

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DO DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO CONSUMIDOR

Annie Kier Herynkopf

A (NÃO) ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NA DEFESA DO
CONSUMIDOR COMO FATOR DE FOMENTO À LITIGIOSIDADE:

Uma proposta alternativa à judicialização.

Porto Alegre
2016

ANNIE KIER HERYNKOPF

**A (NÃO) ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NA DEFESA DO
CONSUMIDOR COMO FATOR DE FOMENTO À LITIGIOSIDADE:
Uma proposta alternativa à judicialização**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Especialista em Direito do Consumidor pelo programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Professor Dr.Cristiano Heineck Schmitt

Porto Alegre
2016

ANNIE KIER HERYNKOPF

**A (NÃO) ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NA DEFESA DO
CONSUMIDOR COMO FATOR DE FOMENTO À LITIGIOSIDADE:**

Uma proposta alternativa à judicialização

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Especialista em Direito do Consumidor pelo programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovada em ____ de _____ de 2016.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Dr.Cristiano Heineck Schmitt
Orientador

AGRADECIMENTOS

Manifesto agradecimento especial ao meu orientador, Professor Cristiano Heineck Schmitt, por ter incentivado, desde o princípio, a realização deste estudo, sempre disponível para me auxiliar a vencer os desafios que surgiram pelo caminho.

Ainda, não poderia deixar de agradecer aos novos amigos, que tive a fortuna e felicidade de conquistar em razão deste trabalho, os quais foram essenciais, cada um a seu modo, para a sua confecção: Alexandre Amaral Gavronski, Débora Muletaler, Lisiane Zanatta, Roberta Dorneles e Vanessa Della Giustina.

RESUMO

O presente trabalho objetiva relacionar a atuação das agências reguladoras brasileiras com a defesa do consumidor e a crescente litigiosidade no país, partindo da hipótese de que, atualmente, tal atuação é falha e omissa. Para tanto, propõe-se uma contextualização do instituto das agências e a análise do seu papel na defesa do consumidor, diante do ordenamento jurídico vigente. Da observação da relação que atualmente se verifica entre agências e consumidores, se busca levantar as possíveis causas que contribuem para o papel deficiente que vêm desempenhando, acarretando o ajuizamento de ações repetitivas nas áreas dos serviços regulados. Propõe-se, ao final, uma alternativa à judicialização dos litígios na área do consumidor.

Palavras-chave: Agências reguladoras. Defesa do consumidor. Litigiosidade.

ABSTRACT

This paper aims to relate the role of the Brazilian regulatory agencies to consumer protection and the growing litigiousness in the country, based on the assumption that its performance is currently flawed and silent. Therefore, this paper proposes contextualizing the institute of agencies and an analysis of their role in consumer protection in the legal system in force. Based on observations of the relationship currently verified between agencies and consumers, it seeks to raise the possible causes that contribute to the poor role they have been playing, causing the filing of repetitive actions in the areas of regulated services. Finally, it proposes an alternative to the judicialization of disputes in the consumer area.

Keywords: Regulatory agencies. Consumer protection. Litigiousness.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 AS AGÊNCIAS REGULADORAS: ORIGENS E ESTRUTURA	10
2.1 ORIGENS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES	10
2.2 CONCEITO DE REGULAÇÃO	13
2.3 O MODELO DOS EUA.....	15
2.4 AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL.....	18
2.4.1 Autonomia, poderes e atribuições das agências brasileiras	21
2.4.2 Instrumentos regulatórios relacionados à defesa do consumidor	25
3 A DEFESA DO CONSUMIDOR E AS AGÊNCIAS REGULADORAS	28
3.1 O CONSUMIDOR: VULNERABILIDADE NO MERCADO DE CONSUMO E PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL.....	28
3.2 SISTEMA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A PARTICIPAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	34
3.3 A RELAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS COM O CONSUMIDOR BRASILEIRO.....	38
4 A (NÃO) ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS COMO FATOR DE FOMENTO AO LITÍGIO: UMA ALTERNATIVA À JUDICIALIZAÇÃO	43
4.1 A SOCIEDADE GLOBALIZADA DE CONSUMO GERADORA DE CONFLITOS.....	43
4.2 POSSÍVEIS CAUSAS DA OMISSÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NA DEFESA DO CONSUMIDOR E O ESCOAMENTO DA DEMANDA AO PODER JUDICIÁRIO.....	47
4.3 A COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS NA SEARA ADMINISTRATIVA COMO ALTERNATIVA À VIA JUDICIAL	53
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	58
REFERÊNCIAS	59

1 INTRODUÇÃO

No trato diário, lidamos constantemente com angústias relativas à prestação de serviços regulados, em especial de telecomunicações, energia elétrica ou de saúde complementar: um serviço cobrado e não solicitado, a dificuldade de cancelar um contrato, o corte de energia elétrica por dívida oriunda de suposta fraude, a negativa de cobertura de um procedimento de saúde legalmente previsto. São incontáveis as situações dessa natureza que se repetem e não têm solução em curto prazo. Pessoalmente, por meio de pessoas próximas, ou até mesmo pela imprensa, recorrentemente lembra-se da deficiente prestação de serviços dos setores regulados. Impotência e frustração são os sentimentos que traduzem estes infortúnios. O cotidiano do julgador não é menos angustiante. Recebe, todos os dias, inúmeras ações judiciais idênticas, com pretensões simples, relativas a situações que não precisariam se submeter ao custoso processo judicial ou a um julgamento. São embates na proporção de formigas contra elefantes. Petições iniciais, contestações e sentenças se reproduzem em escala quase industrial sem que, no mais das vezes, se logre satisfazer o direito do consumidor lesado, seja pela falta de celeridade, seja pelas consequências do litígio entre partes tão desiguais.

Diante desse panorama, a indagação acerca do papel das agências reguladoras no Brasil é pergunta para a qual não se tem encontrado muitas respostas. A própria função das agências não parece ser compreendida pelo grande público, que não deposita confiança nas autarquias e as vê como entes que não o representam, possivelmente por herança de uma cultura de total descrédito com a Administração Pública. Pouco se fala e pouco se sabe sobre tais entes.

Um recente episódio, ocorrido enquanto se escrevia o presente estudo, ilustra bem a perplexidade que a (não) atuação das agências reguladoras pode gerar para toda a coletividade de consumidores. O país foi surpreendido com a notícia¹ de que o serviço de comunicação multimídia (internet) fixa, que, até então, vinha sendo utilizado de forma ilimitada, passaria imediatamente a se submeter a uma franquia de dados, a qual, uma vez extrapolada, poderia levar ao corte ou redução de velocidade do serviço, sem que se tenha divulgado, ao menos de forma satisfatória (do contrário, não haveria surpresa), de que forma os contratos vigentes poderiam ser afetados tão drástica e repentinamente, com efeitos importantes na

¹Disponível em:

<<http://portalcorreio.uol.com.br/noticias/economia/consumidor/2016/04/16/NWS,276312,10,171,NOTICIAS,2190-INTERNET-FIXA-SERA-LIMITADA-VEJA-MUDA-SER-FEITO-EVITAR.aspx>> Acesso em: 28 jun. 2016

contraprestação do serviço, sem uma advertência ou discussão prévia. Assistimos, incrédulos, à postura da ANATEL, que permitiu tal conduta por parte das operadoras de telecomunicações, recuando apenas após o fato ter repercutido em nível nacional, momento em que suspendeu a pretensão das operadoras até que se debatesse o tema publicamente. Não requer maior esforço antever que a aplicação imediata de tal prática geraria imediato efeito litigioso na sociedade: um novo “lote” de ações judiciais estaria pronto para nascer.

Diante da situação posta, indaga-se: a discussão que agora se propõe não deveria ter sido anterior ao fato já consumado? Se houve discussão, quão divulgada ela fora e quem dela participou? Havia efetivos representantes dos interesses dos consumidores? Poderia a agência ter permitido tal prática, considerando sua missão de proteger os direitos dos consumidores? Para que, afinal, servem as agências reguladoras brasileiras? Se elas atuassem de forma efetiva, haveria tantas questões a serem solucionadas judicialmente para uma gama tão ampla de atingidos? Existem alternativas para a via judicial?

Sem a pretensão de discutir o mérito do exemplo dado (até porque não se tem maiores informações técnicas a respeito dos fatos que envolveram o episódio), este se mostra perfeitamente adequado para ilustrar o cenário em que hoje se encontra a relação entre agências reguladoras, entes regulados e consumidores.

O presente estudo se propõe a refletir sobre tais indagações, tão urgentes de serem discutidas, e suas possíveis soluções. Para tanto, apresentamos, inicialmente, uma análise sobre o instituto das agências reguladoras, contextualizando-as historicamente e trazendo suas principais características. A seguir, buscamos relacionar o seu papel com a proteção constitucional e legal conferida aos consumidores, lançando um olhar sobre a atual interação das agências reguladoras com esses, restringindo a análise aos serviços regulados geradores de maior insatisfação do consumidor (telecomunicações, energia elétrica e saúde privada). No último capítulo, nos propusemos a analisar o fenômeno da litigiosidade no Brasil, como uma das possíveis consequências da atuação falha das agências, buscando apontar em que elementos se centra tal atuação defeituosa, com a finalidade de que seja corrigida ou evitada. Ao final, nos permitimos propor uma alternativa à via judicial para solução daqueles conflitos individuais que não lograrem ser evitados.

Para o desenvolvimento do texto utilizou-se de consulta à doutrina e legislação. Foram usados, ainda, alguns dados empíricos, colhidos de forma aleatória, com a finalidade de ilustrar a exposição. A jurisprudência foi mencionada apenas pontualmente. Quando a pesquisa permitiu, buscou-se consultar autores especializados nas diferentes áreas abordadas.

O tema é, sem dúvida, instigante e desafiador, por envolver temas cujo enfoque aqui

dado não se encontrou em outros estudos, e, também, pela incursão a variadas áreas, como direito administrativo, direito administrativo econômico, direito constitucional, direito do consumidor e processo civil.

Acreditamos que se trata de discussão de extrema relevância e esperamos que possamos ter contribuído para uma maior reflexão sobre o tema proposto.

2 AS AGÊNCIAS REGULADORAS: ORIGENS E ESTRUTURA

2.1 ORIGENS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES

A denominação “agências reguladoras” não é uniforme em todos os países que conhecem a experiência regulatória², o que reflete, efetivamente, a diversidade de tratamento, regime jurídico e âmbito de atuação das entidades de caráter regulador, mais ou menos independentes em relação ao Estado, dotadas de maiores ou menores poderes normativos. Entretanto, é possível notar que todas surgiram da necessidade de criação de um ente, dotado de grande autonomia, capaz de, sem interferir diretamente na economia, atuar na preservação do equilíbrio do mercado, sempre com a finalidade de atingir o bem comum, por meio de atividades fiscalizatórias, normativas e sancionatórias.

Tal necessidade surgiu, basicamente, de dois contextos históricos opostos: os EUA, de tradição extremamente liberal e não estatizante até cerca de 1887, passaram a se submeter a uma forte regulação estatal, depois que a crise de 1929 demonstrou a fragilidade do mercado, com o *New Deal*, regulação que se viu atenuada no período pós segunda³; enquanto que a América Latina e Europa Continental, embora tenham partido inicialmente de um liberalismo ortodoxo (nos séculos XVIII e XIX), vieram a experimentar a forte estatização da economia após a segunda grande guerra (configurando o *Welfare State*), e, na década de oitenta, com o movimento de desestatização, vê o surgimento da necessidade de regulação dos setores passados à iniciativa privada⁴.

Também deve ser apontado como fator de contribuição à criação das agências reguladoras independentes o despreparo técnico do aparelho do Estado para lidar com a nova sociedade, extremamente especializada e globalizada.⁵

² Exemplificativamente: os *Quangos* (*organização não governamental quase autônoma*) ou *Quasi Tribunals* da Inglaterra, as *Independent Regulatory Agencies* ou *Comissions* dos Estados Unidos da América e as *Autoridades Administrativas Independentes* da França, Itália e Espanha. (in ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. cap. VII. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

³ Houve nuances nessa evolução histórica ocorrida nos EUA, com períodos de menor regulação, como no pós segunda guerra e a partir da década de oitenta, falando-se inclusive em uma *deregulation* que não chegou a ser, de fato, efetivada. Observa, porém, que a atuação reguladora manteve-se sempre presente na economia norte-americana depois do *New Deal*. O leitor encontrará detalhada análise sobre a história das agências nos EUA em: JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 54-107.

⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. cap. VII. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 229/230.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. Concessão, Permissão, Franquias, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras formas. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011 p. 181 e ARAGÃO, Alexandre Santos de, **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. cap. VII. 3.

Assim, EUA, América Latina e Europa Continental acabaram encontrando-se no ponto comum e ideal para o desenvolvimento das agências reguladoras.

As agências reguladoras surgem nos Estados Unidos da América⁶ e remontam à época da sua independência, tornando-se parte de sua própria essência. É comum se referir ao direito administrativo norte-americano como o direito das *agencies*⁷, considerando-se, evidentemente, as particularidades do ordenamento jurídico daquele país, que praticamente não conta com a estrutura de uma Administração Pública, tal como encontramos no direito pátrio.

A primeira grande agência regulatória de nível federal de que se tem notícia foi criada em 1887⁸, no âmbito do sistema ferroviário dos EUA: a *Interstate Commerce Commissions* (ICC). Como decorrência do desenfreado crescimento das ferrovias abrangendo todo o território nacional, a partir de 1860, surgiu a necessidade de se controlar as dificuldades relativas à cartelização, ao abuso na fixação de preços e às condições de transporte, em especial em razão do conflito interestadual de regramentos sobre a matéria e do poderio econômico que as grandes empresas ferroviárias exerciam sobre as autoridades locais⁹.

Entretanto, no período que sucedeu a precursora experiência regulatória, ainda não se via a intensa necessidade de intervenção na atividade econômica, pois o liberalismo econômico tinha papel preponderante, afastando maiores interferências do Estado. Foi com a crise de 1929 e a edição do *New Deal* que, efetivamente, se viu a chamada “primeira onda regulatória”¹⁰, momento de ápice do ativismo estatal nos EUA, um verdadeiro divisor de águas sobre a concepção das funções governamentais naquele país.

Como apenas visto, o contexto histórico que deu azo ao surgimento e incremento das

ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 2.

⁶Justen Filho ressalta a influência britânica na formatação do instituto. “A *common law* inglesa previa instrumentos para a fiscalização e repressão de atos praticados por particulares e servidores da Coroa. Os princípios do direito inglês tiveram influência direta na regulação jurídica dos EUA sobre as atividades econômicas, após a independência.” (JUSTEN FILHO, Marçal, op cit., p. 70)

⁷É o que expressam, por exemplo, Justen Filho e Maria Sylvia di Pietro. O primeiro refere que “costuma-se utilizar a expressão 'Direito Administrativo' ('Administrative Law') para indicar o conjunto de normas e princípios que disciplinam a atividade das agências e o produto de sua atuação (op. cit., p. 54). Segundo Di Pietro, “Nos Estados Unidos, falar em Administração Pública, significa falar nas agências, excluída do conceito a própria Presidência da República” (in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op cit. p. 399)

⁸Justen Filho aponta outras experiências estaduais anteriores, como a criação da *Massachusetts Board of Railroad Commissioners*, em 1869, as quais, porém, não atingiam toda a federação, demonstrando-se a sua relevância histórica para a construção do modelo nacional, que veio a surgir em 1887. (op cit, p. 74)

⁹JUSTEN FILHO, Marçal, op cit. p. 73-76

¹⁰Nas décadas de 30 e 40 surgiram inúmeras agências reguladoras para atuar nos mais variados setores da economia, buscando suprir as falhas e insuficiências do mercado. Nas décadas de 60 e 70, o mesmo autor alude à “segunda onda” das agências nos EUA, em função do intenso aumento do poderio da indústria norte-americana, período em que se intensificaram movimentos em defesa dos direitos civis, passando a regulação a abranger, nessa época, também os direitos dos consumidores e trabalhadores (JUSTEN FILHO, Marçal p. 78-79).

agências reguladoras independentes nos remete à necessidade de intervenção na economia, tendo por finalidade a preservação do equilíbrio do mercado. No caso do Brasil, a intervenção pela regulação se deu em razão da retirada do Estado da execução direta de parte dos serviços públicos e de outras atividades de cunho econômico¹¹.

Segundo aponta Ferraz Júnior,

Factualmente, as agências, no Brasil, surgem por conta do processo de privatização e da disciplina das concessões. Neste sentido aparecem como um novo instrumento de atuação do Estado no domínio econômico. Diz-se que elas representam a substituição do modelo de gestão com base em controles formais (legalidade e motivação fundamentada) e na intervenção direta (estado empresário), pelo modelo gerencial, com base em avaliação de desempenho (eficiência) e intervenção condicionante da eficiência (regulação e regulamentação). Ou seja, nem o estado mínimo, protetor das liberdades (estado de direito liberal), nem o estado promotor de benefícios sociais e econômicos (estado social), mas o estado regulador que contribui para o aprimoramento das eficiências do mercado (estado regulador)¹²

Sob o enfoque do consumidor, Miragem faz interessante análise, ressaltando que uma das razões para que o Estado delegasse a prestação de serviços públicos à iniciativa privada se deu pela admissão de que não era capaz de prestá-los adequadamente, de forma a atender aos interesses dos usuários, concluindo que as agências reguladoras têm sua origem vinculada ao interesse do consumidor¹³.

Na legislação constitucional, com as Emendas nº 08/95 e 09/95, previu-se, pela primeira vez, a possibilidade de criação de um órgão regulador dos serviços de telecomunicações e de atividades de monopólio da União realizadas por empresas estatais ou contratadas (art. 21, XI e art. 177, §§ 1º e 2º).

Em que pese a ausência de autorização expressa da Constituição Federal para a criação de órgãos reguladores em outros setores da economia, a privatização levou à criação, por lei, de outros entes reguladores, que foram denominados agências reguladoras¹⁴.

¹¹Segundo aponta Blum: “A ampliação de atribuições, com desvio da função básica do Estado para ampliar sua presença no setor produtivo, aumentou sua ineficiência e causou deterioração de alguns serviços públicos. O contexto era de: (a) organização estatal burocrática e centrada; (b) elevados gastos público; e (c) crise financeira e fiscal. Na década de 1980, portanto, verifica-se uma “Crise do Estado” em decorrência de seu crescimento desmedido”. (BLUM, Rita Peixoto Ferreira. As Agências Reguladoras. **Revista de Direito Empresarial**. DTR/2015\1395 v. 7, 2015, p.320)

¹²FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Agências Reguladoras: legalidade e constitucionalidade. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. v. 35/2000. p. 143. nov/dez 2000.

¹³Segundo o autor: “O interesse do consumidor, desse modo, serviu como legitimação da desestatização e constituição da estrutura de regulação dos serviços públicos”. (MIRAGEM, Bruno. A regulação do serviço público de energia elétrica e o direito do consumidor. Revista de Direito do Consumidor. **Revista dos Tribunais** n. 51, 2004, p. 69)

¹⁴Embora já se tenha discutido acerca da possibilidade (constitucionalidade) de criação de agências reguladoras referentes a setores diversos àqueles expressamente previstos na Constituição Federal, atualmente, passados

A concretização das privatizações e a consequente instituição de agências reguladoras se deu no final da década de 1990. As primeiras agências reguladoras a serem criadas no Brasil foram: Agência Nacional de Energia Elétrica- ANEEL (Lei 9.427/96), Agência Nacional de Telecomunicações- ANATEL (Lei 9.472/97), Agência Nacional de Petróleo- ANP (Lei 9.478/97) e Agência Nacional de Vigilância Sanitária- ANVISA (Lei 9.782/99).

Finaliza-se o presente tópico observando, sobretudo diante do objeto do presente estudo, o qual busca relacionar a atividade das agências reguladoras com a defesa do direito do consumidor, que o movimento de reforma e desestatização que propiciou a criação de órgãos reguladores não altera a essência dos compromissos constitucionalmente assumidos pelo Estado. Sarlet, ao comentar os direitos fundamentais, aponta que a CF/88 não deixa de adotar o princípio fundamental do Estado Social, guiado pelo valor da justiça material e não meramente formal¹⁵.

De acordo com Justen Filho:

O conceito de Estado Regulador é diretamente determinado pela concepção intervencionista do Estado de Bem-Estar Social. (...) Há fins a realizar, relacionados com a modificação da realidade social. O Estado não pode ser enfocado como simples forma de manutenção de determinada situação socioeconômica. Ao contrário, o Estado e os poderes jurídicos a ele outorgados são o instrumento de alteração das relações estabelecidas entre os diferentes agentes sociais. O Estado e o Direito buscam (têm de buscar) a promoção do bem-estar concreto dos cidadãos, a supressão da pobreza e das desigualdades, a promoção da dignidade humana¹⁶.

Destarte, é impensável a atuação reguladora do Estado dissociada da busca da preservação do bem-estar social e dos direitos fundamentais, dentre os quais, a proteção ao consumidor vem expressamente elencada.¹⁷

2.2 CONCEITO DE REGULAÇÃO

Para melhor compreensão do instituto das agências reguladoras, seu alcance e âmbito de atuação, faz-se necessária a busca da conceituação de regulação.

