

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
MESTRADO EM DIREITO, RELAÇÕES INTERNACIONAIS E
DESENVOLVIMENTO.

**O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NA
AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR**

Goiânia

2010

MÁRCIO LOPES TOLEDO

**O Papel das Agências Reguladoras na Afirmação dos Direitos do
Consumidor**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, para obtenção do título de Mestre, sob a orientação do Professor Dr. Ari Ferreira de Queiroz.

Goiânia

2010

O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NA AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR.

Acadêmico: Márcio Lopes Toledo

Orientador: Prof. Dr. Ari Ferreira de Queiroz

Aprovada em / /

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Ari Ferreira de Queiroz

Pontifícia Universidade Católica de Goiás – Goiânia-GO

Assinatura: _____

Professora Doutora Glacy Odete Rachid Botelho

Pontifícia Universidade Católica de Goiás – Goiânia-GO

Assinatura: _____

Professor Doutor Maurício José Nardini

Unievangélica – Anápolis-GO

Assinatura: _____

*Dedico este trabalho aos consumidores de todo o mundo,
na esperança de que a afirmação de seus direitos seja
concomitante à inclusão dos despossuídos e famintos.*

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela graça do estudo e bênção do conhecimento. À minha família, repositório das minhas certezas, especialmente à minha esposa Yashmin, pela compreensão, incentivo e ajuda. Ao meu filho, Henrique, pela renovação da esperança de um mundo melhor. A todos os amigos e professores que me ajudaram na realização deste trabalho, especialmente aos integrantes do programa de Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da PUC-Goiás. Ao Doutor Ari Ferreira de Queiroz, pelo apoio e estímulo durante esta pesquisa.

A luta pelos direitos teve como primeiro adversário o poder religioso; depois, o poder político; e, por fim, o poder econômico.

(Norberto Bobbio. *In*, A Era dos Direitos).

RESUMO: As agências reguladoras surgiram como inovação no sistema jurídico brasileiro, particularmente a partir dos anos 90 do século XX. Assumiram a função de garantir o cumprimento dos contratos de concessão, permissão ou autorização de serviços e bens públicos, nortear os marcos legais aplicáveis às atividades exploradas e assegurar o respeito aos direitos do consumidor. O surgimento desses entes reguladores é concomitante à reforma do Estado brasileiro, iniciada, em especial, a partir de 1994, que buscava implementar uma administração gerencial que superasse seus entraves burocráticos. Representam inovação no arranjo institucional brasileiro e na configuração tradicional do Estado porque são entes dotados de autonomia política, apesar de alocados no interior da estrutura burocrática convencional. Em outras palavras, seus dirigentes possuem mandato fixo e não podem ser exonerados ou demitidos pelo chefe do executivo, bem como não se submetem às ordens ou opções gerenciais deste. Além disso, seu poder regulamentar, que funciona como estruturante dos marcos a serem seguidos pelos agentes econômicos, constitui força normativa de consequências intrigantes para o mundo jurídico nacional. A Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL – é estudada de forma mais detalhada para, a partir de sua realidade, compreender a atuação das demais agências reguladoras. Também é estudada a evolução histórica do consumidor, inclusive nos Estados Unidos da América, berço do direito consumerista. A conexão entre consumidores e agências reguladoras é feita através da análise dos mecanismos de proteção que lhe são dispensados e da interação com os demais órgãos que agem em sua defesa. Daí emerge a análise de sua efetividade.

Palavras-chave: Agência, Regulador, Estado, Administrativo, Consumidor, Efetividade.

ABSTRACT: Regulatory agencies were created as an innovation in the Brazilian judicial system, particularly in the 90's of the 20th century. Their function was to uphold contracts codifying and enforcing rules and regulations and imposing supervision or oversight for the benefit of the public at large, the main target was the concession, permission or authorization contracts of public services and property. The creation of these regulatory agencies happened concomitantly to the reform of the State of Brazil initiated, specially, in 1994, this reform was an attempt to implement administrative management that would surpass limited expertise and bureaucratic procedures of the organs responsible for this area. They represent innovation in the way the Brazilian institution is set up, as well as in the traditional configuration of the State since these institutions exercise autonomous authority even though these ones are placed inside of the conventional bureaucratic structure. In other words the regulators have complete autonomy and cannot be exonerated or fired by the chief of the executive nor is obliged to follow orders or opinions from the executive branch. Beyond that, its regulating power, that works as a guideline to be followed by the economic agencies, constitutes normative force of intriguing consequences for the national juridical system. The National Telecommunications Agency (Anatel) is studied in profound detail so that from its true form we can understand how the other regulatory agencies work. Also we study the historical evolution of the consumer including its American counterpart, that is the cradle of the Consumer Law. The connection between consumers and regulatory bodies is done through the studying of the mechanisms of protection that are given and through the interaction of the other organs that act in its defence. From this point emerge the analysis of its effectiveness.

Keywords: Agency, Regulator, State, Administrative, Consumer, Effectiveness.

LISTA DE SIGLAS

ABAR: Associação Brasileira de Agências de Regulação.

ABTA: Associação Brasileira de Televisão por Assinatura.

ADASA: Agência Reguladora de Águas e Saneamento Distrital.

AGEAC: Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Acre.

AGENERSA: Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro.

AGEPAN: Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos do Mato Grosso do Sul.

AGER: Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado do Mato Grosso.

AGERBA: Agência de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia.

AGERGS: Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul.

AGERSA: Agência Municipal de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de Cachoeiro de Itapemirim.

AGESC: Agência Reguladora de Serviços Públicos de Santa Catarina.

AGETRANSP: Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro.

AGR: Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos.

AMAE: Agência Municipal de Água e Esgoto de Joinville.

ANA: Agência Nacional de Águas.

ANAC: Agência Nacional da Aviação Civil

ANATEL: Agência Nacional de Telecomunicações.

ANCINE: Agência Nacional do Cinema.

ANEEL: Agência Nacional de Energia Elétrica.

ANP: Agência Nacional do Petróleo.

ANS: Agência Nacional de Saúde Suplementar.

ANTAQ: Agência Nacional de Transportes Aquaviários.

ANTT: Agência Nacional de Transportes Terrestres.

ANVISA: Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

ARCE: Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Ceará.

ARCG: Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de Campo Grande.

ARCON: Agência Estadual de Regulação e Controle dos Serviços Públicos do Pará.

ARPB: Agência de Regulação do Estado da Paraíba.

ARPE: Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Pernambuco.

ARSAE: Agência Reguladora dos Serviços de Água e Esgotos do Município de Mauá.

ARSAEG: Agência Reguladora do Serviço de Água, Esgotos e Resíduos do Município de Guaratinguetá.

ARSAL: Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de Alagoas.

ARSAM: Agência Reguladora dos Serviços Públicos Concedidos do Estado do Amazonas.

ARSBAN: Agência Reguladora de Serviços de Saneamento Básico do Município de Natal.

ARSEP: Agência Reguladora de Serviços Públicos do Rio Grande do Norte.

ARSESP: Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo.

ARTESP: Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo.

ASES: Agência Reguladora de Serviços Concedidos do Estado de Sergipe.

ASPE: Agência de Serviços Públicos de Energia do Estado do Espírito Santo.

ATR: Agência Tocantinense de Regulação Controle e Fiscalização de Serviços Públicos.

BACEN: Banco Central do Brasil.

CMN: Conselho Monetário Nacional.

CADE: Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

DNAE: Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica.

DNC: Departamento Nacional de Combustíveis.

DPDC: Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor.

IAA: Instituto do Açúcar e do Alcool.

IBC: Instituto Brasileiro do Café.

MARE: Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado.

PADO: procedimento para apuração de descumprimento de obrigação.

SBDC: Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

SDE: Secretaria de Direito Econômico.

SEAE: Secretaria de Acompanhamento Econômico.

