

Promotoria de Justiça de Tutela
Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte do Núcleo Niterói

**EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA ____ VARA CÍVEL DA
COMARCA DE NITERÓI - RJ**

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, no uso de suas atribuições legais, por meio da **PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DO CONTRIBUINTE DO NÚCLEO NITERÓI**, vem, com fulcro na Constituição Federal, na Lei nº. 7.347/85 e na Lei nº. 8.078/90, propor a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

com pedido de antecipação parcial da tutela

em face de:

1) **MUNICÍPIO DE NITERÓI**, pessoa jurídica de direito público interno, por seu representante legal, inscrito no CNPJ nº 28.521.748/0001-59, com endereço na Rua Visconde de Sepetiba, nº 987, Centro, Niterói/RJ, CEP: 24.020-206;

2) **EMUSA - EMPRESA MUNICIPAL DE MORADIA, URBANIZAÇÃO E SANEAMENTO** pessoa jurídica de direito privado, por seu representante legal, inscrita no CNPJ nº 32.104.465/0001-89, com sede na Rua Visconde de Sepetiba, nº 987, 11º andar, Centro, Niterói/RJ, CEP: 24.020-206, pelos fatos e fundamentos jurídicos a seguir expostos:



Promotoria de Justiça de Tutela
Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte do Núcleo Niterói

1 – DA LEGITIMIDADE ATIVA:

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, segundo preceitua o art. 127 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Na esteira da missão constitucional conferida ao Ministério Público, o ordenamento infraconstitucional determinou uma série de prerrogativas ao *Parquet*. Dentre estas, importa a presente ação a **legitimação conferida ao Ministério Público para a propositura de Ação Civil Pública**, pela Lei nº 7.347/85 no art. 1º, II e art. 5º, I.

Ratificando a função do Ministério Público de tutela aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores, o Código de Defesa do Consumidor dispõe no art. 81 e 82 claramente sobre a legitimidade deste órgão para propositura da presente ação.

2 – DOS FATOS:

O **Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, por intermédio desta Promotoria de Justiça, instaurou o Inquérito Civil nº. **2013.00566161**, com o fim de apurar a adequação dos reajustes das tarifas de águas e esgoto praticadas pela concessionária Águas de Niterói, prestadora do serviço neste Município. Tal apuração fez-se necessária ante a ausência de agência reguladora atuando nos procedimentos que autorizam os reajustes desta prestação de serviço.

**Promotoria de Justiça de Tutela
Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte do Núcleo Niterói**

Questionada sobre o aumento, a concessionária apontou que os reajustes são concedidos pelo Município de Niterói por meio da Empresa Municipal de Moradia, Urbanização e Saneamento – EMUSA (fls. 37 do Inquérito Civil), o qual tem atribuição de definir o percentual a ser aplicado (fls. 63 do IC).

Assim, considerando o disposto na Lei Federal nº. 11.445/2007, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico, em especial a necessidade da regulação do serviço (inclusive no que tange a definição de tarifas), o Ministério Público expediu recomendação ao Município de Niterói para que instituisse uma agência reguladora municipal ou que fosse celebrado convênio com a Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro - AGENERSA para a realização das revisões tarifárias e que, além disso, se abstinhasse de conceder novos aumentos enquanto não fosse criada entidade reguladora (fls.67/68 do IC).

Importante destacar que a AGENERSA informou sobre a possibilidade de celebração de convênio com o Município de Niterói para fiscalizar e regular a prestação do serviço pela concessionária Águas de Niterói.

Por sua vez, o Município de Niterói afirmou que a criação de uma agência reguladora é uma atividade discricionária, assim como também não haveria interesse na celebração de convênio com a AGENERSA.

Ocorre que a Lei Federal nº. 11.445/2007 em todo seu capítulo V trata de forma clara e objetiva sobre a necessidade do exercício da função de regulação, salientando sobre a importância desta prestação de serviço essencial ser devidamente regulada, tanto no que se refere à prestação do serviço, como na fixação e reajuste de tarifas.

**Promotoria de Justiça de Tutela
Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte do Núcleo Niterói**

Frise-se que o art. 21 da citada lei estabelece que a função de regulação precisa atender os princípios da independência decisória, assim como transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões.

Note-se, portanto, que além da independência em todos os seus aspectos, a entidade regulatória precisa ser composta com corpo técnico, justamente para que a prestação do serviço como um todo seja devidamente regulado.

Não há que se olvidar que a EMUSA, não foi criada com tal finalidade e não atende a essa função regulatória prevista em Lei. Portanto, os reajustes ou aumentos conferidos com base em critérios estabelecidos pela EMUSA não atendem aos princípios basilares da modicidade tarifária e do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, principalmente porque é uma empresa pública atuando como autarquia, em total descompasso com o ordenamento jurídico pátrio.

Como cedição, a instituição de agências reguladoras decorre da necessidade do Estado de intervir na atividade econômica como guardião dos direitos e garantias fundamentais e, ainda, promover o interesse público. É forma de intervenção do Estado na economia como regulador, nos termos do art. 174 da Constituição Federal, exercendo controle basicamente sobre atividades executadas pela iniciativa privada: os serviços públicos delegados por concessão e as atividades econômicas de relevância social.