De saída, deve-se diferenciar a regulação da regulamentação, sendo a segunda relativa estritamente à criação de regras, enquanto a primeira, mais abrangente, se refere tanto a certa

cerca de vinte anos da reforma do Estado, parece ser consenso à legitimidade das agências reguladoras criadas no Brasil. Sobre o tema, cf Justen Filho, op. cit., p. 392-396 e Aragão, op. cit., p. 359.

¹⁵SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 63.

¹⁶JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit. p. 17.

¹⁷Art. 5º, XXXII,CF.

capacidade normativa¹⁸, como à atribuição fiscalizatória, sancionatória e compositiva.

Aragão, ao abordar a regulação, atribui a ela a característica de “instituto multifacetário”, ressaltando a sua complexidade, por abranger variadas funções, concluindo que “Há, portanto, três poderes inerentes à regulação: aquele de editar a regra, o de assegurar a sua aplicação e o de reprimir infrações”¹⁹.

Na mesma linha, Di Pietro ensina que “Ele encerra vários sentidos, sendo o mais frequente o que o aproxima do vocábulo regulamentação ou formulação de regras. (...) Nesse sentido amplo, regulação é gênero de que a regulamentação é espécie”²⁰.

Lembrando que o termo regulação remete a uma ideia de estabilidade (regularidade) e que deve abranger tanto as atividades econômicas em sentido restrito, quanto os serviços públicos (exclusivos ou não exclusivos do Estado), a mesma autora apresenta conceito amplo, que extrapola a finalidade de equilíbrio do mercado, definindo a “regulação como o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público”²¹.

O viés eleito pela autora é interessante por considerar a evolução do instituto, o qual, inicialmente, se restringiu à área econômica, com a função exclusiva de preservar o equilíbrio do mercado, mas que, diante da evidente necessidade de se tutelar os direitos dos sujeitos envolvidos, em geral hipossuficientes (trabalhadores, consumidores), se ampliou para a regulação social.²²

Vale referir, por fim, que a regulação não representa uma nova função estatal, apesar de desafiar as concepções clássicas acerca das atividades de cada um dos Poderes de Estado. Trata-se de função administrativa, merecendo sua análise, porém, ser adequada aos modernos contornos que a Administração Pública apresenta, diante das necessidades da sociedade atual²³.

¹⁸Ressalvada a polêmica acerca da abrangência do poder normativo dos órgãos reguladores, conforme será abordado oportunamente, é indiscutível que este é insito à regulação.

¹⁹ARAGÃO, Alexandre dos Santos, op. cit., p. 26/27.

²⁰DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit., p. 188.

²¹Idem, p. 190/191.

²²Como já visto anteriormente, Justen Filho fala em “ondas regulatórias” ao abordar a evolução histórica das agências regulatórias nos EUA (JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit, p. 32 e 38).

²³A respeito, Georg Jellinek: “Por isto, se pode designar como administrativa, toda a atividade do Estado que não seja legislativa ou jurisdicional. Esta possibilidade de conceituação negativa da administração é reafirmada pela importância que tem para o Estado. Só ela é capaz de ser explicada pela simples oposição às demais atividades do Estado” (JELLINEK, Georg, 2000 apud Aragão, op.cit, p. 99 e 412).

2.3 O MODELO DOS EUA

Considerando que o Brasil “importou” o modelo de agências reguladoras dos EUA, faz-se necessário trazer, mesmo que em linhas gerais²⁴, as principais características das *regulatory agencies* norte-americanas e a sua evolução, a fim de que se possa melhor entender o instituto e a sua adequação ao direito pátrio.

As agências reguladoras norte-americanas exercem funções quase-legislativas, por editarem normas de caráter concreto, autorizada a inovação ao ordenamento jurídico, ficando a cargo do legislador elaborar leis com conceitos e princípios (*standarts*); e quase-judiciais, resolvendo conflitos em única instância, sem possibilidade de revisão de suas decisões pelo Poder Judiciário²⁵.

A questão da delegação do poder de legislar enrentou muita resistência. Sucederam-se diversos casos emblemáticos²⁶ acerca da possibilidade de delegação, posicionando-se a Suprema Corte, em linhas gerais, por validar a delegação legislativa, desde que remanescesse ao Congresso estabelecer parâmetros e controle da atuação das agências.

Em relação à função “quase-judicial”, o direito norte-americano possibilitou às agências reguladoras a atribuição de decidir conflitos, quando a lei assim estabelecer, em questões de cunho técnico e especializado, inclusive em única instância²⁷. A revisão das decisões tomadas pelas agências estará relacionada à potencial ofensa ao direito comum (*common law*), de

²⁴Aqui, temos o cuidado de ressaltar a heterogeneidade das agências reguladoras dos EUA, sendo impossível traçar um conceito único sobre o limite de sua independência, forma de investidura de seus dirigentes, extensão dos poderes normativos etc., pelo fato de que praticamente todos os entes administrativos existentes naquele país são considerados agências (a Lei do Processo Administrativo [*Administrative Procedure Act-APA*, de 1946], define como agência toda autoridade do governo dos EUA, excluindo-se o Congresso e os Tribunais), bem como pelo caráter fragmentário da legislação norte-americana, típica da *common law*.

²⁵“Uma das questões mais tormentosas colocadas pelas agências reguladoras independentes, mas que não é exclusiva delas, abrangendo também outros órgãos e entidades administrativas não independentes, é a atribuição de competências relacionadas com os três poderes tradicionais do Estado: administram, compõem conflitos entre particulares e o Estado ou até mesmo entre particulares e editam normas gerais e abstratas. Assim, nos EUA se começou a afirmar que exerciam funções administrativas, “quase-judiciais” e “quase-legislativas”, o que, no entanto, não violaria o Princípio da Separação de Poderes constitucionalmente consagrado”. ARAGÃO, Alexandre Santos de, op. cit, p. 233.

²⁶Para uma detalhada descrição dos casos apreciados pela Suprema Corte dos EUA, vide Marçal, op. cit. p.87 et seq. Dentre os *cases* citados, está interessante decisão de *FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp.* do ano de 2000, na qual se discutia a validade da atuação da FDA (agência reguladora de produtos alimentícios e drogas), que, após concluir ser a nicotina uma droga, editou inúmeras regras sobre publicidade e comercialização de cigarros, utilizando-se de sua competência para regular drogas e instrumentos de sua difusão. A Suprema Corte entendeu que, como o Congresso havia excluído os produtos compostos de tabaco da competência do FDA, esta não poderia produzir regulação sobre o produto, mesmo que constatado que o tabaco seria a principal causa de mortalidade nos EUA.

²⁷Embora excepcional, há casos de impossibilidade de revisão judicial de decisões proferidas pelas agências, o autor ressalta: “A solução de criação de agências com poderes jurisdicionais refletiu constatação da insuficiência da estrutura do Poder Judiciário para prestar a jurisdição de modo adequado, rápido e satisfatório”, em relação a questões de elevada especialidade técnica. (JUSTEN FILHO, Marçal op cit. p. 84 e p. 100-102.)

acordo com a Sétima Emenda da Constituição dos EUA²⁸, a qual garante o julgamento por júri nestes casos.

Apontando a radical diferença em relação ao regime jurídico vigente no Brasil, onde vemos a ampla valoração do interesse público, Justen Filho ensina que:

A concepção norte-americana reputa que a garantia constitucional da participação do Judiciário abrange preponderantemente (senão exclusivamente) as disputas entre particulares. Quando se tratar de relações de natureza pública, é possível afastar a competência do Judiciário e atribuir a função jurisdicional a uma agência ou a um tribunal administrativo.²⁹

O exercício de ambas as funções sofreu tensões ao longo da história, em razão do princípio da separação dos poderes, admitindo-se sempre, porém, em maior ou menor grau, o seu controle por iniciativa dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. A partir da década de 1980, percebe-se uma tendência de diminuição da autonomia das agências reguladoras, com maior interferência por parte dos três Poderes, ocorrendo, como aponta Di Pietro, uma “ossificação” no procedimento regulatório. Na mesma linha, Ferraz Júnior “(...) o regime inicial das agências, sobretudo a sua independência, acabou por ser largamente contestado, reduzindo-se consideravelmente a sua função 'reguladora', no que tange às suas relações com os três poderes”³⁰.

O controle exercido pelo Poder Executivo é feito, inicialmente, pela indicação dos dirigentes das agências, os quais, porém, via-de-regra, não poderão ser exonerados sem motivação, além de contarem com mandato com tempo certo. Ainda, ao Executivo cabe a aprovação orçamentária proposta pelas agências, por meio de órgãos como o *Office of Management and Budget* (OMB), antes da apreciação pelo Congresso, quando será possível reduzi-la ou aumentá-la, interferindo, assim, diretamente na atividade regulatória. Mais recentemente, previu-se a exigência de que as agências comprovem a relação custo-benefício de seus projetos, demonstrando a tendência desregulatória nos EUA.

O Poder Legislativo, além de ser o responsável pela criação das agências reguladoras, por meio de leis que delinearão a abrangência de atuação, limites à autonomia e poderes de

²⁸EMENDA VII Nos processos de direito consuetudinário, quando o valor da causa exceder vinte dólares, será garantido o direito de julgamento por júri, cuja decisão não poderá ser revista por qualquer tribunal dos Estados Unidos senão de acordo com as regras do direito costumeiro. (Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>. Acesso em: 14 mai. 2016)

²⁹JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 102.

³⁰FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio, op. cit. p. 144

que disporão, exerce acompanhamento e fiscalização permanentes quanto ao cumprimento das finalidades das *agencies*. Os parlamentares também são responsáveis pela aprovação do orçamento das agências. Por volta da década de 1990, se intensifica o controle do Legislativo, prévio e posterior aos regulamentos emitidos.

No que se refere ao Poder Judiciário³¹, além da já vista possibilidade de revisão das decisões tomadas pelas agências no exercício da função jurisdicional, permite-se o controle da discricionariedade pelo Judiciário das decisões das agências, quando agem em atividade puramente administrativa. Ainda, o Poder Judiciário pode ser instado a apreciar o respeito às leis e aos procedimentos a que devem se submeter as agências reguladoras.

Como já referido no início deste tópico, a heterogeneidade das agências reguladoras norte-americanas impede uma conceituação rígida de suas características, porém, os procedimentos a serem adotados na sua atuação estão legalmente previstos na *Administrative Procedure Act* (APA)³², lei publicada em 1946, à qual ficam as agências vinculadas, inclusive, sob pena de revisão pelo Poder Judiciário.

A lei baseia-se na ideia de participação do cidadão, transparência e informação. Prevê o *rulemaking* e *adjudication*, que são os procedimentos previstos para normatização geral (poder quase-legislativo) ou individual (poder quase-judicial, abarcando conflitos entre particulares)³³, respectivamente. Tal diploma legal veio funcionar, também, como instrumento de controle das agências, buscando afastar de sua atuação influências políticas³⁴.

A participação da sociedade na atividade das agências, que foi assegurada pela APA, é outra característica marcante do instituto nos EUA³⁵. Com base na lição de Aman e Mayton, Bruna refere que:

³¹Vale referir, no ponto, que Justen Filho (op. cit, p. 108) entende que a tendência a partir de 1970 é de menor interferência do Judiciário nas decisões das agências, enquanto Di Pietro afirma o contrário, indicando o ambiente de menor autonomia das agências: “Ampliou-se o controle judicial sobre os atos das agências. A tradicional distinção entre questões de fato (de apreciação privativa das agências) e questão de direito (passível de apreciação pelos Tribunais) foi parcialmente abandonada pelas chamadas **questões mistas**”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit., p.185, grifo da autora).

³²Disponível em: <<https://www.archives.gov/federal-register/laws/administrative-procedure/>>. Acesso em: 2 mai. 16

³³JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit. p. 63

³⁴BRUNA, Sérgio Varella. **Agências Reguladoras** - Poder Normativo, Consulta Pública e Revisão Judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 202.

³⁵Na mesma obra, Bruna faz profunda análise dos dispositivos legais relativos aos procedimentos a serem adotados pelas *agencies* e refere a criação, em 1990, do *negotiated rulemaking*, por meio do qual a agência dispõe aos interessados a negociação para redação consensual da norma a ser elaborada (p. 215).

Nesse campo, é importante notar que os agentes privados normalmente possuem maior conhecimento sobre os temas envolvidos do que a própria agência especializada e, assim, a participação dos interessados no processo regulamentar é um modo efetivo de disponibilizar à Administração todas as informações relevantes, bem como de tornar possível ao órgão normativo avaliar as alternativas sugeridas pelos destinatários da norma regulamentar.³⁶

Pinceladas as características gerais das agências, merece ser destacado que essas contam com a absoluta confiança da sociedade, a qual participa ativamente dos destinos da regulação.

O seu êxito decorre, essencialmente, de dois aspectos: houve, em primeiro lugar, uma evolução histórica que possibilitou compor o instituto, estabelecendo-se relações harmônicas com os demais Poderes, ao mesmo tempo em que gozam de real autonomia e dispõem de amplos poderes, são controladas e fiscalizadas permanentemente; em segundo lugar, as agências traçam suas políticas e atuam em consonância com os anseios da sociedade, a qual é praticamente parte integrante do ente.

2.4 AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

Como visto acima, no Brasil, o surgimento do instituto se deu na era das privatizações, a chamada Reforma do Estado, na década de 1990, quando o Estado delegou parte de suas atividades, permanecendo, porém, como regulador, propiciando a exploração privada e ampliação do mercado, agregando a esse competitividade antes inexistente.

É preciso mencionar que a “importação” das agências reguladoras para o Brasil sofreu duras críticas,³⁷ inclusive no tocante ao próprio uso do vocábulo “agência”³⁸, em razão de o instituto não ter surgido a partir de um contexto histórico, tal como se deu nos EUA, de onde foi trazido o modelo, criada de forma apressada e não adequada ao ordenamento jurídico brasileiro. As críticas são válidas e indicam a necessidade de adaptação das agências reguladoras independentes ao direito brasileiro. Porém, entendemos que, além de serem uma realidade com a qual não é útil simplesmente brigar, a sua existência é essencial e positiva diante da organização administrativa e econômica vigente no país. As adequações necessárias devem tomar forma, na medida em que as problemáticas são enfrentadas. É perfeitamente lícito concluir que o instituto das agências reguladoras no Brasil é um conceito em constante

³⁶Idem, *ibidem*, p. 205.

³⁷Tércio Sampaio menciona que o modelo foi trazido “sem muita reflexão teórica, mas na esteira de uma fundamentação constitucional não muito consciente” (op cit, p.144). Para Justen Filho: “Não é possível transplantar para o domínio de um Estado um instituto que se desenvolveu em face de uma cultura e de um ordenamento jurídico com características muito distintas”. (op. cit., p. 53)

³⁸“O emprego do vocábulo 'agência' não acrescenta nada de útil ou vantajoso ao direito brasileiro (...) trata-se mais de um modismo que acompanha o movimento de globalização” (...). (DI PIETRO, op cit p. 194).

formação e evolução e, quer-se crer, alcançará as finalidades para as quais foi criado.

Como conceito, colacionamos aquele trazido por Justen Filho:

É uma autarquia especial, criada por lei para intervenção estatal no domínio econômico, dotada de competência para regulação de setor específico, inclusive com poderes de natureza regulamentar e para arbitramento de conflitos entre particulares, e sujeita a regime jurídico que assegure sua autonomia em face da Administração direta.³⁹

As primeiras agências reguladoras criadas no país (e a maioria, tais como ANEEL, ANATEL, ANAC) têm como destinatários os prestadores de serviços públicos, entendidos como atividade econômica *lato sensu*⁴⁰, de titularidade exclusiva do Estado (art. 175, CF), com possibilidade de delegação à exploração privada⁴¹. Em razão de a titularidade do serviço ser do Estado, as agências reguladoras exercerão as prerrogativas de Poder Concedente, além de atuarem nas demais questões atinentes à regulação ordinária, criando ambiente de reforçada regulação no que concerne aos serviços públicos.

Cabe observar que determinados serviços públicos⁴², em especial os relacionados às telecomunicações, além da natureza de atividade econômica característica de todos os demais, se revestem de intenso apelo consumista, na medida em que o mercado é extremamente competitivo, explorado por diversas concessionárias. Os produtos são substituídos constantemente em razão de avanço tecnológico, vendidos em massa e objeto de publicidade permanente. Diante de tais peculiaridades, não se pode olvidar que continuam sendo serviços públicos, em relação aos quais o interesse público prevalece sobre a vantagem econômica almejada⁴³. Justifica-se, assim, especial atenção quanto à defesa do consumidor, sendo

³⁹JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 344.

⁴⁰Segundo Aragão, op. cit., p. 148, “A atividade econômica *lato sensu* destina-se à circulação de bens e/ou serviços do produtos ao consumidor. O serviço público é a atividade econômica *lato sensu* que o Estado toma como sua em razão da pertinência que possui com necessidades ou utilidades coletivas. Há atividades econômicas exploradas pelo Estado [*stricto sensu*], em regime de monopólio ou não, que possuem, naturalmente, interesse público, mas que não são relacionadas diretamente com o bem-estar da coletividade, mas sim, com razões fiscais, estratégicas ou econômicas”, ou seja, o serviço público atende diretamente a necessidade coletiva, enquanto a exploração econômica serve ao interesse público de forma difusa (seja para proporcionar emprego ou obter recursos a serem destinados a outras atividades do Estado).

⁴¹Não parece pertinente adentrar, aqui, na discussão acerca do conceito de serviço público. Ficamos, portanto, com o conceito mínimo trazido por Meirelles: “é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”. (MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1990).

⁴²“Cada vez são mais numerosas as atividades consideradas tradicionalmente como 'serviços públicos' que se transformam em atividades do mercado” (ARQUER, José Manuel Sala, 2000 apud ARAGÃO, Alexandre p. 147)

⁴³Nesse sentido, Grau: “Os serviços públicos são atividades que, prestadas diretamente pelo Estado, ou sendo delegadas à iniciativa privada, visam a alcançar dois objetivos bem específicos: a satisfação do interesse público (interesse do Estado, porém em prol dos cidadãos) e proporcionar vantagem econômica (*lucro*) a seus

tranquila a aceitação de que determinados serviços públicos estão enquadrados na proteção consumerista. Tal assunto, porém, será melhor esmiuçado no segundo capítulo deste trabalho.

A atuação das agências reguladoras se dirige, ainda, às atividades econômicas em sentido estrito, quando a regulação terá outros contornos. É que a prestação de serviços públicos sempre se submeterá ao regime de Direito Público, enquanto que a exploração de atividade econômica em sentido estrito, mesmo quando o Estado for titular, será regida essencialmente pelo Direito Privado (art. 173, §1º, CF). Pode-se citar como exemplo a exploração de petróleo, regulada pela ANP.

E, por fim, serão objeto de regulação outras atividades econômicas de exploração exclusivamente privada, que, pelo alto interesse público envolvido, demandam a necessidade de intervenção. Odete Medaurar as classifica como “serviços de utilidade pública”⁴⁴. Aragão sustenta que, mesmo não se tratando de serviços públicos, tais atividades devem se submeter aos princípios da continuidade, universalidade, modicidade, eficiência e cortesia (elementos que caracterizam o serviço adequado a que os serviços públicos delegados estão legalmente [artigo 6º, §1º, Lei 8.987/95] submetidos), sofrendo forte atuação regulatória estatal, por meio do poder de polícia.⁴⁵ São exemplos a prestação de serviços de saúde, inclusive planos de saúde (regulados pela ANVISA e ANS, respectivamente).

No Brasil, as agências reguladoras têm natureza jurídica uniforme, pois todas foram criadas por lei, fazendo parte da Administração Indireta, na forma de autarquias de regime especial. Diz-se especial o regime das autarquias, em razão de sua maior autonomia em comparação às demais autarquias existentes no país, o que vem representado, em especial, pela proibição de livre exoneração do dirigente nomeado pelo chefe do Poder Executivo⁴⁶, tal como no modelo dos EUA.

A cada agência corresponde a sua lei criadora, inexistindo, no direito brasileiro, uma lei geral que dê tratamento único à sua atuação. Entretanto, as agências reguladoras de serviços públicos submetem-se a uma lei geral, qual seja, a Lei 8.987/95, a qual trata das concessões, permissões e autorizações da prestação de serviços públicos.

prestadores- sendo que o primeiro objetivo deve prevalecer sobre o segundo” (GRAU, Eros Roberto, 2000, *apud* AZEVEDO, Fernando Costa de. **Defesa do Consumidor e Regulação** - A participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação de serviços públicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 38).

⁴⁴MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 15. ed. rev. at e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.336.

⁴⁵ARAGÃO, Alexandre Santos de, *op. cit.*, p. 172-173.

⁴⁶ Nas palavras de Aragão, “autonomia reforçada”, (ARAGÃO, Alexandre Santos de, *op. cit.* p. 333).

2.4.1 Autonomia, poderes e atribuições das agências brasileiras

As agências são dotadas de autonomia reforçada em razão de uma série de peculiaridades que as caracterizam e que impedem que os demais Poderes tenham ingerência sobre sua atuação.