SUMÁRIO

	p.
INTRODUÇÃO	14
CAPÍTULO I – CRISE DO ESTADO	18
1 Contexto global	18
2 O estado fraco e o forte	21
3 Reforma do estado brasileiro	24
CAPÍTULO II – AGÊNCIAS REGULADORAS	28
1 Origem	31
2 Conceito	34
3 Natureza jurídica	35
4 Características	36
4.1 Noções	36
4.2 Autonomia	37
4.3 Capacidade normativa	40
4.4 Capacidade julgadora	44
4.5 Capacidade fiscalizadora	45
4.6 Capacidade sancionatória	46
5 Agências reguladoras federais, estaduais e municipais	47
CAPÍTULO III – AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES	53
1 Estrutura	53
2 Atribuições	57
3 Mecanismos de relação com o consumidor	61
4 Visão da ouvidoria sobre a atuação da Agência Nacional de Telecomunicações	65
CAPÍTULO IV – AGÊNCIAS REGULADORAS E DIREITOS DOS CONSUMIDORES	68
1 Do investidor ao consumidor	68

2	O consumidor: sujeito de direitos	76
2.1	Conceito de consumidor	76
2.2	Evolução histórica da defesa do consumidor	78
2.3	Consumidores e usuários	81
3	Interação com o Sistema Brasileira de Defesa da Concorrência.....	82
4	Interação com órgãos de defesa do consumidor	84
4.1	Interação com o Ministério Público.....	86
4.2	Interação com o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor e PROCON'S	88
	CONCLUSÃO	92
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	95

INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro, por meio de administradores escolhidos democraticamente, fez a partir dos anos 90 do século passado clara opção pela transferência da execução e exploração de variados serviços e bens públicos para empresas privadas, a exemplo dos serviços de telecomunicações, energia elétrica, exploração de petróleo, entre outros.

Essa vertente desestatizante tem sido acompanhada da criação de agências reguladoras com o intuito de fiscalizar e regulamentar a atuação dos agentes privados. Tais agências representam uma das formas de o poder público limitar os excessos do capital privado e buscam, em última instância, a prestação de serviços eficientes a preços justos e harmonizados com o objetivo do Estado de satisfazer os interesses da população.

Atualmente, o país conta com dez agências reguladoras da atividade econômica na esfera federal, sendo elas:

AGÊNCIA REGULADORA	INSTRUMENTO LEGAL E DATA DE CRIAÇÃO
ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica	Lei n. 9.427, de 26/12/1996
ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações	Lei n. 9.472, de 16/07/1997
ANP – Agência Nacional do Petróleo	Lei n. 9.478, de 06/08/1997
ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária	Lei n. 9.782, de 26/01/1999
ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar	Lei n. 9.961, de 28/01/2000
ANA – Agência Nacional de Águas	Lei n. 9.984, de 17/07/2000

ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres	Lei n. 10.233, de 05/06/2001
ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários	Lei n. 10.233, de 05/06/2001
ANCINE – Agência Nacional do Cinema	Medida Provisória n. 2.228, de 06/09/2001
ANAC – Agência Nacional da Aviação Civil	Lei n. 11.182, de 27/09/2005

O consumidor tem sido notado com importância crescente nas relações sociais contemporâneas. Por isso, tem sido relevante sua presença na formulação de políticas públicas e construção legislativa. É por esse protagonismo que as propostas governamentais de regulação inserem, quase sempre, garantias que lhe protegem contra os excessos criados pelo ambiente ganancioso do capitalismo.

No contexto de crescente presença das agências na regulação da atividade econômica, a sociedade tem questionado de forma contundente a atuação de algumas delas, de onde emergem informes de inoperância e incapacidade de responder a suas demandas, conforme demonstram, por exemplo, os recorrentes problemas verificados na prestação de serviços de telecomunicações e aviação. Há, portanto, necessidade de se analisar os efeitos e a extensão da atuação dessas agências enquanto garantidoras da prestação de serviços públicos de qualidade e de efetivo respeito aos consumidores.

Exemplo dessa investigação pode ser extraído de verificação da interação das agências reguladoras com o Sistema Brasileira de Defesa da Concorrência – SBDC, com os órgãos de defesa do consumidor, particularmente PROCON's e Ministério Público, a fim de dimensionar sua efetividade.

No universo do Direito Administrativo, ramo no qual se situa esta investigação, a criação, estruturação e funcionamento das agências reguladoras têm causado interesse crescente, sobretudo no que tange ao alcance da regulação da atividade econômica, consolidação de marcos regulatórios, sua natureza jurídica, características, autonomia e capacidades. Todas são questões enfrentadas nas linhas a seguir, as quais pretendem contribuir para o enriquecimento da matéria. O cerne do trabalho consiste em esclarecer se as agências

reguladoras estão atuando no sentido de fazer respeitar os direitos do consumidor brasileiro, o que evidencia a intersecção do estudo com o Direito do Consumidor.

Para alcançar esse objetivo o trabalho foi estruturado de modo a discutir a crise do Estado brasileiro, fonte das propostas da reforma de que as agências reguladoras são parte; esclarecer o conceito de agência reguladora, sua origem, características e capacidades; pontuar a ANATEL como estudo de caso para compreensão mais ampla da regulação; identificar as demais agências reguladoras federais, estaduais e municipais; estabelecer o conceito de consumidor e sua evolução histórica; e, por fim, analisar a interação das agências reguladoras com os demais órgãos de defesa do consumidor brasileiro.

Sem dúvida, a maneira como foi efetuada a inserção desses entes reguladores no cenário nacional, sua forma de atuação, objetivos e resultados produzidos até aqui, são instrumentos de pesquisa valiosos para sua compreensão. Fundamental, no entanto, para entendimento mais amplo dessa temática, perscrutar as razões pelas quais o Estado brasileiro optou pela criação desses agentes reguladores. Por isso, a avaliação da crise recente do Estado nacional e seus consectários fizeram-se meios necessários para melhor desenvolvimento do tema.

Pode-se dizer que as agências reguladoras inovam no arranjo institucional brasileiro e na configuração tradicional do Estado. São entes públicos dotados de autonomia política, apesar de alocados no interior da estrutura burocrática convencional. Em outras palavras, seus dirigentes possuem mandato fixo e não podem ser exonerados ou demitidos pelo chefe do executivo, bem como não se submetem às ordens ou opções gerenciais deste.

Ademais, a estruturação dos marcos regulatórios por meio de seu poder regulamentar tem provocado enorme debate no cenário jurídico brasileiro, mormente pela força normativa que representa para os agentes econômicos que exploram os serviços e bens públicos, bem como pela ausência de assento constitucional.

Tendo em vista a enormidade de informações e particularidades de cada agência e segmento econômico regulado, que dificulta uma análise ampla, optou-se por um estudo mais detalhado da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, como meio de extrair informações concretas sobre o exercício de suas funções e, a partir desses dados, estabelecer

relação com a atuação das demais agências reguladoras. A escolha não foi aleatória. Decorre dos seguintes dados:

a) A ANATEL foi a segunda agência reguladora criada em nosso ordenamento jurídico (1997). Portanto, tem história de intervenção sobre a atividade econômica suficiente para ensejar análise mais profícua;

b) a regulação do setor de telecomunicações tem sido dinâmica: a telefonia ganhou ares de universalidade e trouxe consigo o problema do preço e da qualidade dos serviços; a telefonia móvel ultrapassou o número de acessos da telefonia fixa e remete a vários conflitos com os consumidores; a internet, além das demandas sobre o acesso à rede mundial de computadores, tem criado outro canal de comunicação, através de serviços de voz sobre IP (VoIP), que desafia a regulamentação; o controle da TV por assinatura e a utilização de ondas de rádio também integram seu espectro de atuação. Tudo isso demonstra o potencial de interferência dessa agência nas relações de consumo no Brasil;

c) e também porque essa agência possui razoável nível de estruturação, que, aliado à crescente demanda de sua intervenção, permite análise paradigmática das demais agências reguladoras brasileiras.

