

UNICEUB

Felipe Bellozupko Stremel

**A PARTICIPAÇÃO SOCIAL COMO MEIO DE PROTEÇÃO DOS
DIREITOS DOS CONSUMIDORES NO PROCESSO REGULATÓRIO
DO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES.**

Brasília

2013

Felipe Bellozupko Stremel

**A PARTICIPAÇÃO SOCIAL COMO MEIO DE PROTEÇÃO DOS
DIREITOS DOS CONSUMIDORES NO PROCESSO REGULATÓRIO
DO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES.**

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de graduação em Direito pela faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do UniCEUB.

Orientadora: Professora Mcs. Cleíse Nascimento Martins Costa.

Brasília

2013

Felipe Bellozupko Stremel

**A PARTICIPAÇÃO SOCIAL COMO MEIO DE PROTEÇÃO DOS
DIREITOS DOS CONSUMIDORES NO PROCESSO REGULATÓRIO
DO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES.**

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de graduação em Direito pela faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do UniCEUB.

Orientadora: Professora Mcs. Cleíse Nascimento Martins Costa.

Aprovado em: 23 de outubro de 2013

BANCA EXAMINADORA

Prof. Maria Edelvacy

Prof. Débora Nascimento

Prof. Cleíse Martins Costa

Agradeço aos meus pais Aluízio e Marcília pelo apoio e confiança que sempre depositaram em mim, as vezes tendo mais fé na minha capacidade do que eu. Também agradeço ao meu irmão pelas palavras de conforto que sempre mantinha prontas para os momentos difíceis pelos quais passamos.

RESUMO

O Estado brasileiro, atendendo a princípios de cunho liberal impostos por organismos financiadores internacionais optou por delegar a prestação de certos serviços públicos à iniciativa privada e centralizar a regulação econômica destes setores nas agências reguladoras. Com o surgimento desses novos entes no cenário econômico do Brasil apareceram também dúvidas quanto os seus papéis no mercado. A proteção dos direitos dos consumidores é garantia constitucional e princípio norteador da ordem econômica brasileira, tendo como principal expoente a criação do CDC, que insere nessa categoria as relações entre usuários e fornecedores de serviços públicos. Sendo responsáveis pela consecução do interesse público nos seus respectivos setores regulados, as agências reguladoras devem atuar de forma a proteger os direitos dos consumidores. A participação social surge como um dos principais meios de garantir que essa atividade regulatória mantenha o equilíbrio dos mercados e, conseqüentemente, proteja os mais vulneráveis. A ANATEL realizou acordo com o IDEC visando o fortalecimento da participação social na atividade da agência, o que resultou em resultados bastante positivos que melhoraram sua atuação em prol dos direitos dos consumidores de telecomunicações.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS E SIGLAS:

- ADCT - Ato Das Disposições Constitucionais Transitórias.
- ANA – Agência Nacional de Águas.
- ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil.
- ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações.
- ANCINE – Agência Nacional do Cinema.
- ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica.
- ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis.
- ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar.
- ANTAC – Agência Nacional de Transportes Aquaviários.
- ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres.
- ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária.
- BIRD - Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento.
- CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Economia.
- CDC – Código de Defesa do Consumidor.
- CF – Constituição Federal de 1988.
- CSN – Companhia Siderúrgica Nacional.
- DPDC – Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor.
- EUA – Estados Unidos da América.
- FMI - Fundo Monetário Internacional.
- IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor.
- LGT – Lei Geral de Telecomunicações.
- ODC – Organizações de Defesa do Consumidor.
- PDRE - Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.
- PND - Programa Nacional de Desestatização.
- PNRC – Política Nacional das Relações de Consumo.
- SINDEC – Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor.
- SNDC – Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.
- STF – Supremo Tribunal Federal.
- STJ – Superior Tribunal de Justiça.
- TCU – Tribunal de Contas da União.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 – A RELAÇÃO ENTRE ESTADO E ORDEM ECONÔMICA E O SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL	11
1.1 A regulação econômica pelo Estado.....	11
1.2 Breve histórico da regulação econômica estatal.....	15
1.3.1. Críticas ao sistema regulatório brasileiro.....	25
1.4. Conclusões do capítulo.....	28
CAPÍTULO 2 - OS DIREITOS DOS USUÁRIOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS E A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	30
2.1. Considerações sobre a prestação dos serviços públicos à luz do direito brasileiro.....	30
2.2. Um breve histórico da proteção dos direitos do consumidor pelo Estado. ..	34
2.2.1. O conceito de consumidor para o direito brasileiro.....	37
2.3. Os direitos dos usuários de serviços públicos e a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre concessionária e consumidor.	38
2.4. O papel do Estado brasileiro na proteção dos direitos dos consumidores-usuários de serviços públicos.....	41
2.5. O projeto de Lei n.º 6.953/2002.....	43
2.6. Conclusões do capítulo.....	44
CAPÍTULO 3 - A PARTICIPAÇÃO SOCIAL NO PROCESSO REGULATÓRIO DO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES.....	45
3.1. A importância da participação social no processo regulatório brasileiro.	45
3.2.1. As dimensões da atuação do consumidor nas agências reguladoras. ..	50
3.3. A ANATEL e a participação social na regulação do setor de telecomunicações.....	52

3.4. Conclusões do capítulo 59

CONCLUSÕES 61

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 64

INTRODUÇÃO

O Brasil adota um sistema econômico baseado na estratégia de centralização da regulação na figura das agências reguladoras, deixando a prestação da maior parte dos serviços públicos *lato-sensu* com competência delegada à iniciativa privada.

Nesse sentido, cabe às agências reguladoras fiscalizar e atuar em prol do cumprimento do interesse público dentro dos setores econômicos de competência de cada uma.

Apesar dessa opção, as agências não são uma criação social e jurídica brasileira, elas foram introduzidas no direito local baseadas em modelos encontrados em outros países, como a Inglaterra e os EUA. Como consequência, o sistema apresenta algumas deficiências, se destacando entre elas, já que é o tema do presente estudo, a notada despreocupação com a proteção dos direitos dos usuários, e dentro desse grupo os consumidores, de serviços públicos.

A partir do momento em que a legislação brasileira reconhece a vulnerabilidade dos consumidores começam a ser traçados direitos e deveres para esta classe, com o objetivo de protegê-los nas suas relações no mercado, tendo como grande expoente a criação do Código de Defesa do Consumidor. Diversas outras leis também estabelecem direitos e deveres para eles, como as leis de criação das agências reguladoras e as leis que regulamentam a prestação de serviços públicos.

A Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor incluíram os usuários de serviços públicos no conceito de consumidor, o que traz para eles o reconhecimento jurídico de sua vulnerabilidade perante os fornecedores. Além disso, os inclui nas políticas adotadas pelo Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

Partindo desse pressuposto, as agências, como ferramentas do cumprimento do interesse público no mercado, deveriam, dentro de suas atribuições, atuar visando a proteção dos direitos dos consumidores.

Ocorre que, é comum aparecerem notícias onde os usuários de telecomunicações sempre estão entre os mais descontentes com o serviço prestado pelas concessionárias, por razões como qualidade técnica e valor da tarifa, o setor

normalmente aparece no topo da lista dos que mais tiveram reclamações nos PROCONs. De acordo com estatísticas do SINDEC, os setores econômicos que mais recebem reclamações nos PROCONs são os de serviços públicos, tendo como expoente o serviço de telecomunicações. Dados que demonstram haver problemas na atuação dos órgãos reguladores dessas atividades econômicas, que deveriam prezar pela qualidade do serviço, a modicidade da tarifa e outros aspectos da defesa dos direitos dos consumidores.

Apesar de serem criadas para regular o mercado com imparcialidade e autonomia, a atuação das agências estará constantemente sofrendo forte pressão de diversas fontes, fato que a própria legislação reconhece. Em razão disso, merece destaque a importância da participação social no processo de regulação, como meio de assegurar que a proteção dos direitos dos consumidores esteja presente no cotidiano da regulação do serviço público de telecomunicações.

Notada a necessidade da participação dos consumidores na regulação da prestação dos serviços públicos, como meio de consecução da proteção dos seus direitos, é necessário atentar para quais são as dimensões de participação dos consumidores nas agências reguladoras. Também é necessário atentar para quais formas de participação social que efetivamente são necessárias e importantes para tanto.

Demonstrada a importância e elencadas quais formas de participação social são eficazes é necessário traçar quais as estratégias que devem ser adotadas para melhorar as formas já existentes e abrir a possibilidade de abertura de novas frentes.

CAPÍTULO 1 – A RELAÇÃO ENTRE ESTADO E ORDEM ECONÔMICA E O SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

1.1 A regulação econômica pelo Estado.

Historicamente, o Estado já atuou de várias maneiras na regulação da economia. O grau dessa intervenção se movimentou pendularmente, variando em momentos de maior ou de menor interferência, dependendo das ideologias dominantes em cada época.

A relação entre o Estado e o domínio econômico é conflituosa. A intervenção estatal ao mesmo tempo em que é vista como benéfica para a preservação do sistema é rejeitada pelos agentes de maneira individual, que a vêem como um empecilho para a acumulação de capital.¹

A relação entre Estado e Economia determina o modelo básico adotado para o sistema econômico de cada País. Sistema econômico é o modo como uma sociedade organiza e controla as suas atividades econômicas.²

Considera-se, para efeitos deste trabalho, três modelos de sistemas econômicos: tradição, autoridade e autonomia. Pelos modelos de tradição entendem-se aqueles onde o comportamento da sociedade é orientado por padrões já estabelecidos, normalmente ligados à alguma crença religiosa.³

Já no modelo de autoridade parte-se do princípio de que toda a atividade econômica deve ser subordinada ao poder político, sob a idéia de que somente assim as melhores decisões podem ser tomadas. Portanto, nesse ambiente normalmente ocorre a centralização de grande quantidade das decisões e atividades econômicas no ente estatal.⁴

¹ “(...) Observe-se enfaticamente que, embora a estatização e o intervencionismo estatal no domínio econômico possam aqui ou ali contrariar *interesses de um ou outro capitalista*, serão sempre adequados e coerentes com os *interesses do capitalismo*”. (GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14ª Edição. São Paulo, São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 42-43).

² BRUNA, Sérgio Varella. **As agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 21.

³ BRUNA, Sérgio Varella. **As agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 22.

⁴ Como exemplo do modelo de autoridade é interessante citar a União Soviética e a Alemanha nazista, já que muitos automaticamente contrapõe os regimes socialistas com o liberalismo, além deles também pode ser citado o feudalismo. (BRUNA, Sérgio Varella. **As agências reguladoras:**

O modelo de autonomia é a contraposição ao modelo de autoridade, nele acredita-se que a autoregulação do mercado é o meio mais eficiente de sistema econômico, devendo o Estado se manter em posição de inércia em relação aos assuntos econômicos⁵. Ele é baseado na crença de que a soma das ações guiadas pelos interesses individuais da grande massa de indivíduos seria suficiente para a manutenção do equilíbrio econômico e encontrar as melhores decisões.⁶

Após a queda dos regimes absolutistas, obviamente caracterizados por grande presença do Estado em diversos aspectos da vida civil e domínio econômico, as tendências voltaram para o liberalismo.

O Estado liberal tinha como atribuição basicamente a proteção da propriedade e da liberdade de contratar. Nesse modelo estatal, onde se prega a intervenção mínima, predominando a proteção dos direitos e liberdades individuais, era garantida ampla liberdade de contratação, onde as partes tinham um grande poder de regular os seus próprios negócios jurídicos, quase criando o seu próprio direito⁷.

De acordo com a teoria liberal clássica a relação entre oferta e demanda seria garantia suficiente para que o mercado se mantivesse no ponto de equilíbrio, inibindo automaticamente as eventuais distorções. Ela se baseia na ideia de que a autonomia da vontade e a liberdade de contratar fazem com que as partes contratantes estejam em condição de igualdade, e, como consequência disso, a decisão mais racional seria tomada. Assim, o conjunto dessas melhores escolhas aliado com a “lei da oferta e da procura” seria o instrumento ideal de regulação do mercado. O Estado interferiria o mínimo possível nessa relação entre os indivíduos, a

poder normativo, consulta pública, revisão judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 23).

⁵ Essa posição é refutada por Eros Grau, para quem o mercado é uma instituição jurídica, mantida pelo Estado, que deve regular e manter certas estruturas de poder relacionadas a alguns interesses, em detrimento de outros grupos de interesses. (GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14ª Edição. São Paulo, São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 28).

⁶ “Nesse contexto, os agentes produtivos tenderão sempre a direcionar seus esforços para a produção dos bens mais necessários à sociedade, pois a maior procura em torno destes produzirá preços mais atrativos e, conseqüentemente, mais elevadas taxas de retorno. (...) Nessa circunstância hipotética, tem-se o melhor aproveitamento possível dos bens econômicos, num arranjo que se tornou conhecido na doutrina econômica como *ponto ótimo de Pareto*”. (BRUNA, Sérgio Varella. **As agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 24).

⁷ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14ª Edição. São Paulo, São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 93.

ele cabia apenas o papel de proteger a propriedade e garantir o cumprimento dos contratos.

Para que tal sistema funcionasse entendia-se necessária a liberdade individual (*lato sensu*) sem qualquer intervenção do Estado, o que evidentemente não ocorre em todas as situações. Mesmo nos períodos mais radicais do liberalismo nunca existiu absoluta liberdade de mercado. O Estado, através do poder de polícia, sempre impôs padrões de comportamento para os agentes econômicos, que conseqüentemente nunca dispuseram de plena autonomia.⁸

Além disso, conseqüência dos ideais liberais, o individualismo excessivo permitiu que os mais fracos, no sentido econômico, ficassem desprotegidos e conseqüentemente praticassem negócios cada vez mais onerosos. Essa disparidade acarretou em um drástico aumento a injustiça social nos negócios jurídicos.⁹

Essas pretensões sociais, estranhas ao cotidiano dos mercados, começaram a ser reivindicadas pela sociedade e culminaram em modificação da posição do Estado em relação à economia¹⁰. Nesse momento percebe-se uma adaptação do sistema capitalista para o novo contexto social que se apresenta a ele, uma aproximação com o modelo de autoridade e conseqüente um certo afastamento do modelo de autonomia.¹¹

Como o intuito da atuação dos agentes no mercado em qualquer período histórico é a obtenção máxima de lucros¹², foi necessária a criação de meios para

⁸ BRUNA, Sérgio Varella. **As agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 23-24.

⁹ EFING, Antônio Carlos (Coord.). **Agências reguladoras e a proteção do consumidor brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 45.

¹⁰ Nessa conjuntura surge o *welfare-state*, se aproximando dos sistemas econômicos de autoridade, também dando maior ênfase aos direitos coletivos e sociais. Amparado pelas teorias Keynesianas, o Estado foi regulando e intervindo em certas parcelas da ordem econômica e das liberdades civis, numa forma de ter um controle maior do mercado.

A preocupação com a propagação da justiça social era tamanha que em diversos países, principalmente na Europa e na América do Norte, o resultado do Estado do bem-estar social foi muito bem sucedido, garantindo à grande massa populacional uma série de serviços públicos que proporcionaram um índice de desenvolvimento humano nunca antes visto e, conseqüentemente, elevando radicalmente a expectativa de vida. Cada nova geração tinha um padrão de vida muito superior ao dos seus antepassados.

¹¹ BRUNA, Sérgio Varella. **As agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 25.