No caso em tela, o Município delegou o serviço de águas e esgoto à concessionária Águas de Niterói, sem prejuízo de que essa seja acompanhada minuciosamente pelo Poder Público. Para isso, o ente público pode realizar o controle por meio de sua Administração Direta, ou ainda, criar entidade diversa que, atrelada ao aparelho estatal, será detentora de conhecimento técnico específico para acompanhar a

Promotoria de Justiça de Tutela
Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte do Núcleo Niterói

prestação do serviço e fiscalizar se estão sendo atendidos os ideais que regem um Estado Democrático de Direito.

Notadamente, a função das entidades reguladoras engloba atividade legislativa, jurisdicional e de controle com natureza repressiva e promocional. Com isso, incabível que todas essas funções sejam desempenhadas por ente que não possua personalidade jurídica de direito público, uma vez que seria pessoa de direito privado desempenhando atividades estatais.

Isto posto, temos uma evidente irregularidade com o desempenho das atividades de regulação do contrato de exploração dos serviços de água e esgoto em Niterói feito pela EMUSA. Considerando que a natureza das empresas públicas e suas finalidades institucionais vão de encontro às atividades reguladoras do Município, não é admissível que a EMUSA permaneça realizando atividade fiscalizatória.

Nesta linha cumpre destacar, ainda, que a função regulatória compreende muito mais do que autorizar reajuste de tarifa. Para compreender a importância da criação desta agência, basta olhar os Termos de Ajustamento de Conduta celebrados com o Ministério Público (fls. 301/322 do IC) que acabam por suprir a ausência desta regulação.

Há acordos que tratam sobre os mais diferentes assuntos (realização de obras em fundo de canais, criação rede coletora em Jurujuba, implantação de bancada hidráulica de aferição de hidrômetro, devolução de crédito de ICMS, implantação de serviço de tele-atendimento, criação da tarifa social). Note-se que todos esses temas são inerentes a uma boa atuação de uma agência reguladora, que garantia uma excelência na prestação do serviço, visto que atuaria com corpo técnico especializado, conduzindo e orientando a prestação do serviço de forma adequada.

**Promotoria de Justiça de Tutela
Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte do Núcleo Niterói**

Da análise desses acordos, é possível concluir que é de suma importância à atuação da agência reguladora, porque há uma infinidade de temas importantes a serem tratados e regulados.

Nesta linha, é importante destacar que a Lei Federal n.º 13.460/2017 dispõe sobre a participação, proteção e defesa dos direitos dos usuários de serviço público. Notadamente, um serviço de tamanha importância só pode ser prestado adequadamente se for devidamente regulado, com estreita atuação de uma agência reguladora.

Por essa razão, a presente ação fez-se necessária para que a EMUSA deixe de exercer essa função regulatória, para que o Município seja obrigado a cumprir a lei e exerça seu papel na forma da lei. Para que assim, o serviço prestado pela empresa Águas de Niterói, seja adequado, contínuo e que as tarifas sejam fixadas de forma adequada e módica.

3- DO DIREITO:

3.1 - Da incidência do Código de Defesa do Consumidor:

Esta ação tem por objeto questões relevantes e diretamente relacionadas à defesa do consumidor.

De forma ampla e incontestável, o art. 129, III, da atual Constituição Federal prevê o cabimento da ação civil pública em tais hipóteses, com a expressa menção a “outros interesses difusos e coletivos”.

A legislação infraconstitucional, seguindo a orientação superior, fez constar expressamente (art. 1º, II da Lei n.º 7.347/85) a hipótese de cabimento da ação civil pública, para defesa dos direitos dos consumidores.

**Promotoria de Justiça de Tutela
Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte do Núcleo Niterói**

Ocorre que o legislador do Estatuto Consumerista não se olvidou de resguardar os usuários de serviços públicos, como consumidores que são, tratando destes expressamente em seu artigo 6º, inciso X, in verbis:

*“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
(...)
X - a adequada e eficaz prestação dos serviços
públicos em geral.”*

Assim, tanto o Município como a concessionária estão obrigadas a prestação de um serviço público eficaz e adequado. Portanto, os reajustes ou revisões tarifárias devem está em consonância com os direitos dos consumidores.

Logo, o Município deve observar as leis que regem a matéria, regulando e fiscalizando o serviço de modo adequadamente. Inclusive, o equilíbrio financeiro do contrato deveria está atrelado também às melhorias na prestação do serviço, as reformas, manutenções, etc. E tais questões só podem ser devidamente apuradas por um órgão com expertise no assunto.

Porém, infelizmente o Município não vem seguindo os ditames previstos no regime administrativo no que toca à fiscalização e regulação do contrato, permitindo que uma empresa pública, a EMUSA, desempenhe atividades típicas de Estado, o que se desvirtua completamente da finalidade do ente.

Sendo assim, com o panorama acima apresentado, não há que se falar em serviço público adequado, uma vez que o processo de revisão das tarifas está sendo feito sem a devida fiscalização por parte do Município de Niterói, permitindo que os aumentos dos valores que serão cobrados dos consumidores seja realizados sem que o órgão

**Promotoria de Justiça de Tutela
Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte do Núcleo Niterói**

competente esteja atuando para verificar a legalidade e legitimidade das revisões.

É preciso salientar que a Lei nº. 13.460/2017, que dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuários dos serviços públicos da administração pública foi criada com o principal intuito que os serviços público sejam prestados de forma eficiente e adequado, princípios norteadores da defesa do consumidor.