Além de possuírem autonomia orçamentária, como ocorre com as autarquias comuns, as agências reguladoras também dispõem de autonomia financeira, uma vez que arrecadam taxas regulatórias, recolhidas pelos entes regulados, sejam eles exploradores de atividade privada ou delegatários de serviços públicos⁴⁷, as quais são destinadas exclusivamente⁴⁸ às despesas com sua atuação.

Ainda, com inspiração nas agências norte-americanas, os seus dirigentes são escolhidos pelo chefe do Poder Executivo, para mandatos de prazo determinado e descoincidentes entre si, proibida a exoneração *ad nutum*⁴⁹. Tais cuidados objetivam desvincular a atuação dos administradores das agências àqueles que os indicaram, possibilitando a nomeação por diferentes governos (supondo-se a sucessão de diferentes forças políticas no poder) e a condução independente dos projetos estabelecidos para a agência, livre de pressões externas. A escolha é livre, mas condicionada à notória experiência técnica dos administradores, que deverão ser escolhidos dentre “brasileiros de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade” e aprovados pelo Senado Federal (art. 5º da Lei nº 9.986/2000).

Embora estejam sempre vinculadas a um Ministério, fazendo parte da Administração Indireta, reconhece-se total independência na atuação das agências, restando impossibilitada a revisão de seus atos pelo Executivo ou Ministérios a que estão atreladas.

Em relação ao Poder Legislativo, vale aqui a mesma observação inicial feita acima para as *agencies* americanas. A agência estará sempre vinculada à sua lei criadora, a qual estabelecerá os limites de sua atuação e os poderes de que dispõe. Agindo dentro dos limites

⁴⁷Vale fazer referência sobre a controvérsia existente sobre a natureza jurídica das referidas taxas, se de essência tributária ou não. Aragão defende que serão tributos quando recolhidas por empresas exploradoras de atividade privada, por corresponder ao poder de polícia exercido, enquanto que as prestadoras de serviços públicos e de monopólios e bens estatais recolheriam valores referentes à atividade fiscalizatória do Poder Concedente (ARAGÃO, Alexandre de Santos, op cit, p. 352-353).

⁴⁸Ao menos deveriam ser vinculadas às suas atividades. Consoante Recomendação MPF/GT-Telecom nº 1/2014, os recursos de taxa de fiscalização recolhidos pela ANATEL vem sendo reiteradamente repassados em valores significativamente inferiores ao arrecadado. Disponível em http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_consumidor-e-ordem-economica/mpf-recomenda-correta-aplicacao-dos-recursos-devidos-a-anatel-em-defesa-dos-consumidores-nas-telecomunicacoes acesso em 22/6/2016

⁴⁹“À vontade, pela só vontade ou arbítrio de uma das partes” (NUNES, Pedro. **Dicionário de Tecnologia Jurídica**. 12. ed., rev., amp. atual. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A, 1993, p. 48)

previstos, não poderá o Legislativo interferir na atuação da agência. Como visto, cabe ao Senado Federal a aprovação dos nomes indicados pelo Executivo para a direção das agências, além de exercer a fiscalização *a posteriori* e da possibilidade de sustação de seus atos normativos (art. 49, V e X da CF). Justen Filho observa, entretanto, que ainda não se dispõe de estrutura organizada para concretizar tal fiscalização, o que a torna inócua.⁵⁰

No que se refere ao poder normativo ou regulamentar, inerente à atuação regulatória, deve-se ter em mente que a ordem constitucional brasileira reserva exclusivamente ao Poder Legislativo a edição de normas de caráter inovador, o que limita a atuação das agências⁵¹, diferindo do modelo dos EUA, onde se atribui maior amplitude normativa as *agencies*. No Brasil, o Legislativo é responsável pela lei criadora, permeada de conceitos jurídicos indeterminados e *standarts*, a denominada “lei quadro”, a partir da qual a agência traça suas atividades concretas editando atos normativos, com carga normativa considerável, porém, sempre dependente e complementar à lei.

A amplitude da atribuição normativa das agências reguladoras varia de acordo com o tipo de atividade regulada, sendo lícito dizer que as agências reguladoras de serviços públicos, como telecomunicações e energia elétrica, dispõem de capacidade normativa de maior intensidade regulatória, por suas prerrogativas inerentes ao Poder Concedente. Assim, o poder normativo já se manifesta previamente à concessão, com a previsão das regras e obrigações a que o concessionário se submeterá contratualmente, estabelecidas por edital de licitação. Já a regulação normativa relativa às atividades privadas é mais restrita, limitada a expedir normas que digam respeito aos interesses primários a serem atendidos⁵², sem a possibilidade de intervir em assuntos internos.

No tocante à autonomia das agências reguladoras em relação ao Poder Judiciário, em

⁵⁰JUSTEN FILHO, Marçal. op cit p. 588.

⁵¹Existe intenso debate na doutrina, em função do ordenamento constitucional vigente, acerca da extensão do poder normativo produzido fora do Poder Legislativo, em nosso caso, pelas agências reguladoras. De forma quase pacífica, os autores reconhecem a necessidade de atuação normativa intensa pela Administração Pública, em razão da impossibilidade de se esgotar a previsão de situações que necessitam de regulamentação por meio de leis emanadas do Legislativo, sem que isso afete o dogma da separação dos poderes. O debate efervesce no tocante ao grau de autonomia de tais normas em relação à lei que as autorizou. Como defensores da existência de um poder normativo dotado de maior autonomia, pode-se citar Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Eros Roberto Grau, Alexandre Santos de Aragão (este fala em conceito “amplo” de regulamento executivo, op cit p. 448); e como filiados ao entendimento de uma competência sempre dependente e acessória à lei, aponta-se Marçal Justen Filho, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Pela extensão e profundidade de tal discussão, que escaparia ao objeto do presente estudo, cf: SAMPAIO JR, Tércio, op. cit. assim, JUSTEN FILHO, Marçal, op cit p. 492, ARAGÃO, Alexandre, op cit, p 439- 450. BRUNA, Sérgio Varela. **Agências Reguladoras - Poder Normativo, Consulta Pública e Revisão Judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 68 e ss. Entretanto, independentemente do grau de autonomia que se reconheça às normas expedidas pelas agências possuam, jamais poderão contrariar o disposto em lei. Ou seja, **não se reconhece legitimidade de regulamento que seja contrário ao Código de Defesa do Consumidor**.

⁵²ARAGÃO, Alexandre Santos de, op. cit., p. 426.

função do art. 5º, XXXV da CF, o qual reconhece a unidade de jurisdição como princípio fundamental em nosso ordenamento jurídico, tem-se que ela é extremamente relativa, pois será sempre possível o livre acesso ao Judiciário para questionar os atos das agências.

Entretanto, somente será lícito ao Judiciário revisar as decisões tomadas pelas agências na mesma medida em que pode revisar as decisões administrativas em geral.⁵³

Consoante defende Aragão⁵⁴, os atos emanados das agências reguladoras são, essencialmente, manifestação de poder discricionário⁵⁵, em razão do caráter técnico-especializado que lhe é inerente, devendo prevalecer, na dúvida, a decisão por elas emanada. Refere, ainda, que a ingerência é limitada, basicamente, a questões procedimentais, à “participação dos direta ou indiretamente interessados no objeto da regulação, e à manutenção da razoabilidade/proporcionalidade das decisões da agência reguladora.⁵⁶

É plenamente válida a clássica lição de Couto e Silva, segundo o qual:

Os limites do poder discricionário são os traçados na lei que o instituiu ou os que resultam da *ratio legis* e do fim geral de utilidade pública, bem como das normas e princípios constitucionais conformadores da ação do Estado. Dentro desses limites jurídicos estende-se a área de livre apreciação da Administração Pública, guiada pelos critérios da conveniência e oportunidade. É o território do mérito de ato administrativo, em que não é dado intrometer-se o Judiciário.⁵⁷

Di Pietro defende, entretanto, que “não há fundamento para a reserva de uma **discricionariedade técnica** para as agências”. Para ela, não se pode excluir do controle judicial nenhuma matéria, mesmo que técnica, pois o julgador pode se valer de auxiliares técnicos para decidir.⁵⁸

Justen Filho expressa que, no tocante às decisões permeadas de conteúdo eminentemente técnico-especializado, “a tentativa de submeter as decisões regulatórias estatais produzidas num caso com essas características aos padrões usuais de controle

⁵³JUSTEN FILHO, Marçal op cit p. 590, mesmo quando tal ato tenha cunho normativo abstrato.

⁵⁴ARAGÃO, Alexandre Santos de, op cit p. 376.

⁵⁵Couto e Silva assim o conceitua: “Esse poder de escolha que, dentro dos limites legalmente estabelecidos, tem o agente do Estado entre duas ou mais alternativas, na realização da ação estatal, é que se chama poder discricionário. Poder discricionário é poder, mas poder sob a lei e que só será válida e legitimamente exercido dentro da área cujas fronteiras a lei demarca. O poder ilimitado é arbítrio, noção que briga com a do Estado de Direito e com o princípio da legalidade que é dela decorrente.” (COUTO E SILVA, Almiro do. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. v. 179/80 p. 54, jan/jun1990)

⁵⁶ARAGÃO, Alexandre Santos de, op cit, p. 376-377.

⁵⁷Idem. op cit, p. 61.

⁵⁸DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op cit, p. 195-196, grifos no original. Ainda: “Embora se reconheça aos órgãos administrativos, em função de sua especialidade, a possibilidade de estabelecer normas sobre aspectos técnicos da matéria que lhes é afeita, não se pode, *a priori*, excluir esses aspectos do controle judicial. (...) não se pode deixar de reconhecer que a chamada discricionariedade técnica pode causar lesão ou ameaça de lesão, portanto, ensejar correção judicial.”

jurisdicional de atos administrativos será desastrosa”⁵⁹, não significando a impossibilidade de submissão dos atos ao crivo do Judiciário.

Os chamados poderes “quase-judiciais” se constituem na atribuição compositiva das agências, tanto no tocante a conflitos existentes entre entes regulados e a Administração, como naqueles entre particulares, sejam entre regulados e usuários/consumidores ou entre regulados somente⁶⁰. O tema ainda será aprofundado em outras oportunidades, no tocante a sua relação com a busca ao Judiciário para resolução de conflitos.

As outras atividades que compõem o espectro regulatório e que se mostram essenciais ao atendimento de suas finalidades são de natureza administrativa clássica⁶¹, relacionadas à implementação das normas reguladoras, por meio de fiscalização e punição, devendo-se distinguir que a natureza jurídica da atuação será própria da relação Poder Concedente-Concessionária, quando falarmos em serviços públicos, e decorrente do poder de polícia⁶² administrativo, quanto às atividades privadas ditas de utilidade pública. Não obstante tal diferenciação, ressaltamos a moderna concepção de poder de polícia⁶³, sendo lícito concluir que também os serviços de utilidade pública, tais como os serviços públicos de titularidade do Estado, se submetem aos princípios da continuidade, universalidade, modicidade, eficiência e cortesia.

As leis instituidoras das agências reguladoras preveem, exemplificativamente, as seguintes competências: inspeção, busca e apreensão, autorização para reajuste de tarifas e preços de serviços e atuação dos entes regulados⁶⁴. Dentre as penalidades aplicáveis, encontramos a multa, interdição e suspensão de comercialização de produtos e serviços⁶⁵.

⁵⁹JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 591.

⁶⁰Ibidem, p. 544-555

⁶¹Como já visto no item 2.2, as atividades chamadas “quase-legislativas” e “quase-judiciais” não deixam de apresentar natureza administrativa.

⁶²O poder de polícia vem conceituado pelo art. 78 do Código Tributário Nacional: “Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público (...)”.

⁶³Medauar explica que a noção de poder de polícia deve ser adaptada ao contexto atual, no qual o Estado atua na ordem econômica e social, não somente por restrições, mas também por imposições (MEDAURAR, Odete. op. cit. p. 355). Segundo Aragão, o moderno poder de polícia exige das atividades reguladas de utilidade pública a submissão aos mesmos princípios a que estão vinculados serviços públicos *strito sensu*: continuidade, universalidade, modicidade, eficiência e cortesia (ARAGÃO, Alexandre de santos, op. cit. p. 173). No mesmo sentido: Bruno Miragem (Curso de direito do consumidor. parte IV seção 1.2).

⁶⁴Artigos relacionados com as atribuições: ANATEL, artigo 19, Lei 9.472/97; ANEEL, artigo 3º e 3º-A, Lei 9.427/95; ANS, art. 4º, Lei 9.961/00; ANVISA, art. 7º, Lei 9.782/99.

⁶⁵Artigos relacionados com sanções aplicáveis: ANATEL, artigo 173, Lei 9.472/97; ANEEL, artigo 3º, X, Lei 9.427/95 e; ANS, art. 4º, XXX e XLI, “F”, Lei 9.961/00; ANVISA, art. 7º, XXXIV Lei 9.782/99. Conforme será visto no próximo capítulo, como integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, as agências têm poder de aplicação das sanções previstas no Dec. 2.181/97

Como lembra Moreira Neto, tratando-se de entes integrantes da Administração Indireta, as agências submetem-se aos princípios de direito administrativo, tais como imperatividade, impessoalidade, legitimidade e formalidade. Sobre a impessoalidade, ressalta que é exigível de forma mais rigorosa dos agentes e órgãos reguladores: “pois que um eventual desequilíbrio, que venha a ser gerado em benefício ou detrimento de qualquer dos valores ou dos interesses em ponderação, exacerba o risco da captação da atividade da agência”⁶⁶.

2.4.2 Instrumentos regulatórios relacionados à defesa do consumidor

Para finalizar este capítulo, e, já entrando na relação entre atuação das agências reguladoras e a defesa do consumidor, destacamos, em linhas gerais, o aparato de que deverão se valer⁶⁷ para atingir a preservação do consumidor no mercado.

A previsão normativa de participação da sociedade em geral (o consumidor certamente aí incluído), por meio de consulta ou audiência pública nas agências reguladoras, de forma facultativa ou obrigatória, está presente em praticamente todas elas.⁶⁸ Embora sem maiores detalhes acerca do procedimento, vinculação aos resultados obtidos e publicidade de tais iniciativas, elas se revelam como importante ferramenta para produção de normas condizentes com os interesses dos grupos sociais que aderirem a ela.⁶⁹

⁶⁶MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica. **Revista Brasileira de Direito Público RBDP**, Belo Horizonte, ano 4, n. 13, p. 155, abr./jun. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=36079>>. Acesso em: 11 abr. 2016

⁶⁷Restringimos a análise às principais agências reguladoras, com destaque para ANATEL, ANEEL e ANS, por serem alvo das maiores insatisfações relacionadas ao consumidor. Foram consultadas as leis criadoras das agências e os respectivos decretos regulamentadores.

⁶⁸A legislação da ANATEL prevê a *obrigação* de realização de consulta pública prévia de suas minutas de atos normativos, disponibilizada por publicação no Diário Oficial da União (art. 42, lei 9.472/97), exigindo-se exame e parecer da agência a respeito das críticas e sugestões. A ANEEL prevê tão somente a realização de uma audiência pública previamente ao processo decisório que implicar afetação de direitos ou “consulta aos agentes, aos consumidores e à sociedade” (art. 4, §3º, Lei 9.427/96 e art. 6º, IV do Decreto 2.335/97), sem qualquer estipulação a respeito da necessidade de se considerar a opinião pública ou de que forma esta será colhida. Em relação à ANS, é prevista audiência pública obrigatória ou facultativa, bem como a faculdade de se realizar consulta pública, sem especificação do procedimento (arts. 32 e 35 do dec 3.327/00). Ainda: ANAC (audiência pública, art. 27 da Lei 11.182/05); ANVISA (consulta pública, art. 35 Dec. 3.028/99), ANP (audiência pública art. 22, Dec. 2.455/98). Entretanto, entende-se que, mesmo quando não existente a previsão expressa de mecanismos de participação pública como determinante para a edição de normas ou tomada de decisões, tal possibilidade deve ser preservada, por se tratar de imperativo a que estão subordinadas as agências, sendo que eventual recusa, quando instadas, deverá ser satisfatoriamente motivada. É a posição exposta por Aragão, que elenca todos os dispositivos constitucionais que privilegiam a participação dos interessados nas decisões administrativas: art. 1º, caput e inciso II; art. 5º, XXXIII e XXXIV; art. 37, caput e §3º; e art. 175, parágrafo único, II, da CF. ARAGÃO, op cit p. 106. Na mesma linha, JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit. p. 587.

⁶⁹Interessante notar que tais instrumentos vêm sido identificados como formas de *accountability*. Esta expressão vem sendo largamente utilizada no que concerne ao controle e responsabilização da administração pública. Mattos, em estudo empírico produzido sobre as audiências públicas realizadas pela ANATEL, assim referiu: “O termo *accountability*, em inglês, tem sido traduzido para o português como responsabilização, prestação de

No que se refere à representação de entidades de defesa do consumidor na estrutura das agências, verifica-se que apenas a ANATEL, ANS e ANVISA a admitem expressamente, em seus órgãos consultivos.⁷⁰

A fiscalização é atribuição inerente ao poder regulatório e vem prevista em todas as normas regulamentadoras das atividades das agências.⁷¹ Deve-se ressaltar, quanto aos prestadores de serviços públicos, a obrigação legal de o Poder Concedente instituir comissão com representação dos usuários cooperando na fiscalização⁷².

Se falharem a normatização em prol dos interesses do consumidor e a posterior fiscalização de seu cumprimento, as agências dispõem de instrumentos de natureza compositiva, a fim de evitar a perpetuação de uma lesão a direito dos consumidores.

A maior parte das agências concebe a existência de uma ouvidoria,⁷³ a quem cabe receber e encaminhar à solução as queixas dos usuários, o que se mostra essencial, por representar um meio de obter a solução dos problemas enfrentados pelos consumidores, além de traduzir uma forma de controle social da atuação das agências.⁷⁴

Quanto à atribuição para resolução de conflitos, observa-se que as agências reguladoras pesquisadas dispõem expressamente de mecanismos com esta função. É o caso da ANATEL, ANEEL, ANP, ANS, ANVISA e ANAC⁷⁵, sendo que, em relação às três últimas, a legislação confere atribuição para “resolver pendências” entre agentes econômicos e os consumidores, o que pode ser compreendido como atividade compositiva.

Os dois últimos instrumentos, ao menos em relação à ANATEL, à ANEEL e à ANAC, por regularem prestadoras de serviços públicos, são obrigatórios e vêm expressos (e vale aqui

contas ou, ainda, responsabilização com prestação de contas. Contudo, o uso desse termo na literatura de língua inglesa no campo das ciências sociais me parece mais amplo. Não é incomum nessa literatura o uso do termo *accountability* para qualificar formas de controle democrático de instituições políticas”. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Regulação econômica e social e participação pública no Brasil. **IX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública**, Madrid, España, 2 – 5 Nov. 2004. disponível em:

<http://www.cebrap.org.br/v2/app/webroot/files/upload/biblioteca_virtual/MATTOS_Regulacao%20Economic%20.pdf> acesso em: 22 de jun. 2016, p. 3.

⁷⁰Respectivamente: art. 33. Lei 9.472/97, art. 13, VI, “a” e “b”, Dec. 3.327/00 e art. 17 Dec 3.029/98.

⁷¹*Verbi gratia*: ANATEL: art. 19, VI da Lei 9.472/97, ANEEL art. 3º, IV da Lei 9.427/96.; ANS: art. 1º da Lei 9.961/00, ANVISA: art. 2º, III da Lei 9.782/99; ANAC: art. 2º, Lei 11.182/05

⁷²Art. 3º e 30, parágrafo único, Lei 8.987/95

⁷³ANATEL: art. 45 da Lei (o ouvidor é nomeado pelo Presidente da República e deve tecer relatórios semestrais com avaliação crítica da atuação das agências), ANEEL, art. 8º, §1º, Dec. 2.335/97 (ouvidor é um dos diretores da agência, que deverá cobrar a correta aplicação de medidas pelos agentes no atendimento às reclamações), ANS, art. 5º Lei 9.961/00 e 18 do Dec. 3.327/00 (ao ouvidor é garantida independência e não submissão à hierarquia), art 9º, ANAC, art 9º ANVISA. A ANP não tem previsão de ouvidoria.

⁷⁴Nesse sentido: CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte Editora Forum, 2008, p. 107-108.

⁷⁵Respectivamente: art. 16, XIX, Lei 9.472/97, Dec. 2.338/97; art. 3, V, Lei 9.427/096; art. 19, Dec. 2.455/98; art. 31 Dec 3.327/00; art. 31 Dec 3.029/99; e art. 10, §4º da Lei 11.182/05.

a transcrição grifada) no art. 29, VII da Lei 8.897/95, segundo o qual deverão *zelar pela boa qualidade do serviço, receber, **apurar e solucionar** queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, em até trinta dias, das providências tomadas.*

Por fim, a atuação repressiva das agências, como já visto no tópico anterior, resume-se à aplicação de sanções administrativas, as quais podem funcionar como punição pelo desrespeito às normas vigentes e, de forma mediata, como medida preventiva.