¹² Nesse caso a expressão “lucro” foi utilizada em um sentido mais amplo que o ganho financeiro, e sim com o significado de que o intuito da atuação do agente, na maior parte das situações, é obter vantagem econômica, o que não significa necessariamente que ela seja monetária.

que as melhores decisões possam ser calculadas com o maior grau de certeza possível¹³.

É indispensável que, através da elaboração de normas jurídicas, os critérios de conduta se tornem objetivos, para que sua previsibilidade seja maior e conseqüentemente aumentado o grau de certeza de que contratos serão respeitados. Com a racionalização do Direito, a lei passou a dispor objetivamente quais padrões de conduta devem ser visto como aceitáveis e quais são reprováveis.¹⁴

Regulação é a criação de meios de controle social através da criação de regras, com as mais variadas formas, como leis, decretos e decisões de órgãos reguladores¹⁵.

Portanto, a regulação estatal, como um fator redutor de riscos, apesar de rejeitada pelos agentes mercadológicos, é necessária e bem vinda pelo sistema de produção capitalista, pois o mercado exige que qualquer empecilho seja afastado, ficando mais fácil a acumulação de capital¹⁶. Restando evidente que sempre foi, e ainda é, necessária a regulamentação estatal, através do Direito, para o bom andamento da economia¹⁷.

Todos os mercados são regulados em maior ou menor grau, as relações entre os agentes econômicos necessitam ser condicionadas através da criação de normas jurídicas.¹⁸

¹³ “Sem a calculabilidade e a previsibilidade instadas pelo direito moderno o mercado não poderia existir”. (GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14ª Edição. São Paulo, São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 30).

¹⁴ Por esse motivo se entende que o liberalismo econômico não pode ser separado do liberalismo político, todas as pessoas que integram a sociedade, que de uma forma ou de outra atuam como agentes mercadológicos, estando sujeitos às restrições interventivas do Estado, na tentativa de padronizar o seu comportamento, assim diminuindo os riscos e aperfeiçoando o sistema. A história mostrou que os períodos onde se pregava maior intervenção estatal no domínio econômico foram marcados pela presença de governos com viés totalitarista e nacionalista, como a Era Vargas e a Ditadura Militar no Brasil e o surgimento regimes fascistas na Europa durante os efeitos da crise de 1929. (EFING, Antônio Carlos (Coord.). **Agências reguladoras e a proteção do consumidor brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2009) e (GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14ª Edição. São Paulo, São Paulo: Malheiros Editores, 2010).

¹⁵ VILLELA, Annibal V., e Cláudio S. MACIEL. **A Regulação do Setor de Infra-Estrutura Econômica: uma comparação internacional**. Brasília: IPEA, 1999. p. 08.

¹⁶ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14ª Edição. São Paulo, São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 34.

¹⁷ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14ª Edição. São Paulo, São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 32.

¹⁸ BRUNA, Sérgio Varella. **As agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 27.

Conclui-se que a intervenção estatal no domínio econômico é necessária e sempre existiu através da criação de normas para regular o comportamento dos agentes, o que variou foi a sua intensidade. Os ideais liberais de passividade do Estado em relação à econômica se mostraram incapazes de atender aos anseios sociais, que não se resumem somente aos aspectos econômicos. Ao mesmo tempo que a excessiva centralização de competências no Estado culminou em graves crises fiscais. Portanto, a atuação do Estado é instrumento necessário, desde que bem dosada, para o bom andamento da economia.¹⁹

1.2 Breve histórico da regulação econômica estatal.

Até a década de 1980, o Estado intervinha na economia sob um forte processo de estatização, onde ele detinha um grande controle sob as atividades e políticas econômicas. Nessa época, os Estados controlaram o desenvolvimento econômico através da estatização de parcelas da economia, planejando a economia.²⁰

A partir daí, os Estados, grandes e assolados por graves crises fiscais²¹, passaram por grandes reformas estruturais, que culminaram em modelos menos atuantes e interventores no domínio econômico, passando muitas das suas competências para o setor privado.

O Estado interventor, influenciado por princípios *Keynesianos* surgiu como meio de corrigir as distorções que deram origem à crise de 1929, mas acabou

¹⁹ EFING, Antônio Carlos (Coord.). **Agências reguladoras e a proteção do consumidor brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2009.

²⁰ MATOS, Paulo Todescan Lessa. "Regulamentação econômica e democracia: contexto e perspectivas na compreensão das agências de regulação no Brasil". In: **Regulação, Direito e Democracia**, por organizador José Eduardo Faria, 43-66. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002. p. 44.

²¹ Resultado do modelo providencialista, onde a maior quantidade de serviços prestados aos cidadãos, aliado ao extraordinário crescimento populacional da época, aumentou o custo das políticas públicas. Os Estados não dispunham de recursos suficientes para continuar prestando uma grande quantidade de serviços públicos, o que, juntamente com o enorme déficit causado pelas previdências sociais que sofreram com o grande aumento da expectativa de vida, causou uma grave crise fiscal no setor público em vários países. Situação que foi agravada com a notada ineficiência de grande parte das empresas públicas para atuar no setor econômico, gerando mais dívidas para o setor público. A crise foi mais intensa e duradoura nos países periféricos, que não tinham recursos financeiros para diminuir o déficit público e nem estrutura política forte o suficiente para efetuar as reformas necessárias para lidar com os efeitos da recessão.

ocasionando tantos outros problemas que o retorno ao ambiente de desregulamentação foi a saída proposta para sair dessa crise econômica²². Em especial, no caso brasileiro, o Estado, inchado depois de dois períodos de grande estatização²³, as privatizações foram a saída encontrada para aliviar a crise fiscal.

Com o fracasso da regulação por meio do Estado proprietário, as tendências se voltaram ao liberalismo, mas agora, chamado de *neoliberalismo*, não tão radical e com certas ressalvas aos ideais de não intervenção, pois o fracasso do Estado liberal já havia demonstrado problemas e causado crises econômicas. Contenção de gastos, diminuição das competências estatais e diminuição da presença do Estado no domínio econômico marcaram essas reformas²⁴.

A desestatização da economia também acompanhou essa reforma, a privatização de certas parcelas do Estado foi necessária, pois com o tempo as empresas estatais esqueceram os objetivos para os quais elas foram criadas, virando alvo dos interesses de políticos, como o patrimonialismo e o clientelismo. Nessa época se destacam os governos de Margaret Thatcher e Ronald Reagan, na Inglaterra e nos EUA respectivamente, na realização de grandes reformas e na promoção de modelos de Estados mais liberais²⁵.

Até meados dos anos 1990 praticamente todos os setores de serviços públicos brasileiros eram controlados através de grandes empresas estatais, que detinham o monopólio do exercício da atividade, controlando suas respectivas modalidades de serviços. Como a Telebrás,

²² EFING, Antônio Carlos (Coord.). **Agências reguladoras e a proteção do consumidor brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 17.

²³ Esses períodos foram marcados por uma grande intervenção do Estado no domínio econômico e a forte doutrina nacionalista, o processo de industrialização brasileiro foi basicamente conduzido pelo impulso estatal, com indústrias construídas e administradas pelo governo, e com a criação de grandes empresas públicas, como a Petrobrás e várias outras. Gradativamente as concessões de execução de serviços públicos, muitas ainda nas mãos de capitais estrangeiros, foram sendo nacionalizadas e substituídas por autarquias e empresas estatais. É importante ressaltar que esse período de desenvolvimento econômico e industrial centralizado na União só foi possível com o controle imposto pelo governo federal nos coronéis locais e nos estados federados, seguindo a tendência mundial de surgimento de governos com ideologias nacionalistas e totalitaristas.

²⁴ EFING, Antônio Carlos (Coord.). **Agências reguladoras e a proteção do consumidor brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 23.

²⁵ CAL, Ariane Brito Rodrigues. **As agências reguladoras no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 27.

Nesse período, devido ao agravamento da crise fiscal²⁶ e aos elevadíssimos índices de inflação, o Brasil ficou aberto para doutrinas de cunho neoliberal, baseado em princípios livre concorrência e globalização, aparecendo com força a ideia da privatização de certas parcelas do Estado como parte da solução para o endividamento.

As dúvidas quanto a eficiência e a qualidade de prestação de serviços públicos, que após a derrocada do Estado liberal pairavam sobre a iniciativa privada, agora incidiam sobre o Estado, que neste momento passou a ser visto como esbanjador de recursos, agora escassos por conta da gravíssima crise fiscal que assolava o país.²⁷

Os primeiros passos foram dados nos governos que sucederam a ditadura militar²⁸, mas o processo realmente ganhou ênfase durante a presidência de Fernando Collor de Mello que, além da abertura da economia, planejou e iniciou uma grande reforma do Estado, através de programas como os Planos Collor e o Programa Nacional de Desestatização, que foi continuada nas mesmas bases pelos governos seguintes.

As privatizações e, como consequência, a diminuição do aparato estatal, são estratégias econômicas discutidas e um conjunto de regras chamado de Consenso de Washington²⁹, foram exigências feitas pelos organismos financiadores internacionais para a concessão de crédito.³⁰

As ideias presentes no ambiente internacional difundiram-se. Portanto, o tardio processo de desestatização dos países da periferia do capitalismo, que dependiam de financiamento externo para se manter durante a grave crise fiscal que passavam,

²⁶ Em 1985 o Estado brasileiro passava por uma grave crise econômica, sofrendo com taxas inflacionárias altíssimas e endividado pelo financiamento externo, basicamente norte-americano, que bancou o desenvolvimentismo da década de 1970.

²⁷ AGUILLAR, Fernando Herren. **Serviços Públicos: doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23.

²⁸ A influência dos ideais intervencionistas, também voltados ao *welfare-state*, que foi forte no primeiro governo pós Ditadura Militar, foi sentida na assembleia nacional constituinte, tanto é que a Constituição Federal de 1988 estrutura o modelo econômico brasileiro como o de bem-estar.

²⁹ É assim denominado o conjunto de medidas e regras formuladas por organismos econômicos e financeiros internacionais, como o FMI e o BIRD, em 1989, na capital dos EUA.

³⁰ No caso têm maior ênfase o FMI e o BIRD que tiveram relações estreitas com o Brasil durante o governo de Fernando Henrique Cardoso.

foi fortemente influenciado por essas imposições dos organismos econômicos internacionais³¹.

No Brasil, a administração pública sempre foi, e ainda é em alguns casos, ligada ao patrimonialismo e ao clientelismo. O que ocorreu principalmente na esfera estadual, onde empresas públicas foram transformadas em “cabides de emprego”, instrumentos de autopromoção política e verdadeiros “ralos” de dinheiro público. Portanto, a eficiência e a qualidade da prestação dos serviços públicos, que deveriam ser os principais objetivos delas, acabaram ficando em segundo plano e em raríssimas ocasiões foram atingidos.

O processo de desestatização dos anos 1990 teve a finalidade de reestruturar o papel do Estado brasileiro na atividade econômica, principalmente na execução de serviços públicos. Ocorreu uma desmonopolização de certas atividades estatais, que a partir deste momento passaram a ser executadas pela iniciativa privada, através de delegação ou colaboração³².

O PND³³, Lei 8.031/90, tinha os seguintes objetivos fundamentais: reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público; permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; contribuir para modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia; permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da

³¹ EFING, Antônio Carlos (Coord.). **Agências reguladoras e a proteção do consumidor brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 27-28.

³² CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 143.

³³ “Essa reforma do aparelho do Estado visa a tornar mais eficiente as atividades exclusivas do Estado, através da transformação de autarquias em ‘agências autônomas’ bem como tornar mais eficientes os serviços sociais competitivos ao transformá-los em organizações públicas não estatais de um tipo especial, que são as organizações sociais”. CAL, Ariane Brito Rodrigues. **As agências reguladoras no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 35-36.

democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.³⁴

Com o Plano Diretor de Reforma do Estado foi adotada como estratégia limitar a atuação do ente estatal às suas funções típicas, incorrendo em diminuição da atividade como agente econômico. Passando, a partir desse momento, preponderantemente a centralizar-se na regulação normativa.³⁵

No primeiro momento foram privatizados apenas setores econômicos que não tinham o caráter de serviço público, como a Usiminas e a CSN, ocorrendo nos governos Collor e Itamar Franco, respectivamente³⁶.

Já no governo de Fernando Henrique Cardoso, agora atendendo ainda mais aos preceitos neoliberais, o PDRE contou com um forte processo de desestatização foi acelerado e acompanhado por uma ampla reforma do aparelho estatal e uma tentativa de desburocratização³⁷.

Depois da aprovação das Emendas Constitucionais 05 a 08, em 15 de agosto de 1995, e da Emenda Constitucional 09, de 09 de novembro de 1995, a CF passou a permitir a concessão de serviços que antes eram de monopólio obrigatório de empresas públicas. Então ocorreu a privatização de setores voltados à prestação de serviços públicos, tais como as telecomunicações, a distribuição de energia elétrica e água.

Juntamente com a passagem da execução de certos serviços públicos para a iniciativa privada surgiu a preocupação com a sua desregulamentação, que poderia comprometer a qualidade da prestação destes serviços, além das naturais tendências de desvios da ampla concorrência nessas atividades. Portanto, restou necessária a criação de agências reguladoras para suprir a ausência do controle estatal da forma de executor do serviço, garantindo satisfação do interesse público no setor econômico regulado.

³⁴ art. 1.º da Lei 8.031/90

³⁵ AGUILLAR, Fernando Herren. **Serviços Públicos: doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23.

³⁶ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Manole, 2003.

³⁷ BRESSER-PEREIRA, Luis Carlos. "Do Estado patrimonial ao gerencial." In: **Brasil: Um século de Transformações**, por Wilhelm e Sachs (orgs.) Pinheiro, 222-259. São Paulo: Cia. das Letras, 2001.

As agências aparecem no direito brasileiro quando se percebe que sua atividade seria de difícil, e provavelmente impossível, manejo pela Administração³⁸. A complexidade e o dinamismo cada vez maior das atividades econômicas faz com que os entes reguladores tenham que acompanhar esta rápida e constante evolução. Portanto, é necessário que eles estejam menos amarradas ao tradicional enorme aparato estatal, tornando-os mais ágeis e atentos às nuances dos setores regulados.³⁹

1.3. O Surgimento as Agencias Reguladoras no Brasil

As agências reguladoras surgiram durante o governo Fernando Henrique Cardoso em 1996, mas já se encontravam no Brasil outras autarquias com funções muito parecidas com elas, como o Banco Central do Brasil, criado pela Lei 4.595/1964, a Comissão Nacional de Valores Mobiliários, criada pela Lei 6.385/1976, e o Conselho Nacional de Petróleo, criado pela Lei 2.004/195340. O termo agência foi uma incorporação trazida do Direito norte-americano, que foi utilizado como base para a implantação do modelo brasileiro.⁴¹

Essas reformas foram essenciais para a redefinição do papel do Estado brasileiro, que deixou de atuar de forma direta na economia e passou a ter um papel de regular e promover o desenvolvimento econômico e social, além disso, também representaram certa independência dos capitais estrangeiros⁴².

Portanto, as reformas sofridas pelo Estado brasileiro tiveram como objetivo principal aumentar a eficiência da Administração, tendo em vista a grave crise fiscal que assolava o país, através da diminuição de custos da prestação dos serviços com

³⁸ “A missão das agências é regular, normatizar, controlar e fiscalizar as atividades desenvolvidas por particulares, tendo em vista o interesse público”. (JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 79).