Em seu art. 4º estabelece:

“Art. 4º Os serviços públicos e o atendimento do usuário serão realizados de forma adequada, observados os princípios da regularidade, continuidade, efetividade, segurança, atualidade, generalidade, transparência e cortesia.”

E mais em seu art. 23 estabelece que os órgãos e entidades públicas abrangidas por esta lei devem avaliar os serviços prestados sob os seguintes aspectos:

“Art. 23. Os órgãos e entidades públicos abrangidos por esta Lei deverão avaliar os serviços prestados, nos seguintes aspectos:

I - satisfação do usuário com o serviço prestado;

II - qualidade do atendimento prestado ao usuário;

III - cumprimento dos compromissos e prazos definidos para a prestação dos serviços;

IV - quantidade de manifestações de usuários; e

**Promotoria de Justiça de Tutela
Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte do Núcleo Niterói**

V - medidas adotadas pela administração pública para melhoria e aperfeiçoamento da prestação do serviço.

§ 1º A avaliação será realizada por pesquisa de satisfação feita, no mínimo, a cada um ano, ou por qualquer outro meio que garanta significância estatística aos resultados.

*§ 2º O resultado da avaliação deverá ser integralmente publicado no sítio do órgão ou entidade, incluindo o **ranking** das entidades com maior incidência de reclamação dos usuários na periodicidade a que se refere o § 1º, e servirá de subsídio para reorientar e ajustar os serviços prestados, em especial quanto ao cumprimento dos compromissos e dos padrões de qualidade de atendimento divulgados na Carta de Serviços ao Usuário.*

Art. 24. Regulamento específico de cada Poder e esfera de Governo disporá sobre a avaliação da efetividade e dos níveis de satisfação dos usuários.” (negritos postos)

A lei determina que os órgãos avaliem o serviço prestado, sem dúvida esse é o papel a ser exercido pela agência reguladora, e não por uma empresa pública.

A ausência desta agência está causando inúmeros prejuízos aos consumidores, não apenas na ordem financeira em aumentos indevidos, mas pela falta de uma regulação ampla, em que seus direitos sejam realmente assegurados, com uma prestação de serviço adequada e eficiente.

3.2 - Da necessária aplicação da Lei Federal n.º. 11.445/2007:

Como cediço a concessionária Águas de Niterói presta o serviço de distribuição de água, coleta e tratamento de esgoto, portanto, presta um serviço público essencial. Portanto, é de suma importância que a prestação deste serviço esteja em consonância com a lei.

As diretrizes nacionais sobre saneamento básico foram fixadas pela Lei n.º. 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que assim definiu o saneamento básico:

“Art. 2º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - saneamento básico - conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de:

a) abastecimento de água potável, constituído pelas atividades, pela disponibilização, pela manutenção, pela infraestrutura e pelas instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e os seus instrumentos de medição;

b) esgotamento sanitário, constituído pelas atividades, pela disponibilização e pela manutenção de infraestrutura e das instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até a sua destinação final para a produção de água de reuso ou o seu lançamento final no meio ambiente;

c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, constituídos pelas atividades, pela infraestrutura

**Promotoria de Justiça de Tutela
Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte do Núcleo Niterói**

e pelas instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final dos resíduos sólidos domiciliares e dos resíduos de limpeza urbanas; e

d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas, constituídos pelas atividades, pela infraestrutura e pelas instalações operacionais de drenagem de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas, contempladas a limpeza e a fiscalização preventiva das redes;”

No art. 8º estabelece ainda que o titular de serviço público saneamento básico, no caso o Município, pode delegar a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação desses serviços.

No caso em comento o Município delegou a prestação do serviço, assim como delegou indevidamente para a EMUSA um tipo de serviço fiscalização. **Não exercendo e nem delegando a regulação deste serviço.**

Sem dúvida, que ao delegar a prestação do serviço, o Município deveria exercer seu poder regulatório ou delegar o exercício deste poder a uma agência regulatória, isso é fundamental para que o serviço seja prestado adequadamente.

No que tange a regulação a lei estabeleceu:

*“Art. 21. O exercício da função de regulação atenderá aos seguintes princípios:
I - independência decisória, incluindo autonomia administrativa, orçamentária e financeira da entidade reguladora;*

Promotoria de Justiça de Tutela
Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte do Núcleo Niterói

II - transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões.

Art. 22. São objetivos da regulação:

I - estabelecer padrões e normas para a adequada prestação dos serviços e para a satisfação dos usuários;

II - garantir o cumprimento das condições e metas estabelecidas;

III - prevenir e reprimir o abuso do poder econômico, ressalvada a competência dos órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; e

IV - definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos quanto a modicidade tarifária, por meio de mecanismos que induzam a eficiência e a eficácia dos serviços e que permitam o compartilhamento dos ganhos de produtividade com os usuários.”

E mais no seu artigo 23 estabelece que cabe a entidade reguladora editar as normas de abrangência técnica, inclusive, norma que tratem sobre questões tarifárias:

“Art. 23. A entidade reguladora editará normas relativas às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços, que abrangerão, pelo menos, os seguintes aspectos:

I - padrões e indicadores de qualidade da prestação dos serviços;

II - requisitos operacionais e de manutenção dos sistemas;

III - as metas progressivas de expansão e de qualidade dos serviços e os respectivos prazos;

Promotoria de Justiça de Tutela
Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte do Núcleo Niterói

IV - regime, estrutura e níveis tarifários, bem como os procedimentos e prazos de sua fixação, reajuste e revisão;

V - medição, faturamento e cobrança de serviços;

VI - monitoramento dos custos, quando aplicável;

VII - avaliação da eficiência e eficácia dos serviços prestados;

VIII - plano de contas e mecanismos de informação, auditoria e certificação;

IX - subsídios tarifários e não tarifários;

X - padrões de atendimento ao público e mecanismos de participação e informação;

XI - medidas de segurança, de contingência e de emergência, inclusive quanto a racionamento; e

XII - (VETADO).

