

**ASPECTOS REGULATÓRIOS DAS DECISÕES JUDICIAIS – INÉRCIA DA
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO
DO RIO DE JANEIRO QUANTO AS AÇÕES JUDICIAIS COM ASPECTOS
REGULATÓRIOS.**

RONAN DOS SANTOS GOMES
Agosto/2013.

RESUMO

A regulação, importante instrumento para o fortalecimento dos mercados, através do fomento aos investimentos e controle das concessões de serviços públicos, devendo as Agências Reguladoras atentarem para as demandas judiciais com aspectos regulatórios. Assim, o presente trabalho visa abordar os aspectos regulatórios das decisões judiciais, principalmente da inércia da Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro na fiscalização das demandas judiciais propostas pelo usuários em face das concessionárias de serviços públicos por ela fiscalizados. Para restringir o estudo, nos limitaremos a abordar a análise das demandas de duas concessionárias reguladas pela Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA, quais sejam, Concessionária Aguás de Juturnaíba e Concessionária Prolagos.

Palavras-chave: Agências Reguladoras, Decisão judicial, AGENERSA, Regulação.

1. INTRODUÇÃO

Trata-se de artigo, onde abordaremos as decisões judiciais com aspectos regulatórios, e a inércia da Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (AGENERSA), especialmente, quanto as decisões judiciais proferidas em face de duas das concessionárias reguladas pela AGENERSA, quais sejam, Concessionária PROLAGOS e Concessionária Aguás de Juturnaíba.

As referidas concessionárias, atuam na prestação de serviços de fornecimento de água e tratamento de esgoto na região dos lagos, interior do estado do Rio de Janeiro, compreendendo a área de concessão da Concessionária Prolagos os seguintes municípios fluminense, Iguaba Grande, São Pedro da Aldeia, Cabo Frio, Armação dos Buzios e Arraial do Cabo, e da Concessionária Aguás de Juturnaíba engloba os seguintes municípios Saquarema, Araruama e Silva Jardim.

A população dos municípios referidos, totalizam 208.990 habitantes¹ para área de concessão da Aguas de Juturnaíba e 366.474 habitantes² para área de concessão da Concessionária Prolagos.

Neste aspecto, ambas as concessionárias atendem aproximadamente de 180.000³ (duzentas mil) economias⁴. Logo as fiscalização do contrato de concessão é de suma importância, face a população envolvida.

¹ Fonte : IBGE 2010.

² idem

³ Fonte AGENERSA – Dados informados por telefone pelo Gerente da Câmara de Saneamento.

⁴ Uma economia, corresponde a um hidrômetro.

2. AS AGÊNCIAS REGULADORAS UMA VISÃO GERAL

A criação das Agências Reguladoras no Brasil resultou da redefinição do papel do Estado no domínio econômico, fenômeno que tem origem dentre outros fatores, no paulatino esgotamento de recursos públicos que ocorreu a partir da década de 1980.

Contudo a regulação não é um fenômeno novo no Estado Brasileiro, apontado a doutrina a existência de entes e órgãos administrativos que, já no início do século XX⁵, desempenhavam autênticas funções regulatórias, disciplinando e fiscalizando serviços públicos e atividades econômicas *stricto sensu*.

No entanto, o exercício de tal função por entes que têm sua origem próxima na experiência norte-americana, com natureza autárquica especial, constitui novidade institucional que tem causado rejeições e dificuldades de compreensão de suas finalidades, competências e limites pela sociedade, pelas instituições e órgão com os quais as Agências necessariamente se relacionam e, também, em parcela do meio acadêmico.

Tais dificuldades devem-se, principalmente, às características próprias de tais entes, destacando-se, em especial, a natureza jurídica de autarquia especial, que lhes confere autonomia qualificada em relação as demais autarquias, atributo esse que pode ser traduzido, em síntese, na impossibilidade de exoneração *ad nutum* de seus dirigentes, em face da previsão de mandatos fixos, o que reforça a independência decisória em relação ao Poder Executivo.

Essa autonomia peculiar exige das Agências Reguladoras, em contrapartida, reforço no dever da transparência de seus atos, tornando constante a prestação de contas em relação a todas as suas atividades.

Por seu turno, os entes e órgãos competentes para o exercício do controle externo da Administração Pública têm seu campo de atribuições ampliado, de modo, a compreender também as atividades exercidas por essas novas instituições.