³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras**. São Paulo: Dialética, 2002. P. 362.

⁴⁰ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Manole, 2003.

⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Edição. São Paulo, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 172.

⁴² EFING, Antônio Carlos (Coord.). **Agências reguladoras e a proteção do consumidor brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 59.

a privatização de certas parcelas do Estado. Além do aparecimento de novas figuras, que visam suprir as clássicas deficiências do Estado.⁴³

As agências reguladoras basicamente exercem poder de polícia nas atividades econômicas monopolizadas pelo Estado ou fortemente reguladas por ele⁴⁴. Cada uma delas desempenha certas funções em relação a determinado setor da atividade econômica, de maneira mais ágil e especializada, tendo o campo de atuação mais restrito, possuindo competência para disciplinar apenas determinadas áreas estabelecidas pelas suas Leis de criação. As principais funções das agências se destacam a fiscalização da atuação das concessionárias e a resolução de conflitos entre estas e os usuários do sistema⁴⁵.

O legislador deu a todas as agências a natureza jurídica de pessoa jurídica de direito público interno, sob o regime de autarquia especial, tendo como principal diferença com as outras o seu elevado grau de independência, já que as autarquias, ao longo do tempo, foram perdendo os seus atributos de autonomia e liberdade de gestão.⁴⁶

Os regulamentos editados pelo corpo técnico das agências reguladoras não estão sujeitos ao mesmo lento e tradicional processo legislativo que as Leis. Além disso, eles tem um grau de especialização muito maior, diminuindo o risco da atividade regulatória. Também deve ser lembrado o fato delas promoverem uma aproximação maior do setor regulado com a comunidade, sendo prestadores ou consumidores, e seus regulamentos terem mais destaque do que teriam em outros órgãos do Estado⁴⁷.

As atividades reguladas por essas autarquias especiais são serviços públicos *strictu sensu*; atividade de incentivo e fiscalização da iniciativa privada; regulação das atividades envolvendo a indústria petrolífera; regulação da prestação

⁴³ As agências reguladoras são “uma opção de organização estatal para minorar problemas e dificuldades gerados pela ampliação da complexidade social e a transformação das funções reservadas ao Estado”. (JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. P. 353).

⁴⁴ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Manole, 2003, p. 15.

⁴⁵ EFING, Antônio Carlos (Coord.). **Agências reguladoras e a proteção do consumidor brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 31.

⁴⁶ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Manole, 2003, p. 95-96.

⁴⁷ Idem, *ibidem*.

de serviços públicos pelo Estado ou pela iniciativa privada; e utilização dos bens públicos.⁴⁸

A autonomia institucional dada às agências reguladoras é fator que pode ser benéfico à sua atuação, pois o desprendimento dos clássicos agentes estatais dá dinamismo e especialização à regulação do setor, além de deixá-las com menor risco de sofrer influências.

Ocorre que, em alguns casos a autonomia pode ser maléfica para o sistema. Em excesso ela pode ocasionar a perda do controle do Estado sobre elas e conseqüentemente afastando-as dos objetivos de sua criação⁴⁹.

Um dos principais riscos é acontecer o que a doutrina chama de captura da agência, que ocorre quando ela deixa de agir em prol do interesse público e passa a atuar como agente dos interesses do setor empresarial por ela regulado. O fenômeno da captura é uma das mais graves distorções que podem acontecer no sistema regulatório baseado em agências reguladoras, pois o ato voltado à satisfação dos interesses do grupo empresarial que atua no setor é revestido pela presunção de satisfação dos interesses públicos.⁵⁰

Para parte da doutrina elas em muito pouco diferem de uma autarquia comum, as únicas diferenças são quanto ao mandato dos dirigentes e o nome agência, importado do direito norte-americano.⁵¹

O artigo 4º da Lei 9.986/2000 estabelece que as Agências serão dirigidas em regime de colegiado, por um Conselho Diretor ou Diretoria composta por Conselheiros ou Diretores, sendo um deles o seu Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente. Os membros devem ser escolhidos e nomeados pelo Presidente da República após a aprovação do Senado Federal, conforme disposição do art. 5º da mesma Lei. O prazo do mandato será o fixado na lei de criação da agência.

Já o parágrafo único do artigo 2º da mesma Lei dispõe que é vedado aos empregados, aos ocupantes de cargos comissionados e aos dirigentes das

⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Edição. São Paulo, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 170-171.

⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras**. São Paulo: Dialética, 2002.

⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras**. São Paulo: Dialética, 2002.

⁵¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Edição. São Paulo, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 174.

Agências Reguladoras o exercício de outra atividade profissional, inclusive gestão operacional de empresa, ou direção político-partidária.

Com o intuito de reduzir a influência de ideologias partidárias, mudanças de preferências e oportunismo político sobre as políticas de regulação, as agências reguladoras possuem uma série de atributos especiais que visam garantir maior independência. Essa proteção acontece porque as decisões das agências reguladoras tem um impacto muito grande no setor econômico regulado, seja na vida da população que usufrui dele ou nas empresas que realizam enormes investimentos no setor para conseguir explorar a atividade.

A legislação tomou cuidados especiais para que a autonomia dos dirigentes não fosse comprometida, já que é elemento necessário para manter o bom funcionamento da agência. O artigo 9º da Lei 9.986/2000 estabelece que os conselheiros e os diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar.⁵²

No que tange às licitações, as agências reguladoras quando contratam obras e serviços de engenharia civil estão sujeitas às regras gerais de licitação. Mas para a aquisição de bens e serviços o procedimento poderá ser feito nas modalidades de consulta e pregão, observado o disposto nos artigos 55 a 58 da Lei 9.472/97, e nos termos de regulamento da própria agência⁵³.

No momento da criação das agências não se reconhecia que estavam sujeitas à fiscalização por parte do TCU, mas atualmente a tese de que tal controle é inconstitucional foi superada na jurisprudência e na doutrina⁵⁴.

A renda das agências reguladoras é outro ponto que merece destaque ao estudar a questão da autonomia delas. Uma entidade não pode ser política e tecnicamente independente dos outros órgãos Estado quando depende financeiramente e patrimonialmente destes. Portanto, com o intuito de assegurar a autonomia das agências reguladoras, as leis criadoras e os decretos de

⁵² MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Manole, 2003, p. 117.

⁵³ Art. 37 da Lei 9.986/2000.

⁵⁴ EFING, Antônio Carlos (Coord.). **Agências reguladoras e a proteção do consumidor brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2009.

regulamentação disciplinam qual o patrimônio e as fontes de renda a serem utilizados por elas.

Por fim, mesmo sendo criadas para serem agentes autônomos na regulação do mercado, as agências são objeto de controle, seja ele interno, externo ou judicial.

A quantidade de controle interno das agências não é igual entre elas, por disposição do artigo 7º Lei 9.427/97 e do artigo 20 do Decreto 2.335/97 a ANEEL, assim como a ANVISA e a ANS, deve celebrar contrato de gestão com o Poder Executivo. Já a ANP deve atuar no setor regulado obedecendo às disposições do Conselho Nacional de Política Energética. O mesmo não ocorre com a ANATEL que, por este motivo, pode-se entender que é dotada de mais autonomia administrativa que as outras.

Os artigos 84, IV, e 87, II, da Constituição Federal atribuem competência ao Presidente da República e aos Ministros de Estado para expedir decretos, regulamentos e instruções, retirando o monopólio da função normativa do Poder Legislativo. Vale ressaltar que essas atribuições estão sujeitas ao princípio da legalidade estrita, constante no art. 37, *caput*, da CF, ou seja, cabe ao Poder Executivo, e por consequências às agências reguladoras, normatizar sob a fiel execução de lei, sempre nos limites de sua atribuição.

Às agências reguladoras cabe somente editar atos administrativos, sem inovar na ordem jurídica, devendo estar sujeitas aos marcos regulatórios estabelecidos em Lei, ou seja, elas só devem aplicar nos casos concretos presentes no cotidiano da regulação as disposições estabelecidas pela legislação⁵⁵.

Mesmo com a necessidade de inserção no Direito brasileiro, esse poder normativo, obviamente, sofre algumas restrições e também, de acordo com o princípio de freios de contrapesos, alguma forma de controle por parte dos outros poderes. Todos os atos normativos das agências reguladoras são passíveis de controle por parte do Poder Judiciário e tem força normativa inferior às leis emanadas pelo Poder Legislativo.

Quanto aos princípios constitucionais sempre usados para questionar o poder normativo das agências reguladoras brasileiras (princípio da legalidade e princípio da separação de poderes, em especial), é necessária a mudança dos

⁵⁵ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Manole, 2003, p. 169. O autor cita: BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

pontos de vistas tradicionalmente apresentados. Não é possível interpretar a Constituição e os princípios constitucionais de forma estática, não conseguindo acompanhar a evolução econômica e social sempre presentes ao longo do tempo⁵⁶.

As agências reguladoras também possuem função administrativa, que é basicamente a fiscalização do cumprimento das disposições presentes na Lei, exigindo que usuários e empresas prestadoras atuem no mercado conforme o estabelecido nas disposições legais. Devendo evitar práticas anticoncorrenciais, fixação da tarifa em valores proporcionais com a qualidade do serviço e o investimento da empresa e a proteção dos interesses dos usuários do serviço prestado, podendo dispor práticas pedagógicas e coercitivas quando entender conveniente.⁵⁷

Dentro das funções administrativas das agências reguladoras se encontra a função jurisdicional, que se resume em aplicar a Lei e resolver administrativamente conflitos no setor regulado, seja entre usuários e empresas ou entre empresas e o Estado. Vale lembrar que, assim como todos os outros atos das agências, essa solução de conflitos está sujeita ao controle por parte do Poder Judiciário.⁵⁸

As agências reguladoras surgem para regular as atividades econômicas exercidas por particulares, devendo garantir que o setor regulado se desenvolva de acordo com o interesse público.⁵⁹

1.3.1. Críticas ao sistema regulatório brasileiro.

Conforme o demonstrado, foi necessária uma “engenharia jurídica” para que o Direito brasileiro aceitasse o modelo regulatório proposto pelo PND⁶⁰. A legislação de regência das agências reguladoras é bastante esparsa, além das Leis de criação

⁵⁶ CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

⁵⁷ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Manole, 2003.

⁵⁸ Idem, *ibidem*.

⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 79.

⁶⁰ Eros Roberto Grau justifica a necessidade das alterações constitucionais: A substituição do modelo de economia de bem-estar, consagrado na Constituição de 1988, por outro, *neoliberal*, não poderá ser efetivada sem a prévia alteração dos preceitos contidos nos seus arts. 1º, 3º e 170. À luz dessa verificação cabe cogitarmos da relação de compatibilidade ou incompatibilidade entre a Constituição de 1988 e o programa de governo *neoliberal* introduzido por Collor e retomado por Fernando Henrique; a semelhança entre as propostas de reforma constitucional de ambos ainda não foi suficientemente analisada. GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14ª Edição. São Paulo, São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 46.

das agências são vários diplomas que estabelecem novas atribuições a elas, como a Lei 9.074/95, Lei de concessões e permissões de serviços públicos, e a Lei 9.986/2000, Lei da gestão de recursos humanos das agências reguladoras.⁶¹

A criação das agências reguladoras no Brasil ocorreu de forma concomitante com a implementação da política de privatização, de forma apressada e sua importação veio sem a devida análise de como seria a sua adaptação para o Direito brasileiro.⁶² Também não houve abertura de espaço para debates com a sociedade. Essa pressa para a instalação do novo modelo regulatório brasileiro se deve à tentativa de obtenção de credibilidade para a viabilização das privatizações planejadas pelo governo.⁶³

A regulação feita pelas agências reguladoras deve ser encarada como um exercício independente das competências atribuídas em Lei, cumprindo pressupostos e objetivos predeterminados, estes definidos por políticas públicas. Ocorre que, a indefinição de marcos de regulação resulta em uma indistinção entre políticas públicas e políticas regulatórias. Portanto, é necessário que as competências sejam claramente delimitadas, com a criação de marcos precisos para elas.⁶⁴

A “engenharia jurídica” utilizada para a criação das agências reguladoras resultou em uma enormidade de fontes normativas regulando a sua atuação. Como consequência disso, não é claro, dentro da legislação brasileira, qual é o limite do poder regulamentador das agências, pois não existe um regime jurídico único para elas, cada uma delas obedecendo basicamente aos contornos dados a ela pela sua

⁶¹ DE CARVALHO, Vinicius Marques. **Regulação, Direito e Democracia**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002.

⁶² EFING, Antônio Carlos (Coord.). **Agências reguladoras e a proteção do consumidor brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2009.

⁶³ “Enxerga-se na atuação da maioria das agências um forte viés voltado para obtenção de credibilidade regulatória tendo em vista o mercado investidor, estabilidade de regras, e equilíbrio da rentabilidade dos investimentos. As agências brasileiras estão focadas em demonstrar uma economia estável e uma regulação de mercado atraente ao investimento privado. Assim, a regulação acaba tendo como principal objetivo compor um terreno aparentemente seguro e rentável aos possíveis investidores. Por isso, verifica-se que a regulação no Brasil foi pensada como meio de viabilização das privatizações, com seu aspecto de regulação econômica fortalecido em detrimento da regulação social. Vislumbra-se, portanto, uma lacuna no que diz respeito à regulação social, voltada para efetivação de valores políticos como equidade, direito e justiça”. (GUNN, Lisa. “Propostas para o fortalecimento das organizações de consumidores.” In: **Melhoria da regulação no Brasil: o papel da participação e do controle social**, por organizadores Jadir Dias Proença e Carlos Eduardo Resende Prado, 261-270. Brasília: Presidência da República, 2011, p. 262).

⁶⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 92 e 137.

Lei de criação. Mesmo com algumas características sendo comuns a todas, não foram estabelecidos marcos regulatórios precisos para a sua atividade. Inclui há propostas de criação de lei para dispor sobre um regime jurídico único para as agências reguladoras.⁶⁵

As agências não são um modelo perfeito de regulação econômica, apresentando defeitos e riscos, advindos das suas próprias características, principalmente pelo fato de deterem uma grande autonomia institucional em relação ao restante do Estado. Essas características, essenciais para que a agência tenha capacidade de cumprir suas funções devidamente.

Outro ponto que merece destaque é consequência da pluralidade de agências e políticas regulatórias, onde cada uma tem a competências para adotar determinadas políticas regulatórias que entender por melhores para seu setor. O problema nasce a partir do momento onde a atuação de uma agência gera efeitos na esfera de atuação de outra e causa o que é agravado pela *visão de túnel*⁶⁶, que pode ser aparecer nas agências.⁶⁷

Portanto, parece necessária a criação de canais de integração entre as agências, para discutirem e atuarem juntas, cada uma dentro do seu respectivo setor, na criação e adoção de políticas de regulação do mercado.⁶⁸

Além da falta de integração entre as próprias agências há também a falta de comunicação com entidades que têm interesse em participar do processo regulatório, como os membros do SNDC.⁶⁹ Nesse sentido, a doutrina propõe maior

⁶⁵ “Tal lei serviria para: i) divisar quais são os requisitos para um órgão ser considerado uma agência independente de regulação (evitando a proliferação desmedida de agências cujo objetivo não se coaduna com a figura aqui tratada); ii) uniformizar o regime jurídico das agências, facilitando sua operação e o controle de suas atividades; iii) solucionar questões ainda não resolvidas no tocante ao regime aplicável a estes órgãos reguladores, as quais vão desde o processo de indicação do dirigente máximo do órgão, até o regime de pessoal de seus agentes”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 133-134).