XIII - diretrizes para a redução progressiva da perda de água.” (negritos postos)”

Claramente a lei dispôs que a entidade reguladora editará as normas que tratem de vários aspectos da prestação do serviço, inclusive, do regime, estrutura e níveis tarifários, bem como a forma de reajuste e revisão.

Conforme já demonstrado, os acordos celebrados pelo Ministério Público se fizeram necessários, justamente por essa ausência de um ente regulador, que com corpo técnico especializado tratasse de todas as peculiaridades pertinentes à prestação deste serviço público.

Sem dúvida, a existência de uma entidade reguladora é fundamental, para atender a todos os ditames fixados em leis, quando a prestação de serviço de saneamento básico é transferida para iniciativa privada.

3.3 - Da irregularidade de uma empresa pública atuar como agência reguladora:

Como já dito anteriormente, foi realizada investigação por este Ministério Público a fim de apurar o procedimento de revisão de tarifas de água e esgoto pelos serviços prestados pela concessionária Águas de Niterói.

Conforme manifestado pela empresa, os aumentos são autorizados pela empresa pública municipal EMUSA, que, conseqüentemente, atua no Município de Niterói como agência reguladora.

Ocorre que as empresas estatais, gênero que compreende as empresas públicas e sociedades de economia mista como espécie, são formas de descentralização administrativa às quais recorre o Poder Público para desempenhar atividades de seu interesse e, no caso específico das empresas estatais, o ente federativo cria uma pessoa jurídica de direito privado para desempenhar funções de caráter econômico atuando Estado-Empresário.

Tomando como referência o Decreto nº 200/1967 que, apesar de estabelecer diretrizes à Administração Pública Federal, acabou sendo legislação referencial à organização administrativa dos demais entes federativos, como é amplamente divulgado nos estudos de Direito Administrativo; o seu art. 5º, inc. II trouxe a definição legal de empresa pública, como se vê a seguir:

“Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

(...)

*II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, **criado por lei para a exploração de***

Promotoria de Justiça de Tutela
Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte do Núcleo Niterói

atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

(grifo nosso)

Ainda, o texto constitucional restringe ainda mais o âmbito de atuação das empresas públicas, conforme podemos ver no art. 173, *caput* e §1º:

*“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, **a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.**”*

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...)” (negritos postos)

Elucidando ainda mais a questão do objeto sobre o qual recai a atuação das empresas públicas, temos o que ensina José dos Santos Carvalho Filho:

“Como os órgãos estatais se encontram presos a uma infinita quantidade de controles, o que provoca sensível lentidão nas atividades que desempenha, essas pessoas administrativas, tendo personalidade de direito privado, embora sob a direção institucional do Estado, possibilitam maior versatilidade em sua atuação, quando voltadas para atividades econômicas. O

**Promotoria de Justiça de Tutela
Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte do Núcleo Niterói**

Estado, através delas, se afasta um pouco de seu pedestal como Poder/bem-estar social para assemelhar-se, de certa maneira, a um empresário, que precisa de celeridade e eficiência para atingir seus objetivos”. (pág 638)

Sendo assim, nota-se que as empresas públicas, por opção constitucional e legislativa e, ainda, conforme consagrado pela doutrina são entes cuja finalidade é exploração econômica por parte do Estado para atender ao interesse público.

No entanto, como podemos observar pelo disposto no art. 3º do Anexo do Decreto 5347/1988, que trata do objeto social da EMUSA, *in verbis*:

Art. 3º - A empresa terá por objeto a execução da política de saneamento básico, habitação, desenvolvimento urbano integrado, a regularização das áreas carentes, ocupadas e as pertencentes ao Município, com a finalidade promover a integração econômica e social da população de baixa renda, proporcionando-lhe melhoria de moradias e de condições de vida e ainda, visando reduzir o “déficit” municipal nestes setores.

Com isso, nota-se que a EMUSA se presta muito mais ao desempenho de atividades típicas de Estado do que a exploração econômica. Nem ao menos podemos admitir que o permissivo constitucional de prestação de serviços públicos justifique o objeto da entidade; uma vez que, mesmo nesse caso, o caráter econômico da atividade deve prevalecer. Nesse sentido, temos mais uma lição do professor José dos Santos Carvalho Filho:

“(…) Assim, dentro da noção de atividade econômica em sentido amplo, temos, como

**Promotoria de Justiça de Tutela
Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte do Núcleo Niterói**

espécies, alguns serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito. Por outro lado, é certo admitir que, em razão da múltipla atividade exercida pelo Estado, devem distinguir-se os serviços públicos não econômicos e os serviços públicos econômicos; estes últimos é que se situam no âmbito das atividades econômicas em geral.