Vê-se, portanto, sem qualquer juízo de valor sobre sua suficiência ou eficácia, que existem instrumentos que possibilitam às agências reguladoras harmonizarem-se com os interesses dos consumidores. A apreciação valorativa será tema a ser tratado no último capítulo deste estudo.

Pretendeu-se trazer neste capítulo o panorama geral no qual as agências reguladoras independentes estão inseridas, suas principais características e alguns instrumentos de que dispõem para garantir a proteção ao consumidor.

A partir de tais dados, nos propomos a relacionar a proteção constitucional conferida ao consumidor com a atuação das agências reguladoras, indicando que a sua possível atuação falha, acaba remetendo ao Poder Judiciário a missão de fazer valer a garantia constitucional de proteção ao consumidor, quando tal mister é atribuição precípua das agências reguladoras independentes.

3 A DEFESA DO CONSUMIDOR E AS AGÊNCIAS REGULADORAS

3.1 O CONSUMIDOR: VULNERABILIDADE NO MERCADO DE CONSUMO E PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

O conceito⁷⁶ de consumidor vem previsto no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor (CDC) como *toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*.

Para o objeto do presente estudo, basta nos centrarmos no conceito legal dado ao consumidor, pois nosso enfoque diz com a promoção à proteção destinada a esse sujeito, seja ele quem for.

Entretanto, pertinente frisar que, em tal conceito, é tranquila a inclusão dos usuários de serviços públicos, o que vem autorizado pelo próprio CDC, que se refere expressamente a eles nos artigos 4º, VII, 6º, X, 22 e 56, VIII. Advertindo-se que não são todos os serviços públicos que se submetem, à proteção consumerista, observa-se que aqueles que interessam ao objeto do presente estudo certamente estão aí incluídos, pois se trata de serviços plenamente inseridos no mercado de consumo, remunerados na forma de contraprestação direta (ao contrário dos serviços públicos remunerados indiretamente pelos impostos)⁷⁷. Tais serviços se submetem não apenas às regras gerais do CDC, como, também, devem obedecer aos ditames do regime jurídico administrativo, representado, no código consumerista, pelo art. 22, obrigando-se os prestadores de serviços públicos a *fornecer serviços adequados, eficientes,*

⁷⁶A definição de quem vem a ser consumidor é objeto de intenso debate centrado no alcance da expressão “destinatário final”, havendo, basicamente, três teorias que buscam delimitar quem é o consumidor: a finalista, a maximalista e a incipiente finalista aprofundada. A primeira privilegia a proteção daquele que adquire ou utiliza o produto/serviço como destinatário final econômico, não reempregando ou utilizando o bem como insumo de sua atividade profissional. Exclui de forma taxativa, assim, o adquirente profissional. A segunda, amplia o conceito para abarcar todos aqueles que consomem o bem, retirando-o do mercado, mesmo que em atividade lucrativa ou profissional. Nesse conceito amplo, incluem-se adquirentes profissionais, independente de sua capacidade técnica ou poderio econômico. Por último, a concepção finalista aprofundada de consumidor, mantém na interpretação a finalidade do ato de consumo como essência do conceito, porém prevê a possibilidade de proteção consumerista ao adquirente que se apresentar em posição desigual na relação contratual, trazendo a vulnerabilidade como pedra de toque para a conceituação do consumidor, abarcando, assim, os pequenos negócios que se apresentem em posição desfavorável na relação contratual. Sobre o tema, cf: MARQUES, Cláudia Lima BENJAMIN, Antônio Hermann V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. [livro eletrônico].(1. ed. rev. atual. e ampl. - 1ª ed baseada na 4ª ed impressa). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, comentários ao art. 2º.

⁷⁷Nesse sentido, Azevedo, citando Bessa: “quando o Estado, ou mesmo o prestador privado, presta um serviço para aquele usuário determinado (os serviços *uti singuli*), e este usuário paga sua remuneração em razão do serviço solicitado (no caso, uma taxa ou uma tarifa, conforme o caso), faz-se presente a reciprocidade ou equivalência econômica e, portanto, a natureza mercadológica do serviço. Tem-se, aqui, um serviço de consumo e a identificação do usuário, em regra, como um consumidor.” (AZEVEDO, Fernando Costa de. **A proteção dos consumidores-usuários de serviços públicos no direito brasileiro**: uma abordagem a partir do diálogo das fontes. Revista de Direito do Consumidor, v. 102/2015, p. 124, Nov - Dez / 2015)

seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. E, ainda, segundo a Lei de Concessões de Serviços Públicos (art. 6º, §1º), exige-se a prestação do serviço adequado, conceituado como aquele dotado de *regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas*⁷⁸.

Ainda, é preciso ficar registrado que o conceito de consumidor é, necessariamente, vinculado à constatação de sua vulnerabilidade, pois presumida legalmente (art. 4º, I, CDC). Marques e Miragem, em obra na qual traçam uma análise profunda acerca da evolução histórica do direito privado, concluem que a proteção aos vulneráveis, fundada na dignidade humana (base do nosso ordenamento jurídico), é a característica do direito privado pós-moderno, o que vem expresso pela previsão constitucional de sua proteção (a exemplo do idoso, criança e adolescente e consumidor)⁷⁹.

O consumidor, segundo os mesmos autores⁸⁰, pode apresentar variadas espécies de vulnerabilidade⁸¹: técnica, informacional, fática ou socioeconômica e jurídica. As duas primeiras dizem com a ausência de conhecimentos técnicos e de informações a respeito das características que compõem o produto ou serviço oferecido, que possibilitariam ao consumidor ter plena consciência do que está consumindo. A terceira se refere à condição do fornecedor dotado de grande poder econômico, prestador de serviço essencial ou de monopólio, o qual impõe sua superioridade sobre todos os que com ele contratam. Por fim, a vulnerabilidade jurídica se relaciona à posição de fragilidade do consumidor frente aos

⁷⁸Azevedo, citando Marques, refere que os serviços públicos se inserem em universo de “pluralismo jurídico hipercomplexo”, dada incidência de um espectro muito variado de normas incidentes. Além das já citadas: a CF, as normas específicas de cada serviço regulado, normas de proteção ao idoso, além de um “emaranhado” de normas administrativas publicadas permanentemente sobre os serviços públicos. O autor alerta, porém, que deve ser sempre considerada a natureza materialmente diferenciada da legislação protetiva do consumidor, sugerindo, diante da incidência de variadas normas sobre os serviços públicos, a aplicação do método de interpretação do “diálogo das fontes” como solução (idem, p. 124). De acordo com Marques, este método, idealizado por Erik Jayme se apresenta como alternativa à teoria de “conflito de leis no tempo”, propondo a integração coordenada da aplicação das leis aparentemente conflitantes, objetivando a busca de sua *ratio*, sem a necessidade de revogação ou retirada do ordenamento jurídico de qualquer uma delas. De acordo com a autora, a proposta é de um diálogo entre as normas em contraposição a um monólogo, *tudo iluminado pelo sistema de valores constitucionais e de direitos fundamentais*. (BENJAMIM, Antônio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 108-110).

⁷⁹Segundo os autores, a vulnerabilidade é derivada do princípio da igualdade (material), diferindo desta por não necessitar ser vista em grau de comparação, “é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação”. MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. 2. ed. e-book baseada na 2. ed. impressa rev. atual e ampl. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014, Parte 2, Seção 2.2.2

⁸⁰Ibidem, 2.2.2

⁸¹Schmitt fala em três enfoques: a vulnerabilidade a partir da publicidade, a vulnerabilidade técnico-profissional e a vulnerabilidade jurídica. SHMITT, Cristiano Heineck. A proteção do interesse do consumidor por meio da garantia à liberdade de concorrência. **Revista dos Tribunais**, v. 880/2009, p. 12, Fev / 2009.

aspectos legais e contratuais que permeiam o contrato.

No tocante ao objeto do presente estudo, salienta-se que as três primeiras formas de vulnerabilidade têm relação direta com a atuação regulatória das agências, pois, se esta for efetiva e eficaz, atenuam-se as vulnerabilidades e atinge-se o objetivo de proteção ao consumidor.

Definido, em linhas gerais, o sujeito consumidor, necessário abordar o tratamento constitucional a ele destinado. A proteção ao consumidor é um direito fundamental (art. 5º, XXXII), além de ser princípio da ordem econômica (art. 170, V), ambos previstos na Constituição Federal.

Nosso ordenamento reconhece, portanto, a vulnerabilidade do consumidor no mercado econômico, deferindo-lhe a proteção da Lei Maior. Comparato, ao buscar as raízes da proteção ao consumidor, chama a atenção para a perplexidade da teoria econômica clássica diante da proteção destinada ao consumidor, pois, sob uma ótica econômica mediatista, o consumidor, na qualidade de destinatário do que é produzido, seria o agente condutor do mercado, levando este a se adaptar às suas necessidades. O autor esclarece o equívoco da premissa, salientando que o consumidor figura no lado mais fraco, em razão de não ser o detentor dos meios de produção e do respectivo poder econômico e, portanto, da capacidade econômica para livremente consumir.⁸²

O *status* de direito fundamental⁸³ conferido ao direito do consumidor significa que a sua proteção foi valorada pelo legislador constituinte como própria da essência do Estado constitucional, elemento nuclear da Constituição material⁸⁴. Como ensina Alexy, os valores fundamentais “valem não somente para a relação entre o estado e o cidadão, mas muito além disso 'para todos os âmbitos do direito'. Com isso produz-se um "efeito de irradiação" dos direitos fundamentais sobre o sistema jurídico todo. Direitos fundamentais tornam-se ubiqüitários [*sic*]”⁸⁵.

⁸²Op. cit. p. 77

⁸³Sarlet traz o seguinte conceito para os direitos fundamentais, com base na teoria de Alexy: “entendemos que os direitos fundamentais podem ser conceituados como aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparados, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui consideramos a abertura material consagrada no art. 5º, § 2º, da CF/1988, que prevê o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, bem como direitos expressamente positivados em tratados internacionais)”. (SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 30/1999, p. 98, abr – jun, 1999).

⁸⁴SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 59-60.

⁸⁵ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, ponderação e racionalidade. **Revista de Direito Privado**, v. 24/2005.

Assim, tem-se que a defesa do consumidor vincula constitucionalmente tanto o Estado⁸⁶ (que deverá *promover* ativamente a sua proteção, nos termos da redação do art. 5º, XXXII, CF), como a esfera privada⁸⁷ (a qual deverá respeitar os direitos dos consumidores, em postura negativa), revelando-se, no caso das agências reguladoras e serviços regulados, como vetor permanente de suas atuações.

A proteção ao consumidor é um direito fundamental enquadrado como de prestação em sentido amplo⁸⁸, destinado à proteção contra a intervenção de terceiros, significando, também, a exigência de uma atitude positiva por parte do Poder Público (em detrimento aos clássicos direitos de defesa, que desafiam o respeito e o não agir), e abrangendo, inclusive, a proibição de sua omissão⁸⁹.

Miragem, valendo-se de Alexy, ao indicar uma nova forma de se compreender os direitos fundamentais, refere que esta:

Faz com que o Estado evolua da posição de adversário – típica da conformação dos chamados direitos-liberdades – para uma posição de garantidor destes direitos, o que vai determinar do Poder Público, não apenas uma proibição do excesso, mas também a proibição da omissão. Fica estabelecido ao Poder Público, a partir da Constituição, um dever de agir, de atuar positivamente na realização dos direitos fundamentais.⁹⁰

A defesa do consumidor é, também, princípio da ordem econômica e como tal deve ser harmonizada com os demais previstos no art. 170 da CF, em especial o da livre concorrência e o da livre iniciativa. A previsão da defesa do consumidor como princípio da ordem econômica

p. 335, Out - Dez / 2005

⁸⁶“O que importa é a constatação de que os direitos fundamentais vinculam os órgãos administrativos em todas as suas formas de manifestação e atividades, na medida em que atuam no interesse público, no sentido de um guardião e gestor da coletividade”. (SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 327). O autor fala, ainda, que as pessoas jurídicas de direito privado, quando agem com atribuições de natureza pública, estão igualmente vinculados (*idem*, p. 326).

⁸⁷Trata-se da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, tema bastante debatido, explorado por Sarlet, *Eficácia...*, p.333 et seq. Ao presente estudo serve a advertência de que, por ser direito fundamental previsto na Constituição Federal, a proteção do consumidor tem aplicabilidade imediata e deve ser respeitada pelo particular, sob uma ótica mais abrangente do que as normas ordinárias já dirigidas ao setor privado (como o CDC). Ainda, *cf.* MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. [livro eletrônico] 1. ed. rev. atual. e ampl.) 4ª ed. baseada na 5ª ed. Impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Parte 1, seção 2.

⁸⁸Sarlet utiliza tal classificação dos direitos fundamentais: de defesa e de prestação em sentido amplo (direitos à proteção e à participação na organização e procedimento) e em sentido estrito (basicamente as prestações relativas aos direitos sociais) *op. cit.*, p. 167 et seq. Acharmos interessante destacar o enquadramento do direito à defesa do consumidor dentre os direitos a prestação, em função da inerente ideia de atuação positiva esperada por parte do Estado. O mesmo autor aborda a classificação dos direitos fundamentais em gerações, indicando que a proteção do consumidor pode ser enquadrada dentre os direitos fundamentais de terceira geração, de caráter transindividual, o que, porém, será abordado no tópico referente a defesa do consumidor em juízo

⁸⁹MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. [livro eletrônico] 1. ed. ver. atual. e ampl. 3ª ed. baseada na 5ª ed. Impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Parte 1, seção 2.1.

⁹⁰*Ibidem*, parte 1, seção 2.1

brasileira reafirma, de forma taxativa, o reconhecimento da essencialidade do consumidor no mercado econômico e a sua vulnerabilidade, tal como apenas visto, na visão de Comparato.

Com efeito, a proteção ao consumidor não vem gratuitamente prevista como um dos princípios da ordem econômica do Brasil. Ao mesmo tempo em que o consumidor é elemento imprescindível para a própria existência de um mercado, destinatário dos produtos e serviços nele colocados, existe uma *lógica econômica fática*, nas palavras de Azevedo, a qual “demonstra como a dinâmica social das relações de consumo não visa a equilibrar a posição dos fornecedores e consumidores na economia de mercado, mas apenas a (re)alimentar esta mesma economia, segundo as normas jurídicas de direito privado”⁹¹. O autor explica ser o CDC um sistema normativo próprio de direito econômico, necessário para quebrar a mencionada dinâmica e atender ao escopo maior da ordem econômica.

É natural, portanto, a existência de uma tensão permanente entre os valores preconizados pela ordem econômica constitucional, afinal, existem interesses contrapostos a serem observados: dos produtores/fornecedores e dos consumidores. Neste contexto de tensão, a atuação regulatória insere-se como essencial. Segundo Guerra:

A regulação se distingue dos modos clássicos de intervenção do Estado na economia, pois consiste em supervisionar o jogo econômico, estabelecendo certas regras e intervindo de maneira permanente para amortecer as tensões, compor os conflitos e assegurar a manutenção de um equilíbrio do conjunto. Ou seja, por meio da regulação o Estado não se põe mais como ator, mas como árbitro do processo econômico, limitando-se a enquadrar a atuação dos operadores e se esforçando para harmonizar suas ações.⁹²

Assim, deve-se encontrar a forma de coexistência⁹³ entre os princípios e objetivos constitucionais da ordem econômica, de modo a possibilitar a existência de um mercado

⁹¹ AZEVEDO, Fernando Costa de. **Defesa do Consumidor e Regulação**- A participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação de serviços públicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 80 e 81.

⁹² GUERRA, Sérgio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=99035>>. Acesso em: 12 maio 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=99035>>. Acesso em: 12 maio 2016.. Entendemos que a tensão entre os princípios não impede de serem perseguidos pela mesma instituição (agência) e, nesse sentido, ousamos discordar de Sodré quando, ao defender que as agências não integram o SNDC, refere que as atribuições das agências reguladoras chocam-se, em princípio, com as atribuições dos órgãos de defesa do consumidor. SODRÉ, Marcelo Gomes. **Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 221.

⁹³ O assunto é explorado por Schmitt, afirmando o autor que a livre iniciativa somente será legítima quando preservada a dignidade da pessoa humana, levantando a hipótese de “se poder considerar o interesse do consumidor como sendo o centro de proteção do direito da concorrência” e, ainda, indicando a coexistência harmônica de ambos os princípios, “que a proteção do consumidor como ótica de proteção da concorrência também pode viabilizar uma melhor preservação da esfera jurídico-patrimonial dos empresários atingidos por práticas anticoncorrenciais.” (SCHMITT, Cristiano Heineck. A proteção do interesse do consumidor por meio da garantia à liberdade de concorrência. **Revista dos Tribunais**, v. 880/2009, p. 18, Fev / 2009.)

equilibrado, no qual possam os empreendedores agir livremente, obter lucro e ampliar as suas atividades, ao mesmo tempo em que não poderão se prevalecer de seu poder econômico em detrimento do consumidor, proporcionando a este existência digna, acesso aos bens disponibilizados em igualdade de condições, sempre munidos das informações necessárias ao consumo consciente.

Miragem refere que eventual colisão entre os princípios da ordem econômica deve ser solucionada pela aplicação do princípio da proporcionalidade, respeitando-se mediatamente a dignidade da pessoa humana. O autor indica que são as necessidades da pessoa humana (qualidade de vida) que devem ser preservadas, o que, no mais das vezes, levará à preponderância da proteção ao consumidor.⁹⁴ Schwartz defende a prevalência do interesse do consumidor na atuação do Estado, apontando expressamente as agências reguladoras, concluindo não ser admissível “posição pendente para o empresário, indiferente, ou mesmo imparcial (ou neutra)”.^{95 96}

Azevedo conclui sua reflexão sobre a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica:

Em suma, a *defesa do consumidor* como princípio da ordem econômica é *norma constitucional de aplicação imediata*. Isso implica a afirmação de que o Estado não poderá fugir ao *compromisso* de agir no sentido de efetivar a realização do significado (valor) implícito no mencionado princípio, qual seja, o de que o consumidor, *por ser a parte mais vulnerável nas relações de consumo*, merece uma tutela jurídica especial, cujo escopo maior consiste em equilibrar essas relações econômicas que envolvem a prestação e o consumo de bens (produtos) e atividades econômicas (serviços).⁹⁷

Pretendeu-se, neste tópico, expor e contextualizar a natureza constitucional da proteção do consumidor, usuário de serviços públicos, ou não, fundamentalmente por sua reconhecida vulnerabilidade, relacionando, quando possível, com a atuação das agências reguladoras.

⁹⁴Miragem, Curso parte 2, seção 2.2.

⁹⁵SCHWARTZ, Fábio. A defesa do consumidor como princípio da ordem econômica- Pressuposto inarredável para a atuação dos órgãos públicos e imprescindível para o desenvolvimento sustentado do país. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 94/2014 p. 15/35 jul-ago/2014, p. 22

⁹⁶Fica ressalvada a posição de Aragão, no sentido de que a agência reguladora deverá ter posicionamento neutro, apesar de reconhecer que a proteção do consumidor é seu “interesse primário”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 308

⁹⁷AZEVEDO, Fernando Costa de. op cit, p. 76-77 (Grifos do autor)

3.2 SISTEMA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A PARTICIPAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

O Brasil não possui grande tradição, em âmbito nacional, de iniciativas públicas de proteção do consumidor⁹⁸. O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) foi previsto pelo CDC e a ele foi dedicado o Título IV do Código, o qual, porém, é composto de apenas dois artigos. No art. 105, são indicados os possíveis integrantes do SNDC, sem, entretanto, nominá-los: *Integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor*. O art. 106 faz referência ao Departamento Nacional de Defesa do Consumidor e elenca as suas atribuições.

O SNDC tem por escopo fazer valer os direitos do consumidor, como meta governamental, partindo dos artigos 4º e 5º do estatuto consumerista, os quais estabelecem a Política Nacional das Relações de Consumo.

O Dec. 2.181/97 regulamenta o sistema, mas também não enumera quais são as entidades que fazem parte deste. Ainda, o Dec. 7.963/2013 cria o Plano Nacional de Consumo e Cidadania (PNCC), prevendo organização articulada de entes, tais como agências reguladoras e ministérios, criando a Câmara Nacional das Relações de Consumo, no âmbito do Conselho de Governo, integrada por um Conselho de Ministros e um Observatório Nacional das Relações de Consumo. Um dos eixos preconizados é o fortalecimento do SNDC.⁹⁹

O SNDC é coordenado pela Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor (Senacon)¹⁰⁰, vinculada ao Ministério da Justiça, órgão que possui suas diversas atribuições

⁹⁸O primeiro órgão público de defesa do consumidor foi o Procon de São Paulo, criado em 1976, seguido pela criação de Procons nos principais Estados da Federação. Segundo Sodré, até 1985, não havia no Brasil qualquer iniciativa governamental, em nível nacional, sobre o assunto. Neste ano foi criado o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, órgão de assessoramento da Presidência da República que, consoante o mesmo autor, tinha efetiva representatividade, de fundamental importância para a defesa do consumidor. Com a promulgação do CDC, tal órgão foi extinto, em evidente prejuízo para o direito do consumidor. SODRÉ, Marcelo Gomes. **Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 172 et seq. O mesmo autor alerta para a abrangência do conceito de “nacional”, integrando todos os entes da Federação, em detrimento do conceito de “federal” (que está relacionado unicamente ao governo federal) e defende que o CDC é um “catalisador de implementação de políticas públicas”, disseminadas em leis esparsas.