O serviço público aqui discutido diz respeito ao prestado pelo concessionário, permissionário ou autorizado pela Administração Pública, a qual se utiliza das agências reguladoras como instrumento de controle da atividade que poderia prestar diretamente, mas por conveniência transferiu ao particular.

A abordagem sobre o consumidor, em especial o brasileiro, é iniciada com a busca de sua conceituação, com menção às variantes opções da doutrina e jurisprudência nacional. A evolução histórica da ideia de consumidor, inclusive nos Estados Unidos da América, berço do direito consumerista, e os mecanismos de proteção que lhe são dispensados, constituem os meios utilizados para estabelecer conexão com as agências reguladoras.

Por fim, após a análise da interação com os o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e os demais órgãos de defesa do consumidor, estabelece-se o liame definitivo entre agências reguladoras e consumidores, proposta deste trabalho investigativo, e é analisada a efetividade de sua atuação na afirmação de seus direitos.

CAPÍTULO I - CRISE DO ESTADO

1 Contexto global

É amplamente debatida na seara acadêmica a crise experimentada pelo Estado. Esse fato deriva, muito provavelmente, da constatação de que os questionamentos sobre as vantagens e desvantagens da organização estatal para dada ordem econômica, social e política, têm sido recorrentes.

Também é certo que essas crises reclamam várias alterações nas estruturas de poder, sobretudo na condução da economia, o que, por consequência, resulta em limitações de forma e conteúdo na determinação das demais políticas públicas produzidas. As constantes alterações nos paradigmas civilizatórios conduzem o Estado a uma crise permanente e o que tem mudado ao longo do tempo é apenas sua natureza e os meios pelos quais as alterações são operadas. Um pouco como o próprio homem...

É precisamente nesse contexto de questionamento do Estado que surgem no cenário brasileiro as agências reguladoras, as quais são retratadas neste trabalho à luz de sua relação com os direitos dos consumidores.

A globalização (ou mundialização) – que é de verdade globalizante apenas para o capital¹ – tem enquadrado os Estados nacionais de forma intensa. Qualquer país da atualidade que busque inserção no mercado transnacional de trocas deve se submeter a várias regras, as quais, em grande parte, são injustas. Isso fica evidente quando se observa a liberdade que o capital internacional, mormente o alocado na especulação financeira, possui para entrar e sair dos países.

¹ Nota-se que, apesar da diminuição das distâncias com o incremento tecnológico da internet e do progresso nos meios de transporte, os países desenvolvidos têm rebatido os fluxos migratórios com leis cada vez mais severas.

Ilustra esse processo o fato de que rotineiramente compensa ao especulador tomar empréstimos a juros baixos no Japão e aplicar a juros altos no Brasil. Quando se discute a imposição de limites para essas práticas especulativas, tendo em vista o risco constante que representam para economias débeis, os países centrais (aqui entendidos como ricos) não assumem compromissos. Afinal, o lucro que esse capital especulativo auferi nas economias subdesenvolvidas é proveitoso para eles.

A leitura é simples: as conquistas dos séculos passados, com ocupação de países e implantação de colônias, é coisa, literalmente, do passado. Por que ter tanto trabalho se é mais fácil e segura a exploração operada via sistema de trocas e via sistema financeiro internacional? A rude opção da invasão e ocupação só é utilizada atualmente diante da necessidade de assegurar o fornecimento de petróleo e lucros à indústria bélica, conforme ilustra o exemplo iraquiano, indicativo da prevalência do poder.

As recentes discussões sobre a rodada de Doha², fórum no qual os países discutem meios para liberalizar e conferir maior justiça no comércio internacional, também é parte desse quadro. De um lado, postam-se os países subdesenvolvidos, que peticionam maior redução das barreiras para seus produtos primários, historicamente penalizados. De outro, os países ricos, que defendem a manutenção de seus subsídios e barreiras protecionistas, bem como a liberação do comércio mundial para os produtos industrializados e serviços, produzidos com maior eficiência.

Ainda que essas questões reclamem maior amplitude de debate, em razão de inúmeras especificidades, os exemplos ilustram a enorme desfaçatez que predomina na lógica das relações internacionais. Até hoje, o que tem preponderado é a lei do mais forte, que impõe eterna subserviência aos mais fracos. Quando muito, os países ricos criam míseros fundos humanitários para ajudar os países pobres em suas incontáveis misérias. As decisões globais são postergadas e inviabilizadas quando as verdadeiras causas diferenciadoras das nações são expostas e a criação de mecanismos eficientes para sua redução é reclamada.

Seguindo essa lógica, Santos faz a leitura da globalização atual como sendo resultado de um sistema técnico presidido pelas técnicas da informação e arremata:

² BRANDÃO, Marco. *A rodada de doha em uma breve perspectiva com o pensamento de Reinert*. Disponível em: <<http://www.artigonal.com/politica-artigos/a-rodada-de-doha-em-uma-breve-perspectiva-com-o-pensamento-de-reinert-631882.html>>. Acesso em: 10 dez. 2009.

Os fatores que contribuem para explicar a arquitetura da globalização atual são: a unicidade da técnica, a convergência dos momentos, a cognoscibilidade do planeta e a existência de um motor único na história, representado pela mais-valia globalizada. Um mercado global utilizando esse sistema de técnicas avançadas resulta nessa globalização perversa. Isso poderia ser diferente se seu uso político fosse outro.³

O atual momento histórico da humanidade tem o retrato de um mundo plano. É o que propõe Friedman⁴ ao realizar sua análise do século XXI. É indiscutível que a imensa maioria dos povos adota os mesmos receituários econômicos, estilos de vida e consumo. Em um passado pouco distante, por exemplo, a redução do tamanho do Estado era um caminho comum. Naquele cenário, apresentava-se, no mínimo, como intrigante, a necessidade de aumentar o poder regulador do mesmo Estado que se buscava reduzir.

A crise vivenciada nos dias atuais, em que os países ricos, particularmente EUA e Europa, deram início a uma convulsão no sistema financeiro internacional e abalaram a economia global, parece conduzir o Estado para mais um desafio reformador. São recorrentes os questionamentos: o que se deve fazer para evitar que o mundo do comércio global entre em colapso? Como conter o excesso de ganância no mercado financeiro?

As respostas a esses questionamentos têm conduzido os líderes mundiais a claras opções de intervenção do Estado no domínio econômico e é sintomático o chamado à regulação. No atual contexto é mais fácil perceber a necessidade da regulação. Wolf, articulista do “Financial Times”, escreveu recentemente sobre os limites da liberalização (diga-se, redução do Estado):

Recordem a sexta-feira, 14 de março de 2008: foi o dia em que o sonho de um capitalismo de livre mercado e alcance mundial morreu. Por três décadas avançamos na direção de sistemas financeiros propelidos pelo mercado. Com sua decisão de resgatar o Bear Stearns, o Federal Reserve (Fed), instituição responsável pela política monetária dos Estados Unidos e principal defensor do capitalismo de livre mercado, decretou o fim de uma era.

O banco central americano mostrou em forma de ação sua concordância com o sentimento expresso por Joseph Ackermann, presidente-executivo do

³ SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização – do pensamento único à consciência universal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008, p. 24.

⁴ FRIEDMAN, Tomas L. *O mundo é plano: uma história breve do séc. XXI*. Tradução: Cristiana Serra, Sergio Duarte e Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007, pp. 303-347.