⁶⁶ “Costuma-se identificar esse fenômeno através da expressão ‘visão de túnel’, para indicar a incapacidade de avaliar o panorama integral da realidade, centrando-se no exame apenas de uma certa parcela do todo. O efeito prático é a produção de soluções destituídas de razoabilidade, em virtude da ausência de capacidade de compreender globalmente a realidade”. JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 372.

⁶⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 374.

⁶⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 135.

⁶⁹ A preocupação quanto ao assunto é tamanha que o Procurador José Elaéres Marques Teixeira, em 2011, apresentou ao Senado Federal, uma proposta para que fosse elaborada lei que integrasse as

integração entre as agências e os integrantes do SNDC, na tentativa de obter maior eficiência com a traca de conhecimentos.⁷⁰

Apesar dessas imperfeições no sistema regulatório brasileiro, a qualidade da prestação dos serviços públicos sujeitos à fiscalização das agências melhorou bastante desde a sua implementação.

As agências reguladoras possuem uma capacidade de acompanhar o cotidiano do setor regulado de uma forma que seria impossível para os as instituições tradicionais do Estado. Além do fato de darem maior estabilidade à economia, por possuírem maior conhecimento técnico e canais de comunicação com o setor regulado do que o Estado, que impunha decisões, normalmente não dotadas de primor técnico, na base da autoridade.

1.4. Conclusões do capítulo.

A regulação econômica pelo Estado, apesar de sempre ter existido e ser essencial para a existência do capitalismo, é conflituosa, pois é rejeitada pelos agentes econômicos. Por esse motivo toda a ação do Estado na economia, independentemente de ser benéfica ou não para o sistema, sofrerá forte oposição e influência desses agentes, que estarão em busca da satisfação de seus próprios interesses.

O Estado liberal inicialmente planejado para dar abrigo ao modelo econômico capitalista, não foi capaz de conter sucessivas crises e teve que ser substituído por um modelo de ente estatal mais atuante no domínio econômico. Esse Estado mais atuante, mais preocupado na promoção da justiça social, que havia sido deixada de lado pelo modelo liberal, acumulou uma grande quantidade de competências, o que acabou gerando um custo grande demais para ser suportado por ele, gerando uma imensa crise fiscal.

agências reguladoras no SNDC, com o intuito de envolvê-las nas políticas nacionais de proteção aos direitos dos consumidores e aumentar o contato delas com os outros órgãos do sistema. (TEIXEIRA, José Elaéres Marques. **“Conquistas obtidas pelos consumidores e proposta de reformulação do CDC em curso no Senado Federal”**. Site do Senado Federal. http://www.senado.gov.br/comissoes/cma/ap/AP20110413_Jose_Teixeira.pdf (acesso em 20 de agosto de 2013).

⁷⁰ EFING, Antônio Carlos (Coord.). **Agências reguladoras e a proteção do consumidor brasileiro**. Curitiba: Juruá, 200, p. 33.

Como consequência da crise fiscal, as reformas estruturais que o Estado brasileiro realizou a partir da década de 1990 culminaram em um modelo econômico baseado na centralização da regulação econômica de alguns setores em entes até então desconhecidos no cenário jurídico do Brasil, as agências reguladoras. Essas agências foram criadas com o intuito de viabilizar as privatizações e diminuir o aparelho estatal.

Em decorrência da forma como foram introduzidas no cenário local, sem prévio experimento, e da falta de marcos regulatórios precisos o período subsequente à sua implantação foi marcado pelo desconhecimento, pelos entes reguladores e pelos regulados, dos papéis que cada um deveria exercer nesse novo cenário econômico.

Além disso, as agências, pelo menos num primeiro momento, não atentaram para o seu importante, e obrigatório, papel de proteger os direitos dos usuários nos seus respectivos setores regulados, entendendo os agentes econômicos eram os únicos interessados na regulação. Despreocupação que causou prejuízos aos usuários durante um certo período.

Apesar de contar com alguns defeitos e riscos, as agências reguladoras garantiram uma significativa melhora na qualidade da prestação dos serviços públicos, que passados à iniciativa privada puderam se adequar às novas tecnologias. Então, o Estado brasileiro deixou de ser o prestador passou a se preocupar em criar instrumentos para garantir o respeito ao interesse público na prestação pela iniciativa privada. Nesse contexto ganha importância a participação social no controle dessas atividades, com o intuito de garantir o respeito aos direitos dos usuários.

CAPÍTULO 2

OS DIREITOS DOS USUÁRIOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS E A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Estabelecer o conceito de serviços públicos é necessário para que seja possível distingui-los em meio às outras atividades econômicas e identificar os seus usuários.

Um dos principais pontos da reforma do Estado brasileiro iniciada na década de 1990 foi a diminuição do aparelho estatal, através da privatização de certas atividades que, apesar de terem a sua prestação legada à Administração, detém caráter de atividade econômica, os serviços públicos por definição constitucional.⁷¹

Apesar desse caráter, os serviços públicos têm um regime jurídico próprio, com características típicas dessa modalidade de atividade econômica. Tanta é especificidade de suas características, que se discute a aplicabilidade da legislação consumerista na regulação desses setores.

A proteção dos direitos dos consumidores ganhou grande relevância com o advento da CF, a partir de então o Estado brasileiro começou a desenvolver políticas públicas com esta finalidade. As leis que delegam à iniciativa privada a prestação dos serviços públicos têm notada preocupação com a proteção dos usuários.

Portanto, mostra-se necessário o estudo dos serviços públicos, para que se possa delimitar quais são eles, qual a legislação de vigência e se estão sujeitos às disposições das leis consumeristas.

2.1. Considerações sobre a prestação dos serviços públicos à luz do direito brasileiro.

Ao longo do tempo o conceito de serviços públicos sofreu diversas mudanças, a fim de acompanhar a evolução da forma que o Estado se apresenta

⁷¹ Essa denominação é dada por Eros Grau, para quem serviço público “é a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social”. (GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14ª Edição. São Paulo, São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 135).

para a sociedade, de acordo com transformações econômicas, sociais, políticas e até mesmo tecnológicas. Mas algumas características sempre permaneceram independentemente do contexto apresentado, os serviços públicos geralmente são prestados pelo Estado e devem atender ao interesse público, respeitando ao disposto nas Leis e Constituição⁷².

As primeiras linhas traçadas sobre o que seria esse conceito surgiram na França, onde se entendia que para determinada atividade ser classificada como serviço público era necessário que fossem cumpridos três critérios: o subjetivo; o material; e o formal. O critério subjetivo exige que o Estado seja o prestador da atividade, o material especifica que a atividade deve satisfazer as necessidades coletivas e para o formal o serviço sempre deveria ser exercido sobre um regime de direito público⁷³.

Ocorre que, a partir do momento em que o Estado passou a transferir a execução dos serviços públicos para a atividade da iniciativa privada, os critérios subjetivo e formal foram mitigados, pois pessoas jurídicas de direito privado começaram a atuar como executoras e o regime jurídico da atividade, ainda de direito público na relação entre o executor e o Estado, agora poderia ser parcialmente de direito privado, nas relações entre prestadores e usuários⁷⁴.

Portanto, serviço público pode ser definido como atividade que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de delegação, com o objetivo de satisfazer ao interesse público, com o regime jurídico, total ou parcialmente, de direito público⁷⁵.

O Estado brasileiro privatizou a execução de algumas modalidades de serviços públicos, incluindo os de telecomunicações, e se comprometeu em regulá-los externamente, o que intensifica o regime jurídico das atividades econômicas prestadas.⁷⁶

⁷² EFING, Antônio Carlos (Coord.). **Agências reguladoras e a proteção do consumidor brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 76.

⁷³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24ª Edição. São Paulo: Atlas, 2011.

⁷⁴ Idem, *ibidem*.

⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24ª Edição. São Paulo: Atlas, 2011, p. 103.

⁷⁶ 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. 62.

O artigo 21, XI, da CF⁷⁷, estabelece que os serviços de telecomunicações são de titularidade da União, mas a sua prestação também pode ser através da iniciativa privada, por meio de concessão, autorização ou permissão, desde que seja criado um órgão regulador.

O titular dos serviços públicos e também o seu executor primordial é o Estado, mas a execução pode ser delegada para a iniciativa privada após procedimento licitatório, através dos institutos de autorização, concessão e permissão ocorrendo aí a execução de serviço público na forma indireta.

De acordo com o artigo 175, *caput* e incisos do parágrafo único, da CF⁷⁸, a titularidade dos serviços públicos é do Estado, mas a sua execução pode ser objeto de concessão ou permissão, ou seja, ele prevê a descentralização da regulação operacional e centralização da regulação normativa⁷⁹.

Nos serviços públicos há uma relação econômica entre o Estado e o usuário, o que os difere da categoria das funções irrenunciáveis do Estado, que são atividades de natureza não econômica⁸⁰. Portanto, atualmente os serviços públicos são atividades econômicas de responsabilidade do Estado, que as cria e tem o dever primordial de oferecê-las à população, mas o seu exercício pode ser delegado à iniciativa privada.⁸¹

Sendo o serviço público prestado pelo Estado ou pela iniciativa privada, impende destacar que eles devem respeitar princípios típicos desse tipo de atividade

⁷⁷ Art. 21. Compete à União: (...) XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

⁷⁸ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado

⁷⁹ ARANHA, Márcio Iorio. "Agências: sua Introdução no Modelo Jurídico-Administrativo Brasileiro". In: **O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as Agências e o Terceiro Setor**, por organizadora Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira, 165-180. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 172.

⁸⁰ 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.

⁸¹ AGUILLAR, Fernando Herren. **Serviços Públicos: doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 19.

econômica⁸². O artigo 6º, parágrafo primeiro da Lei 8.987/95, dispõe que o serviço executado deve ser adequado, o que significa que ele satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.⁸³

O princípio da continuidade do serviço público significa que o mesmo não pode parar. E tem como consequências a imposição de prazos rigorosos ao contraente; a aplicação da teoria da imprevisão, para recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e permitir a continuação do serviço; a inaplicabilidade do *exceptio non adimplendi contractus* contra a Administração; o reconhecimento de privilégios para a Administração, como o de encampação, o de uso compulsório dos recursos humanos e materiais da empresa contratada, quando necessário para dar continuidade à execução do serviço.

O princípio da eficiência abrange os princípios da atualidade e da segurança, pois um serviço público eficiente cumpre a sua finalidade, sempre contando com modernizações para garantir melhor desempenho da atividade e reduzir riscos à segurança física e psíquica dos usuários⁸⁴.

O princípio da mutabilidade do regime jurídico ou da flexibilidade dos meios aos afins autoriza mudanças no regime de execução do serviço para adaptá-lo ao interesse público, que é sempre variável no tempo. Em decorrência disso, nem os servidores públicos, nem os usuários dos serviços públicos, nem os contratados pela Administração tem o direito adquirido à manutenção de determinado regime jurídico; o estatuto dos funcionários pode ser alterado, os contratos também podem ser alterados ou mesmo rescindidos unilateralmente para atender ao interesse público.⁸⁵

Já o princípio da igualdade dos usuários perante o serviço público, ou princípio da generalidade, desde que a pessoa satisfaça às condições legais, ela faz jus à prestação do serviço, sem qualquer distinção de caráter pessoal. Não dá para

⁸² EFING, Antônio Carlos (Coord.). **Agências reguladoras e a proteção do consumidor brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 108.

⁸³ 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.

⁸⁴ 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.

⁸⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24ª Edição. São Paulo: Atlas, 2011.

imaginar a existência de empresas públicas e alguns outros entes da Administração neste momento histórico, pois, se algum dos critérios não fosse cumprido a atividade não seria classificada como serviço público⁸⁶.

E por último, o princípio da modicidade de tarifas existe para coibir a cobrança de valores abusivos dos usuários do serviço público, ajustando o preço de maneira compatível com a qualidade do serviço prestado e o investimento feito pela empresa concessionária.

2.2. Um breve histórico da proteção dos direitos do consumidor pelo Estado.

A preocupação com a defesa dos direitos do consumidor surgiu entre os séculos XVIII e XIX na Europa, durante o auge da revolução industrial e do liberalismo. Período onde a autonomia da vontade e a liberdade contratual eram tratados como princípios básicos do modelo econômico liberal, formando os elementos básicos dos contratos. Entendia-se que a autonomia da vontade garantia que todos eram juridicamente iguais para manifestar livremente a sua vontade de contratar, como consequência disso os consumidores, ainda tratados de forma individual, eram vistos como agentes que atuavam regulação do mercado através das suas escolhas racionais, sempre buscando o melhor negócio. Essa era a lógica do Estado liberal o que acabava impedindo-o de intervir nas relações contratuais⁸⁷.

O reconhecimento das vulnerabilidades do consumidor é ponto crucial para a evolução de todo o direito do consumidor.⁸⁸ A vulnerabilidade do consumidor não

⁸⁶ Idem, *ibidem*.

⁸⁷ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A proteção constitucional do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 25.

⁸⁸ “Esta vulnerabilidade informativa não deixa, porém, de representar hoje o maior fator de desequilíbrio da relação vis-à-vis dos fornecedores, os quais, mais do que experts, são os únicos verdadeiramente detentores da informação”. (MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 330).

pode ser encarada apenas sobre o ponto de vista econômico, ela se estende em quatro aspectos: a técnica; a fática; a jurídica; e a informacional.⁸⁹

A vulnerabilidade técnica existe porque o fornecedor, por ser o próprio detentor de sua atividade, tem mais conhecimentos específicos acerca de seu produto ou serviço do que o consumidor, o que os põe em condição de desigualdade na sua relação contratual. Já na vulnerabilidade fática o fornecedor por ser detentor de maior poder econômico ou monopolizar a sua atividade impõe as condições de contratação. Além disso, por não serem em quantidade tão grande quanto os consumidores, há a maior facilidade de união e organização entre os fornecedores em grupos para defenderem juntos os seus interesses⁹⁰.

Já a vulnerabilidade jurídica configura-se como o menor conhecimento jurídico, contábil e econômico específicos. As grandes empresas possuem uma grande capacidade de organização, contando na sua estrutura organizacional com departamentos especializados e profissionais capacitados, o que não ocorre com o consumidor, que normalmente não dispõe os meios e conhecimento necessários para atuar em prol da defesa dos seus direitos⁹¹.

Por último, a vulnerabilidade informacional, que ocorre, não só pela falta de informação, mas também pelo excesso dela, através das intensas campanhas publicitárias que, num mundo onde quase todos tem acesso às mais variadas mídias, chegam a quase todo o momento na vida das pessoas⁹².

Dentre as todas as vulnerabilidades do consumidor a informacional se apresenta como a mais perigosa, pois é onde ocorre o maior desequilíbrio entre consumidor e fornecedor, onde o último detém grande quantidade de informação sobre o produto que está comercializando.⁹³

A formação dos grandes grupos econômicos aumentou a discrepância na relação entre consumidor e fornecedor, deixando o primeiro em situação muito

⁸⁹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 330.

⁹⁰ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 325.

⁹¹ Idem, ibidem.

⁹² Idem, ibidem.