⁹⁹Miragem tece comentários acerca do decreto, manifestando ser positiva a iniciativa de integração e coordenação de órgãos e entidades na concretização da PNRC. (MIRAGEM, Bruno. O Plano Nacional de Consumo e Cidadania - Comentários ao dec. 7.963, DE 15.03.2013 **Revista de Direito do Consumidor**. v. 86/2013, p. 275 – 285, mar -abr / 2013 *passim*

¹⁰⁰A coordenação do SNDC, em 2012, deixa de ser um departamento de outra Secretaria (Departamento Nacional de Defesa do Consumidor), para se tornar uma pasta própria, consoante Dec. 7.738/2012.

previstas no mencionado Decreto¹⁰¹. Sodré tece críticas à ausência de maiores detalhes sobre a organização do SNDC, qualificando-o como um “sistema basicamente de aplicação de sanções administrativas”, “sem a diferenciação dos diversos níveis de atuação, sem definição prévia dos papéis dos diversos atores sociais e sem a institucionalização de espaços públicos para uma real coordenação do sistema”¹⁰². Pasqualotto também critica o vazio estrutural do SNDC, atribuindo ineficiência ao CDC neste ponto: “A ineficiência se explica porque os dois organismos acima referidos (SNDC e PNRC [Política Nacional de Relações de Consumo]) dependem de atuação coordenada e continuada das três esferas de governo, o que nunca aconteceu persistente e adequadamente.”¹⁰³

A partir da pesquisa feita, observa-se que, na prática, os órgãos atuantes de forma minimamente articulada no SNDC são, essencialmente, a SENACON e os Procons estaduais e municipais, em que pese o Sistema seja aberto à composição por todas as entidades voltadas à defesa do consumidor.

Existem duas interpretações acerca de quais entes compõem o SNDC: uma aberta, com base na integração dos artigos 4º e 5º com o artigo 105 do CDC, que entende que podem fazer parte do SNDC entidades direta ou indiretamente ligadas à defesa do consumidor (aqui entrariam as agências reguladoras); e, uma fechada, que vê o SNDC formado apenas pelos órgãos destinados diretamente à defesa do consumidor.¹⁰⁴

Pasqualotto defende que órgãos reguladores não devem fazer parte do SNDC, pois sua posição se mostra antagônica aos interesses dos consumidores, tecendo críticas à inserção de representantes das agências no Observatório Nacional de Defesa do Consumidor, criado pela PNCC no Dec. nº 7.963/2013.¹⁰⁵

Na mesma linha, Sodré sustenta que o papel de fiscalizadoras de mercado impediria que as agências atuassem livremente na defesa do consumidor, fazendo alusão especificamente à legislação da ANATEL. O mesmo autor distingue o PNRC (Plano Nacional

¹⁰¹Sobre as competências e eventual conflito entre os órgãos do SNDC, em especial entre Procons, Oliveira propõe a aplicação do princípio da subsidiariedade, sustentando que se dê preferência à ação da “comunidade local” (entidades locais privadas) em relação à do Município (órgão público municipal) e destes em relação à dos demais Entes Federados. (OLIVEIRA, Cristiane Catarina Fagundes de. Fundamentos constitucional-federativos para competências no âmbito do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor: Breves notas ao art. 105 do CDC. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 103/1016, p. 199-223, jan-fev/2016, p. 202)

¹⁰²SODRÉ, op cit, p. 212 e 195/196, respectivamente.

¹⁰³PASQUALOTTO, Adalberto. Sobre o Plano Nacional de Consumo e Cidadania e a vulnerabilidade política dos consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 87/2013, p. 249 – 269, mai - jun / 2013, p. 250.

¹⁰⁴A existência das correntes aberta e fechada acerca do SNDC vem explicada por Pasqualotto no mesmo artigo. *Idem*. p. 251.

¹⁰⁵*Ibidem*, p. 252. O autor faz variadas críticas ao Dec. 7.963/2013, ao longo do artigo, afirmando que o decreto trouxe inovações no SNDC, o que, formalmente, não seria possível, em razão de estar o SNDC previsto em lei, além de não prever a participação de órgãos representativos dos consumidores no plano.

das *Relações de Consumo*) do SNDC (Sistema Nacional de *Defesa do Consumidor*), referindo que o primeiro inclui os fornecedores e outros órgãos não ligados especificamente à defesa do consumidor, ao contrário do segundo, que deve ser composto apenas das entidades diretamente destinadas à defesa do consumidor.¹⁰⁶

Outros críticos da participação das agências reguladoras no SNDC levantam a questão de que tais entes, muitas vezes, atuam parcialmente em favor das empresas, cedendo ao seu poderio econômico. Neste sentido, Sodré traz as falas de palestrantes que participaram de evento ocorrido em 2000, tais como Archimedes Pedreira Franco e Marilena Lazzarini¹⁰⁷.

Seguem o segundo posicionamento, autores como Marques, Benjamim e Miragem, que recentemente alteraram o entendimento. Referem que:

Atualmente, contudo, parece-nos fora de dúvida que todos os órgãos que se vinculem de modo direto ou indireto à defesa do consumidor, são naturalmente integrantes do SNDC. Esta atuação, no caso dos órgãos públicos vinculados à Administração, em geral é manifestado nas atribuições do órgão, que podem ser tanto a formulação de políticas públicas de proteção do consumidor, quanto à regulação e fiscalização do mercado de consumo e dos setores econômicos que o compõe.¹⁰⁸

Os autores referem que o juízo de ponderação característico da atuação das agências não impede que estas cumpram o dever legal e constitucional de operar na defesa do consumidor. As agências, assim, estariam dentre os órgãos que se vinculam indiretamente à defesa do consumidor.¹⁰⁹

Comparato, em artigo publicado ainda no ano de 1986, ou seja, muito antes do nascimento do CDC ou das agências tal qual as conhecemos, já apontava as agências reguladoras do direito comparado como órgãos destinados à proteção do consumidor, ressaltando a necessidade de autodefesa dos consumidores, diante de uma possível tendência do Poder Público de ser favorável aos que chamou de *managers* privados¹¹⁰. Ainda, podemos mencionar Blum como defensora da corrente aberta.¹¹¹

¹⁰⁶SODRÉ, op cit p. 227.

¹⁰⁷O evento em questão era: Sistema Nacional de Defesa do Consumidor: avaliações e perspectivas. Anais de 2001 da Câmara Federal apud SODRÉ, 2007, p. 256.

¹⁰⁸MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Hermann V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. [livro eletrônico]. 1. ed. rev. atual. e ampl.) 1ª ed baseada na 4ª ed impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, artigo 105.

¹⁰⁹Ibidem, parte. Entretanto, alertam para o fato de que as agências, em razão de sua autonomia, não se submetem à Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor no que se refere à solução de conflito de competência envolvendo mais de um órgão integrante do SNDC (art. 5º, parágrafo único do Dec. 2.181/97).

¹¹⁰COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor. Importante capítulo do direito econômico. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 77/2011, p. 27 - 46, jan - mar / 2011 (reproduz artigo publicado originalmente em Revista de Direito Público 80/185-196. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1986) p. 36

¹¹¹BLUM, Rita Peixoto Ferreira. Agências Reguladoras. **Revista de Direito Empresarial**. v. 7/2015. p. 319 –

Alinhamo-nos ao segundo posicionamento exposto, pois, s.m.j., nos parece que não existe incompatibilidade na presença das agências reguladoras no SNDC.

Além dos argumentos apenas referidos, chama-se a atenção para o fato de que, se a Política Nacional das Relações de Consumo baseia-se, dentre outros princípios, na *harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica* (art. 4º, III, CDC), e se, o SNDC, como não poderia deixar de ser, deve fazer valer tal política, se vê plenamente justificada a presença das agências no Sistema, pois, conforme vem sido pontuado ao longo do presente estudo, a atividade regulatória tem contornos econômicos e sociais, buscando equilibrar constantemente as tensões existentes entre os interesses em jogo. Lembramos, ainda, que, na hipótese de insuperável conflito, deverá pender a favor da dignidade da pessoa humana.

Outros elementos contribuem para a conclusão inafastável de que as agências integram o SNDC: o já comentado Dec. 7.963/2013, que cria o PNCC, estabeleceu como um dos três eixos de atuação a regulação e a fiscalização¹¹², estabelecendo a presença das agências reguladoras no Observatório Nacional das Relações de Consumo; o Manual de Defesa do Consumidor, documento elaborado pela Senacon, elenca expressamente as agências reguladoras dentre os membros do SNDC;¹¹³ e, por fim, a defendida interpretação vem ilustrada no novo Código de Processo Civil, que, em seu art. 985, §2º, tratando do incidente de demandas repetitivas, ordena que a decisão seja encaminhada às agências reguladoras, quando for caso de serviços delegados, para a efetiva fiscalização do cumprimento.

Se é verdade que as agências reguladoras não podem ser definidas como entidades de exclusiva defesa do consumidor, pois têm como um de seus objetivos a regulação de mercado, integrando a ordem econômica do país, não é menos verdadeiro que um dos seus papéis primordiais é a promoção à defesa do consumidor e, diante de tal objetivo, nos parece lícito incluí-las no SNDC, até porque preenchem os demais requisitos para tanto, nos termos do art.

337. jan - fev / 2015, p. 323

¹¹²Dec. 7.963/13, art. 6º O eixo regulação e fiscalização será composto, dentre outras, pelas seguintes políticas e ações: I- instituição de avaliação de impacto regulatório sob a perspectiva dos direitos do consumidor; II- promoção da inclusão, nos contratos de concessão de serviços públicos, de mecanismos de garantia dos direitos do consumidor; III - ampliação e aperfeiçoamento dos processos fiscalizatórios quanto à efetivação de direitos do consumidor; IV - garantia de autodeterminação, privacidade, confidencialidade e segurança das informações e dados pessoais prestados ou coletados, inclusive por meio eletrônico; V - garantia da efetividade da execução das multas; e VI - implementação de outras medidas sancionatórias relativas à regulação de serviços.

¹¹³BESSA, Leonardo Roscoe; MOURA, Walter José Faiad de. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. rev. e atual. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014.

105. O fato (observado pelos adeptos da interpretação restrita) de sua atuação pender, recorrentemente, em favor dos interesses dos fornecedores, a nosso ver, significa uma deturpação de seu objetivo, devendo ser combatida a captura¹¹⁴, não nos parecendo solução o alijamento das agências do SNDC, quando, se atuando segundo seus reais objetivos, poderá se revelar uma aliada e não um ser “antagônico” ao interesse do consumidor.

A importância de se estabelecer se as agências reguladoras integram ou não o SNDC nos parece crucial, na medida em que reforça o seu compromisso com a proteção ao consumidor e as obriga a estarem presentes ativamente na prevenção dos danos, assim como na repressão, quando estes já tiverem ocorrido. Ademais, integrando o SNDC, dispõem do mesmo poder de polícia administrativo, com a previsão de sanções que muitas vezes não vêm previstas na legislação de cada agência.

3.3 A RELAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS COM O CONSUMIDOR BRASILEIRO

Estabelecidas as principais características e atribuições das agências reguladoras, bem como, na qualidade de integrantes da Administração Pública, o seu dever legal e constitucional de zelar pela defesa do consumidor e de participar ativamente de tal proteção, propõe-se lançar um olhar sobre como tem sido, na prática, a atuação das agências reguladoras em benefício dos consumidores brasileiros.

Para tanto, foram utilizados dados empíricos, coletados aleatoriamente, os quais espelham o cenário atual da relação das autarquias com o consumidor brasileiro, tendo como enfoque os serviços de telecomunicações, energia elétrica e saúde complementar (privada), por serem os que geram maior insatisfação no mercado consumidor e, por consequência, maior demanda ao Poder Judiciário. Serão analisados, ao final, os sistemas de ouvidoria disponibilizados atualmente pelas agências.

Schwartz cita a autorização de imposição de cláusula de fidelidade ao usuário, como exemplo de atuação contrária da ANATEL em relação ao direito dos consumidores, por ferir o direito de escolha previsto no art. 6º, II, CDC.¹¹⁵ O mesmo autor refere, a partir de pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas, no ano de 2013, na qual se aferiu que apenas 2% dos consumidores procuravam as agências reguladoras para registrar reclamações, “que o cidadão

¹¹⁴A captura será tratada no tópico a seguir.

¹¹⁵ SCHWARTZ, Fábio. A defesa do consumidor como princípio da ordem econômica: Pressuposto inarredável para a atuação dos órgãos públicos e imprescindível para o desenvolvimento sustentado do país. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 94/2014 p. 15/35 jul-ago/2014, p. 25

não conhece e nem tem as agências reguladoras, por exemplo, como referência para carrear reclamações”, concluindo que tais entes “atuam quase que em anonimato em relação ao consumidor”.¹¹⁶

Um precedente encontrado na jurisprudência reconheceu a omissão da ANATEL na fiscalização das operadoras de telefonia móvel. Tratava-se do caso de aparelhos de telefone celular habilitados pelas operadoras, mesmo após registro de furto, roubo ou perda. Reconheceu-se que as operadoras deveriam manter cadastro dos aparelhos que não poderiam ser habilitados por terceiros e que a agência foi omissa ao não exigir tal conduta dos entes regulados.¹¹⁷

Em notícia veiculada recentemente¹¹⁸, informou-se serem os idosos cerca de um terço dos demandantes de processos judiciais na área de planos de saúde. Mário Scheffer, professor do Departamento de Medicina Preventiva da FMUSP e coordenador do estudo, afirmou textualmente que:

O alto número de ações movidas por idosos demonstra que a regulação do setor de planos de saúde não é suficiente para proteger esse grupo etário (...) É um mercado que tende a afastar ou excluir esses idosos por meio de reajustes abusivos ou até do cancelamento dos planos quando a pessoa começa a ficar doente. E aí entra uma omissão da ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar) ao permitir isso.¹¹⁹

Pode-se referir, ainda, o episódio narrado na introdução deste trabalho, a respeito da imposição de franquia de dados para o serviço de internet de banda larga e que gerou alta repercussão. A ANATEL chegou a ser qualificada como “agência da leniência e da omissão” pelo atual Presidente Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Cláudio Lamacchia.¹²⁰

¹¹⁶Idem, p. 31-32

¹¹⁷. Brasil. Tribunal Regional Federal 4ª Região, Apelação e Reexame nº 5051870-36.2013.404.7100, Apelantes/apelados ANDICOM - Associação nacional de defesa e informação do consumidor e ANATEL. Relator Ricardo Teixeira do Valle Pereira em 17/08/2015. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtPalavraGera da=DkMD&hdnRefId=fb19024d997d64eafd4bb1e539d37a2e&selForma=NU&txtValor=50518703620134047100&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF& sistema=&codigoparte=&txtChave=&paginaSubmeteuPesquisa=letras> EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DO CONSUMIDOR. TELEFONIA. ANATEL. CEMI. OBRIGAÇÃO REGULAR DE FISCALIZAR CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO MÓVEL CELULAR. PERDA/FURTO/ROUBO DE CELULAR. A ANATEL deve desempenhar a função para a qual foi criada - em face da falta de controle das operadoras sobre os celulares colocados no mercado, resultando na sistemática habilitação de celulares obtidos por meios criminosos (roubo, furto, apropriação, clonagem, etc), sem violar o princípio constitucional da separação dos poderes - com vistas a salvaguardar bem maior consistente na proteção dos interesses dos consumidores no país.

¹¹⁸Veiculada em junho de 2016. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2016/06/04/13-das-aco-es-contra-planos-de-saude-e-de-idosos.htm>>. Acesso em: 27 jun. 16

¹¹⁹Idem

¹²⁰LAMACCHIA, Cláudio. **Anatel**: a agência da leniência e omissão. Zh.clicrbs, 4/5/2016 Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/opiniao/noticia/2016/05/claudio-lamacchia-anatel-a-agencia-da-leniencia-e-da>

Assim como estas, outras notícias¹²¹ são veiculadas diariamente, demonstrando uma evidente desconexão entre as agências reguladoras e a proteção ao consumidor.

Ao abordarem a relação entre consumo e regulação, Bessa e Moura referem serem os serviços regulados os campeões de reclamações nos Procons e reconhecem a necessidade de revisão dos regulamentos das agências reguladoras para que os regulados incentivem o respeito aos direitos dos consumidores.¹²²

De se referir, ainda, que as empresas reguladas nos setores aqui abordados estão dentre os maiores demandados no Poder Judiciário, o que será tema do próximo capítulo, porém, deve ser aqui considerado como evidência de insatisfação generalizada dos consumidores nestas áreas.

Passa-se a analisar como tem se estabelecido o contato das agências reguladoras aqui pesquisadas com os consumidores, no tocante ao sistema de ouvidoria.

Observa-se que as três agências pesquisadas mantêm sites, onde existem canais de contato com os consumidores. Entende-se que na era da tecnologia, este é o principal meio de contato entre as agências e os consumidores, podendo-se supor que todos os mecanismos disponíveis de interação existentes pelo menos ali estarão representados.

Todas as agências disponibilizam serviço de ouvidoria por meio eletrônico, telefônico e físico. As três autarquias publicam quantitativos de reclamações feitas pelos consumidores¹²³, o que mostra que têm plena ciência das queixas (e da sua natureza) dos usuários dos serviços regulados.¹²⁴

A ANATEL¹²⁵ se limita a encaminhar a reclamação à operadora, conferindo o prazo de

omissao-5792432.html> Acesso em 27 jun. 2016.

¹²¹ Exemplificando: ANS: <<http://noticias.r7.com/economia/reclamacao-sobre-cobertura-dos-planos-de-saude-aumentou-337-em-um-ano-01032016>>. Acesso em 22 jun. 2016; ANEEL- <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/economia/noticia/2012/12/mpf-investiga-omissao-da-aneel-na-demora-do-restabelecimento-de-energia-3982768.html>> <<http://noticias.bol.uol.com.br/economia/2009/11/28/ult4734u39219.jhtm> acesso em 27/6/16; ANATEL:>

¹²² BESSA, Leonardo Roscoe; MOURA, Walter José Faiad de. op cit, p. 55

¹²³ ANATEL: publica levantamento das reclamações dos usuários desde o ano de 2012. entre 2012 e 2015 o número de reclamações aumentou significativamente de aproximadamente 2 milhões para cerca de 4 milhões anuais. Disponível em: < <http://www.anatel.gov.br/consumidor/index.php/reclamacoes-na-anatel2>>. Acesso em: 15 jun. 2016 ANEEL: registra as reclamações desde 2011, quando foram totalizadas cerca de 75mil. Em 2015 foram mais de 164 mil. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/orientacoes-ouvidoria>>- ANS: monitora as reclamações dos consumidores por um sistema mais complexo, por meio do qual não é possível quantificar em números as reclamações recebidas por período. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/informacoes-e-avaliacoes-de-operadoras/indice-de-reclamacoes/indice-geral-de-reclamacoes-igr>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

¹²⁴ É preciso ressaltar que os dados obtidos não são totais, representando somente os que procuraram as agências para solucionar suas reclamações.

¹²⁵ Os artigos 103 e 104 da Resolução 612/2013 tratam das reclamações dos consumidores disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/450-resolucao-612#tituloIVcapXIIIsecaoIV>> Acesso em: 27 jun. 2016.

cinco dias para resposta direta ao consumidor. Ou seja, não há qualquer interferência da agência na solução do problema. A agência apresenta índice de resolução das reclamações de cerca de 90%¹²⁶, o que, entretanto, se trata de informação fornecida unilateralmente pelas próprias operadoras reguladas, sem qualquer consulta direta ao consumidor. Tal dado, portanto, não pode ser tido como real (até pela notória realidade de insatisfação). Esta aparente e ilusória satisfação do consumidor foi, inclusive, objeto de Recomendação¹²⁷ do Ministério Público Federal à ANATEL.

A ANEEL¹²⁸ orienta o consumidor a um “passo-a-passo”: reclamar inicialmente para a prestadora, após para a ouvidoria desta, para, somente então, contatar a agência. O formulário disponível para reclamação pede dados de contato do reclamante, indicando que existe resposta do encaminhamento, não parecendo existir qualquer intervenção da agência na solução¹²⁹, embora a própria ANEEL estabeleça como obrigação sua emitir decisão a respeito de reclamações.¹³⁰

A ANS também dispõe de um canal de reclamações, regulamentado pela Resolução 388/2015¹³¹, a qual deixa muito claro o papel de intermediadora da agência, sem qualquer contribuição para a solução.

O que se percebe é a existência de um espaço sem qualquer efetividade para a solução das reclamações dos consumidores.

Conclui-se, sem grande esforço, que existe um alto grau de insatisfação dos consumidores em relação à prestação dos serviços regulados e aqui analisados.

¹²⁶ Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/consumidor/index.php/desempenho-do-atendimento-ida/mar-2016>>.