Nem sempre é fácil identificar a linha entre serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito. Mas, segundo nos parece, o objetivo dessas entidades é o desempenho de atividades econômicas, ainda que se possa considerar, dentro do sentido amplo, a prestação de serviços públicos. Por outro lado, é importante registrar que não são todos os serviços públicos que poderão ser exercidos por sociedades de economia mista e empresas públicas, mas somente aqueles que, mesmo sendo prestados por empresa estatal, poderiam sê-lo pela iniciativa privada. Desse modo, excluem-se aqueles serviços ditos próprios do Estado, ou seja, aqueles que só o Estado pode executar, como a segurança pública, a prestação de justiça, a defesa da soberania nacional. Excluem-se também aqueles outros que têm acentuada coloração social e que, por isso mesmo, se apresentam deficitários, como os de assistência social a certas categorias sociais ou os de apoio a regiões desfavorecidas. Por essa razão é que no grande universo de sociedades de economia mista e de empresas públicas dificilmente se encontrará alguma delas que execute serviço público que não seja superavitário, demonstrando, por conseguinte, que seu alvo básico é realmente a atividade econômica.”

Promotoria de Justiça de Tutela
Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte do Núcleo Niterói

Isto posto, podemos observar um evidente descompasso entre a natureza jurídica das empresas públicas e a finalidade mediata da EMUSA, conforme os critérios balizados pelo ordenamento.

Analisando o objeto da atuação da EMUSA, vemos que se trata de atividade típica da Administração Pública e que, por definição legal, deveria ser desempenhada pela própria Administração Direta ou de forma descentralizada, criando-se ente público próprio: a autarquia.

Novamente em consulta ao Decreto nº 200/1967, temos a definição de autarquia no art. 5º, inc. I, conforme se vê:

*“Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:
I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, **para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.**” (grifos postos)*

Em análise mais detida de seu objeto social, nos cumpre destacar que, utilizando os conceitos trazidos por José dos Santos Carvalho Filho, a EMUSA desempenha, além da atividade de autarquia assistencial, uma vez que auxilia uma categoria social a fim de minimizar os efeitos da desigualdade social; a função típica de uma autarquia de controle, dado que busca “exercer controle sobre as entidades que prestam serviços públicos ou atuam na área econômica por força de concessões e permissões de serviços públicos” (pág. 617).

Os consumidores de Niterói vêm cumprindo com suas obrigações perante a concessionária, arcando com os altos custos de um serviço essencial e que, por inépcia do Poder Público, vem sendo controlado por ente que, desde sua constituição, desempenha de forma inadequada suas funções.

**Promotoria de Justiça de Tutela
Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte do Núcleo Niterói**

Atendendo ao disposto no art. 174 da Constituição Federal, temos o papel do Estado de intervir na economia como controlador a fim de promover o interesse público e resguardar direitos e garantias fundamentais. Para isso, o Poder Público se vale das agências reguladoras que, conforme ensina o professor José dos Santos Carvalho Filho:

“Pela natureza da função a ser exercida, foram então criadas, sob a forma de autarquias (agências autárquicas ou governamentais), as denominadas agências reguladoras, entidades com típica função de controle.

(...)

A essas autarquias reguladoras foi atribuída a função principal de controlar, em toda a sua extensão, a prestação dos serviços públicos e o exercício de atividades econômicas, bem como a própria atuação das pessoas privadas que passaram a executá-los, inclusive impondo sua adequação aos fins colimados pelo Governo e às estratégias econômicas e administrativas que inspiram o processo de desestatização.”¹

Sendo assim, quando houve a concessão do serviço de águas e esgoto à Águas de Niterói, pressupôs-se que as atividades seriam acompanhadas pelo Poder Público ou entidade atrelada ao aparelho estatal cujo conhecimento técnico específico permitiria o acompanhamento da prestação do serviço e fiscalização, o que não deveria ser realizado pela EMUSA enquanto empresa pública.

Conforme dispõe o professor Marçal Justen Filho², a atividade reguladora não se trata meramente de atividade tipicamente

¹ Pág 632, 633.

² Justen Filho, M. (2014). *Curso de direito administrativo / Marçal Justen Filho*. -- 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 670.

Promotoria de Justiça de Tutela
Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte do Núcleo Niterói

administrativa, englobando também atividade legislativa, jurisdicional e de controle com natureza repressiva e promocional e, justamente por isso, deve ser desempenhada por entidade tipicamente estatal, não sendo adequado ou constitucional delegá-la à pessoa jurídica que não seja de direito público.

Pelo exposto, podemos concluir que a atuação da EMUSA regulando o serviço da concessionária Águas de Niterói aponta para uma evidente afronta às normas de Direito Administrativo, não sendo adequada a entidade às finalidades que persegue.

4 – DO DANO MORAL COLETIVO:

Tendo em vista a narrativa aqui exposta juntamente com os fundamentos jurídicos apresentados, notório é que os réus violaram direitos básicos dos consumidores, negando serviço público adequado à população de Niterói.

A partir do exposto, já restou comprovado o dever da demandada de realizar a devida fiscalização do contrato de concessão firmado com a Águas de Niterói.

Além disso, há que se falar também nos danos morais coletivos devidos, uma vez que um incontável número de usuários vêm sofrendo danos pela má execução do serviço prestado.

O objetivo do dano moral coletivo é, além do caráter compensatório pelos atos lesivos praticados, prevenir que a parte venha a agir de igual modo futuramente, resguardando os interesses metaindividuais.