Deutsche Bank, ao declarar: “Não acredito mais que o mercado possa se curar sem interferência”. A desregulamentação encontrou seu limite.⁵

Até pouco tempo atrás os temas recorrentes para qualquer Estado minimamente alinhado com os postulados da economia global eram: câmbio flutuante, balança comercial superavitária (pelo menos para os pobres), superávit fiscal, controle da inflação (a mais baixa possível), reformas trabalhista e previdenciária, e redução do Estado via privatização. Ou seja, o Estado ideal era mínimo. Agora, já não é bem assim. O país que menos sofreu as consequências da atual crise econômica é o que mais controla sua economia, leia-se: China.

2 O estado fraco e o forte

Rosanvallon, cientista político francês, já questionava, muito antes dos eventos atuais, os conceitos de Estado mínimo na argumentação liberal e citava a dificuldade dos pensadores liberais clássicos (Smith, Bentham, Burke e Humboldt) de precisarem os limites para a intervenção do Estado e definição exata de Estado mínimo. De tal modo, argumentava:

No cerne da argumentação liberal está a idéia de que dois Estados coexistem no Estado-moderno: um Estado de direito, guardião da democracia e fiador das liberdades essenciais, e um Estado intervencionista, destruidor dessas liberdades. Seria necessário, pois, reduzir ou suprimir o segundo para conservar apenas o primeiro; destruir o “mau” Estado para deixar subsistir apenas o “bom”. Mas, como distingui-los? A partir de quais critérios? Como definir praticamente o “bom” Estado mínimo?^{6 e 7}

Ao dissecar o pensamento de Adam Smith, a título exemplificativo, Rosanvallon⁸ lembra que em a Riqueza das Nações, obra de sua maturidade, são apontados três deveres do soberano: dever de defesa da sociedade (contra a violência e invasões externas); dever de justiça (contra a injustiça e opressão); e um terceiro, enunciado nesses termos por Smith:

O terceiro e último dos deveres do soberano ou da República é o de erigir e manter as obras ou os estabelecimentos públicos de que uma grande sociedade retira imensas vantagens, mas que são de natureza a não poder ser

⁵ WOLF, Martin. *Os limites da liberalização*. Tradução: Paulo Migliacci. Jornal Financial Times, 25 de março de 2008. Disponível em: <<http://blogdoleandrovieira.wordpress.com/2008/03/26/os-limites-da-liberalizacao/>>. Acesso em: 30 jul. 2008.

⁶ ROSANVALLON, Pierre. *A crise do estado-providência*. Tradução Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: UFG, 1997, p. 49.

⁷ O livro referido foi publicado originalmente em 1981 com o título em francês *La Crise de l'État-providence*.

⁸ Op. cit., p. 52.

empreendidos ou conservados por um ou por alguns particulares, visto que, para estes, o lucro nunca poderia reembolsar-lhes as despesas.⁹

Com essa fala, diz Rosanvalon, Smith reconheceria limitação ao mercado. Transposta para a atualidade, a argumentação legitimaria a criação de entes reguladores tais quais as agências de que cuida este trabalho.

Santos, ao pensar sobre a crise do Estado, acertadamente indica que, na modernidade, a revolução e o reformismo são dois padrões de implementação de mudanças na sociedade. A revolução reformaria o próprio Estado, enquanto que o reformismo, realizado pelo Estado, a própria sociedade. Não obstante essa constatação, ele propõe uma leitura mais crítica do quadro atual, ao ponderar:

[...] quando, como hoje acontece, o Estado se transforma ele próprio problemático e se transforma em objeto da reforma, o que está verdadeiramente em causa é a crise do reformismo. Ou seja, a reforma do Estado é o outro lado da crise do reformismo.¹⁰

Quando o Estado é objeto da reforma, fora do momento revolucionário, resta ao próprio Estado ou à sociedade implementar as mudanças necessárias. Portanto, também é necessário identificar os atores da reforma por que passa o Estado para melhor compreendê-la.

Ao longo do século XX, pesadamente marcado por duas grandes guerras mundiais e conflagrado por duas forças políticas antagônicas¹¹, que resultou, afinal, na queda do ideário comunista e predomínio do capitalista, as formulações reducionistas do Estado ganharam relevo.

As experiências liberalizantes implementadas no Chile por Pinochet, com suporte nos “Chicago Boys”, na Grã-Bretanha, por Margareth Thatcher, e nos Estados Unidos, por Ronald Reagan, inspiraram a formulação de um conjunto de propostas no final dos anos 80, cunhada pelo economista John Williamson como “Consenso de Washington” e que consistia, conforme Naím¹², em: disciplina fiscal com redução dos gastos, reforma tributária para ampliar

⁹ SMITH, Adam, *apud*, ROSANVALLON, op. cit., p. 52.

¹⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma reinvenção solidária e participativa do estado. In, *Sociedade e estado em transformação*. Organizado por BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos, WILHEIM, Jorge e SOLA, Lourdes. São Paulo: UNESP. 2001, p. 243.

¹¹ Estados Unidos e União Soviética levaram a todo planeta a chamada Guerra Fria.

¹² NAÍM, Moisés. *O consenso de washington ou a confusão de washington?* Revista Brasileira de Comércio Exterior – RBCE. Disponível em: <<http://www.funcex.com.br/bases/64-Consenso%20de%20Wash-MN.PDF>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

a base de arrecadação e reduzir as taxas, taxas de juros determinadas pelo mercado, câmbio de mercado, abertura comercial com minimização das tarifas, incentivo ao investimento estrangeiro direto, privatização das estatais que passariam a operar com mais eficiência, desregulação da economia e fortalecimento do direito à propriedade.

Essas regras mínimas foram adotadas por instituições financeiras internacionais, como o Fundo Monetário Internacional, e utilizadas como panacéia para recuperação econômica, principalmente dos combalidos países da América Latina e Ásia. É desse receituário que o Brasil extraiu embasamento para sua reforma, particularmente quando decidiu privatizar suas estatais. Portanto, a sociedade não foi protagonista dessas mudanças.

Não obstante essa constatação e crítica de grande parcela da sociedade brasileira, é coerente dar voz ao mentor intelectual da reforma, Bresser-Pereira, então Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado, que, em artigo recente sobre a reforma do Estado brasileiro a partir de 1995, refutou a ideia de que a reforma gerencial que patrocinou fosse neoliberal. Disse ele:

Algumas pessoas – geralmente aquelas que até hoje se opõem à Reforma Gerencial de 1995 – supõem que ela resultou não de uma iniciativa nacional, mas que tenha sido uma das reformas neoliberais que, nos termos do consenso de Washington, os países em desenvolvimento deveriam realizar com a orientação e a pressão do Banco Mundial. De fato, a partir do Plano Baker, os Estados Unidos, preocupados com seus bancos, decidiram que para enfrentar a grande crise da dívida externa dos anos 1980 não bastavam os ajustamentos monitorados pelo FMI; eram necessárias, adicionalmente, reformas neoliberais que reduzissem o Estado e aumentassem a coordenação da economia pelo mercado. Ocorre, entretanto, que a reforma gerencial não fazia parte do receituário do consenso de Washington que procurou impor reformas neoliberais aos países em desenvolvimento. Na verdade, a reforma gerencial não tinha nada de neoliberal. Não enfraquecia, mas fortalecia o Estado tornando-o mais capaz e mais eficiente.¹³

É bom lembrar que a reforma do Estado brasileiro, apesar de ordenada e concatenada, foi operada tanto no nível gerencial, a administração propriamente dita, particularmente com a Emenda Constitucional n. 19/98, quanto no nível econômico, com a privatização à frente das demais medidas.

¹³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Os primeiros passos da reforma gerencial do estado de 1995*. Trabalho escrito para ser publicado em livro organizado por Maria Angela d’Incao sobre o governo Fernando Henrique Cardoso. Versão de 11 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/view.asp?cod=2834/>>. Acesso em: 08 dez. 2008, p. 14.

