dentre outras.

O Almeida Advogados é um escritório de advocacia focado no ambiente de negócios corporativos, tendo como maior premissa buscar entender o mercado de cada um de seus clientes, as nuances de cada indústria, a cultura corporativa e os objetivos de cada empresa. Do ponto de vista jurídico, tal enfoque nos permite estruturar e proporcionar o atendimento de nossos clientes de uma maneira mais segura e econômica.

Nascido de uma união de profissionais competentes, comprometidos com a prática jurídica, cujas atividades são focadas em prestar serviços jurídicos para empresas brasileiras e estrangeiras nas áreas da consultoria jurídica empresarial, gestão de risco e consultoria contenciosa em geral, o Almeida Advogados também desempenha um importante papel na prestação de serviços jurídicos e de consultoria jurídica junto às empresas do Setor de Energia.

O Almeida Advogados coloca-se à disposição para prestar quaisquer outros esclarecimentos relacionados ao assunto tratado no presente estudo.

www.almeidalaw.com.br

Almeida
CORPORATE LAW