⁹³ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 330.

inferior ao segundo, tendo menos possibilidades de escolha e obrigado a aceitar os termos impostos ao negócio. Com o tempo essa organização de grupos de fornecedores com o intuito de limitar a concorrência, surgindo oligopólios e monopólios, ficou evidente que os mercados não eram mais capazes de se regular, restando ao Estado⁹⁴ atuar com o intuito manter o equilíbrio das relações econômicas.⁹⁵

Com o aumento dessa desproporcionalidade, os fornecedores, que redigiam os contratos, passaram a impor condições cada vez mais onerosas para o consumidor. Como consequência houve o aumento do desequilíbrio nas relações de consumo, onde muitos fornecedores de má-fé enriqueceram ilícitamente.⁹⁶

O surgimento de um Estado mais intervencionista, menos preso aos ideais liberais, e mais preocupado com a promoção do bem estar social, está atrelado com mudanças na forma como eram vistas as relações entre consumidores e fornecedores. Tão logo se reconheceu que essa não era mais uma relação entre iguais, onde deveria imperar a autonomia da vontade e a liberdade de contratar, e sim que os consumidores não conseguiam mais exercer a sua autonomia, começaram a surgir políticas estatais com o intuito de equilibrar essa relação, protegendo os consumidores e, por consequência, o equilíbrio do mercado.⁹⁷

No Brasil somente a partir da Constituição de 1988 que as relações de consumo deixaram de ser legalmente entendidas e regulamentadas como se fossem civis e comerciais, passando a ter regulamentação própria⁹⁸, tendo o *status* de

⁹⁴ “Assim, o direito – como ordem jurídica que é – não ficou alheio a essas transformações econômicas e sociais, passando a proteger o consumidor das mais variadas formas, como, por exemplo, dando-lhe igualdade de condições nos contratos, responsabilizando o produtor/fornecedor por eventuais lesões causadas ao consumidor, protegendo-o contra a propaganda enganosa etc”.(NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. A proteção constitucional do consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 26).

⁹⁵ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A proteção constitucional do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 26.

⁹⁶ MELLO, Sônia Maria Viera de. **O Direito do Consumidor na Era da Globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 11.

⁹⁷ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A proteção constitucional do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 26.

⁹⁸ O artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determinou que “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

garantia constitucional⁹⁹. E nesse momento o Estado passar a ser responsável pela defesa dos direitos do consumidor.

Em 11 de setembro de 1990 foi criado o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, revolucionando o direito brasileiro com o reconhecimento da vulnerabilidade desta classe em suas relações no mercado e, como consequência disso, prevendo a criação de várias ferramentas para garantir a proteção dos direitos deles, além de uma política nacional com essa finalidade.

2.2.1. O conceito de consumidor para o direito brasileiro.

O artigo 2º da Lei 8.078/90, o CDC, traz o conceito básico de consumidor, sendo ele toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

O conceito de consumidor não fica preso apenas ao que está disposto no *caput* do art. 2º do CDC, de acordo com o parágrafo único do mesmo artigo equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que tenha participado das relações de consumo.

Já o art. 17 do CDC diz que, para fins de reparação de danos, são equiparadas a consumidores todas as vítimas de danos causados por defeitos decorrentes do produto ou da prestação do serviço independentemente de terem ou não os adquirido.

Ainda no CDC, o art. 29 também estende ainda mais o conceito de consumidor, agora para todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas, como oferta e publicidade enganosas.¹⁰⁰

Portanto, para o direito brasileiro consumidor pode ser a figura clássica, já conhecida pela sociedade, do consumidor individual, os consumidores equiparados e a coletividade abstrata de consumidores.

⁹⁹ Conforme previsão do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal de 1988.

¹⁰⁰ MELLO, Sônia Maria Viera de. **O Direito do Consumidor na Era da Globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 25.

2.3. Os direitos dos usuários de serviços públicos e a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre concessionária e consumidor.

As normas de proteção dos usuários de serviços públicos podem ser divididas de duas formas, através de normas gerais ou específicas e diretas ou indiretas.

Gerais são aquelas normas aplicáveis a todas as modalidades de serviços públicos, como a Lei de Concessões¹⁰¹ e o CDC. Já as normas específicas são aplicadas somente em uma modalidade de serviço público, como a LGT e a Lei 9.427/96, que institui a ANEEL e disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica¹⁰².

Na distinção entre diretas e indiretas, as primeiras preveem um direito específico do usuário perante o Estado ou a concessionária, como o artigo 3º, II, da LGT.¹⁰³

As normas indiretas são a ampla maioria das regras de proteção aos usuários, elas estabelecem panoramas gerais e princípios que devem ser obedecidos pelo prestador, como o artigo 7º da Lei de Concessões¹⁰⁴, que apresenta de modo bastante amplo quais são os direitos e obrigações dos usuários.¹⁰⁵

É nesse ponto se nota a crítica quanto à imprecisão dos marcos regulatórios no Brasil, principalmente no que tange a proteção dos direitos dos consumidores. A

¹⁰¹ Lei 8.987/95.

¹⁰² AGUILLAR, Fernando Herren. **Serviços Públicos: doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: Saraiva, 2011., p. 72.

¹⁰³ “Art. 3º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito: (...) II - à liberdade de escolha de sua prestadora de serviço”.

¹⁰⁴ “Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários: I - receber serviço adequado; II - receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos; III - obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente; IV - levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado; V - comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço; VI - contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços”.

¹⁰⁵ AGUILLAR, Fernando Herren. **Serviços Públicos: doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: Saraiva, 2011., p. 72.

maioria das normas simplesmente prevê a existência de certos direitos, mas normalmente não estabelece parâmetros objetivos e meios para que sejam cumpridos. A legislação deveria prever direitos e deveres objetivos e estabelecer metas mais concretas.

A aplicabilidade do CDC às relações entre usuário e prestador de serviços públicos já foi questionada pela doutrina, mas a tese que entende como possível essa aplicação encontra bastante apoio na legislação, já que o CDC e o artigo 7º-A¹⁰⁶ da LGT preveem esta aplicação¹⁰⁷. Inclusive, a jurisprudência do STJ é pacificada no sentido que o CDC pode ser aplicado nas relações entre o usuário e o fornecedor de serviços públicos.¹⁰⁸

Ao dispor qual o conceito de fornecedor adotado pelo direito brasileiro, o artigo 3º do CDC¹⁰⁹ também inclui nesta categoria as pessoas jurídicas de direito público que desenvolvem atividade de prestação de serviços. E o parágrafo segundo desse artigo conceitua que serviço é toda atividade fornecida no mercado de consumo mediante remuneração.

Portanto, nada afasta a prestação de serviços públicos mediante remuneração, feita por pessoas jurídicas de direito público ou privado, das disposições constantes no CDC.

O artigo 4º, VII, do CDC esclarece que a racionalização e melhoria dos serviços públicos são princípios da Política Nacional das Relações de Consumo. E o artigo 6º, X, diz que é direito básico do consumidor a prestação adequada e eficaz dos serviços públicos em geral. Então se verifica que estão inclusas dentro do

¹⁰⁶ “Art. 7º-A. As concessionárias de serviços públicos, de direito público e privado, nos Estados e no Distrito Federal, são obrigadas a oferecer ao consumidor e ao usuário, dentro do mês de vencimento, o mínimo de seis datas opcionais para escolherem os dias de vencimento de seus débitos”.

¹⁰⁷ AGUILLAR, Fernando Herren. **Serviços Públicos: doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: Saraiva, 2011., p. 72.

¹⁰⁸ “[...] O Código de Defesa do Consumidor aplica-se na hipótese de serviço público prestado por concessionária, tendo em vista que a relação jurídica tem natureza de Direito Privado e o pagamento é contraprestação feita sob a modalidade de tarifa, que não se classifica como taxa”. (Trecho do acórdão do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 1.398.696/RJ, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, publicado no DJe de 10 de novembro de 2011).

¹⁰⁹ “Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

conceito de fornecedor as pessoas jurídicas de direito público, estando sujeitas às disposições do CDC.

O art. 22 do CDC demonstra que a prestação de serviços públicos também foi incorporada pela legislação consumerista¹¹⁰. Afastando quaisquer dúvidas quanto ao reconhecimento do caráter consumerista das relações entre prestador de serviços públicos, independentemente de ser pessoa jurídica de direito público ou privado, e usuários e à consequente aplicação do CDC na regulação destes setores econômicos.

Para parte da doutrina, resta claro que o CDC prevê expressamente que a relação entre usuário e prestador de serviços públicos remunerados, os *uti singuli*, pode ser tipificada como relação de consumo, desde que o usuário cumpra os requisitos do artigo 2º para ser considerado consumidor.

No entanto outra parte entende que o art. 6º, X do CDC, quando diz que é direito básico do consumidor a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral estende a proteção do CDC aos serviços públicos não remunerados, sob pena de violação do princípio da isonomia, tendo em vista que a capacidade financeira seria vista de forma discriminatória.¹¹¹

De acordo com o art. 22, caput, do CDC, o consumidor tem direito ao fornecimento de serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Já a Lei 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, em seu art. 6º, § 3º, II, estabelece que não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.¹¹²

¹¹⁰ “Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”.

¹¹¹ EFING, Antônio Carlos (Coord.). **Agências reguladoras e a proteção do consumidor brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 120.

¹¹² Antônio Carlos Efig (2009) e Claudia Lima Marques (2005), entendem que neste conflito a disposição do CDC deve prevalecer, pois em nome da preservação da dignidade da pessoa humana não deve ser cortada a prestação de serviço essencial por inadimplemento, o fornecedor pode procurar outros meios para cobrar a dívida.

No entanto, apesar de granes críticas por parte da doutrina, é pacífica a jurisprudência do STJ que entende como lícita a interrupção do fornecimento do serviço em razão de inadimplemento.¹¹³

O artigo 56, VIII, do CDC, prevê a revogação aplicada pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, da concessão ou da permissão como sanção para o descumprimento das disposições legais de defesa do consumidor.

Além dos aspectos especiais atinentes à categoria, descritos neste capítulo, aplicam-se aos consumidores de serviços públicos todos os direitos previstos aos demais consumidores no CDC.

A jurisprudência do STJ entende ser objetiva a responsabilidade civil da prestação de serviços públicos pelas empresas públicas¹¹⁴. No caso das concessionárias, a responsabilidade civil continua sendo objetiva, até mesmo para os casos de danos causados a terceiros não usuários, conforme a nova jurisprudência do STF.

2.4. O papel do Estado brasileiro na proteção dos direitos dos consumidores-usuários de serviços públicos.

Os usuários de serviços públicos são considerados consumidores desde que se enquadrem no conceito presente no art. 2º do Código de Defesa do Consumidor ou estejam presentes nas hipóteses dos arts. 17 e 29, também do CDC. O que os insere em toda a atividade em prol da defesa dos direitos dos consumidores.

¹¹³ “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. INADIMPLÊNCIA. CORTE DO FORNECIMENTO DE ÁGUA. POSSIBILIDADE. 1. Enquanto não for criada a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Estaduais, na forma do art. 1º da Resolução STJ 12/2009, o Superior Tribunal de Justiça será competente para conhecer de Reclamação destinada a dirimir controvérsia instaurada entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e a Jurisprudência do STJ. Precedente: Rcl 3924/BA, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 23.6.2010, DJe 4.8.2010. 2. A jurisprudência de ambas as turmas de direito público do Superior Tribunal de Justiça entende que é lícita a interrupção do fornecimento de água devido à inadimplência do consumidor, após aviso prévio, e desde que não se trate de débitos antigos consolidados, porquanto a essencialidade do serviço não significa a sua gratuidade”. (Ementa do acórdão da Reclamação 5.814/SE, Primeira Seção, publicado no DJe de 22 de setembro de 2011).

¹¹⁴ “As empresas públicas prestadoras de serviços públicos submetem-se ao regime de responsabilidade civil objetiva, previsto no art. 14 do CDC, de modo que a responsabilidade civil objetiva pelo risco administrativo, prevista no art. 37, § 6º, da CF/88, é confirmada e reforçada com a celebração de contrato de consumo, do qual emergem deveres próprios do microssistema erigido pela Lei n. 8.078/90”. (Trecho do acórdão do Recurso Especial 1.210.732/SC, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, publicado no DJe de 15 de março de 2013).

A Constituição Federal no artigo 5.º, inciso XXXII, estabelece que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor, e o artigo 170, inciso V, dispõe que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, dentre outros princípios, a defesa do consumidor. É perceptível que a CF tratou os direitos do consumidor com grande relevância, impondo ao Estado o dever de promover políticas para protegê-los, inclusive com a criação do Código de Defesa do Consumidor¹¹⁵. Além disso, foi dado à proteção dos direitos dos consumidores o status de garantia constitucional e princípio fundador da Ordem Econômica.

Por força de disposição constitucional foi atribuído ao Estado brasileiro, em qualquer área de atuação, o dever de zelar pela proteção dos direitos do consumidor. Devendo manter o equilíbrio nas relações econômicas onde uma das partes é enquadrada como consumidor de bens ou serviços.¹¹⁶

A elaboração do CDC, além de trazer para si a regulação das relações de consumo, modificou o panorama das políticas de proteção aos direitos do consumidor pelo Estado com a criação do SNDC pelo artigo 105, com a implantação da PNRC. Até este momento não existiam programas em nível nacional para a defesa dos direitos do consumidor, ela era feita dentro dos estados, com atuações locais e sem coordenação, cada um obedecendo aos seus próprios parâmetros.

O SNDC deve intervir nas relações de consumo com o intuito de suprir as vulnerabilidades dos consumidores e proteger os seus direitos, além de fomentar a criação de políticas públicas visando a consecução de tal fim. Nesse sentido atendendo aos princípios constitucionais estruturam a ordem econômica.¹¹⁷

Aparecem com grande importância para o SNDC as ODCs, que atuam conjuntamente com os órgãos estatais na defesa dos direitos dos consumidores,

¹¹⁵ O art. 48 das ADCTs dispõe que “Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

¹¹⁶ 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. 77.

¹¹⁷ EFING, Antônio Carlos (Coord.). **Agências reguladoras e a proteção do consumidor brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 145.

representando-os em diversas esferas, inclusive nas relações com as agências reguladoras.

2.5. O projeto de Lei n.º 6.953/2002.

O projeto de Lei n.º 6.953/2002 dispõe sobre a proteção e defesa dos usuários de serviços públicos, prestados pela administração direta, indireta e delegados pela União. Para ela é usuário a pessoa física ou jurídica que, direta ou indiretamente, utiliza efetiva ou potencialmente os serviços referidos.

É importante ressaltar que, mesmo com a eventual aprovação deste projeto e a sua conversão em lei, os outros diplomas legais que preveem direitos e deveres para os consumidores de serviços públicos continuarão sendo aplicados, conforme previsão do parágrafo 3º do artigo 1º¹¹⁸. Afastado qualquer dúvida quanto ao papel das agências reguladoras de atuar com o intuito de proteger os direitos dos consumidores.

O art. 4º, ao arrolar quais são os direitos dos usuários de serviços públicos, prevê, no inciso II, que é direito do usuário a participação na fiscalização da execução e avaliação dos serviços. E o inciso III do mesmo artigo dispõe que ele tem direito ao acesso direto e facilitado ao órgão responsável pela execução e ao que este estiver vinculado. Além disso, o diploma, no art. 6º, propõe a criação de Ouvidorias de Defesa do Usuário de Serviços Públicos, que deverão avaliar sugestões, reclamações e denúncias, e Comissões de Ética, onde serão conhecidas denúncias e representações formuladas contra servidores públicos.