É claro que as crises asiática, russa, argentina e brasileira, além de outros fracassos, reclamaram revisão do receituário do “Consenso de Washington”, mas o termo não deixou de representar as ideias neoliberalizantes da atualidade. De todo modo, não deixa de ser verdadeira a constatação de Santos, tornada atualíssima com a recente crise da economia mundial:

O Estado fraco, que emerge do Consenso de Washington, só é fraco no nível das estratégias de hegemonia e confiança. No nível da estratégia de acumulação, é mais forte do que nunca, na medida em que passa a competir ao Estado a gerir e a legitimar no espaço nacional as exigências do capitalismo global.¹⁴

E se o Estado se fortalece na estratégia da acumulação, qual seja, na legitimação das exigências do capitalismo global, é evidente que a redução do papel do Estado é benéfica ao capitalista até certo ponto. A legitimação buscada nesse Estado é, dentre outras, conferida por meio da regulação controlada.

A par da recente crise econômica mundial e do inesperado apelo do capitalismo pela volta do Estado, deve-se observar o seguinte: o Estado está sendo chamado unicamente porque é necessária sua presença para “colocar ordem na casa”, efetivamente “bagunçada” pelos flagrantes excessos da livre iniciativa. Tão logo estejam todos a salvo é certo que, mais uma vez, os defensores do Estado mínimo voltarão à carga com suas propostas liberalizantes.

Esse fato ilustra com exatidão as palavras de Boaventura de Sousa Santos e indica que o Estado é cada vez mais forte como instrumento de legitimação e gerenciamento das expectativas do capitalismo. A correta interpretação desses eventos pode estimular a sociedade a uma intervenção mais decidida e voltada aos seus interesses.

3 Reforma do estado brasileiro

Em grande medida o que determinou a reforma do Estado brasileiro a partir dos anos 90 do século passado foi a constatação de que o modelo condutor da economia estava defasado e inapropriado para alcançar os ideais de bem comum. Convivia-se com a ideia de Estado lento, burocrático, corrupto e que precisava ser mudado; sobretudo, o modelo

¹⁴ SANTOS, B. S., op. cit., p. 247.

burocrático precisava ser superado para dar lugar a um padrão mais eficiente de gestão da Administração Pública, um padrão gerencial.

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado no governo de Fernando Henrique Cardoso em novembro de 1995 pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado – MARE – fazia a leitura de que:

No Brasil, embora esteja presente desde os anos 70, a crise do Estado somente se tornará clara a partir da segunda metade dos anos 80. Suas manifestações mais evidentes são a própria crise fiscal e o esgotamento da estratégia de substituição de importações, que se inserem num contexto mais amplo de superação das formas de intervenção econômica e social do Estado. Adicionalmente, o aparelho do Estado concentra e centraliza funções, e se caracteriza pela rigidez dos procedimentos e pelo excesso de normas e regulamentos.¹⁵

Para leitura dessa realidade, é interessante a anotação de Barroso:

Esse Estado, portanto, que a classe dominante brasileira abandona e do qual quer se livrar, foi aquele que a serviu durante toda a sua existência. Parece, então, equivocada a suposição de que a defesa desse Estado perverso, injusto e que não conseguiu elevar o patamar social no Brasil seja uma opção avançada, progressista, e que o alinhamento com o discurso por sua desconstrução seja a postura reacionária.¹⁶

A adoção do modelo regulador brasileiro é parte desse contexto e foi precedida de significativas alterações na legislação disciplinadora da intervenção estatal na economia, de sorte que o monopólio estatal foi diminuído, foram levantadas algumas limitações ao capital estrangeiro e iniciado o processo de desestatização. A Constituição Federal passou por diversas mudanças.

A Emenda Constitucional n. 05, de 15 de agosto de 1995, permitiu que empresas privadas explorassem a distribuição de gás canalizado nos Estados, que antes era realizado unicamente por empresas estatais (artigo 25, § 2º, CF). A Emenda Constitucional n. 06, de 15 de agosto de 1995, permitiu a pesquisa e lavra de recursos minerais e exploração do potencial de energia elétrica por empresas privadas, sem a necessidade de ser controlada por capital

¹⁵ BRASIL. Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. *Plano diretor da reforma do aparelho do estado*. Brasília, DF, 1995, p. 11.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Agências reguladoras, constituição, transformações do estado e legitimidade democrática*. In, *Agências reguladoras e democracia*. Coordenação de Gustavo Binbenbom. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 62.

nacional (artigo 176, § 1º, CF). A mesma emenda revogou o artigo 171 da Constituição, que conceituava empresa brasileira e lhe outorgava proteção.

A Emenda Constitucional n. 07, de 15 de agosto de 1995, suprimiu a exigência de que a navegação de cabotagem e interior devesse ser realizada por embarcações brasileiras (artigo 178, CF). A Emenda Constitucional n. 08, de 15 de agosto de 1995, retirou a exigência de que os serviços de telecomunicações fossem concedidos apenas a empresas estatais (artigo 21, XI, CF). A Emenda Constitucional n. 09, de 09 de novembro de 1995, suprimiu a exigência de que a pesquisa, refino, importação, exportação e transporte de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos fossem realizados unicamente por estatais (artigo 177, CF).

A Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998, apesar de não tratar diretamente da remodelação econômica, é importante ser mencionada porque cuidou de modificar princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas, numa manifesta intenção de implementar o modelo de administração gerencial. Dentre as principais alterações que operou consta o aditamento do princípio da eficiência à Administração Pública no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

A Emenda Constitucional n. 36, de 28 de maio de 2002, permitiu a participação de capital estrangeiro nas empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, limitados a 30%, o que antes era vedado (artigo 222, CF). Por último, a Emenda Constitucional n. 49, de 08 de fevereiro de 2006, excluiu o monopólio da União para produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida curta, para usos médicos, agrícolas e industriais (artigos 21, V e 177, CF).

No âmbito infraconstitucional foram editadas diversas leis para dar conformidade ao novo panorama econômico. O Programa Nacional de Desestatização foi criado pela Lei n. 8.031, de 12 de abril de 1990, posteriormente substituída pela Lei n. 9.491, de 09 de setembro de 1997.

Em seguida ao programa de desestatização foram criadas as agências reguladoras: ANEEL (Lei n. 9.427/96); ANATEL (Lei n. 9.472/97); ANP (Lei n. 9.478/97); ANVISA (Lei n. 9.782/1999); ANS (Lei n. 9.961/2000); ANA (Lei n. 9.984/2000); ANTAQ (Lei n. 10.233/2001); ANTT (Lei n. 10.233/2001); e ANAC (Lei n. 11.182/2005). A única agência

criada por Medida Provisória foi a ANCINE (Medida Provisória n. 2.228, de 06 de setembro de 2001).¹⁷

Também houve a edição da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, que tratou da defesa da concorrência; e das Leis n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e 9.074, de 07 de julho de 1995, que trataram de disciplinar as concessões e permissões; dentre outras que cuidaram de dotar o país de marcos legais suficientes para atração e difusão do empreendimento privado.

Em vista dessa abundância legislativa, Barroso, em sintonia com Bresser-Pereira, combate a ideia de que o país buscou o modelo de Estado mínimo:

A redução expressiva das estruturas públicas de intervenção direta na ordem econômica não produziu um modelo que possa ser identificado com o de Estado mínimo. Pelo contrário, apenas deslocou-se a atuação estatal do campo empresarial para o domínio da disciplina jurídica, com a ampliação de seu papel na regulação e fiscalização dos serviços públicos e atividades econômicas. O Estado, portanto, não deixou de ser um agente econômico decisivo. Para demonstrar a tese, basta examinar a profusão de textos normativos editados nos últimos anos.