**Promotoria de Justiça de Tutela
Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte do Núcleo Niterói**

Defendemos ainda o cabimento de indenização a título de danos morais coletivos, previsão expressa do art. 6º, inc. VI do Código de Defesa do Consumidor, in verbis:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

Na mesma linha, o art. 1º, inciso II da Lei nº 7.347/85, que dispõe:

“Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

(...)

II - ao consumidor;”

Sobre o assunto, Rizzato Nunes em seus comentários ao Código de Defesa do Consumidor, argumenta:

“Pois bem, quando o CDC estabelece o dever de indenizar, quer que tal indenização seja ampla na medida de suas consequências. Os danos indenizáveis são, assim, como dito, os de ordem material e os de natureza moral.”³

Com a tendência de socialização do Direito, absolutamente cabível tratar na presente ação sobre os danos morais afetos à coletividade, que foi atingida pela conduta negligente dos réus.

No caso em comento, não há que se olvidar que o Município tem o dever jurídico de reparar os danos gerados aos consumidores.

Promotoria de Justiça de Tutela
Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte do Núcleo Niterói

É inegável que do descumprimento de um dever jurídico originário surge à responsabilidade civil: o dever de compor o prejuízo causado pelo descumprimento da obrigação. Porque durante todos esses anos os consumidores de Niterói amargam reajuste na tarifa sem a devida e correta regulação, como contam com a prestação de um serviço público que não é adequadamente fiscalizado.

Além do que, é preciso salientar que com a condenação do dano moral coletivo, há evidente aplicação da técnica do valor do desestímulo, a qual visa evitar novas violações aos valores coletivos. Em outras palavras, **o montante da condenação tem dupla função: compensatória para a coletividade e punitiva para o ofensor.**

Quanto a este aspecto compensatório, deve-se ter clareza que é plenamente aceitável a reparabilidade do dano moral em face da coletividade, que apesar de ente despersonalizado, possui valores morais e um patrimônio ideal a receber proteção do Direito. Ora, se é aceitável a reparabilidade do dano moral em face das pessoas jurídicas, quanto à honra objetiva, a fortiori, deverá ser aceita tal tese em face da coletividade.

Observe-se, portanto, que o dano moral coletivo, abarca uma visão mais socializada da responsabilidade civil, na qual é possível se preocupar com valores de uma determinada comunidade, e não apenas com o valor da pessoa individualizada.

Por outro lado, cabe salientar que entre a maioria dos doutrinadores predomina a ideia de que o dano moral coletivo, além de apresentar um caráter compensatório e punitivo, cumpre uma função eminentemente preventiva. Sobre essa visão, destaca-se, a posição abalizada de José Augusto Garcia:

**Promotoria de Justiça de Tutela
Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte do Núcleo Niterói**

“(...) Antes de forma um tanto receosa, e ultimamente de maneira bem mais resoluta, passou-se a admitir uma função punitiva para as condenações relativas a danos morais. Na verdade, poderíamos falar, mais apropriadamente, em uma função preventivo-pedagógica para os danos morais, a qual se mostra intimamente conectada ao tema da coletivização jurídica. De fato, em conflitos meramente intersubjetivos, a aludida função preventivo-pedagógica pouco tem a brilhar, mormente porque se trata, em regra, de lides eventuais, não habituais, não profissionais. Tudo muda de figura, entretanto, quando estamos diante de conflitos carregados de dimensão coletiva. [...]

A função preventiva da indenização por danos morais e a ênfase na conduta do ofensor, para efeitos de quantificação da indenização, há anos e anos não traduzem mais novidade alguma no meio jurídico.[...]Com efeito, a manifestação pretoriana há de demonstrar cabalmente a reprovação estatal em relação a comportamentos que infrinjam a ordem pública [...], desestimulando o infrator da maneira a mais persuasiva possível. Não é possível que a decisão judicial, mesmo condenando (o ofensor), estimule ainda mais o proceder ilícito.

Um caráter punitivo na reparação de dano moral para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos, tanto na relação de consumo quanto no Direito Ambiental. Aqui, a ratio será a função

**Promotoria de Justiça de Tutela
Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte do Núcleo Niterói**

preventivo-precautória que o caráter punitivo inegavelmente detém, em relação às dimensões do universo a ser protegido.

Nesse casos, porém, o instituto não pode se equiparar ao dano punitivo como hoje é conhecido, porque o valor a maior da indenização a ser pago "punitivamente", não deverá ser destinado ao autor da ação, mas, coerentemente com o nosso sistema (...), servirá a beneficiar um número maior de pessoas, através do depósito em fundos (...)." (GARCIA, José Augusto. O princípio da dimensão coletiva das relações de consumo: reflexos no "processo do consumidor", especialmente quanto aos danos morais e às conciliações. In: Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, Revista da EMERJ, v. 1, n. 2, 1998. p. 4-28.)

Observe-se, portanto, que toda vez que se vislumbrar o ferimento a interesse moral (extrapatrimonial) de uma coletividade, configurar-se-á dano possível de reparação, abrangendo não só o abalo, a repulsa, a indignação, mas também a diminuição da estima infligida em dimensão coletiva.

No caso em tela, o Ministério Público requer que o valor a ser arbitrado a título de dano moral coletivo seja utilizado para aparelhar a criação da agência reguladora.

Portanto, uma vez se tendo evidenciado a lesão praticada, faz-se fundamental a condenação da ré ao pagamento de danos morais coletivos, com o intuito punitivo-pedagógico, prevenindo a prática de novas lesões.