Percebe-se, portanto, que a participação social no processo regulatório ganhou certo destaque nessa lei. Fora isso, grande parte do que ela prevê replica direitos e deveres já encontrados nas leis de criação das agências reguladoras e outras Leis esparsas.

¹¹⁸ “Art. 1º, § 3º As agências reguladoras e fiscalizadoras da prestação de serviços públicos submetidas a normas legais, regulamentares ou regimentais concernentes à proteção e defesa dos direitos dos usuários aplicarão subsidiariamente as disposições desta Lei, sem prejuízo do preceituado no art. 23”.

“Art. 23. Aplicam-se subsidiariamente a esta Lei as normas contidas nas Leis nºs 8.078, de 11 de setembro de 1990, e 9.784, de 29 de janeiro de 1999”.

2.6. Conclusões do capítulo.

Os serviços públicos com o exercício delegado para a iniciativa privada possuem um regime jurídico um pouco diferente das outras atividades econômicas, em decorrência da sua natureza. Neles o ambiente concorrencial é menor do que nas outras áreas, o que aumenta a disparidade entre fornecedores e consumidores.

A mudança de papel do Estado, que deixou de ser inerte e passou a se preocupar e intervir nas relações comerciais entre particulares, possibilitou o reconhecimento das vulnerabilidades dos consumidores. O que baseou a criação de um sistema especialmente dotado de regras para amenizar essa disparidade.

Dentro desse sistema se destaca o SNDC, que conta com vários órgãos estatais e civis que atuam com o interesse de proteger os direitos dos consumidores. Além disso, ele atua na criação de políticas a serem implantadas em nível nacional.

Tanto a legislação brasileira e, conseqüentemente, quanto a jurisprudência reconhecem que o usuário de serviços públicos pode ser um consumidor, desde que ele se encaixe nas características exigidas.

Portanto, estando as agências reguladoras incumbidas de garantir a satisfação do interesse público dentro dos setores que regulam e a proteção dos direitos dos consumidores estar prevista em leis, inclusive nos diplomas de criação de algumas agências, e na CF, conclui-se que a proteção dos direitos dos consumidores deve ser obrigatória na atuação das agências.

CAPÍTULO 3

A PARTICIPAÇÃO SOCIAL NO PROCESSO REGULATÓRIO DO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES.

3.1. A importância da participação social no processo regulatório brasileiro.

Primeiramente, o consumidor de serviços públicos pode participar da regulação do mercado, como participante, através do seu direito, art. 6.º, II, do CDC, à liberdade de escolher qual o produto ou serviço que quer contratar. O que deve ser garantido pelo Estado, de acordo com os princípios constitucionais da livre concorrência e da defesa do consumidor, respectivamente art. 170, IV e V, da CF, ambos princípios norteadores da ordem econômica brasileira.

Nesse sentido, a manutenção de um ambiente competitivo é benéfica para os consumidores e está relacionada à efetivação dos seus direitos, pois nesse contexto há uma maior chance do serviço ser prestado com a melhor qualidade e da forma menos onerosa possível.¹¹⁹ Portanto, essa parceria entre Estado e consumidores é essencial para a manutenção do equilíbrio econômico nos setores regulados, o que, conseqüentemente, aumentará a chance de prevenção de diversas violações aos direitos dos usuários.¹²⁰

Como já demonstrado nos capítulos anteriores, a liberdade de contratar não está presente em sua totalidade na maior parte das situações. A partir desse ponto entram as agências reguladoras, que juntamente com outros órgãos integrantes do

¹¹⁹ 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. 100.

¹²⁰ “Assim, da mesma forma que Estado e consumidores devem ser *parceiros* na defesa da concorrência entre as empresas privadas, também o devem ser no *controle da prestação* dos serviços públicos, voltado para a permanência ou melhora da *qualidade* dos mesmos. Ao Estado, o exercício da sua função legislativa, cabe ainda regulamentar os meios institucionais para que esta “parceria regulatória” seja efetivada. Quanto aos consumidores, devem-se conscientizar de que não são apenas titulares de direitos, mas *agentes participantes* na efetivação dos mesmos”. (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. 100.)

SNDC devem atuar no setor para garantir o equilíbrio econômico, além criar políticas de conscientização dos usuários para diminuir a sua vulnerabilidade.

A proteção dos direitos dos consumidores está nas diretrizes da prestação de serviços públicos, seja pela iniciativa privada ou pelo Estado, e a atuação das agências reguladoras é essencial para a efetivação desses direitos, de acordo com a CF e suas respectivas leis de criação. Portanto, a proteção dos direitos dos consumidores, quadro em que se inserem os usuários de serviços públicos, deve estar presente da pauta da atividade regulatória das agências.¹²¹

Apesar disso, o público vê como insatisfatória a atuação delas nesse sentido. Em 2003, o IDEC realizou uma pesquisa que questionava a atuação das agências, e concluiu que o desempenho delas era insatisfatório. Os quesitos mais lembrados como insatisfatórios foram a pouca transparência da atividade regulatória, a frágil efetividade da atuação em prol dos direitos dos consumidores e a ineficácia dos mecanismos de solução de problemas.¹²²

Tamanha insatisfação dos consumidores com a atividade das agências reguladoras demonstra que elas precisam estar em maior sintonia com eles. Nesse sentido, mostra-se necessária a estruturação de mais instrumentos de participação social na atividade regulatória.¹²³

¹²¹ GUNN, Lisa. "Propostas para o fortalecimento das organizações de consumidores." In: **Melhoria da regulação no Brasil: o papel da participação e do controle social**, por organizadores Jadir Dias Proença e Carlos Eduardo Resende Prado, 261-270. Brasília: Presidência da República, 2011, p. 263.

¹²² EFING, Antônio Carlos (Coord.). **Agências reguladoras e a proteção do consumidor brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 143-144.

¹²³ "O outro pilar essencial para a estruturação de um modelo regulatório mais eficiente é a criação de mecanismos funcionais e efetivos de participação dos consumidores. Medida imprescindível e justa, se considerarmos que eles são o alvo das discrepâncias do modelo atual, em suas manifestações cotidianas: a falta de critérios transparentes e padrões a serem observados no mercado; a ausência de fiscalização e punição eficaz contra empresas infringentes dos direitos dos usuários; as práticas ilegais, como a fidelização, a venda casada de serviços e a publicidade enganosa – reiterada, por exemplo, na oferta de velocidade de banda larga; o atendimento de má-qualidade; e a sonegação de informações. Essas são as causas das reclamações dos consumidores, que devem participar diretamente dos processos formulativos e decisórios".

"Isso se dá primeiramente através da equiparação das oportunidades de participação dos consumidores em relação aos fornecedores dos serviços. A dissolução das assimetrias técnicas, de informação e de linguagem trará as condições objetivas para isso. Condutas pragmáticas, nesse sentido, podem ser as consultas e audiências públicas em termos mais acessíveis, com prazos razoáveis, menos burocratizadas, em linguagem compreensível, levadas à população através de instâncias mais facilitadas de participação". [VARELLA, Guilherme. "Regulação com participação popular: a peça que falta nas telecomunicações." *Site do IDEC*. 23 de setembro de 2010. <http://www.idec.org.br/em-acao/artigo/regulacao-com-participacao-popular-a-peca-que-falta-nas-telecomunicacoes> (acesso em 30 de abril de 2013)].

O sistema regulatório brasileiro apresenta deficiências, o que interfere na atividade regulatória das agências. A imprecisão dos marcos regulatórios aumenta o risco de desvios na finalidade do ente regulador, normalmente aproximando-os dos interesses dos agentes mais fortes e do Estado. Fatores que aumentam a instabilidade nos setores e que causam sérios prejuízos aos que mais necessitam da proteção em suas relações econômicas, os consumidores.

Assegurar a participação da sociedade nos processos regulatórios no interior das agências significa dar a possibilidade de ampla discussão acerca de normas e regulamentos emitidos por elas, deixando bastante claro quais serão os seus efeitos e implicações no mercado. Além disso, as reclamações dos consumidores devem ser levadas à sério pela agência, que deve estudá-las e utilizá-las como indicador de análise da atuação da agências.¹²⁴

O alto grau de especialização técnica das agências não faz com que elas deixem de tomar decisões, também, baseadas em critérios políticos, já que as definições de juízos de valor não podem ser feitas com critérios exclusivamente técnicos. Além disso, as decisões de caráter puramente técnico dificilmente conseguem ser submetidas a qualquer forma de controle, o que pode levar a agência a se afastar dos objetivos de sua atuação.¹²⁵

Com o reconhecimento do caráter político da atividade de regulação econômica das agências, mostra-se adequada a participação popular nos processos decisórios como forma de controle, já que também representa forte influência nos assuntos políticos.¹²⁶

A grande autonomia dada às agências, conforme já demonstrado, é instrumento necessário para o bom desempenho de suas atividades, mas que em excesso pode acabar “corrompendo” o ente regulador. Nos piores casos pode ocorrer, inclusive, a captura da agência por determinados interesses do setor regulado, o que as desviaria da consecução do interesse público, transformando-as em instrumentos de implementação de interesses particulares. Atuação que estaria

¹²⁴ PEREIRA, Juliana. “Perspectivas e desafios à participação social na Regulação.” In: **Melhoria da regulação no Brasil : o papel da participação e do controle social.**, por Jadir Dias Proença e Carlos Eduardo Resende Prado (org.), 255-260. Brasília: Presidência da República, 2011, p. 258.

¹²⁵ BRUNA, Sérgio Varella. **As agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 251-252.

¹²⁶ BRUNA, Sérgio Varella. **As agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 252.

revestida pela presunção legitimidade do cumprimento do interesse público, e não particular. Por esse motivo elas, como qualquer outro ente do Estado Moderno, estão sujeitas aos sistemas de controle de poder.¹²⁷

A alta concentração de autonomia nas agências reguladoras deve prescindir de controle e limitação de poder, o que é corroborado com o a ideia de que a participação social nos atos e decisões de toda Administração Pública é princípio do Estado Democrático de Direito.¹²⁸

As agências reguladoras, como já era esperado, atuam na área regulada sempre sob pressão proveniente de diversas origens, como as empresas com seus investidores, o Estado com seus políticos e a sociedade com os seus indivíduos consumidores. A lógica desse sistema é centralizar no ente regulador a mediação dos conflitos advindos dessa pluralidade de interesses. Esse é um dos principais objetivos da atuação de uma agência reguladora, centralizar a regulação econômica do setor si para que os grupos de interesses tenham uma menor disparidade de influência na regulação da execução do serviço público.

A participação dos consumidores no processo de regulação é fundamental, tendo em vista que eles atuam como contrapeso aos interesses dos agentes econômicos e do Estado no setor regulado. Além de servir como termômetro da efetividade das normas editadas pela agência. O problema nesse ponto reside no fato que as informações transitam de forma assimétrica, os agentes econômicos que atuam no setor tem uma capacidade muito maior de obtê-las, escancarando uma das principais vulnerabilidades dos consumidores.¹²⁹

O acesso à informação é fator decisivo para que os usuários reúnam condições reais de proteger os seus interesses. Tal prática é impossível sem que eles saibam exatamente quais são as pretensões da agência e quais os impactos dos regulamentos e normas editados por ela. Além disso, o acesso à informação, protegido pelos princípios constitucionais da publicidade e moralidade, garante que a autoridade não use esses procedimentos de participação social como armadilhas ou

¹²⁷ BRUNA, Sérgio Varella. **As agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 250.

¹²⁸ EFING, Antônio Carlos (Coord.). **Agências reguladoras e a proteção do consumidor brasileiro**. -Curitiba: Juruá, 2009, p. 148.

¹²⁹ LIPORACE, Teresa D. "O Programa de Fortalecimento da Capacidade Técnica da Participação Social da Regulação." In: **Melhoria da regulação no Brasil : o papel da participação e do controle social**, por organizadores Jadir Dias Proença e Carlos Eduardo Resende Prado, 161-185. Brasília: Presidência da República, 2011, p. 178.

simulações, visando legitimar certos atos. Além disso, o direito de participar dos procedimentos de consulta o pública são entendidos uma faceta do direito de petição, previsto no art. 5º, XXXIV, da CF. Devendo ser analisados os principais pontos suscitados durante essas consultas, sob pena de violação dessa garantia constitucional.¹³⁰

Todo o processo regulatório deve ser trazido para a apreciação da sociedade, já que ele traz consequências para os consumidores, que devem ser claramente informados sobre os efeitos do regulamento. A participação social nos processos de regulação econômica é influenciá-los em benefício da coletividade de consumidores.¹³¹

Portanto, a participação do usuário dentro da agência reguladora é necessária para acompanhar a regulação do setor, tanto é que a Lei 8.987/95, já em seu art. 3.º estabelece que a fiscalização da prestação de serviços públicos será realizada pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários. Mas para que isso ocorra é necessário um processo de educação dos consumidores, tendo em vista o alto grau de especialização técnica de determinados pontos do processo regulatório.

O aumento do grau de participação social na atividade das agências pode ser feito através de mecanismos procedimentais ou pelo incentivo de grupos e entidades representativas nas consultas e audiências públicas. O primeiro caso pode ocorrer com a obrigação de que todas as sessões ou reuniões de deliberação sejam abertas e acessíveis ao grande público. No segundo, é necessário internalizar na consciência da agência, nos seus servidores e atos, que os consumidores e entes que representam seus interesses, como ODCs e integrantes do SNDC, também são interessados no processo regulatório, devendo ser afastada a ideia de que os únicos interessados são os agentes econômicos do setor regulado.¹³²

A soma das vulnerabilidades inerentes aos consumidores, juntamente com a dificuldade de auto-organização da classe, acabam afastando-os da regulação do setor. Fato que deve ser amenizado pelas agências reguladoras, com a adoção de

¹³⁰ BRUNA, Sérgio Varella. **As agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 272.

¹³¹ BRUNA, Sérgio Varella. **As agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 255.

¹³² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

medidas educativas, visando a formação de consumidores mais capacitados para a defesa de seus interesses e maior abertura para a atuação de ODCs. Também deve haver um aumento da transparência da atividade regulatória, com a realização de consultas públicas. Além disso, deve ser facilitada a comunicação dos indivíduos com a agência, para que as suas reclamações e sugestões possam ser ouvidas e devidamente analisadas como parâmetros para a atividade regulatória.

3.2. O consumidor dentro da agência reguladora.

O Estado brasileiro reconheceu a importância da participação social e a fez presente em diversas leis de regulação econômica.¹³³

O art. 37, § 3º, da CF, expressamente prevê que o legislador deve disciplinar as formas de participação dos administrados na Administração direta e indireta. Além disso, de acordo com o *caput* do mesmo artigo prevê que é princípio a ser obedecido pela Administração a publicidade de seus atos.

Além das formas já destacadas, há outra uma sugerida pela doutrina, onde a agência reguladora obriga os agentes econômicos do seu setor a criar grupos compostos por consumidores e entidades que os representam para atuar na fiscalização para a agência.¹³⁴

A participação do consumidor na regulação dos setores de serviços públicos, que começa com o uso da sua liberdade de contratar e vai até a participação na atividade regulatórias das agências, se mostra essencial para a efetivação dos seus direitos.

3.2.1. As dimensões da atuação do consumidor nas agências reguladoras.

¹³³ BRUNA, Sérgio Varella. **As agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 269.

¹³⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico.** Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 137.