De fato, a mesma década de 1990, na qual foram conduzidas a flexibilização de monopólios públicos e a abertura de setores ao capital estrangeiro, foi cenário da criação de normas de proteção ao consumidor em geral e de consumidores específicos, como os titulares de planos de saúde, os alunos de escolas particulares e os clientes de instituições financeiras.¹⁸

Com efeito, o Estado diminuiu sua presença empresarial na economia e aumentou seu espectro regulador com a criação das agências reguladoras. O problema reside em efetivar a regulação voltada para os interesses comunitários, em primeiro lugar, ou conviver com a intervenção meramente gerenciadora das expectativas do capital, conforme a retrocitada leitura de Boaventura de Sousa Santos.

A partir dessa compreensão, apresenta-se no próximo capítulo a agência reguladora brasileira, desde sua origem, conceituação e capacidades, até sua efetivação no âmbito federal, estadual e municipal.

¹⁷ Como se sabe, o artigo 2º, da Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001, conferiu status de lei às medidas provisórias editadas anteriormente a sua aprovação, até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

¹⁸ BARROSO, op. cit., p. 64.

CAPÍTULO II - AGÊNCIAS REGULADORAS

As agências reguladoras representam nova variante do vínculo construído entre Estado e mercado, que tem se reinventado ao longo do tempo. Produto de concepção liberal da economia, elas foram e são instituídas como sinônimo de modernização da Administração Pública e aperfeiçoamento do livre mercado.

É necessário salientar que a intervenção do Estado no domínio econômico é realizada por mais de uma forma. Cuéllar, com suporte na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, diz que essa intervenção pode se dar de três maneiras:

1^a) como sujeito ativo, assumindo participação direta nas atividades econômicas; 2^a) na qualidade de agente regulador, disciplinando os comportamentos dos particulares, por intermédio do seu poder de polícia; e 3^a) através de ação fomentadora, propiciando estímulos e benefícios à atividade privada.¹⁹

A leitura dessa forma de intervenção do Estado pode ser encontrada no artigo 174, da Constituição Federal, que diz expressamente:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

As privatizações levadas a efeito no Brasil na década de 90²⁰, como parte da reforma do Estado e conseqüente redução de sua atividade empresarial, reclamaram a adoção de medidas assecuratórias de que o capital, nacional ou internacional, investido nas empresas e atividades transferidas, não sofreria perturbações. A criação das agências reguladoras,

¹⁹ CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 49.

²⁰ A Lei n. 8.031, de 12 de abril de 1990, revogada pela Lei n. 9.491, de 09 de setembro de 1997, implantou o Programa Nacional de Desestatização.

copiando o modelo norte-americano²¹, serviu, inicialmente, para garantir efetividade aos marcos regulatórios dessas atividades privatizadas. Neste ponto, o Estado deixou de ser agente empresarial para ser agente regulador.

Em vários segmentos, o Estado brasileiro, antes mesmo da reforma patrocinada a partir de 1995, já regulava a atividade econômica. Podem ser exemplificados: o Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (DNAEE), substituído pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL); e o Departamento Nacional de Combustíveis (DNC), substituído pela Agência Nacional do Petróleo (ANP). Podem ser lembrados ainda como órgãos de regulação do país, o Departamento Nacional do Café, posteriormente transformado no Instituto Brasileiro do Café (IBC), e o Instituto do Açúcar e do Alcool (IAA), criados em 1933; a Comissão Nacional de Energia Nuclear, criada em 1956; o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), criado em 1962; e o Banco Central do Brasil (BACEN), criado em 1964, que regula o mercado financeiro.

No entanto, esses órgãos não foram dotados das mesmas características das atuais agências, particularmente no que concerne à autonomia em relação ao Poder Executivo. Ao mencionar os cadernos do MARE e a recomendação do Conselho de Reforma do Estado, de 31 de maio de 1996, Nunes noticia que os novos entes reguladores deveriam ser guiados por cinco princípios básicos:

1. Autonomia e independência decisória;
2. Ampla publicidade de normas, procedimentos e ações;
3. Celeridade processual e simplificação das relações entre consumidores e investidores;
4. Participação de todas as partes interessadas no processo de elaboração de normas regulamentares em audiência pública; e
5. Limitação da intervenção estatal na prestação de serviços públicos aos níveis indispensáveis à sua execução.²²

De fato, ao tratar da construção do marco legal dos novos entes reguladores, em 1996, o Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado – MARE, alertava:

²¹ LEHFELD, Lucas de Souza. *Controle das agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 186, a respeito da influência norte-americana, informa: “Diante do desenvolvimento da regulação nos Estados Unidos da América do Norte, podem-se levantar algumas características que influenciaram sobremaneira a instituição das agências reguladoras no Brasil, a partir da reforma administrativa ocorrida na década de 90. A análise das *agencias* não somente serve para compreender como são os seus elementos constituintes, mas também como se mostra o chamado Estado regulador diante da complexidade atual das relações econômicas.”

²² NUNES, Edson de Oliveira (et. al.). *Agências reguladoras e reforma do estado no Brasil: inovação e continuidade no sistema político-institucional*. Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2007, pp. 46-47.

O projeto de reforma do Estado visa substituir o antigo estatismo pelo moderno Estado regulador. O aparato regulatório existente é enorme, obsoleto, burocratizante e, em essência intervencionista, sendo necessário primeiro desregular para, a seguir, regular por novos critérios e formatos mais democráticos, menos intervencionistas e burocratizados.²³

Contudo, Binenbojm, atento ao modo como essas agências foram implantadas no país, comenta:

Em última análise, embora o modelo da agência reguladora independente norte-americana tenha servido de inspiração ao legislador brasileiro, a sua introdução no Brasil serviu a propósitos substancialmente distintos, senão opostos. De fato, enquanto nos Estados Unidos as agências foram concebidas para propulsionar a mudança, aqui foram elas criadas para garantir a preservação do *status quo*; enquanto lá buscavam elas a relativização das liberdades econômicas básicas, como o direito de propriedade e a autonomia de vontade, aqui sua missão era a de assegurá-las em sua plenitude contra eventuais tentativas de mitigação por governos futuros.²⁴

Há muito de verdade no fato de que nenhum investidor quer colocar dinheiro em negócio arriscado. Quanto mais seguro, melhor. A atração de investimento privado está conjugada com a estabilidade das regras, as quais foram garantidas com as mudanças constitucionais e legais citadas, bem como com a criação de agências reguladoras a partir do ano de 1996. A autonomia conferida aos membros dessas agências em sua relação com o Poder Executivo é um dos pilares dessa segurança, pois o que se busca com esses entes reguladores é evitar que as opções políticas modifiquem as regras estabelecidas.

Algumas atividades econômicas exigem vultosas somas de capital em investimento e produção em escala. Em decorrência disso, reclamam a exploração direta pelo Estado, o que resulta numa perspectiva estatizante da economia, ou sua concessão à iniciativa privada com condições financeiras de levá-las adiante. Nestes casos, o Estado não consegue impedir que o monopólio da atividade se estabeleça, ou seja, em vez de ter várias empresas atuando em regime de livre concorrência, tem que conviver com uma ou algumas poucas, a exemplo do que ocorre na exploração de energia elétrica, telefonia e petróleo.

²³ BRASIL. O Conselho de Reforma do Estado. Cadernos MARE de Reforma do Estado. *Recomendação de 31 de maio de 1996, n. 08*. Brasília, DF, 1997, p. 26.

²⁴ BINENBOJM, Gustavo. “Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil”. In: *Agências reguladoras e democracia*. Coordenação de Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 95.

O agente regulador deriva dessa realidade e procura resguardar o poder do Estado de controlar e evitar os abusos do poder econômico. Não à toa, Nunes revela que “o mercado regulatório é um selvagem campo de lutas de interesses. Regula quem pode, não quem quer”.²⁵

E o controle desses abusos é a pedra angular na relação das agências reguladoras com os consumidores. É a partir da efetivação desse poder-dever que a afirmação dos direitos da parte mais frágil da relação de consumo (consumidor) irá ser concretizada pelo órgão de regulação.