Todavia, se por outro lado, a maior autonomia conferida a um ente administrativo exige o correlato fortalecimento do controle externo, a experiência tem demonstrado, em determinados casos, a existência de problemas relacionados ao alcance e limites desse controle, resultando vezes, no exercício indevido de competências das Agências

⁵ É o caso, por exemplo, do Instituto de Defesa Permanente do Café, criado em 1923, conforme informa (GROTTI,2003). Mais recentemente, pode-se citar o Banco Central do Brasil, criado em 1964 e a Comissão de Valores Mobiliários, criada em 1976, que, sem sobra de dúvidas, exercem a regulação econômica no setor financeiro e no mercado de capitais, respectivamente.

Reguladoras pelos órgãos e entes de controle, sobre tudo aquelas que são discricionárias e referentes à atividade-fim.

O Poder Judiciário e os Tribunais de Contas, esses já consagrados como entes de controle externo, muitas vezes adentram no mérito das decisões regulatórias, ou ainda na falta de decisão, até mesmo decidem sobre questões regulatórias, substituindo o regulador no exercício de suas competências legais.

Em face destas constatações, este artigo visa analisar as decisões judiciais proferidas nas Comarcas da área de concessão das concessionárias PROLAGOS e AGUA DE JUTURNAIBA, especialmente no que diz respeito a própria inércia da AGENERSA e o desconhecimento do usuário da existência do ente regulador, procurando de imediato o judiciário para soluções de problemas de cujo regulatório.

Para isso, será realizada rápida abordagem das principais características dessas novas instituições, aspectos fundamentais para adequada compreensão do tema central deste artigo.

3. PRINCÍPAIS CARACTERÍSTICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

3.1. EXERCÍCIO DA FUNÇÃO TÍPICAMENTE ESTATAL

As Agências exercem função eminentemente estatal, destinando-se à regulação de serviços e atividades econômicas de interesse coletivo. É preciso deixar claro, contudo, que o exercício dessa função não compreende a formulação de políticas públicas ou planejamento econômico, cuja a competência é governamental.

Embora as Agências Reguladoras sejam, nesse campo, importantes fontes de consulta e orientação, tendo em vista a experiência e conhecimento do setor regulado, cabe-lhes implementar os objetivos, programas e metas definidos pelo governo, servindo-se, para isso, dos instrumentos legais de que dispõem, dentre os quais se destaca o estabelecimento de normas infralegais e a fiscalização dos agentes regulados.

As políticas regulatórias compreendem as opções do regulador quanto aos meios e instrumentos disponíveis para implementar as políticas, envolvendo juízo de necessidade e intensidade da intervenção:

“ Não se admite que o manejo das políticas regulatórias contrarie, negue ou esvazie as políticas públicas. Porém, será no âmbito das

políticas regulatórias que será definido o timing e o resultado de uma política pública setorial[...] Nessa perspectiva, a política regulatória envolverá a margem de liberdade do regulador em ponderar os interesses regulados e equilibrar os instrumentos disponíveis no sentido de intervir no sistema sem inviabilizar seus pressupostos(AZEVEDO NETO, 2005, p.88).

Tais distinções têm por objeto demonstrar o âmbito próprio de atuação das Agências Reguladoras, que exercem típica função estatal de implementação de políticas públicas mediante políticas regulatórias que são de sua exclusiva competência.

Outro aspecto que merece realce diz respeito à multiplicidade de poderes atribuídos às Agências para o condicionamento de atividade dos agentes econômicos, muitas vezes incompreendidos por parte da doutrina, uma vez que se assemelham às funções dos Poderes Legislativos e Judiciário, embora evidentemente com elas não se confundam. Nesse sentido, a adequada síntese de Marçal Justen Filho:

“ As agências são estruturas burocráticas não enquadradas na estrutura hierárquicas dos poderes tradicionais. Recebem competências de diversas ordem para fiscalizar a formulação de decisões políticas, verificar o cumprimento dos deveres institucionais por parte das autoridades públicas, promover a implementação de valores fundamentais consagrados constitucionalmente, concentrar conhecimento técnico e produção de decisões dele derivadas e assim por diante (JUSTEN FILHO, 2002, p.358).

Mas, apesar de algumas críticas e divergências acadêmicas, o fato é que as Agências Reguladoras exercem poder normativo infralegal, especificando os conceitos e comandos legais para o setor regulado. Compete às Agências, também, moderar e dirimir conflitos sugeridos entre delegatários, usuários e poder concedente, em caráter final, no âmbito administrativo.