5 – DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA:

Em que pese às provas colhidas no Inquérito Civil que instrui a presente ação, a pretensão do Ministério Público ora veiculada encontra guarida também no inciso VIII do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, que estabeleceu a inversão do ônus da prova na defesa dos direitos consumeristas, toda vez que alegação for verossímil.

Ocorre que, no caso em tela, **há irrefutavelmente verossimilhança nas alegações, uma vez que durante a tramitação do Inquérito Civil foram colhidas manifestações feitas pelas demandadas confirmando os fatos aqui apontados.**

Sobre a inversão do ônus da prova nos casos em que figura como polo passivo a Administração Pública ou pessoa jurídica de direito privado a quem foi concedida a tarefa de prestar serviços públicos, o E. Superior Tribunal de Justiça se manifestou estabelecendo a inversão, conforme os julgados a seguir:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ROMPIMENTO DE TUBULAÇÃO DE ÁGUA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE DETERMINOU A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RELAÇÃO DE CONSUMO ENTRE O USUÁRIO E A CONCESSIONÁRIA. VÍTIMA DO EVENTO DANOSO. EQUIPARAÇÃO A CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I. Não há omissão ou obscuridade no acórdão recorrido, quando o Tribunal de origem pronuncia-se, de forma clara e precisa, sobre a questão posta nos autos, assentando-se

Promotoria de Justiça de Tutela
Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte do Núcleo Niterói

*em fundamentos suficientes para embasar a decisão. Precedentes do STJ. II. **O acórdão recorrido encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que a relação entre concessionária de serviço público e o usuário final, para o fornecimento de serviços públicos essenciais, tais como energia elétrica e água e esgoto, é consumerista, sendo cabível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, motivo pelo qual deve ser mantida a inversão do ônus da prova.***

Precedentes do STJ: STJ, AgRg no AREsp 372.327/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 18/06/2014; STJ, AgRg no AREsp 483.243/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 02/06/2014. III. No que se refere à inversão do ônus da prova, a teor dos arts. 14, caput, e § 1º, e 17 do CDC, equiparam-se a consumidores as vítimas de evento danoso decorrente da prestação de serviço defeituoso. Assim, em se tratando de relação de consumo, em que caracterizada a responsabilidade objetiva da concessionária, perfeitamente cabível a inversão do ônus da prova. Precedentes. IV. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no AREsp 479632 / MS - Relator(a) Ministra ASSUSETE MAGALHÃES (1151) - T2 - SEGUNDA TURMA - Data do Julgamento 25/11/2014 - Data da Publicação/Fonte DJe 03/12/2014)(grifos postos)

E, ainda, há que se notar julgados recentes reproduzindo o mesmo entendimento:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROJETO DE RECUPERAÇÃO DE LINHA DE TRANSMISSÃO

Promotoria de Justiça de Tutela
Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte do Núcleo Niterói

DE ENERGIA ELÉTRICA E EXECUÇÃO DO PROJETO. DEVER DE PRESTAR SERVIÇO ADEQUADO. OBRIGAÇÃO INERENTE À CONCESSÃO DE SERVIÇOS. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO DEMONSTRADA. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. Desequilíbrio econômico e financeiro. Revisão. Impossibilidade. Necessidade de reexame de provas e fatos. Súmulas 5 e 7 do STJ. Aplicação do CDC. Relações entre concessionária de serviço público e usuário final. Possibilidade. (...)

6. No que se refere à inversão do ônus de prova prevista na legislação consumerista, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhece ser aplicável o Código de Defesa do Consumidor às relações entre concessionária de serviço público e usuário final, para o fornecimento de serviços públicos essenciais, tais como energia elétrica.

7. É entendimento pacificado no STJ que a inversão do ônus da prova é faculdade conferida ao magistrado, não um dever, e fica a critério da autoridade judicial conceder tal inversão quando for verossímil a alegação do consumidor ou quando for ele hipossuficiente. A revisão do entendimento assinalado pelo acórdão esbarra na vedação sumular 7/STJ, pois depende da análise de matéria fático-probatória, o que se afigura inviável em Recurso Especial. 8. Agravo Interno não provido. (AgInt no REsp 1569566 / MT AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL 2015/0284729-0 – Relator Ministro HERMAN BENJAMIN - T2 - SEGUNDA TURMA - Data do

Promotoria de Justiça de Tutela
Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte do Núcleo Niterói

Julgamento: 07/03/2017 - Data da Publicação:
DJe 27/04/2017) (*grifos postos*)

Além dessa hipótese expressamente prevista na Lei, é defendida pela jurisprudência a possibilidade de distribuição dinâmica do *onus probandi* pelo Juiz, como extensão de seus poderes instrutórios, cuja relevância se agiganta especialmente em sede de tutela de interesses metaindividuais.

Portanto, tendo em vista os fundamentos aduzidos, sendo manifesta a verossimilhança nas alegações, faz-se possível a distribuição dinâmica da prova, nos termos do art. 6º, inciso VIII, da Lei nº 8.078/90.

6 – DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA:

A partir dos fatos e argumentos veiculados nos itens anteriores da presente peça vestibular, verifica-se, dentro de um juízo de cognição sumária, a presença dos requisitos autorizadores da concessão da liminar almejada na presente ação (art. 300 do Código de Processo Civil).