¹²⁷ Segundo a notícia extraída do site do MPF, o sistema de registro de reclamações (Focus), “é motivo de preocupação pelo MPF. Um dos principais problemas apontados no Focus é a autonomia das operadoras para concluírem as reclamações efetuadas pelos consumidores sem que o problema tenha resolução, já que é de interesse das prestadoras o registro de resolutividade dos problemas. Segundo a Agência Nacional de Telecomunicações, o Focus determina automaticamente a conclusão das solicitações após 15 dias sem movimentação.” Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-envia-a-anatel-recomendacoes-sobre-novo-regulamento-para-usuarios-de-telecomunicacoes>>. Acesso em: 27 jun. 2016

¹²⁸ Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/como-registrar-a-sua-reclamacao>> Acesso em: 27 jun. 2016.

¹²⁹ Não se localizou normativa a respeito da tramitação das reclamações dentro da autarquia. Entretanto, na página em que a agência fornece orientações acerca da sua ouvidoria se encontra a seguinte mensagem sobre as reclamações registradas (chamadas de solicitações): “Esse conjunto de solicitações é analisado em segundo nível, pelo corpo técnico da SMA e das Agências Estaduais conveniadas, para adequado tratamento da questão, seja pela prestação de informações acerca de temas relativos à regulação ou pela busca de esclarecimento nas distribuidoras sobre a prestação dos seus serviços”. Ao que parece, não há intervenção direta da agência na solução. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/orientacoes-ouvidoria-setorial#_48_INSTANCE_MxkSuatIF5jN_%3Dhttp%253A%252F%252Fwww.aneel.gov.br%252Fdocuments%252F655804%252F14902308%252FOrienta%2525C3%2525A7%2525C3%2525B5es%252Bsobre%252Ba%252BOuvidoria%252BSetorial%252F445f3ed7-4a6b-481d-81f2-0b80a136e3ce>. Acesso em: 27 jun. 2016

¹³⁰ Art. 6º, Res. ANEEL 273/2007, disponível em <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/bren2007273.pdf>

¹³¹ Resolução ANS 388/2015. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzEzNg==>>. Acesso em: 27 jun. 016

Embora, obviamente, a insatisfação dos consumidores com os serviços regulados não possa ser atribuída diretamente às agências reguladoras, considerando seu papel de integrante da Administração Indireta, incumbida legal e constitucionalmente de promover a defesa do consumidor,¹³² e, ainda, dispondo de autonomia e instrumentos para concretizar tal mister, cabe apontar, aqui, sua postura omissiva diante do cenário apontado, no qual a insatisfação indicada é geradora de presumíveis lesões aos direitos dos consumidores.

¹³²Conciliando, evidentemente, os demais objetivos e interesses a que está atrelada no equilíbrio do mercado.

4 A (NÃO) ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS COMO FATOR DE FOMENTO AO LITÍGIO: UMA ALTERNATIVA À JUDICIALIZAÇÃO

4.1 A SOCIEDADE GLOBALIZADA DE CONSUMO GERADORA DE CONFLITOS

A sociedade pós-moderna tem como uma de suas características fundamentais e inquestionáveis a massificação das relações inter-pessoais. Trata-se de um mundo globalizado, no qual questões que envolvem toda população do planeta, indistintamente (como o meio ambiente, mercado econômico transnacional, rede mundial de computadores), torna as fronteiras geográficas invisíveis e faz como que nos inter-relacionemos permanentemente. Conforme ensina Marques, elementos como “distância, tempo e espaço, perdem em significado e importância”.¹³³ Segundo Bauman:

Com o tempo de comunicação implodindo e encolhendo para a insignificância do instante, o espaço e os delimitadores de espaço deixam de importar, pelo menos para aqueles cujas ações podem se mover na velocidade da mensagem eletrônica. A oposição entre “dentro” e “fora”, “aqui” e “lá”, “perto” e “longe” registrou o grau de domesticação e familiaridade de vários fragmentos (tanto humanos como não humanos) do mundo circundante.¹³⁴

O *homo faber* lembrado por Marques¹³⁵, com base no conceito de Hannah Arendt, que tinha no trabalho o centro de sua existência, deu lugar a um *homo novus*, a partir da metade do século XX, ao sujeito consumidor, a quem Marques chamou de *homo oeconomicus et culturalis*, cujo referencial é a valorização extremada do consumo, a ponto deste ser traduzido no próprio sentimento de felicidade do mundo ocidental. Para Baudrillard, “A felicidade constitui a referência absoluta da sociedade de consumo”, o “autêntico equivalente à salvação”.¹³⁶

¹³³MARQUES, Cláudia Lima. A proteção dos consumidores em um mundo globalizado: *Studium generale* sobre o consumidor como *homo novus*. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 85/2013, p. 25-63, jan-fev/2013, p. 37.

¹³⁴BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999. Disponível em: <www.institutoveritas.net/livros-digitalizados.php?baixar=113> Acesso em: 21 jun. 2016, p. 16. Bauman alerta, porém, o viés segregante do fenômeno: “A expressão 'compressão tempo/espaço' encerra a multifacetada transformação em curso dos parâmetros da condição humana. (...) Os usos do tempo e do espaço são acentuadamente diferenciados e diferenciadores. A globalização tanto divide como une; divide enquanto une — e as causas da divisão são idênticas às que promovem a uniformidade do globo.” (*ibidem*, p.5).

¹³⁵MARQUES, Cláudia Lima. op. cit., p. 35.

¹³⁶BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Rio de Janeiro: Elfos, 1995. trad. Artur Mourão, p. 47. O autor refere que é “o pensamento mágico que governa o consumo”, pare ele o “miraculado do consumo serve de todo um dispositivo de objectos simulacros e de sinais característicos da felicidade, esperando em seguida (...) que a felicidade ali venha poiar-se”. (op. cit., p. 21)

Diante da oferta da felicidade, não há resistência a ser oferecida. Comparato ilustra com precisão que o consumidor acaba “vítima de sua própria incapacidade crítica ou suscetibilidade emocional, dócil objeto de exploração de uma publicidade obsessora e obsidional”,¹³⁷ adquirindo produtos ou serviços, independente da qualidade ou necessidade.

Em tal contexto, o consumo assume proporções desconhecidas, o que leva à caracterização da sociedade atual como uma sociedade de consumo por excelência,¹³⁸ produtora de relações contratuais em massa¹³⁹, as quais demandam o correspondente tratamento jurídico. Vale trazer a lição de Bourgoignie:

O fenômeno do consumo refere-se mais a uma função do que a um simples ato técnico. Em consequência ele se reveste de uma dimensão coletiva: ele é feito de uma massa de atos individualmente colocados e repetidos por uma massa de indivíduos. O consumidor não pode então ser compreendido somente como o parceiro de trocas individualizadas, o que será em muitas circunstâncias; ele é também o quarto pólo do ciclo produção-distribuição-troca-consumo e partilha, a este título, os interesses coletivos, similares mas dispersos, dos indivíduos componentes do grupo econômico "consumidor" ou "consumeriado". Todo o trabalho de normalização jurídica das relações de consumo deve ter em conta esta dimensão coletiva.¹⁴⁰

O tratamento jurídico destinado aos consumidores enquanto fenômeno coletivo, é tema bastante amplo e renderia outros inúmeros trabalhos sobre o assunto. Dentro dos limites do presente estudo, se mostra pertinente apontar que os desafios impostos pelos direitos de massa fez necessária a proteção do consumidor em dimensão coletiva. É o próprio CDC¹⁴¹ que conceitua os interesses dos consumidores em: difusos, coletivos ou individuais homogêneos, em seu art. 81, parágrafo único¹⁴², proporcionando aos grupos de consumidores

¹³⁷COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor. importante capítulo do direito econômico. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 77/2011, p. 27 - 46, jan - mar / 2011 (reproduz artigo publicado originalmente em Revista de Direito Público 80/185-196. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1986), p. 80

¹³⁸Nesse sentido, BAUMAN, Zygmunt, op cit., p. 77 et seq.

¹³⁹Como aponta Schmitt, valendo-se de lição de Arruda Alvim: “O fenômeno do consumerismo originou-se em fatos, tais como o crescimento vertiginoso da procura e oferta de bens de consumo nas sociedades industrializadas e naquelas em desenvolvimento, na explosão demográfica e na expansão da classe média e seu acesso aos bens de consumo. A consequência desse fenômeno é a formação da sociedade de consumo e da massificação das relações contratuais”. O autor diferencia o “consumismo” do “consumerismo”, sendo este último a preocupação com as consequências do consumismo e necessária proteção do consumidor. SCHMITT, Crisitiano Heineck. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo** [livro eletrônico]. (1ª ed. rev. atual. e ampl.) 1. ed. baseada na 4ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, primeira parte, seção 3.

¹⁴⁰BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 2/1992, p. 7-51, abr - jun / 1992, p. 13/14 Rtonline Trad. Ana Lúcia Amaral (texto excertado do livro *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*, Bruxelles: Story Scientia, 1988, rev., mod. e atual. pelo autor, especialmente para a revista.

¹⁴¹Didier Jr. e Zaneti Jr. Apontam o CDC como elemento harmonizador da tutela coletiva no Brasil, referindo-se a ele como o “Código de Processo Coletivo Brasileiro”. (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. v. 4, 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 52)

¹⁴²Art 81, parágrafo único, CDC: “A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos

que tenham sofrido, ou possam estar expostos a lesões, a alternativa de serem representados pelos legitimados previstos no art. 83, judicialmente ou não.

Tal regulação jurídica específica, entretanto, não impede que os consumidores busquem, individualmente, a satisfação de seus direitos. E o que se tem visto, na prática, é uma baixa adesão aos mecanismos coletivos, o que pode ser atribuído a diversos fatores¹⁴³, dentre eles, uma resistência cultural à reunião e mobilização de grupos de interesse, o que também é observado na questão da participação da coletividade nas agências reguladoras e será abordado oportunamente.

Se analisado o quadro de litigiosidade no país, é possível observar o predomínio absoluto das demandas individuais seriais¹⁴⁴.

Nos últimos trinta anos, observou-se uma explosão de litigiosidade no Brasil. No ano de 1988, foram registrados 350 mil novos ingressos de ações judiciais (em números totais) no país¹⁴⁵. Em 2004, segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), somente a Justiça Estadual, registrou cerca de 13 milhões de novas ações¹⁴⁶. Em 2014, o número chegou aos 20 milhões de ingressos.¹⁴⁷

difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.” Interessante observar que a última categoria, na visão de Osna, não trata de direitos materialmente coletivos, são direitos individuais que recebem tratamento coletivo, por uma “escolha procedimental” (OSNA, Gustavo. **Direitos individuais homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil.** [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 1. ed. ebook baseada na versão impressa [coleção o novo processo civil org. Luiz Guilherme Marinoni], II parte, seção 4, 4.1.3)

¹⁴³ Arenhart reconhece o desprestígio da solução coletiva e aponta possíveis causas. Inicialmente, refere o baixo grau de instrução (as pessoas não teriam noção de seus direitos) e a desmobilização da sociedade civil. A seguir, tece críticas ao Judiciário, que seria um dos responsáveis pelo atolamento em que se encontra: a falta de compreensão pelos Tribunais de quais são os direitos individuais homogêneos e dos Tribunais Superiores que não incentivam a técnica coletiva. Aponta, ainda, a questão da interpretação diversa dos efeitos *erga omnes* da ação coletiva, que acaba gerando a possibilidade de diversas ações coletivas, e, por fim, os entraves impostos à execução do julgado, que deve ser individualizado, o que sacrificaria a vantagem obtida na primeira fase do processo. (ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos direitos individuais homogêneos.** 1. ed. e-book baseada na 2ª ed impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, seção 2.3)

¹⁴⁴ Arenhart afirma: “Outrossim, embora falem dados a esse respeito, não há dúvida de que um grande percentual dessas demandas constituem casos seriais. (...) É imprescindível notar que o Judiciário brasileiro lida, constantemente, com demandas de série (ou, ao menos, em que parte da questão pode ser tratada como serial). Essa informação – no que diz respeito à questão estrutural – é que, portanto, deve ser enfrentada prioritariamente pelo serviço 'justiça'”. (op. cit. cap 2, 2.2)

¹⁴⁵ Informação extraída de obra de Paulo Cezar Carneiro Pinheiro, *apud* GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva.** A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 84

¹⁴⁶ Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números: Variáveis e indicadores do Poder Judiciário.** 2. ed. Brasília: 2005. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

¹⁴⁷ Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2015: ano-base 2014.** 2. ed. Brasília: 2015.

O alto grau de litigiosidade no Brasil é atribuível a inúmeras causas¹⁴⁸, dentre as quais pode-se apontar, com tranquilidade, a demanda gerada pelas relações de consumo¹⁴⁹ e, no que nos interessa, relativas aos serviços regulados pelas agências.

Alguns dados refletem tal assertiva. Em nível estadual, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) fez levantamento centrado no polo passivo das ações ajuizadas, listando os trinta entes mais demandados na Justiça Estadual.

O *ranking* se refere aos anos de 2013 e 2014¹⁵⁰. Treze dos trinta mais demandados nos Juizados Especiais Cíveis (JEC) eram pessoas jurídicas prestadoras de serviços regulados, dos setores de telecomunicações (em especial telefonia), energia elétrica e planos de saúde. Chama a atenção o fato de que **todas** as operadoras de telefonia e concessionárias de energia elétrica em atuação no Estado, à época, figuraram entre os maiores demandados¹⁵¹. O levantamento também abarca a Justiça Comum, que espelha a mesma realidade, embora as referidas empresas revezem de posição com demandados de outras áreas¹⁵².

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) realizou pesquisa análoga, relativa ao período entre 2011 e 2016, obtendo dados muito semelhantes.¹⁵³

Em nível nacional, o *ranking* dos cem maiores litigantes do ano de 2011, publicado

Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

¹⁴⁸Roque e Duarte apontam a litigiosidade como uma das causas da demora no andamento dos processos: “A explosão da litigiosidade após a Constituição de 1988, como resultado não apenas da intensificação dos fluxos de pessoas, bens e informações e do processo de redemocratização no Brasil, mas também pela progressiva universalização do acesso à Justiça e pelo fortalecimento gradual – mas insuficiente – da assistência judiciária gratuita; existência de um Estado demandista, que não atende de forma voluntária as pretensões dos jurisdicionados, ainda que sobre temas já pacificados na jurisprudência, interessando-se mais em protelar suas obrigações, o que ocasiona congestionamentos sobretudo na Justiça Federal)”. ROQUE, André Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos. As dimensões do tempo no processo civil: tempo quantitativo, qualitativo e a duração razoável do processo. **Revista de Processo**. v. 218, abr/2013, p. 334

¹⁴⁹De acordo com Miragem, “Atualmente, assim como as relações jurídicas tornam-se massificadas, os conflitos dela decorrentes assumem este mesmo caráter, dando ensejo a conflitos de massa (mass tort cases)” (MIRAGEM, Bruno. op. cit., parte 1, seção 2.1). No mesmo levantamento do ano de 2015, o CNJ apresentou panorama das áreas que envolvem maior litígio no país, aparecendo o assunto “direito do consumidor-responsabilidade do fornecedor/dano moral” em segundo lugar, com 6,18% do total de todos os processos ajuizados na Justiça Estadual. No âmbito dos JECs aparece na primeira colocação, com 16,20%. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2015**: ano-base 2014. 2. ed. Brasília: 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 20 jun. 2016, p. 428.

¹⁵⁰Fonte:Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sistema *themis* 1g [não publicado], 2015.

¹⁵¹OI/Brasiltelecom, Telefônica/Vivo, Claro, Tim Celular, GVT, AES Sul, RGE e CEEE.

¹⁵²Fonte:Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sistema *themis* 1g. Em 2013, a 1º, 2º e 4º posição eram de operadoras de telefonia; a 6ª, 9ª e 16ª energia elétrica. Em 2014 as primeiras posições eram de operadoras de telefonia; em 4º lugar aparece concessionária de energia elétrica. Na Justiça Comum, nenhuma das empresas reguladas aparece na primeira posição, embora estejam quase todas representadas no *ranking*.

¹⁵³Os dados se referem aos últimos cinco anos nos Juizados Especiais Cíveis e na Justiça Comum Cível. Na mesma linha do que no TJRS, o *ranking* TJRJ apresenta operadoras de telecomunicações e energia elétrica como as mais demandadas no Juizado Especial, figurando nas primeiras posições. Na Justiça Comum, aparecem em colocações diversas, revezando-se com instituições bancárias. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/MaisAccionadas/>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

pelo CNJ¹⁵⁴, apresenta resultados condizentes com a realidade aferida em nível estadual. Dentre os maiores litigantes, tem-se operadoras de serviço de telecomunicações, operadoras de plano de saúde e distribuidoras de energia elétrica, de praticamente todos os Estados da Federação.

A partir dos dados coletados¹⁵⁵, nos parece perfeitamente possível concluir que a demanda judicial individual na área de consumo dos serviços regulados é, não só uma das mais expressivas, como vem crescendo paulatinamente. O consumidor vem enfrentando uma verdadeira *via crucis* para ter seus interesses mais básicos atendidos, pois se vê lesado reiteradamente em questões simples - que poderiam ter sido prevenidas-, busca solução administrativa em Procons ou nas próprias agências reguladoras, e, nada encontrando, acaba recorrendo ao Judiciário, a fim de buscar a satisfação de seu direito, se submetendo ao consequente custo e demora de um processo judicial.

É neste ponto que se traça uma relação entre a atuação falha das agências reguladoras na missão de promover a proteção do consumidor e o escoamento dos litígios formados a partir de tal omissão ao Poder Judiciário.

4.2 POSSÍVEIS CAUSAS DA OMISSÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NA DEFESA DO CONSUMIDOR E O ESCOAMENTO DA DEMANDA AO PODER JUDICIÁRIO

Como visto no decorrer do estudo, as agências reguladoras são entes idealizados para atuar de forma autônoma e independente de interesses que possam comprometer sua neutralidade, inclusive dispondo de arrecadação própria de recursos, vinculados (ao menos em tese) exclusivamente às suas atividades. Além da autonomia, dispõem de instrumental que lhe possibilitam agir de forma a evitar ou solucionar a lesão aos direitos dos consumidores, o que é seu dever legal e constitucional. Viu-se, de outro lado, como a sua atuação vem sendo falha no tocante ao cumprimento de tal dever.

Propõe-se, então, uma reflexão sobre as possíveis causas da aqui aventada atuação falha ou omissa das agências reguladoras, no que pertine à defesa do consumidor.

¹⁵⁴Exemplificativamente: nos JEC: Telemar S/A em 2º, Oi S/A em 8º, Tim S/A em 9º, Vivo S/A em 10º, Claro S/A em 11º, Light Serviços de Eletricidade S/A em 12º, Ampla Energia e Serviços S/A em 14º, 15º BCP S/A, Embratel S/A em 22º, Brasiltelecom S/A em 28º, Unimed em 33º, NET LTDA em 40º. Brasil. Conselho Nacional de Justiça. 100 maiores litigantes 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2016.

¹⁵⁵É preciso fazer a ressalva de que foram coletados aleatoriamente, não sendo possível atribuir às nossas conclusões qualquer precisão científica.

Por se tratar, talvez, da causa mais apontada pelos autores pesquisados¹⁵⁶, como fator de deficiência da atuação das agências reguladoras (e, como apontado, da própria falta de adesão aos mecanismos de proteção coletiva do consumidor), inicia-se a reflexão pela participação da sociedade nos rumos da regulação no país.

As agências reguladoras dispõem, como mecanismos de interação com os grupos de interesse da sociedade, das audiências e consultas públicas, de realização obrigatória ou facultativa, as quais servem para harmonizar a produção regulatória aos interesses vigentes na coletividade.

Observa-se, entretanto, que tais instrumentos, apesar de utilizados¹⁵⁷, não vêm demonstrando representar os concretos interesses dos consumidores¹⁵⁸, o que pode decorrer da própria falta de iniciativa destes em participar da discussão acerca dos temas que serão objeto de normatização.

Pode-se explicar tal desinteresse, de um lado, por uma questão de ordem cultural¹⁵⁹, sendo forçoso reconhecer que, no Brasil, existe uma resistência ao envolvimento da sociedade em questões que digam respeito à coletividade¹⁶⁰. Azevedo aponta que o país ainda reaprende a viver em uma democracia e que os brasileiros devem assumir “a responsabilidade na luta pela garantia dos seus direitos”.¹⁶¹

De outra banda, como a reforçar a nossa peculiaridade cultural, existe uma tendência à

¹⁵⁶A necessidade de incrementar a participação popular nas agências para que venham a ser efetivas na sua atuação, é apontada por: JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit. p. 585-586; ARAGÃO, Alexandre Santos de, op. cit. 467/472; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit. p. 197; BRUNA, Sérgio Varella, op. cit., p 250 et seq; CUELLAR, Leila, op. cit., p. 145; AZEVEDO, Fernando Costa de. op. cit., p. 160-162.

