



Processo nº: E-22/007.331/2019
Data de autuação: 02/05/2019
Regulada: CEDAE
Assunto: Ocorrência nº 2019001608 registrada na Ouvidoria da AGENERSA. -
Recurso
Sessão Regulatória: 29/11/2023

RELATÓRIO

Trata-se de processo regulatório iniciado em razão da Ocorrência nº 2019001608ⁱ registrada na Ouvidoria da AGENERSA para apurar a alegação de abastecimento de água irregular no Condomínio Alphaville, Rio das Ostras/RJ.

Após detida análise do feito pelos órgãos técnico e jurídico desta Agência, bem como toda sorte de manifestações da Regulada no curso da instrução processual, foi editada, por unanimidade, na Sessão Regulatória do dia 31 de março de 2022, a Deliberação AGENERSA nº 4.398/2022ⁱⁱ. Confira-se:

“DELIBERAÇÃO AGENERSA N.º 4.398/2022 DE 31 DE MARÇO DE 2022. CEDAE - Ocorrência nº 2019001608 - Reclamação sobre falta d'água na Alameda Mármara, Lt. 18, Qd. N3, Rio das Ostras/RJ

O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, e tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº E-22/007.331/2019, por unanimidade,

DELIBERA: Art. 1º - Aplicar à CEDAE a penalidade de multa, no valor correspondente a 0,0005% (cinco décimos de milésimo por cento) sob o faturamento dos últimos 12 (doze) meses anteriores da prática da infração (18/01/2019), pela violação dos artigos 2º, caput e 3º, inciso I do Decreto nº 45.344/15, bem como dos arts. 6º, § 1º e 31, I e IV, ambos da Lei nº 8.987/95.



Art. 2º - Determinar à Secretaria Executiva, em conjunto com a CASAN e a CAPET, que proceda a lavratura do correspondente Auto de Infração.

Art. 3º - Determinar que a Ouvidoria entre em contato com o reclamante para informar a conclusão do presente processo.

Art. 4º - Esta deliberação entra em vigor na data de sua publicação.”

Ante a publicação no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro da Deliberação supracitadaⁱⁱⁱ, a Companhia interpôs **Recurso Administrativo**^{iv} que foi distribuído para minha relatoria por meio da Resolução AGENERSA CODIR SEI nº 32792179^v.

Portanto, nessa oportunidade, o feito retorna a esta Sessão Regulatória para apreciação do Recurso Administrativo interposto pela CEDAE contra a Deliberação AGENERSA nº 4.398/2022.

Preliminarmente, a CEDAE requer que seja concedido efeito suspensivo ao presente Recurso Administrativo, com fundamento no §2º do art. 79 do Regimento Interno da AGENERSA, por entender que a execução da Deliberação em comento causará à CEDAE prejuízo de difícil ou incerta reparação, pelas razões abaixo expostas:

“(…)Entende esta Recorrente que, no presente caso concreto, restam preenchidos os requisitos previstos nos aludidos dispositivos, eis que, de fato, a imediata execução da Deliberação AGENERSA 4.398/2022 causará à CEDAE prejuízo de difícil ou incerta reparação, o que impõe a necessidade de concessão de efeito suspensivo ao presente recurso.

(…)

Assim, o art. 1º da referida Deliberação determina a aplicação de penalidade de multa, sendo, portanto, o presente Recurso Administrativo o momento oportuno para apontar as incongruências da Decisão, e ocorrer a suspensão da imediata execução para evitar prejuízo, de forma expressa, visto que a lavratura do Auto de Infração já está autorizada, por força do art. 2º da Deliberação em questão.

Com efeito, caso se dê imediato cumprimento à mencionada Deliberação da AGENERSA, poderá a CEDAE sofrer grave prejuízo financeiro, havendo no presente caso, ainda, a figura do risco reverso, diante da possibilidade desta



Companhia não ser reembolsada de imediato na hipótese de provimento do presente recurso.

Pelo exposto, requer-se, desde já, a concessão expressa de efeito suspensivo ao presente Recurso administrativo, diante do preenchimento dos requisitos previstos na Lei nº 5.427/2009 e no Regime Interno desta Agência Reguladora, visto que o cumprimento integral e imediato da referida Deliberação, ou a demora na decisão sobre a concessão do efeito suspensivo pleiteado causará danos à CEDAE de difícil reparação por essa Agência.”

No tocante ao mérito, a Regulada requer o recebimento do Recurso, eis que tempestivo, e que o mesmo seja acolhido para “*tornar sem efeito a Deliberação AGENERSA Nº 4.398/2022, promovendo o encerramento do feito, sem aplicação de penalidade pecuniária imposta, por ausência de falha na prestação de serviço da Companhia, conforme entendimentos conclusivos da CASAN e Procuradoria da AGENERSA*”, nos seguintes termos:

“IV. Do mérito.