1 Origem

O poder de regular, uma das formas de intervenção estatal na economia, confunde-se com o surgimento do próprio Estado. Na verdade, o Estado sempre interferiu na atividade econômica e o que mudou com o tempo foi apenas a forma de fazê-lo. A derrocada do Estado absolutista e a consolidação do Estado liberal-burguês, no entanto, aprimorou a separação entre público e privado e demandou regulação mais ativa do Estado como meio de conter insatisfações populares.

O ideário revolucionário francês do “laissez faire, laissez passer”²⁶ encontrou seus limites na regulação, sobretudo, em razão dos abusos do capital privado. Pode-se lembrar, como exemplo gerador de atividade regulatória, que no início da revolução industrial as condições de trabalho eram desumanas, a carga horária era escorchante, explorava-se a mão-de-obra infantil, além de outros excessos. Dessa realidade adveio a edificação de instrumentos protetivos dos trabalhadores pelo próprio Estado.

Essa constatação histórica amplia a concepção de regulação. Embora o interesse particular deste trabalho esteja voltado para as agências reguladoras, é necessário ampliar a visão para compreender seu surgimento a partir da experiência norte-americana, que leva aos limites da atuação de todo o Estado o instituto das *agencies*.

Ao tratar das agências reguladoras, Medauar informa:

Tal denominação vem sendo usada no Brasil por influência dos ordenamentos anglo-saxônicos, sobretudo. Na Inglaterra, a partir de 1834, floresceram entes

²⁵ NUNES, op. cit., p. 16.

²⁶ Tradução: “deixar fazer, deixar passar”.

autônomos, criados pelo Parlamento para concretizar medidas previstas em lei e para decidir controvérsias resultantes desses textos; a cada lei que disciplinasse um assunto de relevo, criava-se um ente para aplicar a lei. Os Estados Unidos sofreram influência inglesa e desde 1887, com a criação da *Interstate Commerce Commission*, tem início a proliferação de *agências* para regulação de atividades, imposição de deveres na matéria e aplicação de sanções.²⁷

A criação da *Interstate Commerce Commission* (ICC) nos Estados Unidos da América, em 1887, conforme informado por Medauar, é considerada um marco na história da regulação, pois se constituiu na primeira grande instituição do gênero. A partir daí vários outros entes reguladores foram criados e reformados.

Marc Allen Eisner, autor de “Regulatory Politics in Transition”, agrupa as agências norte-americanas numa sequência de regimes ao longo da história daquele país. Com base nessa abordagem, Nunes elaborou um quadro evolutivo e fez sua divisão conforme o momento histórico de criação:²⁸

PERÍODO	Final do séc. XIX/virada do séc. XX	Década de 1930 – New Deal	Final da década de 1960/início da década de 1970	Final da década de 1970/década de 1980
MOMENTO HISTÓRICO	Regime de mercado	Regime Associativo-corporativista	Regime de Mobilização Social	Regime de reforma regulatória
RESULTADO REGULATÓRIO	Agência independente com mandado amplo e diretrizes vagas.	Ampliação do sistema regulatório; organização de cooperativas setoriais sob um sistema de auto-regulamentação orientado pelo Estado, através da criação de novas agências para cada setor.	A criação de novo sistema regulatório social para proteção do consumidor, do trabalhador e do meio ambiente cujo processo é aberto para a participação de grupos organizados de cidadania: agências criadas neste sistema têm diretrizes claras na implementação de novas leis sociais e ambientais, baseando-se em especificações técnicas.	A desregulamentação de vários setores econômicos, começando pelos de aviação e de transporte (1978), abrindo estes para a competição, liberalizando políticas de preços e de entrada. Também foram desregulamentados os setores de energia e telecomunicações, com a quebra do monopólio da A T & T em 1984.
AGÊNCIAS CRIADAS	Interstate Commerce Commission (1887) Federal Trade Commission (1914)	Federal Home Loan Bank Board (1932) Commodity Credit Corporation (1933) Federal Deposit Insurance Corporation (1933) Securities and Exchange Commission (1934) Federal communications Commission (1934) National Labor Relations Board (1934) Federal Maritime Commission	Environmental Protection Agency (1970) Federal Railroad Administration (1970) National Highway Traffic Safety Administration (1970) National Oceanic and Aeronautic Administration (1970) Postal Rate Commission (1970) Consumer Product Safety Commission (1973) Occupational Health and Safety Administration (1973)	Não foram criadas agências reguladoras.

²⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 79.

²⁸ EISNER, Marc Allen, 1993, *apud*, NUNES, op. cit., pp. 30-31.

		(1936) Agricultural Marketing Service (1937) Civil Aeronautics Board (1940)	Economic Regulatory Administration (1974) Nuclear Regulatory Commission (1975) Securities and Federal Grain Inspection Service (1976) Office of Surface Mining (1977)	
--	--	---	--	--

Como se percebe, em mais de um século de experiência regulatória os norte-americanos recriaram seu modelo por mais de uma vez. Apesar da remodelação operada a partir do final da década de 1970, o regime societal (ou da mobilização social) ainda predomina. Sob esse regime foram criadas agências para regulação e proteção do trabalhador, meio ambiente, saúde pública e consumidor, daí a referência à mobilização social que o engendrou.

Lehfeld, valendo-se do suporte de Justen Filho, diz que as agências norte-americanas podem ser classificadas atualmente, quanto ao âmbito de atuação, ou seja, quanto às atribuições específicas, em cinco:²⁹ agências de serviços administrativos (v.g., *Office of Management and Budget*); agências de desenvolvimento (v.g., *National Science Foundation*); agências de bem-estar social (v.g., *Social Security Administration*); agências de regulação econômica (v.g., *Securities and Exchange Commission*); e agências de regulação social (v.g., *Food and Drug Administration* e *Department of Labor*). Quanto à natureza da atividade, podem ser executivas e regulatórias. Quanto à autonomia podem ser independentes e não-independentes³⁰. E quanto ao nível federativo, podem ser criadas em qualquer unidade federada.

É esse o referencial que inspirou a criação das agências brasileiras e que lhe deu forma. Tanto é assim que no Brasil também foram instituídas as agências executivas ao mesmo tempo das agências reguladoras.

Quanto à base normativa, observa-se que as agências reguladoras não possuem origem com assento constitucional, apesar da expressa previsão no artigo 21, XI e no artigo

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal, 2002, *apud*, LEHFELD, op. cit., pp. 144-146.

³⁰ As agências executivas seriam essencialmente não-independentes, vez que de regra cumprem a missão do próprio governo. As agências regulatórias seriam independentes, principalmente, pela necessidade de se distanciarem dos interesses dos particulares e, eventualmente, do próprio governo. Essa, aliás, é a mesma formatação conceitual das agências brasileiras.

177, § 2º, ambos da Constituição Federal, que mencionam o órgão regulador quando cuidam dos serviços de telecomunicações e exploração de petróleo. Entretanto, não cuida a Carta Maior de eventual autonomia ou outros poderes conferidos a esses órgãos de regulação e o disciplinamento das várias agências é consubstanciado em leis ordinárias.

2 Conceito

A partir de uma perspectiva restritiva, pode-se dizer que agências reguladoras são entidades da Administração Pública indireta, constituídas sob a forma de autarquia em regime especial, com a missão precípua de impor limites à atividade econômica, através de atos de fiscalização, regulamentação e padronização dos serviços e atividades econômicas delegadas pelo poder público.

Contudo, é necessário esclarecer que essa explicação não comporta toda a definição em razão das especificidades de cada uma dessas agências. É preciso recorrer aos objetivos e atribuições conferidos individualmente a elas para melhor compreensão conceitual, o que é feito neste trabalho na tratativa das agências reguladoras federais.