¹⁵⁷Mattos realizou pesquisa sobre consultas públicas realizadas pela ANATEL e concluiu que o instrumento vem sendo utilizado e ressalta “que esse tipo de mecanismo de participação tem um potencial democrático de ampliar a participação de outros atores da sociedade civil na deliberação sobre o conteúdo da regulação, que não apenas aqueles que sempre fizeram parte das 'alianças' internas à burocracia estatal ou que tiveram acesso privilegiado aos 'anéis burocráticos' do Estado.” (MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Regulação econômica e social e participação pública no Brasil. IX Congresso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública**, Madrid, España, 2 – 5 Nov. 2004 disponível em: <http://www.cebrap.org.br/v2/app/webroot/files/upload/biblioteca_virtual/MATTOS_Regulacao%20Economic a%20.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2016, p. 19).

¹⁵⁸No mesmo estudo, Mattos observou a pouca participação de associações de defesa do consumidor no procedimento, em detrimento da representação do “interesse empresarial privado”. op cit, p. 19

¹⁵⁹Sobre o assunto, Moreira Netto refere: “É claro que essa abulia tem sua raiz nos velhos hábitos paternalistas, que distanciavam o Estado da sociedade, e, conseqüentemente, do desinteresse oficial na educação cívica das pessoas. Mesmo hoje, é difícil a compreensão do grande público do que modernamente se entende como um Estado de Serviço”. (op. cit. p. 14)

¹⁶⁰Mattos apontou os possíveis motivos: “Podem ir desde a falta de conhecimento desses mecanismos de participação (ainda recentes no Brasil) até a falta de recursos (tempo, dinheiro e informação) para realizar análises das questões que estão em pauta em cada processo decisório sobre o conteúdo da regulação. Ao mesmo tempo, podem estar ligados à falta de confiança na efetividade do uso desses mecanismos nas agências reguladoras. Por um lado, a falta de confiança pode estar ligada à falta de conhecimento dos procedimentos decisórios e garantias democráticas à participação. No entanto, por outro lado, a possível falta de confiança pode estar ligada ao reconhecimento de déficits democráticos no modelo de agências”. (Ibidem, p. 19 e 20)

¹⁶¹AZEVEDO, Fernando Costa de. op. cit., p. 162.

desmotivação, em geral, pelo assunto. Bourgoignie, explica a falta de estímulo à participação dos consumidores em organizações representativas, em razão do caráter difuso dos interesses comuns, havendo dificuldade de percepção de seus integrantes, de que fazem parte de um mesmo grupo econômico, o que leva à sua falta de organização e defeituosa representação na sociedade, levando o consumidor a agir individualmente. Para o autor, “O consumidor preferirá, então, fazer economia de um engajamento pessoal e esperar o benefício de uma ação encetada por outros (*free rider*).”¹⁶²

Ainda como explicação para a não adesão dos consumidores nos processos de participação disponibilizados pelas agências, aponta-se a falta de prestígio das agências reguladoras em nosso ordenamento jurídico, pois, nem de longe, se apresentam como as estruturas representativas que se encontra, por exemplo nos EUA, onde são tradicionalmente organismos confiáveis, os quais foram adquirindo importância no decorrer da história daquele país, como já visto no primeiro capítulo.

Entretanto, mesmo diante das dificuldades, faz-se imprescindível a participação cidadã para a existência da regulação, como forma de controle da atividade das agências. Consoante ensina Moreira Neto:

Pode-se mesmo afirmar que será o desenvolvimento dessa atividade de controle social, descentralizando e capilarizando a atividade participativa cidadã, que poderá concorrer ponderavelmente para o futuro da regulação no País, uma vez que não somente atua, como foi exposto, para a legitimação da atuação das agências reguladoras, como para a própria legitimação do instituto da regulação, pela maturação da *oppinio necessitas* popular sobre sua eficiência, dentro do sistema da administração pública brasileira.¹⁶³

A reversão do contexto analisado, depende, portanto, da conscientização dos grupos de interesse relativos ao consumidor, do seu relevante papel nos rumos da regulação. A constatação de que são grupos potencialmente desestimulados não pode ser fator de seu alijamento no debate público. Ao contrário, deve servir para que as agências incentivem e facilitem, efetivamente, a participação pública, utilizando-se de ampla divulgação dos mecanismos participativos, sob pena de tais instrumentos serem meramente figurativos. O assunto deve ser tratado como política institucional, conforme diretriz do Plano Nacional de Consumo e Cidadania (PNCC), art. 2º, V.

Ainda em relação aos instrumentos de audiência e consulta pública, é necessário que

¹⁶² BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 2/1992, p. 7 – 51, abr - jun / 1992, p. 16 e 17

¹⁶³ MOREIRA NETO, op cit p. 13.

Guerra enquadra a captura como modalidade de “vício de poder”, consistente na contaminação das Agências Reguladoras pelos diversos grupos de interesses, com vistas à obtenção de benefícios.¹⁶⁷

O Judiciário já reconheceu o fenômeno da captura, negando validade à nomeação de membros do Conselho Consultivo da ANATEL, por pretenderem ocupar vaga reservada a grupos de interesse que não representavam. Entendeu-se que os indicados para vagas de representação da sociedade e dos consumidores eram diretamente ligados aos interesses dos agentes econômicos, o que desvirtuaria o objetivo de representação de todos os setores interessados e comprometeria as decisões e normas expedidas pela agência.¹⁶⁸

Oportuno mencionar, ainda, que acaba de ser divulgado estudo elaborado pela Fundação Getúlio Vargas,¹⁶⁹ o qual concluiu que parte das agências reguladoras brasileiras sofreu captura pelo governo. Embora o estudo ainda não tivesse sido publicado até o fechamento do presente trabalho, as conclusões foram veiculadas pela imprensa e dão conta de que a captura foi constatada em razão do significativo número de Presidentes e Conselheiros das agências oriundos do próprio governo, com vinculação política clara, e não de técnicos especializados. Menciona um percentual mínimo de representantes da iniciativa privada. Ainda, refere à manutenção de cargos representativos da sociedade vagos por períodos extensos. Sabendo-se que, muitas vezes, os representantes políticos são compromissados com setores de grande poder econômico, pode-se aventar uma captura indireta pelos próprios entes regulados.

¹⁶⁷ GUERRA, Sérgio. **Introdução ao Direito das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2004, p. 56.

¹⁶⁸ Brasil. Tribunal Regional Federal 5ª Região, Apelação Cível nºAC342739-PE, Apelante José Fernandes Pauletti e outro. Apelado: Ministério Público Federal, Relator Francisco Cavalcanti, publicado em 07/12/2004. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br/cp/cp.do>>. Acesso em: 13 jun. 16. Colaciono trecho do voto: “Ora, a indicação do presidente de grandes empresas de telecomunicações para representar a sociedade civil perante o Conselho Consultivo da ANATEL rompe a toda evidência a pluralidade representativa ou mesmo a representação democrática inerente à estrutura do referido Conselho. Com efeito, o legislador claramente estabeleceu que o Conselho Consultivo deveria possuir composição híbrida, isto é, ser integrado por conselheiros indicados pela Casas Parlamentares, pelo Poder Executivo, pelas entidades de classe das empresas prestadoras de serviços de telecomunicações e também pelos usuários e pela sociedade. Sem dúvida, o cargo ocupado pelo apelante JOSÉ FERANDES PAULETTI é absolutamente incompatível com a representação da sociedade perante o Conselho Consultivo. Por certo, além de membro da sociedade, de incontestável experiência na área de telecomunicações, o referido apelante é, mormente, Presidente de grandes empresas de telecomunicações, com interesses na definição da política do setor de telecomunicações e, portanto, voltado para a defesa de seu interesse como presidente da Tele Norte Leste Participações S.A. e da TELEMAR Norte Leste S.A (...) como afirmou o MM. Juiz sentenciante, porquanto “não basta que o candidato ao cargo seja indicado por uma entidade representativa dos usuários e da sociedade, mas também que o mesmo seja um legítimo representante deste segmento, de forma que os seus interesses coincidam com aqueles cuja defesa lhe foi outorgada, sob pena de não haver uma efetiva participação de todos os segmentos da sociedade naquele Conselho e, por conseguinte, de descumprimento do artigo 33 da Lei 9.427/97”

¹⁶⁹ Disponível em: <<http://m.folha.uol.com.br/mercado/2016/07/1787449-agencias-reguladoras-acabaram-capturadas-pelo-governo-diz-fgv.shtml>>. Acesso em: 2 jul. 2016.

Assim, a escolha dos dirigentes das agências representa fator essencial no que se refere à atuação comprometida com o interesse público e do consumidor em especial. Estes não podem estar vinculados com quaisquer interesses, mesmo que de forma indireta, a fim de que possam manter equidistância suficiente à tomada de decisões¹⁷⁰.

Às causas acima referidas se somam outras, como a não utilização dos instrumentos de controle pelos demais Poderes.¹⁷¹ Também apontado como fator essencial do modelo norte-americano, o controle externo das agências reguladoras não tem sido explorado no Brasil. Como já visto, o Poder Legislativo brasileiro jamais estruturou mecanismos de controle à atuação das agências.

Por fim, aponta-se a falta de repasse adequado das taxas de fiscalização, as quais vistas, deveriam se vincular exclusivamente às suas finalidades e são essenciais para uma atuação satisfatória das agências. Vale trazer aqui alguns dados encontrados na Recomendação MPF/GT-Telecom nº 1/2014¹⁷² (já mencionada no primeiro capítulo). O documento informa que a arrecadação das taxas de fiscalização foi dez vezes maior do que o orçamento repassado à ANATEL, entre 2011 e 2014, ocasionando sérias restrições orçamentárias para realizar atividades precípuas de fiscalização, recursos humanos e fomentar a participação pública, dentre outros.

Outros fatores poderiam ser aventados, porém, sua abordagem escaparia dos limites do que se propôs no presente estudo, optando-se por levantar apenas aquelas que consideramos como principais contribuições para a deficiente relação das agências com os consumidores.

Destarte, parece viável defender que o uso adequado e efetivo do instrumental que já está à disposição das agências certamente atuaria de forma a evitar que os direitos dos consumidores fossem lesados em massa. Nada precisa ser criado ou reformulado, bastando que se faça o uso daquilo que já existe.

Na linha proposta por Mancuso¹⁷³, pretendeu-se, aqui, lançar um olhar sobre o

¹⁷⁰É o que defende Guerra em trabalho no qual elenca as características mínimas estruturais das entidades reguladoras. GUERRA, Sérgio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=99035>>. Acesso em: 12 mai. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=99035>>. Acesso em: 12 mai. 2016.

¹⁷¹As mesmas obras mencionadas na nota nº 157 apontam a falta de controle como fator primordial para ineficiência das agências

¹⁷²Recomendação MPF/GT-Telecom nº 1/2014, Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_consumidor-e-ordem-economica/mpf-recomenda-correta-aplicacao-dos-recursos-devidos-a-anatel-em-defesa-dos-consumidores-nas-telecomunicacoes>. Acesso em: 22 jun. 2016.

¹⁷³O autor ressalta que o enfoque sobre os efeitos (as técnicas processuais para atendimento do alto número de demandas judiciais) e não sobre as causas, talvez não seja o melhor caminho para a solução do problema do congestionamento judiciário atual. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. 1. ed. e-book baseada na 2ª ed impresa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, seção

contexto que precede o ingresso em massa de demandas judiciais. Entende-se que, em grande parte, a lesão aos direitos do consumidor seria evitada se esse contasse com a efetiva proteção das agências reguladoras. Veja-se o exemplo trazido na introdução, acerca da franquia de dados para internet. Parece-nos que todo o sucedido poderia ter sido evitado se a ANATEL tivesse submetido o tema à ampla discussão anterior, tanto da elaboração da norma que autoriza a franquia,¹⁷⁴ quanto da imposição de sua aplicação em contratos em curso, o que representou inovação prejudicial ao consumidor, contrária à boa-fé. Entende-se que esta é uma postura omissa e que incentiva o litígio.

4.3 A COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS NA SEARA ADMINISTRATIVA COMO ALTERNATIVA À VIA JUDICIAL

Paralelamente à concretização efetiva do instrumental que já se encontra à disposição das agências, até porque, evidentemente, não se pode imaginar que a lesão a direitos e interesses do consumidor será extirpada do ordenamento jurídico, propomos uma via alternativa à judicial.

Não se ignora que o tema dos “conflitos de massa” vem sido abordado sob o viés coletivo, não faltando estudos e debates sobre os direitos coletivos *lato sensu* e as respectivas ações judiciais, inclusive sobre métodos extraprocessuais de solução de tais conflitos¹⁷⁵. São soluções que buscam atender ao fenômeno na dimensão em que ele se apresenta, revelando-se absolutamente necessários.

Observa-se, contudo, que o consumidor, individualmente considerado, merece atenção especial, principalmente por ser este o sujeito que vem buscando, sozinho, resolver judicialmente seus interesses.¹⁷⁶ Nos permitimos, portanto, finalizar este estudo propondo¹⁷⁷ a

2.2) Ainda: “A estratégia de tratamento massivo de processos (não raro enaltecida por segmentos que se deixam impressionar por cifras calcadas em critério quantitativo) a par de colocar em risco a qualidade dos julgamentos (“a quantidade afeta a qualidade”), não enfrenta o problema em sua gênese, e, por isso mesmo, não vai à origem dos males, que está na cultura demandista ou judiciarista, em boa medida insuflada pela chamada judicialização do cotidiano. Com isso, não admira que a crise numérica de processos siga livre curso, não dando mostras de arrefecer: o gigantismo judiciário, sobre não debelar aquela crise, em larga medida a retroalimenta, na medida em que o excesso de oferta concorre para estimular a demanda.” (idem, introdução)

¹⁷⁴ Resolução ANATEL n° 634/2013, art. 63, II, Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/465-resolucao-614>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

¹⁷⁵ Embora não seja objeto do presente estudo, entendemos que a solução extrajudicial em dimensão coletiva atende aos mesmos propósitos que se está buscando defender: justiça não demanda necessariamente um processo judicial. Sobre o tema *cf.* GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva**: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

¹⁷⁶ Como se viu no primeiro tópico, este é o perfil que caracteriza a litigiosidade na área dos serviços regulados no Brasil.

¹⁷⁷ Joaquim Falcão já defendeu expressamente tal ideia, em entrevista ao IDEC: “(...) É como se faltasse – e ela

concretização daquilo que já integra o rol de atribuições das agências reguladoras como instituto e já vem autorizado em lei: a condução, pelas agências, da resolução de conflitos entre serviços regulados e consumidores, pela via consensual, como alternativa de solução célere, de qualidade e eficaz das lesões aos direitos do consumidor, servindo de alternativa à via judicial¹⁷⁸, a qual não apenas está esgotada diante da quantidade massiva de demandas, como não responde à altura, a pretensão de quem a procura.

Como premissa do que será tratado neste tópico, cabe referir que acesso à justiça não equivale a acesso ao Judiciário. Conforme milita Benjamin, o acesso deve ser percebido de forma ampliada, no sentido de *acesso efetivo e integral à ordem jurídica justa*,¹⁷⁹ aí incluídos quaisquer mecanismos que venham a possibilitar a concretização dos direitos, dentre eles os métodos consensuais de solução de litígios¹⁸⁰.

J. de Azevedo¹⁸¹ propõe um esvaziamento do que é levado ao juiz, a quem se deve recorrer apenas nos “casos extremos”. O autor indica, como paradigma do direito pós-moderno, a inversão do recurso ao Judiciário, na contramão da época moderna, na qual se conferia ao julgador papel central. “Da fuga para o juiz, cabe hoje falar em fuga do juiz – e isto, diga-se, não diminui o Poder Judiciário, eis que este fica limitado a agir nas hipóteses em que, de fato, é necessário como julgador”. Afirma, pois, uma tendência de desjudicialização.¹⁸²

Nesses termos, identifica-se a tendência absolutamente hegemônica de incentivo a práticas conciliatórias como formas alternativas de resolução de conflitos, de forma a evitar o processo judicial.

deveria existir – uma função de resolução de conflitos, uma função de “pré-judiciário” ou talvez de uma justiça pré-administrativa, que trabalhasse com a conciliação e a mediação de conflitos, porque isso faz parte da sua função [das agências]. Elas criam os problemas e quem tem de resolver isso é o Poder Judiciário. As agências reguladoras estão terceirizando os custos do conflito que elas próprias geraram.” IDEC, revista 178 <http://www.idec.org.br/uploads/revistas_materias/pdfs/171-entrevista1.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2016.

¹⁷⁸Segundo Mancuso: “se operassem as outras esferas de Poder com eficiência e presteza no cumprimento de suas atribuições e no atendimento aos reclamos sociais, mormente os que envolvem interesses metaindividuais, por certo larga parcela desses conflitos deixaria de ser judicializada, reduzindo em muito a carga judiciária, e prevenindo o risco do chamado ativismo judicial e de seus eventuais excessos; igualmente, o próprio legislador se pouparia de ter que excogitar recorrentes remédios para o manejo massivo de lides multitudinárias e repetitivas (...)” (op. cit., Seção 2.5).

¹⁷⁹BENJAMIN, Antônio Hermann. **A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico**: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/8688/A_Insurrei%C3%A7%C3%A3o_da_Aldeia_Global.pdf> p. 7>. Acesso em: 26 jun. 2016.

¹⁸⁰Mancuso menciona que o “direito de ação” não pode se transformar em “dever de ação”, “assim insuflando a contenciosidade ao interno da sociedade e desestimulando a busca por outros meios, auto ou heterocompositivos”. (op. cit., seção 1, 1.1.)

¹⁸¹AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 33/2000, p. 123-129, jan-mar/2000, *passim*.

¹⁸²Idem, p. 125

Trata-se, inclusive, de orientação institucional e legal vigentes. Levandowski, em seu discurso de posse como presidente do STF, estimulou amplamente a alternativa consensual extrajudicial.¹⁸³ O CNJ, na mesma linha, promove anualmente as semanas de conciliação, estimulando a solução consensual.¹⁸⁴ O novo CPC prevê a conciliação e mediação como valor fundamental em seu artigo 3º, parágrafo 3º.¹⁸⁵

Doutrinariamente, são muitas as vozes que se manifestam, há longa data, nesse sentido:

Capelletti e Garth, mestres que em grande parte inspiraram a criação dos Juizados Especiais Cíveis brasileiros, defendem a via conciliatória como método alternativo à via judicial para solução de litígios, enfatizando sua especial relevância no que pertine a interesses dos consumidores.¹⁸⁶

No mesmo sentido, Miragem, segundo o qual “A prevenção e redução de conflitos vêm se afirmando, aliás, como uma das grandes linhas de compreensão do direito contemporâneo.”¹⁸⁷

Ainda, Mancuso aponta a necessidade de adoção de métodos alternativos de composição de litígios, referindo que podem conviver harmonicamente com a esfera judicial.¹⁸⁸ O autor chega a defender a exigência de prévia tentativa conciliatória como condição da ação.¹⁸⁹

A utilização de tais práticas no âmbito da Administração Pública é tranquila.

Vale-se, novamente, das lições de Capelletti e Garth¹⁹⁰, os quais sugerem o incentivo a “programas governamentais de solução dos conflitos de consumidores”, trazendo a experiência exitosa do direito comparado (ressalta a supervisão pelas agências do Canadá e Estados Unidos, por exemplo), a qual garante baixo custo, celeridade e especialização. Assim,

¹⁸³“Procuraremos, igualmente, estimular formas alternativas de solução de conflitos, compartilhando, na medida do possível, com a própria sociedade, a responsabilidade pela recomposição da ordem jurídica rompida, que, afinal, é de todos os seus integrantes. Referimo-nos à intensificação do uso da conciliação, da mediação e da arbitragem, procedimentos que se mostram particularmente apropriados para a resolução de litígios que envolvam direitos disponíveis, empregáveis, com vantagem, no âmbito extrajudicial.” (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoMinistroRL.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2016.)

¹⁸⁴ Fonte: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es/conciliacao-mediacao/semana-nacional-de-conciliacao>>. Acesso em: 29 jun. 2016.

¹⁸⁵ Lembramos, ainda, que o PNCC estabelece como primeiro eixo de atuação a prevenção e redução de conflitos (art. 4º, I, Dec. 7.796/13)

¹⁸⁶ Para os autores, tal tipo de método alternativo de solução de litígios está abarcada pelo que chamaram de “terceira onda” de renovação do processo civil, pela utilização, dentre outros, de “mecanismos privados ou informais de solução de litígios” (CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. op. cit., 26 e 31).

¹⁸⁷ MIRAGEM, Bruno. op. cit., p. 281.

¹⁸⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, op. cit seção 2.1 e 2.10

¹⁸⁹ Idem, seção 2.2

¹⁹⁰ CAPELLETTI, Mauro; Garth, op. cit., p. 45-46

muito além do encaminhamento de uma reclamação, o órgão público (no caso que aqui interessa, as agências) busca a solução.

Benjamim¹⁹¹, também defendendo amplamente a solução extrajudicial de conflitos, sugere como método externo de acesso à justiça “mecanismos alternativos ou complementares ao processo judicial tradicional”, dentre os quais aponta a “mediação administrativa, a cargo de certos órgãos especializados da administração pública, como as agências de defesa do consumidor (casos individuais e coletivos)”,¹⁹² como um dos principais.