Além disso, as Agências exercem função executiva, compreendendo, por exemplo, reajustes e revisões tarifárias, fiscalização das atividades econômicas reguladas,

imposição de sanções aos agentes e, conforme a Agência, atos de delegação de exploração de bens e serviços públicos.

3.2. AUTONOMIA QUALIFICADA

A independência das Agências Reguladoras é sua principal característica e está diretamente relacionada como o tema deste artigo, razão pela qual se torna necessário examiná-la, ainda que de modo breve.

Importa esclarecer, de início, que tal independência não é absoluta, o que, como aponta Marçal Justen Filho (2002), equivaleria à soberania assegurada apenas ao Estado brasileiro. Por isso, prefere-se falar em autonomia qualificada ou diferenciada em relação às autarquias comuns, de modo a evitar confusões conceituais, sobretudo por aqueles que ainda enxergam com reservas Agências Reguladoras.

Assim, além da autonomia financeira e administrativa, que são atributos comuns a todas as autarquias, as agências reguladoras apresentam um regime diferenciado, que lhes confere maior autonomia em relação ao Poder Executivo, indispensável para o pleno exercício de suas funções.

Apesar de existirem pequenas variantes instituídas nas leis de criação das Agências, pode-se dizer que a autonomia qualificada dos entes reguladores é assegurada pela existência de um órgão decisório colegiado, mandato fixo de seus dirigentes e não coincidentes com o mandato do Chefe do Executivo, bem como a competência decisória final no âmbito administrativo.

Por seu turno, a previsão de mandato fixo é fundamental para reforçar a autonomia das Agências, pois a possibilidade de exoneração *ad nuntum* sujeitaria seus dirigentes a interferência indevidas do poder político, possibilitando a instabilização da Agência e do setor regulado a cada eleição ou razão de decisões contrárias aos interesses políticos-partidários dominantes.

A descoincidência de mandatos é, igualmente, relevante instrumento para a garantia de autonomia das Agências, de modo a evitar, a cada novo do Chefe do Poder Executivo, o alinhamento indesejado de seus dirigentes ao Governo⁶.

A competência para decidir em última instância no âmbito do Poder Executivo destina-se, à semelhança das características acima mencionadas, à garantia do perfil técnico das Agências, afastando-as das influências políticos-partidárias decorrentes de eventual revisão de suas decisões pelos órgãos aos quais estão vinculadas – ministérios ou secretarias – razão pela qual o modelo de Agência é incompatível com recurso hierárquico impróprio.

Com efeito, a autonomia de que ora se trata é garantia fundamental para a consecução de estabilidade e segurança jurídica nos setores econômicos sujeitos à regulação, alcançando não apenas aos agentes regulados e potenciais investidores, mas também os atuais e futuros usuários, cujos direitos estão previstos nos denominados marcos regulatórios. Mas não é só: a estabilidade regulatória também beneficia o governo, uma vez que tal ambiente favorece a atração de investimento privados para setores estratégicos que são indispensáveis ao desenvolvimento nacional.

3.3. DISCRICIONARIEDADE E TECNICIDADE DOS ATOS RELUGATÓRIOS.

A discricionariade é a competência conferida por lei ao administrativo para optar entre soluções possíveis de forma a melhor atender a finalidade do ato prescrita na legislação, tendo em vista a impossibilidade fática de o legislador prever qual é a melhor solução a ser adotada em cada caso concreto.

Em que pese a existência de corrente doutrinária que distingue a aplicação discricionária da lei e a interpretação de conceitos jurídicos indeterminados, reconhece-se, com apoio na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p.161), que a discricionariade abrange tanto as hipóteses em que a lei deixa margem de liberdade ao administrador para decidir segundo critérios de conviência

⁶ Ressalta-se que há posição contrária na doutrina, especialmente de Celso Antonio Bandeira de Mello (2003 p. 61), no sentido de que os mandatos não devem ultrapassar um período governamental, uma vez que seria o mesmo que engessar a liberdade administrativa do novo governo.

e oportunidade, quanto as oportunidade, quanto as hipóteses legais que apresentam conceitos jurídicos indeterminados, cuja definição deverá ser realizada pelo administrador no momento da integração da lei.

Não é demais salientar que, para a aplicação discricionária de determinado dispositivo, não é suficiente a previsão legal, uma vez que o exercício da competência discricionária depende do modo como se apresenta determinada situação, sendo indispensável que a medida escolhida pelo administrador seja adequada ao caso concreto.