O consumidor pode se relacionar com as agências reguladoras sob diversas formas. Ele pode atuar como indivíduo; como ente estatal; como coletivo; e como ator político.¹³⁵

Atuando como indivíduo, o consumidor vê a mais comum e evidente forma de relacionamento dele com a agência reguladora. Ele é simplesmente o usuário do serviço público remunerado e é para onde a maior parte dos direitos elencados na CF, no CDC e em outras leis está direcionada, pois é nessa situação onde ele se apresenta no seu estado mais vulnerável em relação ao mercado.¹³⁶

A CF e o CDC criaram o SNDC, que é formado por vários órgãos estatais e civis, todos atuando com o mesmo intuito de promover e fiscalizar políticas de defesa dos direitos dos consumidores. Aí ocorre a segunda dimensão de relacionamento dos consumidores com as agências reguladoras, onde esses órgãos atuam na agência reguladora em nome da coletividade de consumidores ou de alguma classe representada.¹³⁷

Nesse ponto se destaca a atuação do IDEC junto às agências reguladoras, celebrando diversos acordos visando promover maior participação dos consumidores na regulação da prestação dos serviços públicos. Além de realizar treinamento de consumidores e servidores das agências, com o intuito de amenizar a assimetria informacional.

Como consequência da enorme quantidade de consumidores, cada um apresentando interesses diferentes de seus pares, é muito difícil a criação de grupos e organizações homogêneos representando os interesses da classe. Portanto, entende-se que deve haver políticas para incentivar a criação desses entes, visando

¹³⁵ PÓ, Marcos. “As dimensões dos consumidores na regulação e o posicionamento das agências brasileiras.” In: **Melhoria da regulação no Brasil : o papel da participação e do controle social.**, por Jadir Dias Proença e Carlos Eduardo Resende Prado (org.), 13-33. Brasília: Presidência da República, 2011, p. 20.

¹³⁶ PÓ, Marcos. “As dimensões dos consumidores na regulação e o posicionamento das agências brasileiras.” In: **Melhoria da regulação no Brasil : o papel da participação e do controle social.**, por Jadir Dias Proença e Carlos Eduardo Resende Prado (org.), 13-33. Brasília: Presidência da República, 2011, p. 20.

¹³⁷ PÓ, Marcos. “As dimensões dos consumidores na regulação e o posicionamento das agências brasileiras.” In: **Melhoria da regulação no Brasil : o papel da participação e do controle social.**, por Jadir Dias Proença e Carlos Eduardo Resende Prado (org.), 13-33. Brasília: Presidência da República, 2011, p. 20.

que a maior parte da pluralidade interesses possa estar representada por uma ODC na defesa dos direitos dos consumidores perante às agências reguladoras.¹³⁸

A terceira modalidade de relacionamento ocorre entre as agências e a coletividade de consumidores. Nessa modalidade as agências devem utilizar a informação para capacitar a coletividade dos consumidores para terem capacidade técnica suficiente e participar mais efetivamente da regulação do setor. A proteção da coletividade de consumidores tem bastante destaque no Estado regulador.¹³⁹

Por último aparece o consumidor como ator político no sistema regulatório, participando do controle social da atuação da agência reguladora e, além disso, ele pode participar da avaliação e planejamento de políticas públicas do regulador.¹⁴⁰

3.3. A ANATEL e a participação social na regulação do setor de telecomunicações.

Demonstrada a importância da participação social na regulação dos serviços públicos, mostra-se necessário estudar rapidamente a estrutura e competências da ANATEL para que seja possível situar o assunto até então debatido no órgão regulador do setor de telecomunicações.

Cada agência reguladora tem um regime jurídico próprio, que apresenta diferenças em relação às outras, e que a ANATEL apresenta um tratamento diferenciado para a cidadania dentro do cotidiano da agência.¹⁴¹

¹³⁸ Preocupado com a dificuldade de criação de um grupo em uma coletividade grande e com interesses tão dispersos, o autor ressalta que “deve haver uma preocupação com políticas que incentivem a criação e consolidação de organizações de consumidores para equilibrar a balança de interesses a serem mediados pela regulação, pois a participação dos usuários não é um exercício gratuito”. (PÓ, Marcos. “As dimensões dos consumidores na regulação e o posicionamento das agências brasileiras.” In: **Melhoria da regulação no Brasil : o papel da participação e do controle social.**, por Jadir Dias Proença e Carlos Eduardo Resende Prado (org.), 13-33. Brasília: Presidência da República, 2011, p. 25.).

¹³⁹ PÓ, Marcos. “As dimensões dos consumidores na regulação e o posicionamento das agências brasileiras.” In: **Melhoria da regulação no Brasil : o papel da participação e do controle social.**, por Jadir Dias Proença e Carlos Eduardo Resende Prado (org.), 13-33. Brasília: Presidência da República, 2011, p. 25.

¹⁴⁰ PÓ, Marcos. “As dimensões dos consumidores na regulação e o posicionamento das agências brasileiras.” In: **Melhoria da regulação no Brasil : o papel da participação e do controle social.**, por Jadir Dias Proença e Carlos Eduardo Resende Prado (org.), 13-33. Brasília: Presidência da República, 2011, p. 25.

A ANATEL, criada pela Lei 9.472/97, é a agência reguladora com a competência de regulamentar a prestação do serviço público de telecomunicações. A Emenda Constitucional número 8, de 15 de agosto de 1995, ao modificar o artigo 21, XI, da Constituição Federal, abriu a possibilidade de concessão dos serviços de telecomunicações para empresas sem controle acionário estatal, exigência do texto anterior, dando início ao processo de privatização da prestação dessa modalidade de serviço público.

A Lei 9.472/1997, Lei Geral de Telecomunicações, no art. 60, diz que “serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação”, e o parágrafo primeiro deste mesmo artigo que “telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”.

A LGT logo em seu artigo 1º diz que é competência da União, por meio de um órgão regulador, organizar a exploração dos serviços de telecomunicações, também dispõe no artigo 2º, inciso III, que o Poder Público tem a obrigação de adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários.

Com a mudança de papel do Estado no mercado de telecomunicações, onde ele deixou de atuar como empresário, surgiu a preocupação de que a possível desregulamentação do setor poderia ocasionar a formação de monopólios e oligopólios não estatais, além de sérios prejuízos aos dos direitos dos usuários, devido à sua notável vulnerabilidade.

A LGT, no artigo 8º, criou a ANATEL, com o §2º prevendo que a natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira. Também destinou a ela a competência de adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente, dentre

¹⁴¹ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Manole, 2003, p. 137.

outras, reprimir infrações dos direitos dos usuários. A LGT também dispõe que as diretrizes do setor de telecomunicações, assim como a atuação da ANATEL, devem ser pautadas, dentre outros aspectos, na defesa dos direitos do consumidor do serviço de telecomunicações.

Dentro da agência o órgão responsável pela defesa dos direitos dos usuários, e inclusos nesse grupo os consumidores, é o próprio Conselho Diretor, que atua nessa área por meio do CDUST, criado pela Resolução 107, de 26 de fevereiro de 1999. A LGT proporcionou aos usuários dos serviços de telecomunicações e aos agentes econômicos da área uma amplitude muito maior, em relação às outras agências, de controle e acompanhamento dos atos da ANATEL. Nesse contexto percebe-se que a participação social na regulação do setor de telecomunicações recebeu uma atenção especial do legislador.¹⁴²

Vale ressaltar que o art. 34 da LGT prevê que entidades representativas dos usuários indicarão representantes para participar do conselho consultivo da ANATEL. O que representa mais uma forma de participação dos consumidores na agência.

O artigo 5º da LGT prevê que na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público. E o artigo 127 da mesma Lei diz que a disciplina da exploração dos serviços no regime privado terá por objetivo viabilizar o cumprimento das leis, em especial das relativas às telecomunicações, à ordem econômica e aos direitos dos consumidores.

O Conselho Consultivo, conforme disposição do art. 33 da LGT, é o órgão de participação institucionalizada da sociedade na agência, sendo integrado por representantes indicados pelo Senado Federal, pela Câmara dos Deputados, pelo Poder Executivo, pelas entidades de classe das prestadoras de serviços de telecomunicações, por entidades representativas dos usuários e por entidades representativas da sociedade, nos termos do regulamento¹⁴³. O art. 45 da LGT prevê

¹⁴² MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Manole, 2003, p. 137.

¹⁴³ Artigo 34 da LGT.

que a agência terá um ouvidor, nomeado pelo Presidente da República, ampliando o acesso do público à agência.

A privatização da prestação dos serviços públicos ocorreu concomitantemente com a criação das agências reguladoras, o que causou dificuldades para os setores regulados, tanto pelo desconhecimento dos consumidores da atuação das agências quanto pela mudança de foco dos prestadores dos serviços, que agora visavam à maximização dos lucros.

Logo, esse foi um período de dificuldades para os usuários e, conseqüentemente, para os órgãos de proteção dos direitos desta classe, que se esforçaram ao máximo para atender as demandas de usuários, que não conheciam os novos atores do setor, contra as concessionárias, que ainda não compreendiam a natureza especial deste tipo atividade econômica.¹⁴⁴

Nos anos de 2003, 2004 e 2006 o IDEC avaliou as agências reguladoras e quanto a ANATEL percebeu-se que a sua atuação na proteção dos interesses dos consumidores continuava apresentando deficiências.¹⁴⁵

A conclusão do estudo, junto com as recomendações do IDEC, foi que as agências ainda precisavam aumentar o espaço de participação social dentro delas, capacitando usuários e organizações de defesa dos consumidores para terem condições de agir na complexa regulação do setor. Devendo ser lembrado que o intuito do aumento da participação social do processo regulatório é equilibrar a balança de interesses na atividade de regulação e impedir que as agências atuem de forma separada da realidade da sociedade. O IDEC entendeu que as agências deveriam se articular mais com as ODCs e com o SINDEC, para tratar da defesa dos direitos dos consumidores de forma menos individual.

Também foi recomendado que as agências reguladoras abrissem mais possibilidades de acompanhamento do processo decisório, conseqüentemente dando mais transparência a ele. Por fim, o estudo percebeu que para as agências o

¹⁴⁴ LIPORACE, Teresa D. "Perspectivas e desafios à participação social na regulação." In: **Melhoria da regulação no Brasil : o papel da participação e do controle social**, por organizadores Jadir Dias Proença e Carlos Eduardo Resende Prado, 235-254. Brasília: Presidência da República, 2011.

¹⁴⁵ "A repressão a abusos continua lenta e ineficaz, sem as necessárias punições e multas a empresas infratoras. Permanecem grandes os problemas enfrentados pelo consumidor, desde a dificuldade de acesso aos serviços até a sua má prestação, passando pelo atendimento ruim. A universalização da telefonia fixa permanece pendente, e os postos de atendimento não foram reabertos. A própria Anatel fechou o seu *call center* por alguns dias no ano de 2005". (IDEC. "Revista do IDEC." *Site do IDEC*. Março de 2006. <http://www.idec.org.br/pdf/agencia-reguladoras.pdf> (acesso em 06 de Maio de 2013), p. 22).

consumidor se apresentava apenas uma parte do mercado regulado, não reconhecendo as vulnerabilidades típicas desta classe. Então o IDEC concluiu como necessário dar mais atenção à proteção dos direitos dos consumidores, dada a sua vulnerabilidade em relação aos outros elementos do setor regulado.¹⁴⁶

A ANATEL, reconhecendo deficiências em sua atividade regulatória, realizou um acordo de cooperação com o IDEC visando o aumentar a participação social no processo de regulação, através da participação no Programa de Fortalecimento da Capacidade Técnica da Participação Social da Regulação. Foram estabelecidas metas para o aumento de transparência institucional da agência, capacitação de ODCs e treinamento dos servidores da agência. Esse último objetivando internalizar a consciência da importância da participação social no processo regulatório, assim como dar maior ênfase à proteção dos direitos dos consumidores.¹⁴⁷

O grande desafio da ANATEL nesse acordo foi encontrar saídas para fortalecer a participação da participação social na regulação do setor de telecomunicações, superando as suas limitações naturais.¹⁴⁸

A capacitação dos servidores da ANATEL foi eficaz, internalizando na agência o conhecimento da legislação consumerista e dos diferentes entes que atuam em prol da defesa do consumidor. Consequentemente ampliando o uso dessas ferramentas no cotidiano da regulação e também abrindo novos portar para a comunicação da agência e o outros integrantes do SNDC.¹⁴⁹

O resultado deste plano foi positivo, as agências pilotos, ANATEL e ANVISA, mudaram a sua política interna, passando a dar mais ênfase à participação da sociedade nos seus processos regulatórios e abrindo mais canais de comunicação. Já as ODCs passaram a entender que a regulação dos setores, desde que bem encaminhada, é um meio para solucionar os problemas dos consumidores e garantir

¹⁴⁶ *Site do IDEC*. Março de 2006. <http://www.idec.org.br/pdf/agencia-reguladoras.pdf> (acesso em 06 de Maio de 2013), p. 22.

¹⁴⁷ MARIZE, Rúbia. "A Experiência Piloto da ANATEL." In: **Melhoria da regulação no Brasil: o papel da participação e do controle social**, por Jadir Dias Proença (org.), & e (org.) Carlos Eduardo Resende Prado, 215-226. Brasília: Presidência da República, 2011, p. 217.

¹⁴⁸ MARIZE, Rúbia. "A Experiência Piloto da ANATEL." In: **Melhoria da regulação no Brasil: o papel da participação e do controle social**, por Jadir Dias Proença (org.), & e (org.) Carlos Eduardo Resende Prado, 215-226. Brasília: Presidência da República, 2011, p. 219.

¹⁴⁹ LIPORACE, Teresa D. "O Programa de Fortalecimento da Capacidade Técnica da Participação Social da Regulação." In: **Melhoria da regulação no Brasil : o papel da participação e do controle social**, por organizadores Jadir Dias Proença e Carlos Eduardo Resende Prado, 161-185. Brasília: Presidência da República, 2011, p. 168-169

a proteção de seus direitos. A mudança de postura da agência e das ODCs facilitou o diálogo entre elas, aumentando a participação social na regulação.¹⁵⁰

Como consequência da participação no Programa de Fortalecimento da Capacidade Técnica da Participação Social no Processo Regulatório, em outubro de 2010 a ANATEL apresentou o Plano de Ação Pró-Usuário¹⁵¹. Ele visa aperfeiçoar e ampliar no âmbito da Anatel as ações de proteção dos direitos do consumidor por meio de uma política específica que promova o fortalecimento da cultura interna em prol do consumidor, as parcerias com instituições, a transparência e a participação da sociedade no processo regulatório, de modo que a Agência torne-se referência sobre o assunto.¹⁵²

O plano também ressalta quais são os entraves para uma maior participação dos usuários na regulação do setor de telecomunicações, e aponta metas e soluções para os problemas.¹⁵³

Reconhecidos os motivos que levam ao afastamento da sociedade da regulação do setor, são apontadas cinco estratégias diferentes para solucionar o problema, são elas¹⁵⁴: promover a internalização da importância da proteção aos direitos dos consumidores de serviços de telecomunicações no âmbito da Anatel; proporcionar às instituições que atuam na proteção e defesa do consumidor e aos cidadãos maior participação nos processos regulatórios da Anatel; promover parcerias com os órgãos oficiais de defesa do consumidor, tais como Ministério Público, Ministério da Justiça, PROCONs e entidades representativas da sociedade organizada, bem como com os órgãos oficiais de defesa da concorrência; intensificar a atuação da Anatel junto às prestadoras com vistas à melhoria da qualidade dos serviços de telecomunicação na visão do consumidor.