1. Da desconsideração dos pareceres pertinentes emanados pelo órgão técnico e pela Procuradoria da AGENERSA.

Conforme afirmado em sede de razões finais, a CASAN, durante a visita técnica realizada em conjunto com a Companhia, não encontrou evidências de falta de abastecimento, concluindo que a CEDAE estaria cumprindo satisfatoriamente o serviço:

Vale frisar que a CASAN configura órgão competente para a análise das demandas de cunho técnico como as do presente processo no âmbito da Agência Reguladora, por força do Regimento Interno da AGENERSA:

Congruentemente, a Procuradoria da AGENERSA, de forma escorregia, e considerando o lapso temporal em tela, entendeu que “qualquer sanção neste momento, em razão de uma possível prestação inadequada do serviço por parte da CEDAE, apresenta-se de forma desproporcional e desnecessária”. Bem como, “ponderando-se os interesses regulatórios em comento, é desproporcional, à luz do interesse coletivo, eventual aplicação de penalidade, particularmente quando se coteja os benefícios da resolução da demanda, de pronto, pela Companhia, sem contar os custos do processo e seus efeitos na Administração Pública e coletividade em geral.”



(...)

De tal forma, uma vez que o objeto do presente processo trata de questionamentos de análise técnica e jurídica, é possível notar que houve evidente desconsideração dos pareceres emitido pelos órgãos internos competentes e de suas expertises. Assim sendo, a Companhia pugna pela revisão da fundamentação conclusiva emanada pelo Conselho- Diretor para o caso em tela, devendo ser considerada a expertise dos órgãos internos.

2. Da ausência de má prestação de serviço essencial por parte da CEDAE.

Inobstante o entendimento dos órgãos internos da Agência Reguladora, foi exaurido entendimento de irregular prestação de serviço por parte da CEDAE, tendo como embasamento a informação prestada pela usuária, não obstante a ausência nos autos de prova mínima de desabastecimento completo durante o lapso temporal considerado pelo Conselho-Diretor de 10 (dez) meses.

Contudo, é possível notar que ocorreu evidente inversão do ônus da prova no presente caso. Todavia, apesar da existência dos princípios facilitadores da defesa do consumidor, resguardados pela legislação consumerista, face vulnerabilidade perante fornecedores de serviços, as alegações destes não podem faltar indícios mínimos, conforme o verbete sumular 330 do TJRJ: "Os princípios facilitadores da defesa do consumidor em juízo, notadamente o da inversão do ônus da prova, não exoneram o autor do ônus de fazer, a seu encargo, prova mínima do fato constitutivo do alegado direito", esses ausentes no bojo do processo em tela.

Assim, por força do princípio da verdade material, é necessário, no âmbito do processo administrativo, que ao invés de restringir-se ao que as partes demonstram ao longo do procedimento, deve-se buscar aquilo que é realmente verdade, traduzidos, no presente caso, nas vistorias técnicas realizadas tanto pela CEDAE, quanto pela AGENERSA, para além do aportado aos autos pela parte ou pelas partes.

(...)

Nessa toada, acerca dos aspectos técnicos, cabe elucidar que as informações prestadas por meio do Ofício CEDAE DRI nº 045/2019 foram apresentadas com o ensejo de demonstrar que o abastecimento no logradouro estava regular, em resposta ao pedido de manifestação da AGENERSA feito em julho de 2019. Assim, não merece prosperar o entendimento exaurido pelo Conselho-Diretor no sentido de que a normalização do abastecimento se deu apenas em dezembro de 2019, uma vez que já em sua primeira manifestação no bojo do processo a Companhia demonstrou abastecimento regular no local.



Inclusive, o entendimento esboçado pela Câmara Técnica comprova o alegado previamente pela CEDAE ao longo do deslinde processual, qual seja, não se tratar de falta de abastecimento.

(...)

Inobstante, por motivos alheios à sua competência, o abastecimento prestado pela CEDAE pode tornar-se precário, ocasionando eventuais interrupções, como, por exemplo, o esbanjamento de sua utilização, vazamentos não visíveis e ligações clandestinas.

Ainda, é preciso ressaltar que o volume captado pela CEDAE, muitas das vezes, é reduzido, ou até mesmo inviável, por fatores externos, como a diminuição do índice pluviométrico, o que gera a diminuição dos mananciais onde se realiza a captação.

De tal forma, apesar da prestação regular do serviço por parte da Companhia no caso em tela, é possível que intermitências possam eventualmente ocorrer. Todavia, o abastecimento feito de forma intermitente notavelmente está em conformidade com a legislação vigente e/ou jurisprudência atual sobre a matéria, visto que alegação sobre serviço irregular não é suficiente para se caracterizar a má prestação, haja vista que a Concessionária não é obrigada a fornecer seus serviços ininterruptamente, uma vez que a concessão outorgada não foi assumida com a determinação de disponibilizar água na porta dos consumidores diariamente e ininterruptamente, mas sim, em periodicidade que possibilite o abastecimento e reservação adequada.

(...)