Mas não é só: além da previsão legal da competência discricionária e sua subsunção ao caso concreto, seu exercício exige razoabilidade, proporcionalidade e adequação à finalidade da norma, aspectos esses que compõem a legalidade em sentido amplo e são sindicáveis pelo Poder Judiciário.

Todavia, é preciso ter presente que o controle de tais atos também apresenta limites, pois, caso contrário, ter-se-ia a indevida invasão do mérito administrativo e o inquilimento da competência discricionária atribuída legalmente à Administração. Manifestando-se especificamente em relação ao controle judicial, adverte Bandeira de Mello:

“ O campo de apreciação meramente subjetiva – seja por conter-se no interior das significações efetivamente possíveis de um conceito legal fluido e impreciso, seja por dizer com a simples conveniência e oportunidade de um ato- permanece exclusivo do administrador e indevassável pelo juiz, sem o quê haveria substituição de um pelo outro, a dizer, invasão de funções, que se poria às testilhas com o próprio princípio da independência dos Poderes, consagrado no art. 2º da Lei Maior”(Mello, 2003, p.851).

Feitas essas considerações gerais acerca da discricionariedade administrativa, cumpre examinar a discricionariedade conferida as Agências Reguladoras, chamada por alguns doutrinadores de discricionariedade técnica, pois, como observa o inesquecível professor e procurador do estado, Marcos Juruena Vilela Souto (2002, p.356) “ A atividade regulatória envolve, essencialmente, a função

discricionária de eleger os meios técnicos adequados às finalidades previstas em lei.”

Como já asseveramos ao tecer breves comentários a discricionariedade administrativa, a discricionariedade técnica, também esta sujeita ao controle judicial.

Ressalta-se que, a prevalência técnica das decisões regulatórias é uma das características que marca a atuação das Agências.

Com efeito, é frequente que para determinado caso sejam admitidos duas ou mais soluções jurídicas, econômicas e técnicas, o que exige ponderação dos interesses envolvidos e a avaliação de custos e benefícios de forma sistêmica, com atenção aos efeitos que o ato regulatório causará no setor regulado, aos demais setores que com ele interagem e aos consumidores efetivos e potenciais de bens e serviços.

Portanto, a alta complexidade técnica, jurídica e econômica dos setores regulados, fortemente influenciados pelos constantes avanços tecnológicos e pelas flutuações econômica de mercados internacionais, condiciona decisivamente as opções regulatórias, que não se resumem devido a essa diversidade de aspectos, necessariamente relacionados, a apenas uma solução possível. Isso não significa, contudo, como acima salientado, que a prevalência da análise técnica implique ausência de juízos de oportunidade, conveniência, equidade e razoabilidade por parte do regulador.

3.4 CONSENSUALIDADE

Características constantemente acentuada pelos principais autores que examinam as Agências Reguladoras, a consensualidade constitui um novo padrão de atuação estatal, em que ganha realce a participação dos cidadãos e dos agentes econômicos na produção de decisões e normas regulatórias, revelando a busca do consenso pela Administração.

O Estado regulador abandona o seu perfil autoritário em favor de uma maior interlocução com a sociedade, passando a desempenhar o papel de mediador ativo de interesses.

Assim, as Agências tornam-se permeáveis às necessidades e demandas dos agentes regulados, dos usuários e da sociedade, afastando o caráter hierárquico que por vezes caracteriza a atividade estatal.

Conseqüentemente, ganha-se em efetividade no cumprimento das decisões e das normas editadas pelas Agências, uma vez que tais atos não resultam de uma regulação de gabinete, mas, ao contrário, são editados com base na realidade do setor regulado, bem como nas dificuldades, anseios e postulações apresentados por todos os interessados na regulação.

3.5 – A PROCESSUALIDADE NA FORMAÇÃO DOS ATOS REGULATÓRIOS

A observância da garantia constitucional do devido processo legal no âmbito das Agências, quer para edição dos atos concretos, quer para edição dos atos normativos, constitui indispensável instrumento de transparência administrativa, limitação de poder e legitimação da sociedade desses novos entes estatais.

Assim, conforme o magistério de Marçal Justen Filho (2002) a existência de procedimento impede decisões imediatas e subjetivas, fracionando o poder estatal, uma vez que a decisão não se concentra em apenas um momento, diluindo-se em diversas etapas, logicamente ordenadas.