A atribuição específica para resolver conflitos entre regulados e consumidores está presente na legislação que trata das agências reguladoras. Repise-se que as agências reguladoras de serviços públicos, conforme art. 29, VII da Lei 8.897/95 deverão *receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, em até trinta dias, das providências tomadas.*

Constatada a plena viabilidade de utilização do instrumento conciliatório como forma de resolução de conflitos entre consumidores e agentes regulados, vale retomar os motivos que tornam a alternativa vantajosa em relação à via judicial. Até o momento o enfoque se deu sobre os efeitos nefastos que o litígio em massa acarreta ao Poder Judiciário. Porém, evidentemente, a via extrajudicial somente deverá ser adotada se vantajosa às partes envolvidas, em razão de se basear na adesão consensual de ambas.

Nesse sentido, Gravonski elenca quatro vantagens da utilização da via extrajudicial: rapidez, baixo custo, resolutividade e satisfação dos envolvidos.¹⁹³ É inegável que o rito do processo, ainda mais se tratando de uma Justiça sobrecarregada, sujeito a recursos e cumprimento das decisões, acarreta demora, custos e incertezas que não se verificam na via consensual.¹⁹⁴

Segundo Miragem:

Por outro lado, a exclusividade ou preponderância do modelo de atuação *a posteriori* do Estado, no domínio das relações de consumo, revela-se ineficiente. Permite aos infratores a padronização de conduta infratora e a internalização de seus custos de acordo com o tempo que separa a obtenção de vantagens indevidas e o de que, em situações proporcionalmente muito reduzidas frente ao contingente de lesões cometidas, são obrigados a restituir, indenizar ou ainda, submetem-se a sanções administrativas decorrentes do ilícito. Daí que o incentivo à prevenção e redução de conflitos deve ser destacada.¹⁹⁵

¹⁹¹BENJAMIM, Antônio Hermann, op. cit. p. 49

¹⁹²Ibidem p. 49.

¹⁹³GRAVONSKI, Alexandre Amaral. op cit., p. 234

¹⁹⁴Mancuso refere a crise de efetividade do Judiciário: “lenta, onerosa, imprevisível, tudo a conspirar, paradoxalmente, contra a parte assistida pelo bom direito e a favorecer o mau pagador, o descumpridor contumaz das obrigações, o cliente habitual do Judiciário” (op. cit. seção 2.10).

¹⁹⁵MIRAGEM, Bruno. op. cit., p. 281.

Apona-se, ainda, como vantagem à assunção de tal mecanismo pelas agências reguladoras, o fato de estas serem dotadas do conhecimento técnico das matérias envolvidas nos conflitos, mostrando-se como as mais adequadas para participar da solução.

Pode-se concluir, portanto, que a via judicial apresenta desvantagens¹⁹⁶ para todos os envolvidos: o consumidor, por não ter acesso à celeridade e efetividade, o agente regulado, por ter de arcar com os custos de figurar em juízo permanentemente, e o Judiciário, que poderá se ocupar dos litígios que verdadeiramente dele necessitem.

Evidentemente que a solução depende da adesão e disposição dos entes públicos e dos agentes regulados.¹⁹⁷ Entende-se, porém, que o mecanismo conciliatório não requer uma grande estrutura, podendo, por exemplo, surgir a partir de um aprimoramento dos sistemas de ouvidoria atual.

Para fechamento deste tópico, que conclui o estudo, esclarece-se que o mote da proposição de uma alternativa à via judicial se traduz na busca pela efetividade. Entende-se que, se os mecanismos consensuais são a tendência absoluta como forma de pacificação social, por se mostrarem aptos a solucionar os litígios, não existe qualquer razão para não serem adotados imediatamente pelas agências reguladoras, enquanto entes da Administração Pública.

A persecução à efetividade, aliás, é a expressão que resume o presente estudo, pois resta evidente que o Poder Judiciário não tem sido eficiente na solução dos interesses dos consumidores, da mesma forma que a atuação pífia das agências reguladoras, embora disponham de todo potencial para realizar um trabalho de excelência na promoção dos direitos do consumidor no mercado.

¹⁹⁶Ressalvando que aqui tratamos apenas da solução de questões como as que levam os consumidores, em massa, a litigar.

¹⁹⁷Segundo Mancuso, a adoção de práticas consensuais envolvendo o Executivo, dependerá de “vontade política por parte das entidades governamentais e disposição para a resolução consensual dos conflitos, por parte dos clientes habituais do Judiciário: em primeiro lugar, de forma muito acentuada, o próprio Poder Público; mas também, no setor privado, os Bancos, empresas de seguro-saúde, cartões de crédito, de telefonia, de turismo, reconhecidamente grandes clientes do Judiciário” (op. cit. 2.5).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise do instituto das agências reguladoras nos possibilitou conhecer o ideal de um ente apartado de manipulações externas, estruturado e dotado de uma missão bastante complexa, pois devem regular o mercado, o qual não é composto apenas de consumidores. A conciliação dos muitos interesses envolvidos, sem dúvida, torna difícil a aproximação do que foi idealizado. A realidade brasileira, por outro lado, tão impregnada de vícios, quando o assunto é a coisa pública, não contribui em nada para que o instituto das agências reguladoras se aproxime de sua fonte inspiradora (as *agencies regulatory*” norte-americanas).

Entretanto, a porta aberta existente para a participação da sociedade na estrutura e nos rumos da regulação no Brasil não pode ser desperdiçada, afinal, nenhum outro ente da Administração Pública apresenta esta possibilidade. A resistência ao envolvimento com assuntos gerais precisa ser quebrada e a única forma que se vislumbra para se alcançar tal desiderato é a sua incorporação como política pública governamental e institucional, que lembre à coletividade que todos são consumidores, independente do trabalho que exercem, dos lugares que frequentam ou do estrato social a que pertencem.

Por outro lado, os demais instrumentos de que dispõem as agências reguladoras não podem continuar a ser meramente figurativos, sob pena de se perpetuarem as falhas e omissões que permitem a ocorrência de lesões aos consumidores de forma massificada, ocasionando litigiosidade desnecessária. A regulação é incompatível com o papel de espectador que, tantas vezes, as agências assumem.

Pretendeu-se, aqui, instigar a discussão do tema, com a crença de que é possível que se alcance maior qualidade à regulação no país.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade. **Revista de Direito Privado**. trad. Luis Afonso Heck v. 24/2005, p. 334 – 344, Out – Dez, 2005

ANATEL. **Desempenho no atendimento**. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/consumidor/index.php/desempenho-do-atendimento-ida/mar-2016>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

_____. **Reclamações por serviço**. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/consumidor/index.php/reclamacoes-na-anatel2>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

ANEEL. <<http://www.aneel.gov.br/orientacoes-ouvidoria->>. Acesso em: 15 jun. 2016.

_____. **Como registrar sua reclamação**. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/como-registrar-a-sua-reclamacao>>. Acesso em: 27 jun. 2016.

_____. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/orientacoes-ouvidoria-setorial#_48_INSTANCE_MxkSuatIF5jN_%3Dhttp%253A%252F%252Fwww.aneel.gov.br%252Fdocuments%252F655804%252F14902308%252FOrienta%2525C3%2525A7%2525C3%2525B5es%252Bsobre%252Ba%252BOuvidoria%252BSetorial%252F445f3ed7-4a6b-481d-81f2-0b80a136e3ce>. Acesso em: 27 jun. 2016.

ANS. **Índice Geral de Reclamações – IGR**. Desempenho das Operadoras a partir do Índice de Reclamações. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/informacoes-e-avaliacoes-de-operadoras/indice-de-reclamacoes/indice-geral-de-reclamacoes-igr>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos direitos individuais homogêneos. 1. ed. e-book baseada na 2ª ed impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 33/2000, p. 123-129, jan-mar/2000.

AZEVEDO, Fernando Costa de. A proteção dos consumidores-usuários de serviços públicos no direito brasileiro: uma abordagem a partir do diálogo das fontes. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 102/2015, p. 123 – 137, | Nov - Dez / 2015.

_____. **Defesa do Consumidor e Regulação**: A participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação de serviços públicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Rio de Janeiro: Elfos, 1995. trad. Artur Mourão

BAUMAN, Zygmunt. BENJAMIN, Antônio Hermann V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários**

ao Código de Defesa do Consumidor. [livro eletrônico].(1ª ed. rev. atual. e ampl.) 1. ed. baseada na 4ª ed impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Globalização: as consequências humanas.** Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999. Disponível em:<www.institutoveritas.net/livros-digitalizados.php?baixar=113> Acesso em: 21 jun. 2016.

BENJAMIN, Antônio Hermann. **A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico:** apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: Edis Milaré, *Ação Civil Pública - reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*, p.74/75.

BLUM, Rita Peixoto Ferreira. Agências Reguladoras. **Revista de Direito Empresarial.** v. 1. 7/2015. p. 319 – 337. Jan - Fev / 2015 RTonline

BOURGOIGNIE, Thierry. **O conceito jurídico de consumidor.** Revista de Direito do Consumidor, vol. 2/1992, p. 7 – 51, Abr - Jun / 1992, p. 8 e 9 Rtonline Trad. Ana Lúcia Amaral (texto excertado do livro *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*, Bruxelles: Story Scientia, 1988, rev., mod. e atual. pelo autor, especialmente para a revista.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor.** Planalto. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 30 abr. 2016.

_____. **Código de Processo Civil.** Planalto. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 22 jun. 2016.

_____. **Código Tributário Nacional.** Planalto. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 3 abr. 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes 2012.** Disponível em:<http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf> acesso em 16 jun. 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2015:** ano-base 2014. 2. ed. Brasília: 2015 Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>> acesso em 20 de junho de 2016

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números:** Variáveis e indicadores do Poder Judiciário. 2ed. Brasília: 2005. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 20 de junho de 2016.

_____. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Planalto. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 2 abr. 2016.

_____. **Decreto n. 2.181 de 20 de março de 1997.** Planalto. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm>. Acesso em: 13 mai. 2016

_____. **Decreto n. 2.335 de 6 de outubro de 1997.** Planalto. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2335.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. **Decreto n. 2.338 de 26 de dezembro de 1996.** Planalto. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2338.htm>. Acesso em: 3 abr. 2016.

_____. **Decreto n. 2.455 de 14 de janeiro de 1998.** Planalto. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2455.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. **Decreto n. 3.029 de 16 de abril de 1999.** Planalto. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3029.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. **Decreto n. 3.327 de 5 de janeiro de 2000.** Planalto. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3327.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. **Decreto n. 5.731 de 20 de março de 2006.** Planalto. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5731.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. **Decreto n. 7.963 de 15 de março de 2013.** Planalto. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7963.htm>. Acesso em: 13 mai. 2016

_____. **Lei n. 11.182 de 27 de setembro de 2005.** Planalto. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Lei/L11182.htm>. Acesso em: 30 mar 2016.

_____. **Lei n. 8.987 de 13 de fevereiro de 1995.** Planalto. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 30 mar. 2016.

_____. **Lei n. 9.427 de 26 de dezembro de 1996.** Planalto. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427cons.htm>. Acesso em: 30 mar. 2016.

_____. **Lei n. 9.472 de 16 de julho de 1997.** Planalto. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm>. Acesso em: 30 mar. 2016.

_____. **Lei n. 9.478 de 06 de agosto de 1997.** Planalto. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm>. Acesso em: 10 abr. fev. 2016.

_____. **Lei n. 9.782 de 26 de janeiro de 1999.** Planalto. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. **Lei n. 9.961 de 28 de janeiro de 2000.** Planalto. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

_____. **Lei n. 9.986 de 18 de julho de 2000.** Planalto. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9986.htm>. Acesso em: 21 mar. 2016.

_____. **Resolução 612/2013 tratam das reclamações dos consumidores.** Disponível em:

<<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/450-resolucao-612#tituloIVcapXIIIsecaoIV>>. Acesso em: 27 jun. 2016.

_____. **Resolução ANEEL 273/2007**. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/bren2007273.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2016.

_____. **Resolução ANS 388/2015**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzEzNg==>>. Acesso em 27 jun. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal 4ª Região, Apelação e Reexame nº 5051870-36.2013.404.7100, Apelantes/apelados ANDICOM - Associação nacional de defesa e informação do consumidor e ANATEL. Relator Ricardo Teixeira do Valle Pereira em 17/08/2015. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtPalavraGerada=DkMD&hdnRefId=fb19024d997d64eafd4bb1e539d37a2e&selForma=NU&txtValor=50518703620134047100&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&codigoparte=&txtChave=&paginaSubmeteuPesquisa=letras](http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtPalavraGerada=DkMD&hdnRefId=fb19024d997d64eafd4bb1e539d37a2e&selForma=NU&txtValor=50518703620134047100&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&codigoparte=&txtChave=&paginaSubmeteuPesquisa=letrashttp://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtPalavraGerada=DkMD&hdnRefId=fb19024d997d64eafd4bb1e539d37a2e&selForma=NU&txtValor=50518703620134047100&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&codigoparte=&txtChave=&paginaSubmeteuPesquisa=letras)>. Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal 5ª Região, Apelação Cível nº AC342739-PE, Apelante José Fernandes Pauletti e outro. Apelado: Ministério Público Federal, Relator Francisco Cavalcanti, publicado em 07/12/2004 Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br/cp/cp.do>>. Acesso em: 13 jun. 2016.

BRUNA, Sérgio Varella. **Agências Reguladoras: Poder Normativo, Consulta Pública e Revisão Judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad e rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 31.

_____. **Acesso à justiça**. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbXkaXJlaXRvMjAxNWEyMDIwfGd4OjczZWZmZjcwMzkzMTBiNGU>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **A proteção do consumidor. importante capítulo do direito econômico**. Revista de Direito do Consumidor, v. 77/2011, p. 27 - 46, Jan - Mar / 2011 (reproduz artigo publicado originalmente em Revista de Direito Público 80/185-196. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1986).

CONSELHO Nacional de Justiça. **Semana nacional da conciliação**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-mediacao/semana-nacional-de-conciliacao>>. Acesso em: 29 jun.16.

CONSTITUIÇÃO dos Estados Unidos da América – 1787. Disponível em:<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>. Acesso em: 14 mai. 2016.

COUTO E SILVA, Almiro do. **Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro**. Revista de Direito Administrativo. v. 179/80 p. 51/67, jan/jun1990.

CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de Direito Administrativo**. _____ . **Parcerias na Administração Pública**: Concessão, Permissão, Franquias, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras formas. 8ªed. São Paulo: Atlas, 2011.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**: processo coletivo, v. 4, 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

FALCÃO, Joaquim. **Agências reguladoras e o direito do consumidor**. Revista do Idec. Nov. 2012. Disponível em:<http://www.idec.org.br/uploads/revistas_materias/pdfs/171-entrevista1.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2016.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Agências Reguladoras**: legalidade e constitucionalidade. Revista Tributária e de Finanças Públicas. v. 35/2000. p. 143/158. nov/dez 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Reforma do Estado: o papel das agências reguladoras e fiscalizadoras. **Fórum Administrativo**. Ano 1, n.3, maio 2001.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva**: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GUERRA, Sérgio. **Introdução ao Direito das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2004.

_____. **Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013. Disponível em:<<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=99035>>. Acesso em: 12 mai. 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. 1. ed. e-book baseada na 2ª ed impresa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima; A proteção dos consumidores em um mundo globalizado:

Studium generale sobre o consumidor como *homo novus*. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 85/2013, p. 25-63, jan-fev/2013.

_____; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed ebook baseada na 2ª ed impresa rev atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Regulação econômica e social e participação pública no Brasil. **IX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública**, Madrid, España, 2–5Nov. 2004. Disponível em:<http://www.cebrap.org.br/v2/app/webroot/files/upload/biblioteca_virtual/MATTOS_Regulacao%20Economica%20.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2016.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 15. ed. rev., at. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

MINISTÉRIO Público Federal. **MPF envia à Anatel recomendações sobre novo regulamento para usuários de telecomunicações**. Disponível em:<<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-envia-a-anatel-recomendacoes-sobre-novo-regulamento-para-usuarios-de-telecomunicacoes>>. Acesso em: 27 jun. 2016.

_____. **MPF recomenda correta aplicação dos recursos devidos à Anatel em defesa dos consumidores nas telecomunicações**. Disponível em:<http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_consumidor-e-ordem-economica/mpf-recomenda-correta-aplicacao-dos-recursos-devidos-a-anatel-em-defesa-dos-consumidores-nas-telecomunicacoes>. Acesso em: 22 jun. 2016.

MIRAGEM, Bruno. A regulação do serviço público de energia elétrica e o direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. n. 51, 2004.

_____. **Curso de Direito do Consumidor**. [livro eletrônico]. 1. ed. rev. atual. e ampl.) 3ª ed. baseada na 5ª ed. Imprensa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. O Plano Nacional de Consumo e Cidadania: Comentários ao dec. 7.963, DE 15.03.2013 **Revista de Direito do Consumidor**, v. 86/2013, p. 275 – 285, mar-abr / 2013

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica. **Revista Brasileira de Direito Público RBDP**, Belo Horizonte, ano 4., n. 13, p. 147166, abr.-jun. 2006. Disponível em:<<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=36079>>. Acesso em: 11 abr. 2016

NATIONAL Archives. **Administrative Procedure Act**. Disponível em:<<https://www.archives.gov/federal-register/laws/administrative-procedure/>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

NUNES, Pedro. **Dicionário de Tecnologia Jurídica**. 12. ed., rev., amp.atual. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A, 1993.

OLIVEIRA, Cristiane Catarina Fagundes de. Fundamentos constitucional-federativos para competências no âmbito do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor: Breves notas ao art. 105 do CDC, **Revista de Direito do Consumidor**. v. 103/1016, p. 199-223, Jan-Fev/2016.

OSNA, Gustavo. **Direitos individuais homogêneos**: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil. [livro eletrônico]. 1. ed. ebook baseada na versão impressa (Coleção O novo processo civil. org. Luiz Guilherme Marinoni), II parte, seção 4, 4.1.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PASQUALOTTO, Adalberto. Sobre o Plano Nacional de Consumo e Cidadania e a vulnerabilidade política dos consumidores. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 87/2013, p. 249 – 269, mai - jun / 2013.

R7 NOTÍCIAS. **Reclamação sobre cobertura dos planos de saúde aumentou 33,7% em um ano**: <<http://noticias.r7.com/economia/reclamacao-sobre-cobertura-dos-planos-de-saude-aumentou-337-em-um-ano-01032016>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

ROQUE, André Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos. As dimensões do tempo no processo civil: tempo quantitativo, qualitativo e a duração razoável do processo. **Revista de Processo**, v. 218, p. 329-364, abr/2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 30/1999, p. 97 – 124, abr-jun / 1999.

SCHMITT, Crisitiano Heineck. A proteção do interesse do consumidor por meio da garantia à liberdade de concorrência. **Revista dos Tribunais**. v. 880/2009, p. 9, Fev / 2009.

_____. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo** [livro eletrônico]. 1. ed. rev. atual. e ampl. 1ª ed baseada na 4ª ed impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SCHWARTZ, Fábio. A defesa do consumidor como princípio da ordem econômica: Pressuposto inarredável para a atuação dos órgãos públicos e imprescindível para o desenvolvimento sustentado do país. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 94/2014 p. 15/35 jul-ago/2014.

SODRÉ, Marcelo Gomes. **Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

STJ. **Discurso de posse do Ministro Ricardo Lewandowski na presidência do supremo tribunal federal**. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoMinistroRL.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

TRIBUNAL de Justiça do Rio Grande do Sul. **Sistema *themis* 1g**. [não publicado], 2015.

TRIBUNAL de Justiça do Rio de Janeiro. **Fornecedores de produtos e serviços mais**

acionados. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/MaisAccionadas/>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

TURA, Marco Antônio Ribeiro. **A autonomia das agências reguladoras.** Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. v. 11/2004. p. 195 – 214. Jan/2004.

UOL Notícias. **1/3 das ações contra planos de saúde é de idosos.** Disponível em:<<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2016/06/04/13-das-aco-es-contra-planos-de-saude-e-de-idosos.htm>>. Acesso em: 27 jun. 2016.

_____. **Internet fixa será limitada; veja o que muda e o que ainda pode ser feito para evitar.** Disponível

em:<<http://portalcorreio.uol.com.br/noticias/economia/consumidor/2016/04/16/NWS,276312,10,171,NOTICIAS,2190-INTERNET-FIXA-SERA-LIMITADA-VEJA-MUDA-SER-FEITO-EVITAR.aspx>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

ZERO HORA on line. **Claudio Lamachia: Anatel, a agência da leniência e da omissão.** Disponível em:<<http://zh.clicrbs.com.br/rs/opiniao/noticia/2016/05/claudio-lamachia-anatel-a-agencia-da-leniencia-e-da-omissao-5792432.html>>. Acesso em: 27 jun. 2016.

_____. Disponível

em:<<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/economia/noticia/2012/12/mpf-investiga-omissao-da-aneel-na-demora-do-restabelecimento-de-energia-3982768.html%2520http://noticias.bol.uol.com.br/economia/2009/11/28/ult4734u39219.jhtm%2520acesso%2520em%252027/6/16/>>. Acesso em 22 jun. 2016.