Congruentemente, salienta-se que fornecimento intermitente não é sinônimo de ausência de fornecimento. De tal forma, não é razoável que a Agência Reguladora, em vistas de promover os direitos fundamentais e exercer sua função fiscalizadora e regulatória, cause lesão da mesma natureza de outros. Tal intervenção, mediante determinações para que sejam satisfeitas, de qualquer modo, inclusive com sanções pecuniárias, em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada de abastecimento de água. No entanto, decisões extravagantes condenam as Companhias ao custeio de situações irrazoáveis.

(...)

3. Do lapso temporal para suposta resolução da demanda.

Ademais, não consta no processo análise de qual prazo seria o adequado para a demanda. É necessário vislumbrar que a determinação de prazos para execução por parte da Companhia não



caracteriza objeto do p.p. De fato, os serviços prestados pela Companhia devem atender as condições de "regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade nas tarifas", contudo, não há como determinar se a atuação da Companhia de fato esteve em desacordo quando inexistem parâmetros de análise.

Percebe-se que penalidades impostas em tais moldes acarretariam uma evidente insegurança jurídica, visto que sem a delimitação normativa de um prazo considerado eficiente, a Companhia sempre poderá ser punida com a argumentação de que não atendeu o pleito em tempo hábil, inobstante solução da problemática.

Isto posto, em função da ausência de norma específica da AGENERSA quanto ao parâmetro para análise de prazo das prestações de serviços realizados pela Cedae, não há como se discutir sobre a imposição de penalidade, sem uma norma vigente.

V. Da multa pecuniária sancionatória.

Por todo o exposto, notório é o equívoco quanto a aplicação de multa pecuniária. Sobre o tema, cabe pontuar que existem na AGENERSA diversos processos instaurados para apuração de fatos unitários de usuários que demandam à Ouvidoria ou MPRJ. Tal fato vem refletindo em utilização da atividade regulatória de forma difusa, em concorrência direta com a atividade já exercida pelos Procons e ao Judiciário. Tal atuação se distancia do papel regulatório esperado e determinado pela legislação regente das Agências Regulatórias nacionais.

(...)

Conclusão

Ante todo o exposto, a CEDAE requer o recebimento do presente Recurso Administrativo, na forma do art. 79 do Regimento Interno da AGENERSA, com a concessão de efeito suspensivo e seu provimento para, tornar sem efeito a Deliberação AGENERSA N° 4.398/2022, promovendo o encerramento do feito, sem aplicação de penalidade pecuniária imposta, por ausência de falha na prestação de serviço da Companhia, conforme entendimentos conclusivos da CASAN e Procuradoria da AGENERSA.”

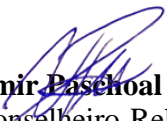
Após detida análise do feito e, acompanhando o posicionamento da Procuradoria^{vi}, no que se refere aos apontamentos sobre o pedido de efeito suspensivo, elaborado na peça recursal, verificou-se afastados quaisquer indícios deflagradores de lesão grave ou de difícil reparação que poderiam ser causados com o cumprimento imediato da deliberação recorrida e por este motivo, foi indeferido o Efeito Suspensivo pleiteado.



Visando o regular prosseguimento do feito, os autos foram encaminhados à Procuradoria, para análise e manifestação acerca do Recurso em apreço, que opinou^{vii} pela negativa de provimento em razão de inexistir vício de legalidade e/ou motivação na Deliberação recorrida. Em seu parecer, ressaltou que “os pareceres técnicos e jurídicos lançados no bojo do processo regulatório da AGENERSA, embora sejam obrigatórios (...), tais peças não são vinculativas, de forma que não se equiparam e não integram à decisão administrativa” assim, ao seu ver, o “d. Voto é altamente explicativo quanto às razões que levaram à aplicação da penalidade aqui imposta” e entendendo por fim, que “que os argumentos recursais aqui abordados não merecem prosperar, devendo restar mantidas as determinações exaradas”.

Por fim, a Regulada foi instada a apresentar Razões Finais, sempre em respeito ao contraditório, ampla defesa e ao devido processo legal, por meio do Ofício AGENERSA/CONS-02 SEI nº 117/2023^{viii}, o qual respondeu argumentando existir um processo cujo objeto é, segundo ela, idêntico ao presente feito e que culminou em penalidade de advertência, assim, ao seu sentir, a Companhia estaria sendo penalizada duas vezes pelo mesmo fato. Na oportunidade, a Delegatária também solicitou que, caso o CODIR não acolha a referida alegação, que substitua a penalidade de multa aplicada por advertência.

Este é o Relatório.


Vladimir Paschoal Macedo
Conselheiro-Relator

ⁱ Doc SEI nº 19495975 - Fls. 04/07

ⁱⁱ Doc. SEI nº 30800999

ⁱⁱⁱ Doc SEI nº 31063955

^{iv} Doc SEI nº 31562401

^v Documento SEI nº 32853669

^{vi} Doc SEI nº 50772828

^{vii} Doc SEI nº 61224267

^{viii} Doc SEI nº 62167963