Mas, além da limitação do poder, a processualização dos atos regulados possibilita a democratização da Agência, tendo em vista que aos interessados – agentes econômicos, consumidores e sociedade em geral – é oportunizada a participação na produção de atos normativos destinados à regulação de determinado setor da economia.

4- DAS AGÊNCIAS REGULADORAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A história da privatização no Estado do Rio de Janeiro teve início com o Programa Estadual de Desestatização, PED, instituído pela Lei Estadual 2470/1995.

O Programa Estadual de Desestatização previa a criação do ente regulador, na estrutura da administração pública indireta, para gerir esse processo no âmbito inter-regional e exercer o poder regulatório com a finalidade de planejar,

coordenar, padronizar e normatizar o acompanhamento e controle dos serviços públicos de competência estadual.

No dia 13 de fevereiro de 1997 foi criada a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro - ASEP RJ, instituída pela Lei Estadual 2686/1997 sob a forma de autarquia, com personalidade jurídica de Direito Público e plena autonomia administrativa, técnica e financeira. A missão da ASEP RJ era exercer o poder regulador, acompanhando, controlando e fiscalizando as concessões e permissões de serviços públicos multisetorialmente, atuando nas áreas de energia, transporte e saneamento.

A ASEP RJ foi extinta no dia 25 de junho de 2005, por força da Lei Estadual 4.555/2005, que criou a AGETRANSP - Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro.

A AGETRANSP foi criada sob a forma de autarquia especial da administração indireta, com plena autonomia administrativa, técnica e financeira, sucedendo, no âmbito de sua competência e finalidade, a extinta ASEP RJ nas atribuições estabelecidas em leis, decretos, contratos ou convênios.

A AGETRANSP tem por finalidade exercer o poder regulatório, acompanhando, controlando e fiscalizando as ora concessões e permissões de serviços públicos concedidos de transporte aquaviário, ferroviário e metroviário e de rodovias no Estado do Rio de Janeiro.

De igual forma, a Lei Estadual nº 4556/2005, criou a Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico (AGENERSA), para atuar nos seguintes segmentos de energia do Estado do Rio de Janeiro, nela incluída a distribuição de gás canalizado e outras formas de energia, bem como nos serviços de esgoto sanitário e industrial e de abastecimento de água e coleta e disposição de resíduos sólidos prestados pelas empresas utorgadas, concessionárias e permissionárias e por serviços autônomos dos municípios.

A AGENERSA é responsável pela regulação, controle e fiscalização dos atuais contratos de concessão dos serviços públicos de distribuição de gás canalizado no Estado do Rio - Concessionárias CEG e CEG Rio - e abastecimento de água e

coleta e tratamento de esgoto na Região dos Lagos – Concessionárias Águas de Juturnaíba e Prolagos.

5 – DAS CONCESSIONÁRIAS QUE PRESTAM OS SERVIÇOS DE SANEAMENTO REGULADAS PELA AGENERSA.

Conforme a AGENERSA informa⁷, duas são as concessionárias reguladas no setor de saneamento básico, são elas:

ÁGUAS DE JUTURNAÍBA

A Concessionária Águas de Juturnaíba S.A (CAJ). é responsável pelos serviços e obras de implantação, ampliação, manutenção e operação de sistemas de abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto de áreas urbanas nos municípios de Araruama, Saquarema e Silva Jardim, na Região dos Lagos do estado.

Seu contrato de concessão teve início em 1998 pelo prazo de 25 anos. Hoje, a empresa atende a uma população de 220 mil habitantes, em mais de 48 mil domicílios.

PROLAGOS

A Prolagos S.A (Prolagos). é a concessionária responsável pelos serviços e obras de implantação, ampliação, manutenção e operação de sistemas de abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto de áreas urbanas dos municípios da Região dos Lagos referentes a Armação de Búzios, Cabo Frio, Iguaba Grande e São Pedro da Aldeia e somente de distribuição de água potável no Município de Arraial do Cabo.

Seu contrato de concessão teve início em 1998 pelo prazo de 25 anos. Hoje, a Prolagos atende a 560 mil habitantes, em mais de 81 mil domicílios.

Portanto, conforme informação da AGENERSA, a atuação das concessionárias gera impacto em 780 mil pessoas.

⁷ Disponível no site www.agenersa.rj.gov.br, acesso em 15 de julho de 2013.