Conforme amplamente conhecido pela doutrina e jurisprudência, a concessão da tutela antecipada depende de dois requisitos: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Caracterizado está o *fumus boni iuris*, dado que conforme demonstrado na presente peça e nos autos do inquérito anexo, há farta documentação e instrumentos normativos que evidenciam a inadequação de empresas públicas no desempenho de atividades típicas de autarquia especial.

Promotoria de Justiça de Tutela
Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte do Núcleo Niterói

Também se pode inferir a presença do *periculum in mora*, uma vez que a EMUSA vem irregularmente desempenhando atividades que não lhe competem, autorizando aumento das tarifas de água e esgoto, onerando ilegitimamente os consumidores de Niterói.

Desta forma, faz-se necessária a concessão da tutela provisória de urgência de natureza antecipada ora perseguida, face à existência de norma que deve ser obedecida, bem como pelo prejuízo suportado pelos consumidores, face aos aumentos concedidos na tarifa sem um órgão regulador e fiscalizador adequado.

Em face do exposto, o Ministério Público requer que:

- **À ré EMUSA a se abstenha** de conceder qualquer espécie de reajuste na tarifa do serviço de distribuição de água, coleta e tratamento de esgoto, sob pena de multa de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por reajuste concedido;
- **O réu MUNICÍPIO DE NITERÓI somente conceda** qualquer espécie de reajuste na tarifa do serviço de distribuição de água, coleta e tratamento de esgoto, com estudo realizado por **EQUIPE TÉCNICA especializada** para apurar o valor adequado, sob pena de multa de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por reajuste concedido;
- **O Município de Niterói a se abstenha** de utilizar-se da EMUSA para exercer a função regulatória, fiscalizatória ou qualquer outra função afeta a prestação de serviço de distribuição de água, coleta e tratamento de esgoto, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais);

Promotoria de Justiça de Tutela
Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte do Núcleo Niterói

7 – DO PEDIDO:

Requer, assim, o Ministério Público, do que foi exposto:

1 - a distribuição da presente ação.

2 - a citação dos réus para, querendo, contestarem a presente ação, e para que informem se tem interesse na realização de audiência de conciliação, na forma do art. 334, § 4º do CPC.

3 - LIMINARMENTE, inaudita altera pars seja concedida a TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA DE NATUREZA ANTECIPADA constantes dos itens 4.1, 4.2 e 4.3 do pedido principal formulado abaixo, conforme fundamentação acima, sob pena de multa de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por reajuste concedido.

4 - Ao final, seja julgado procedente o pedido para condenar:

4.1 – À ré EMUSA a se abster de conceder qualquer espécie de reajuste na tarifa do serviço de distribuição de água, coleta e tratamento de esgoto, sob pena de multa de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por reajuste concedido;

4.2 – O réu MUNICÍPIO DE NITERÓI a somente conceder qualquer espécie de reajuste na tarifa do serviço de distribuição de água, coleta e tratamento de esgoto, com estudo realizado por **EQUIPE TÉCNICA especializada para apurar o valor adequado, sob pena de multa de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por reajuste concedido;**

Promotoria de Justiça de Tutela
Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte do Núcleo Niterói

4.3 – O Município de Niterói ***a se abster de utilizar-se da EMUSA para exercer a função regulatória, fiscalizatória ou qualquer outra função afeta a prestação de serviço de distribuição de água, coleta e tratamento de esgoto,*** sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais);

4.4 – O Município de Niterói ***a criar uma entidade autárquica para exercer a função regulatória do serviço de distribuição de água, coleta e tratamento de esgoto ou celebrar convênio com agência reguladora já instituída para esta finalidade,*** cumprindo assim com sua obrigação de regulação e fiscalização instituída na Lei nº. Lei Federal nº. 11.445/2007, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais);

Requer, ainda, subsidiariamente ao pedido do item 4.4:

4.5 – O Município de Niterói ***a exercer privativamente por meio de algum órgão criado para este fim, a função regulatória do serviço de distribuição de água, coleta e tratamento de esgoto,*** estabelecendo corpo técnico próprio em conformidade com as obrigações esculpidas na Lei Federal nº. 11.445/2007, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais);

5 - ***A condenação do Município de Niterói ao pagamento de danos morais coletivos,*** no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), valor que deverá ser revertido para criação e aparelhamento da agência reguladora.

6 - ***A condenação da ré no ônus da sucumbência,*** a ser revertido ao Fundo Especial do Ministério Público do RJ, nos termos da Lei Estadual nº 2.819/97, artigo 4º, inciso XII, e regulamentação pela Resolução GPGJ nº 801/98.

Promotoria de Justiça de Tutela
Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte do Núcleo Niterói

7- A publicação de edital, para ciência dos interessados, nos termos do art. 94, da Lei nº. 8.078/90.

8- A inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, inciso VIII, da Lei nº 8.078/90 e do art. 373, §1º do Código de Processo Civil.

O Ministério Público informa, ainda, que em decorrência dos imperativos legais previstos nos arts. 319, inciso VII c/c 334, §5º, CPC, não se opõe a designação de Audiência de Conciliação.

Protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, a serem especificados oportunamente, apresentando com a presente a prova documental relativa ao **Inquérito Civil nº. 2013.00566161** desta Promotoria de Justiça.

Dá à causa o valor R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), para efeito do artigo 319, V, do CPC.

Termos em que
Pede Deferimento.

Niterói, 05 de novembro de 2018.

AUGUSTO VIANNA LOPES
Promotor de Justiça