¹⁵⁰ MARIZE, Rúbia. "A Experiência Piloto da ANATEL." In: **Melhoria da regulação no Brasil: o papel da participação e do controle social**, por Jadir Dias Proença (org.), & e (org.) Carlos Eduardo Resende Prado, 215-226. Brasília: Presidência da República, 2011, p. 226.

¹⁵¹ Anexo 1.

¹⁵² Plano de Ação Pró-Usuário, página 4.

¹⁵³ "Reduzir a assimetria de informação dos consumidores e de seus representantes em relação aos entes regulados; Ampliar a participação do consumidor nas consultas e audiências públicas; Traduzir para a sociedade as informações técnicas da Agência; Fortalecer a atuação das organizações de defesa do consumidor no processo regulatório; Aprimorar o atendimento ao consumidor pela Agência, particularmente nos aspectos tático e estratégico, ampliando a comunicação com o consumidor; Viabilizar recursos financeiros para incremento da participação de representantes dos consumidores nos processos de regulação; Fortalecer a Anatel no tratamento de temas afetos aos usuários dos serviços de telecomunicações". (Plano de Ação Pró-Usuário, página 3).

¹⁵⁴ Plano de Ação Pró-Usuário, página 4.

Denota-se que a ANATEL já realizou várias ações com o intuito de aumentar a participação social dentro da regulação do setor de telecomunicações, seja pelo consumidor individual, ODCs ou por entidades integrantes do SNDC. Além de internalizar na cultura da própria agência práticas visando à proteção dos direitos dos consumidores.¹⁵⁵

O resultado dos projetos de fortalecimento da participação social no processo regulatório no âmbito na ANATEL se mostraram bastante positivos, além de implementar dentro da agência a cultura de proteção aos direitos do consumidor, foram criados e aprimorados diversos canais de comunicação com a sociedade, seja através de agenda regulatória, onde os consumidores e as ODCs podem acompanhar a regulação do setor de telecomunicações, ou de ouvidorias, para atender às reclamações dos usuários. Atualmente, a proteção dos direitos dos consumidores tem mais destaque na atividade da agência, eles não são vistos apenas como mais um fator do mercado a ser regulado.

Outra mudança significativa foi o aumento da transparência da agência, quase todos os atos da ANATEL são submetidos à consulta pública ou levados às audiências públicas realizadas por ela.¹⁵⁶

Agora atentas às vulnerabilidades dos consumidores, a ANATEL percebeu que a simples consulta pública não é maneira para que efetivamente ocorra a participação social na regulação do setor de telecomunicações. As empresas prestadoras e suas entidades de classe, que buscam proteger os seus interesses nesses ambientes, sempre representaram a grande maioria de participações nas Consultas Públicas realizadas pela agência. Os consumidores, em sua grande maioria, se viram afastados dessa forma de participação, seja pelo alto grau de complexidade dos assuntos abordados ou pela dificuldade de organização da classe¹⁵⁷. Conseqüentemente, o aumento do número de Consultas Públicas não se

¹⁵⁵ MARIZE, Rúbia. "A Experiência Piloto da ANATEL." In: **Melhoria da regulação no Brasil: o papel da participação e do controle social**, por Jadir Dias Proença (org.), & e (org.) Carlos Eduardo Resende Prado, 215-226. Brasília: Presidência da República, 2011, p. 221.

¹⁵⁶ MARIZE, Rúbia. "A Experiência Piloto da ANATEL." In: **Melhoria da regulação no Brasil: o papel da participação e do controle social**, por Jadir Dias Proença (org.), & e (org.) Carlos Eduardo Resende Prado, 215-226. Brasília: Presidência da República, 2011, p. 218.

¹⁵⁷ ANATEL. "Relatório da Ouvidoria da ANATEL". *Site da ANATEL*. Junho de 2005. <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=114466&assuntoPublicacao=Relat%F3rio%20da%20Ouvidoria%20%20->

mostrou suficientemente eficaz para a ocorrência de real participação social nas atividade regulatória.

A Ouvidoria tem desempenhado importante papel na diminuição dessa desigualdade levando para as Consultas Públicas propostas baseadas reclamações realizadas pelos consumidores¹⁵⁸.

3.4. Conclusões do capítulo.

A participação social na atividade regulatória das agências reguladoras é necessária para que a proteção dos direitos dos consumidores seja realmente efetivada nos setores econômicos de serviços públicos. Mas para isso alguns obstáculos devem ser superados, como a necessidade de capacitar tecnicamente os consumidores para terem condições de ser parte da regulação econômica e a abertura da agência para entidades que representes dos interesses desses usuários.

Além disso, se mostrou importante o treinamento dos servidores das agências, para que fosse internalizada a consciência da importância da proteção aos direitos dos consumidores no cotidiano do ente regulador. Também merecem destaque os canais de ouvidoria das agências, com o intuito de receber as críticas e sugestões dos consumidores e coloca-las em bancos de dados que sirvam de marcos orientadores para a regulação. Esse *feedback* do consumidor é muito importante para a qualidade da regulação econômica pela agência, como demonstrado no início do capítulo.

Se destaca a atuação das ODCs junto às agências, como os principais interlocutores da proteção dos direitos dos consumidores, dada a dificuldade de organização da classe. Inclusive, uma das principais ideias para o aumento da participação social nas agências reguladoras é uma maior ligação entre os entes reguladores as ODCs.

A ANATEL, ao realizar acordo com o IDEC e participar do Programa de Fortalecimento da Capacidade Técnica da Participação Social no Processo

%20%20Jun/2004%20a%20Jun/2005%20&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=conheca_anatel/ouvidoria/relatorio_ouvidoria_jun04jun05.pdf (acesso em 05 de agosto de 2013), p. 33.

¹⁵⁸ Dentre essas propostas tem-se como exemplo as suspensões de venda de novos planos de telefonia móvel

Regulatório, realizou importantes mudanças estruturais e na conscientização da agência, permitindo um contato muito maior com a sociedade, passando a ser usada como exemplo para outras agências.

CONCLUSÕES

Percebe-se ao longo da história que sempre houve presença do Estado no domínio econômico e ela sofreu movimentos pendulares, em certos momentos era mais atuante e em outros menos, variando de acordo com os movimentos impostos pelas crises econômicas. A regulação econômica pelo ente estatal, desde que bem dosada, mostrou-se meio eficiente para garantir a efetivação dos direitos dos indivíduos, com ênfase na proteção dos direitos coletivos, e de manutenção do equilíbrio do mercado.

A Constituição Federal delimita o papel do Estado e da iniciativa privada no domínio mercadológico, enumerando em *numerus clausus* quais são os serviços públicos presentes na realidade brasileira. Portanto, de acordo com o art. 21, XI, da CF, os serviços de telecomunicações são públicos, de competência da União e, conseqüentemente, sujeitos às disposições especiais desta classe de atividade econômica.

A estratégia vinda com as reformas aparelho estatal e da ordem econômica da década de 1990 privilegiou a execução dos serviços públicos por parte da iniciativa privada, através de emendas constitucionais, e centralizou a regulação dessas atividades nas agências reguladoras.

É nesse contexto que surgem as agências, suprindo a ausência da regulação gerencial por parte do Estado, tendo a atribuição de garantir a satisfação do interesse público no setor onde atuam. A ANATEL é a agência responsável pela regulação do setor de telecomunicações brasileiro.

A alteração do papel do Estado, juntamente com a sublimação de alguns princípios liberais, como o excesso de individualismo, foi decisiva para o reconhecimento do consumidor como um indivíduo que apresenta vulnerabilidades quando interage no mercado. Com base nisso surgiram mecanismos para a proteção dos direitos dos consumidores, individual e coletivamente.

A Constituição Federal reconheceu e garantiu a todos os consumidores a proteção de seus direitos, além de enquadrá-la como princípio norteador da ordem econômica nacional. A CF também estabelece que a proteção dos direitos dos consumidores é garantia fundamental, devendo o Estado promover esta proteção, na forma da lei.

O CDC dispõe que os serviços públicos, independentemente de serem prestados pelo Estado ou pela iniciativa privada, podem ser classificados como relação de consumo. Portanto, os usuários têm a sua vulnerabilidade reconhecida e estão amparados por toda a legislação consumerista e pela atuação do Estado.

As agências reguladoras são criações de países com uma realidade social e jurídica bastante diferente da que é encontrada no Brasil. Sua implantação no direito brasileiro foi feita de maneira bastante abrupta, através de pressão de organismos internacionais. Como consequência dessa pressão não foram criados os necessários marcos regulatórios bem definidos, apenas diretrizes abstratas e pouco delimitadas.

A simultaneidade entre a criação das agências e a privatização dos setores por elas regulados não permitiu que fossem realizados os devidos estudos antes de começarem a atuar, o que causou transtornos, pois os novos atores ainda não eram conhecidos pelo mercado.

O surgimento das agências reguladoras abriu mais uma possibilidade de participação na regulação por parte dos consumidores, que já atuavam nesse segmento através de suas escolhas no mercado, que sempre trazem consequências para eles e para os fornecedores.

É papel da ANATEL, como agente que visa a satisfação do interesse público, a proteção dos direitos do consumidor, assim como dos outros princípios que norteiam a ordem econômica brasileira, na regulação do setor de telecomunicações.

A ANATEL, assim como qualquer outra agência reguladora, está sujeita a pressões durante o processo regulatório, o que torna ainda mais importante a participação dos consumidores, agindo como contrapeso das outras fontes de pressão. As vulnerabilidades, como a técnica e a informacional, acabam afastando-os do cotidiano da regulação. Portanto, se entende que a agência deve promover políticas para aproximar a sociedade da atividade regulatória, bem como aumentar os canais de comunicação com os consumidores e conscientizar os seus servidores para agir em prol destas políticas.

As ações realizadas em conjunto entre o IDEC e a ANATEL abriram novas possibilidades para os usuários participarem do processo regulatório, seja individualmente ou representados pelas ODCs. As suas reclamações passaram a ser ouvidas e devidamente analisadas pela agência. Além disso, a internalização

dos ideais consumeristas na agência estreitou essa relação, ela passou a compreender melhor que a participação na regulação pode ser meio de proteção dos direitos dos consumidores e fator que facilita a manutenção do equilíbrio no mercado.

A proteção dos direitos dos consumidores tem que ser considerada pelas agências reguladoras, não apenas na sua forma imediata, mas também como um meio de manter o equilíbrio do setor regulado, pois já restou evidenciado neste trabalho que a atuação dos consumidores nos mercados é importante para que ele se mantenha em estado de equilíbrio. Nos períodos onde ocorreram grandes distorções mercadológicas foram marcados por sérias e duradouras crises econômicas.

A Agência Nacional de Telecomunicações já realizou importantes avanços na inserção da proteção dos consumidores na sua agenda regulatória. Mas ainda precisa ser feito mais, o setor sofre com tarifas elevadas e falta de qualidade na prestação dos serviços, restando uma participação social ainda maior como um dos principais meios para que essa melhoria possa ser realmente alcançada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Serviços Públicos: doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ANATEL. “Relatório da Ouvidoria da ANATEL”. *Site da ANATEL*. Junho de 2005. http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=114466&assuntoPublicacao=Relat%F3rio%20da%20Ouvidoria%20%20-%20%20Jun/2004%20a%20Jun/2005%20&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=conheca_anatel/ouvidoria/relatorio_ouvidoria_jun04jun05.pdf (acesso em 05 de agosto de 2013).

ARANHA, Márcio Iório. “Agências: sua Introdução no Modelo Jurídico-Administrativo Brasileiro”. In: **O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as Agências e o Terceiro Setor**, por organizadora Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira, 165-180. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

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.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Edição. São Paulo, São Paulo: Malheiros, 2008.

BRESSER-PEREIRA, Luis Carlos. “Do Estado patrimonial ao gerencial.” In: **Brasil: Um século de Transformações**, por Wilhelm e Sachs (orgs.) Pinheiro, 222-259. São Paulo: Cia. das Letras, 2001.

BRUNA, Sérgio Varella. **As agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CAL, Ariane Brito Rodrigues. **As agências reguladoras no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

DE CARVALHO, Vinicius Marques. **Regulação, Direito e Democracia**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24ª Edição. São Paulo: Atlas, 2011.

EFING, Antônio Carlos (Coord.). **Agências reguladoras e a proteção do consumidor brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14ª Edição. São Paulo, São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

GUNN, Lisa. “Propostas para o fortalecimento das organizações de consumidores.” In: **Melhoria da regulação no Brasil: o papel da participação e do controle social**, por organizadores Jadir Dias Proença e Carlos Eduardo Resende Prado, 261-270. Brasília: Presidência da República, 2011.

IDEC. “Revista do IDEC.” *Site do IDEC*. Março de 2006. <http://www.idec.org.br/pdf/agencia-reguladoras.pdf> (acesso em 06 de Maio de 2013).

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras**. São Paulo: Dialética, 2002.

LIPORACE, Teresa D. “O Programa de Fortalecimento da Capacidade Técnica da Participação Social da Regulação.” In: **Melhoria da regulação no Brasil : o papel da participação e do controle social**, por organizadores Jadir Dias Proença e Carlos Eduardo Resende Prado, 161-185. Brasília: Presidência da República, 2011.

LIPORACE, Teresa D. “Perspectivas e desafios à participação social na regulação.” In: **Melhoria da regulação no Brasil : o papel da participação e do controle social**, por organizadores Jadir Dias Proença e Carlos Eduardo Resende Prado, 235-254. Brasília: Presidência da República, 2011.

MARIZE, Rúbia. “A Experiência Piloto da ANATEL.” In: **Melhoria da regulação no Brasil: o papel da participação e do controle social**, por Jadir Dias Proença (org.), & e (org.) Carlos Eduardo Resende Prado, 215-226. Brasília: Presidência da República, 2011.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MELLO, Sônia Maria Viera de. **O Direito do Consumidor na Era da Globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Manole, 2003.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A proteção constitucional do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREIRA, Juliana. “Perspectivas e desafios à participação social na Regulação.” In: **Melhoria da regulação no Brasil : o papel da participação e do controle social.**, por Jadir Dias Proença e Carlos Eduardo Resende Prado (org.), 255-260. Brasília: Presidência da República, 2011.

PÓ, Marcos. “As dimensões dos consumidores na regulação e o posicionamento das agências brasileiras.” In: **Melhoria da regulação no Brasil : o papel da participação e do controle social.**, por Jadir Dias Proença e Carlos Eduardo Resende Prado (org.), 13-33. Brasília: Presidência da República, 2011.

TEIXEIRA, José Elaéres Marques. “**Conquistas obtidas pelos consumidores e proposta de reformulação do CDC em curso no Senado Federal**”. Site do Senado Federal.
http://www.senado.gov.br/comissoes/cma/ap/AP20110413_Jose_Teixeira.pdf
(acesso em 20 de agosto de 2013).

VARELLA, Guilherme. “**Regulação com participação popular: a peça que falta nas telecomunicações.**” *Site do IDEC*. 23 de setembro de 2010.
<http://www.idec.org.br/em-acao/artigo/regulaco-com-participaco-popular-a-peca-que-falta-nas-telecomunicacoes> (acesso em 30 de abril de 2013).

VILLELA, Annibal V., e Cláudio S. MACIEL. **A Regulação do Setor de Infra-Estrutura Econômica: uma comparação internacional**. Brasília: IPEA, 1999.