6. DA ATUAÇÃO FISCALIZATÓRIA DA AGENERSA EM FACE DAS CONCESSIONÁRIAS AGUAS DE JUTURNAÍBA E PROLAGOS DA NO ANO DE 2012.

A Lei Estadual nº 4.556/2005, que criou a AGENERSA em seu artigo 4º define a competência da Agência, que assim prevê:

“Art. 4º - Compete à AGENERSA, no âmbito de suas atribuições e responsabilidades, observadas as disposições legais e pactuais pertinentes:

I - zelar pelo fiel cumprimento da legislação e dos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos relativos à esfera de suas atribuições;

II - dirimir, como instância administrativa definitiva, conflitos envolvendo o Poder Concedente ou Permitente, os concessionários ou permissionários de serviços públicos na área de energia e saneamento básico e os respectivos usuários;

III - decidir, como instância administrativa definitiva, os pedidos de revisão de tarifas de serviços públicos concedidos ou permitidos, mediante apresentação, quando for o caso, de planilhas de custos elaboradas de forma detalhada pelos concessionários ou permissionários;

IV - fiscalizar, diretamente ou mediante delegação, os aspectos técnico, econômico, contábil e financeiro, sempre nos limites estabelecidos em normas legais, regulamentares ou pactuais, os contratos de concessão ou permissão de serviços públicos, aplicando diretamente as sanções cabíveis;

V - expedir deliberações e instruções tendo por objeto os contratos submetidos a sua competência, inclusive fixando prazos para cumprimento de obrigações por parte das concessionárias e permissionárias, de ofício ou quando instada por conflito de interesses;

VI - determinar diligências junto ao Poder Concedente, concessionários, permissionários e usuários dos serviços, podendo para tanto ter amplo acesso aos dados e informações relativos aos contratos de sua competência;

VII - promover, com auxílio de entidades públicas e privadas, estudos sobre a qualidade dos serviços públicos concedidos e permitidos com vistas à sua maior eficiência;

VIII - contratar serviços técnicos, vistorias, estudos, auditorias ou exames necessários ao exercício das atividades de sua competência com entes públicos ou privados;

IX - dar publicidade às suas decisões;

X - aprovar seu regimento interno, bem assim a proposta de seu orçamento, a ser incluída no Orçamento Geral do Poder Executivo;

XI - receber, por intermédio da Ouvidoria, sugestões e reclamações de usuários de serviços públicos concedidos ou permitidos sob seu controle, para submissão à apreciação do Conselho-Diretor, com vistas à adoção e julgamento das medidas que entender cabíveis;

XII – respeitar integralmente os prazos legais quanto à apreciação dos pedidos das concessionárias de retomada de equilíbrio físico-financeiro, reajuste tarifário e revisão contratual;

XIII - exigir, conforme previsto nos contratos de concessão ou permissão, a expansão e a modernização dos serviços delegados, de modo a buscar a sua universalização e a melhoria dos padrões de qualidade, ressalvada a competência do Estado quanto a definição das políticas setoriais;

XIV - estabelecer padrões de serviço adequado, garantindo ao usuário regularidade, continuidade, eficiência, segurança,

atualidade, generalidade e cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas;

XV - deliberar, na esfera administrativa, quanto à interpretação das normas legais e contratuais, no que se refere a serviços públicos de energia e saneamento básico, fixando a orientação a ser adotada nos casos omissos;

XVI - interagir com as autoridades federais, estaduais e municipais responsáveis pela regulamentação e fiscalização dos serviços públicos de energia e saneamento básico, bem como por outras atividades que afetem esses serviços;

XVII - resguardar os direitos garantidos pela Lei nº 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor.(GRIFOS NOSSO)

Nota-se que o artigo 4º da referida norma define de forma clara a maneira que a AGENERSA deve atuar.

A AGENERSA, em seu relatório de atividades de 2012⁸ informou a quantidade de reclamações dos usuários e a quantidade de processos regulatórios abertos no referido ano, em face das concessionárias Águas de Juturnaíba e Prolagos, vejamos a informação:

“Em 2012, a Ouvidoria registrou um total de 2.277 ocorrências e encerrou o ano com 2.469 fechadas (solucionadas ou autuadas). Das ocorrências recebidas, 2.153 são relacionadas à Concessionária CEG, 47 da CEG Rio, 11 da Concessionária Águas de Juturnaíba e 66 da Prolagos. Das ocorrências fechadas pela Ouvidoria, 72 reverteram-se em Processos Regulatórios em 2012 - como alguns processos tratam de mais de um episódio, é possível contabilizar 106 ocorrências. Dos 72 processos, 66 são referentes à Concessionária CEG, quatro relacionados à CEG Rio

⁸ Disponível no site www.agenersa.rj.gov.br, acesso em 15 de julho de 2013.

e três processos regulatórios concernentes à Concessionária Prolagos.”⁹ (grifo nosso)

Nota-se, apesar da confusão dos números apresentados pela AGENERSA, vemos que contra as concessionárias Águas de Juturnaíba foram recebidas 11(onze) reclamações, onde **não** foram abertos processos regulatórios para apurar os fatos, e, contra a Concessionária Prolagos foram abertas 66 (sessenta e seis) ocorrências onde **3(três)** reverteram-se em Processos Regulatórios.

Ora, no universo 780 mil pessoas atendidas pelas concessionárias CAJ e Prolagos, a AGENERSA, no ano de 2012, instauraram apenas 3 (três) processos regulatórios em face da concessionária Prolagos, e não foi instaurado nenhum processo regulatório em face da Concessionária CAJ.

Parece, pelos dados apresentados pela Agência Reguladora, que as concessionárias reguladas no setor de saneamento básico no estado do RJ, apresentam um serviço de excelência, todavia, conforme mostraremos a seguir, essa não é a realidade.

7- DOS PROCESSOS JUDICIAIS PROPOSTOS POR USUÁRIOS EM FACE DAS CONCESSIONÁRIAS AGUAS DE JUTURNAÍBA E PROLAGOS DA NO ANO DE 2012.

Em contrapartida aos “excelentes” resultados apresentados pelas das concessionárias CAJ E PROLAGOS no âmbito administrativo, este não se reverte no âmbito judicial, senão vejamos.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro¹⁰ registrou no ano de 2012 centenas de ações judiciais em face das concessionárias no âmbito da prestação de serviços de saneamento básico , que assim se apresenta.

Águas de Juturnaíba: 99 processos judiciais propostos em face da concessionária.

Prolagos : 410 processos judiciais propostos em face da concessionária.

⁹ Relatório de Atividades 2012 da AGENERSA. Pág.20- Disponível no site www.agenersa.rj.gov.br, acesso em 15 de julho de 2013.

¹⁰ Pesquisa realizada no site www.tjrj.jus.br, acesso em 18 de julho de 2013, não computado os processos arquivados que não aparecem na pesquisa no sítio eletrônico.

Ora, do teor da informação colhida do Tribunal de Justiça Fluminense, vemos que diversos consumidores buscam o poder judiciário para a solução de conflitos contra as referidas concessionárias.

Nesta esteira, será que os processos judiciais propostos em face das concessionárias possuem conteúdo regulatório?

Para responder a pergunta, iremos utilizar a própria consulta ao Tribunal de Justiça, onde selecionamos os seguintes processos já julgados em primeira instância, quais sejam, os processos n.s 0003448-44.2012.8.19.0005 (Prolagos) e 0010264-95.2012.8.19.0052 (Aguas de Juturnaíba), onde ambas foram condenadas a indenizar os autores em valores de R\$ 4.000,00 e R\$ 5.000,00, respectivamente, por ter **realizado corte indevido no serviço de água potável**.

Desta feita, analisando os processos judiciais, vemos cristalina falha na prestação dos serviços concedidos por parte de ambas concessionárias reguladas, sendo certo que a AGENERSA deixou de atuar, nos casos apresentados à justiça fluminense, justamente por falta de fiscalização das decisões judiciais com aspectos regulatórios.

Logo, respondemos a pergunta afirmativamente, vemos que a AGENERSA em 2012 instaurou somente 3 (três) processos regulatórios em face da PROLAGOS, enquanto consta no judiciário no mesmo período 410 (quatrocentos e dez) processos propostos por usuários em face da concessionária, e nenhum processo regulatório aberto contra a CAJ, enquanto consta no judiciário 99 (noventa e nove) ações contra a Águas de Juturnaíba.

Com o efeito, o poder judiciário no seu atuar, vem proferindo sentenças condenatórias em face as falhas na prestação de serviços das concessionárias reguladas pela AGENERSA, satisfazendo os usuários no tocante aos valores indenizatórios, todavia, comprovamos que a sanção administrativa pelo eventual descumprimento do contrato, não vem sendo realizada pela AGENERSA, ante a inércia do ente regulador quanto as decisões judiciais com aspectos regulatórios.

No nosso entender, deveria a AGENERSA proferir ato administrativo, determinando que as concessionárias aos receberem citações de ações judiciais, remeterem cópias das iniciais para Agência, no sentido de apurar o eventual

descumprimento do contrato de concessão ou de normas infralegais, vializando assim, o atendimento do artigo 4º da Lei Estadual 4.556/2005.

8- DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA AGÊNCIA REGULADORA EM VIRTUDE DA SUA INÉRCIA NA FISCALIZAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS DE CUJO REGULATÓRIO.

Sem aprofundar a matéria da responsabilidade civil das Agências Reguladoras, que por si só gera um artigo específico para o tema, passamos a analisar a responsabilidade da AGENERSA ante inércia na fiscalização das decisões judiciais de cujo regulatório.

É sabido que por meio dos atos regulatórios de fiscalização de polícia, a Agência Reguladora fará tanto a verificação do cumprimento do contrato de concessão, bem como das normas regulatórias exaradas pela própria Agência.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO¹¹, após salientar que a fiscalização de polícia administrativa pode ser deflagrada de ofício pela própria Administração Pública – no caso a Agência Reguladora-, enfatiza que dupla é sua utilidade: a observação do cumprimento, pelos administrados, das ordens de polícia e a repressão das infrações pela contestação formal dos atos infringentes.

No caso, a responsabilidade civil das Agências Reguladoras por ausência de fiscalização regulatória das ações judiciais envolvendo as concessionárias e usuários esté ligada a omissão administrativa, razão porque reiteramos o entendimento de FLAVIO DE ARAÚJO WILLEMANN¹² que ensina, *se houver disposição legal impondo o dever de agir (fiscalização) ou se a inação da Agência Reguladora, após provocação de qualquer pessoa ou mesmo após a detecção por servidor público da situação faltosa, for irrazoável, a responsabilidade civil será objetiva, com fulcro na teoria do risco administrativo, nos termos do que dispõe o art.37,§6º, da CRFB/88.*

¹¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 12ed. Rio de Janeiro.FORENSE. 2002, pag.390

¹² WILLEMANN, Flavio de Araújo. Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras. 2 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris.2011

Assim haverá o dever de indenizar da AGENERSA caso qualquer cidadão comprove ter sofrido dano indenizável (podendo ser a comprovado por decisão judicial) em razão de uma conduta omissiva consubstanciada na ausência de fiscalização de polícia, salientando, no entanto, que se deve ponderar, à luz de cada caso concreto, os princípios da realidade, razoabilidade e da reserva do possível, tendo em vista que a Agência não pode (e não deve) ser vista como uma seguradora universal de todos os males ocorridos no segmento regulado.

8- CONCLUSÃO

A complexidade e a especificidade das questões envolvidas na execução dos serviços públicos delegada a particulares, bem como a rapidez exigida nas decisões regulatórias, não comporta a solução judicial como forma de solução de conflitos entre usuário e concessionária.

Vemos que a AGENERSA, não possui nenhum mecanismo de acompanhamento das demandas judiciais com aspectos regulatórios, deixando para o Poder Judiciário as soluções de conflitos entre usuários e concessionárias, principalmente na área de distribuição de água e saneamento básico.

Dentro desse quadro, considerando o relatório de atividades da AGENERSA do ano de 2012 e a informação colhida no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça Fluminense, vemos a inércia da Agência Reguladora Estadual, em diversos conflitos de natureza regulatória que foram solucionados pelo Poder Judiciário.

Sendo assim, vemos o descumprimento de princípios inerentes às agências reguladoras, bem como da Lei Estadual 4556/2005, ante a omissão administrativa que pode gerar a responsabilidade civil da Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro.

9-REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de.. Curso de Direito Administrativo. 2ª Edição. Rio de Janeiro. Forense. 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. Rio de Janeiro. Forense. 2003

JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo. Dialética, 2002.

WILLEMANN, Flavio de Araújo. Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras. 2 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2011

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 15 ed. São Paulo. Malheiros, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Regulação sob a perspectiva da Nova Hermeneutica. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, nº 13, junho, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 12ed. Rio de Janeiro. FORENSE. 2002

SOUTO, Marcos Juruena Vilela. Direito Administrativo Regulatório. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002

Relatório de Atividades 2012 – AGENERSA. Disponível em :<
http://www.agenersa.rj.gov.br/agenersa_site/documentos/r_ativ_2012.pdf>
Acesso em 15 de Julho de 2013.

Pesquisa processual por nome, sitio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <
<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoNome/ConsultaNome.do>> Acesso em 18 de Julho de 2013.