Além disso, deve-se ter em conta que a ANCINE (Agência Nacional do Cinema) foi criada sem a missão precípua de regular atividade econômica, pois atua de modo preponderante no fomento de atividades culturais. Essa particularidade demonstra que o conceito proposto pode se revelar inadequado ou que se está denominando como agência reguladora órgão com outra vocação institucional. Aragão, ao tratar da regulação estatal da economia, ensina que:

[...] a regulação estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis.³¹

Essa perspectiva, como se nota, encerra leitura amplificada de regulação, que não se detém unicamente nas agências reguladoras.

³¹ ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 37.

É interessante destacar que as agências norte-americanas possuem dimensão conceitual mais aproximada da própria essência do Poder Executivo. No *Administrative Procedure Act* (APA), lei federal de 1946 que uniformizou as decisões das atuais 55 agências daquele país, o termo *agency* é empregado para referir-se a toda entidade do governo federal encarregada da aplicação da legislação federal, que não seja o Poder Legislativo ou o Poder Judiciário; em letras exatas é dito:

Para fins deste subcapítulo; “agência” significa toda autoridade do Governo dos Estados Unidos, podendo integrar ou não e se sujeitar ou não à revisão por outra agência, mas não inclui – (A) o Congresso; (B) as cortes dos Estados Unidos; (C) os governos dos territórios ou possessões dos Estados Unidos; (D) o governo do Distrito de Colúmbia; (E) agências compostas de representantes dos partidos ou dos representantes de organizações dos partidos às disputas determinadas por elas; (F) cortes marciais e comissões militares; (G) autoridade militar exercida no campo em tempo de guerra ou em território ocupado;³²

Por essa razão, Jerry L. Marshaw *et. al.* afirma que:

Virtualmente toda entidade, ou mesmo qualquer indivíduo, incumbido de promover a execução da lei federal pode ser considerado como uma “agência” dos Estados Unidos [...]. Em termos de organizações e pessoal, as agências administrativas constituem a maior parte do que nós identificamos como a estrutura administrativa dos Estados Unidos.³³

Esse conceito deriva do fato de que para os norte-americanos as agências podem ser executivas ou regulatórias; as primeiras se ocupam da atividade administrativa do Estado; as segundas cuidam de disciplinar a prestação de serviços públicos por particulares ou o exercício de atividade econômica de grande repercussão pública. É destas últimas que mais se aproximam as agências reguladoras brasileiras, não obstante também ter sido prevista a constituição de agências executivas em nosso país.

3 Natureza jurídica

Como mencionado na conceituação retro proposta, as agências reguladoras são autarquias em regime especial. O artigo 5º, do Decreto-lei n. 200/67³⁴, define autarquia como:

[...] o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da

³² *Administrative Procedural Act*, subcapítulo II, § 551, tradução nossa.

³³ MARSHAW, Jerry L. (et. al.), 1992, *apud*, LEHFELD, Lucas de Souza, op. cit., p. 138.

³⁴ O Decreto-lei n. 200/67 dispôs sobre a reforma administrativa federal e sua organização.

Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

Já o artigo 8º, § 2º, da Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações e criou a ANATEL, complementa sua compreensão:

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.

O saudoso Meirelles, em lição sempre atual, ensinava que:

[...] autarquia de regime especial é toda aquela a que a lei instituidora conferir privilégios específicos e aumentar sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns, sem infringir os preceitos constitucionais pertinentes a essas entidades de personalidade pública.³⁵

Aragão, após lembrar a primeira previsão legal para essa espécie de autarquia, refere-se à necessidade de disciplinamento legal especial para precisá-las nestes termos:

A primeira vez que a expressão foi utilizada pelo Legislador foi na Lei n. 5.540/68, em relação às universidades públicas. Em geral a nomenclatura de “autarquia especial” remete a uma maior autonomia da autarquia, às vezes assegurada, como no caso das universidades, pela impossibilidade de exoneração “ad nutum” dos seus dirigentes. Em um sentido mais restrito a denominação representaria apenas a existência de um regime jurídico próprio, especial, distinto daquele genérico previsto no Decreto-lei n. 200/67.³⁶

Em resumo, o que confere especialidade às agências reguladoras é a investidura legal de peculiaridades, tais quais a independência administrativa e estabilidade de seus dirigentes.

4 Características

4.1 Noções

As agências executivas e reguladoras, seguindo o molde dos Estados Unidos da América, são diferentes umas das outras. As agências executivas brasileiras podem ser criadas para a realização de serviços públicos, ou seja, cuidam das políticas de governo, enquanto as

³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 341.

³⁶ ARAGÃO, op. cit., p. 273.

agências reguladoras são criadas com o objetivo primeiro de regular as atividades privatizadas, que antes constituíam monopólio estatal.

São características fundamentais que individualizam as agências executivas:³⁷ criação discricionária do Presidente da República; ampliação da autonomia de autarquias e fundações públicas, entidades da administração indireta, a partir das quais são criadas; celebração de contrato de gestão com o próprio Estado, através dos ministérios aos quais estão vinculadas, a fim de indicar metas de desempenho; e flexibilização de sua gestão.

Como não é objeto deste trabalho a investigação detida das agências executivas, essas informações perfunctórias são suficientes para determinar sua diferenciação das agências reguladoras, as quais têm suas características traçadas nas próximas linhas.

Já se delineou em termos gerais a origem e o conceito das agências reguladoras. Agora, em complemento à visualização mais ampla desses entes públicos, são detalhadas suas características determinantes, dentre as quais podem ser apontadas as seguintes: autonomia, capacidade normativa, capacidade julgadora, capacidade fiscalizadora e capacidade sancionatória³⁸.

4.2 Autonomia

A autonomia é ditada principalmente pela impossibilidade de exoneração *ad nutum* de seus dirigentes, os quais possuem mandatos fixos; independência administrativa; ausência de subordinação hierárquica, particularmente em relação aos ministérios aos quais estão vinculadas e ao Presidente da República, que a rigor exercem poder sobre os demais órgãos da Administração Pública; e autonomia financeira³⁹. Vital Moreira, desde as terras lusitanas, ensina que:

Autonomia designa genericamente o espaço de liberdade de conduta de um ente face a outro. Concretamente no âmbito das pessoas colectivas públicas

³⁷ A Lei n. 9649/98, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios; e o Decreto n. 2488, de 02 de fevereiro de 1998, que define medidas de organização administrativa específicas para as autarquias e fundações qualificadas como Agências Executivas e dá outras providências; esclarecem que o Presidente da República tem poder de qualificação das Agências Executivas por meio de decreto.

³⁸ MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., pp. 112-143, e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, pp. 86-93 e 107-115, falam de poder regulamentar e poder de polícia quando tratam da capacidade normativa e sancionatória.

³⁹ Segundo o artigo 8º, § 2º, da Lei n. 9472/97, são essas particularidades que conferem a natureza de autarquia especial à agência.

ela exprime a liberdade dos entes infra-estaduais face ao Estado, ou seja, a relativa independência em relação ao poder central. Conforme os diversos campos em que essa liberdade de conduta pode manifestar-se, assim se pode falar em autonomia regulamentar, autonomia administrativa (*stricto sensu*), autonomia patrimonial e financeira, etc. Neste sentido, a autonomia é uma questão de grau: pode ir de quase nada até à independência quase total. Nuns casos pode consistir senão na mera autonomia jurídica (existência de personalidade jurídica), sem nenhuma liberdade de acção; noutros casos pode ir até à mais ampla liberdade de decisão dentro da esfera de acção que lhe seja confiada (administração independente).⁴⁰

Aragão constrói o conceito de “autonomia reforçada” para contrapor a ideia de independência absoluta das agências reguladoras, já que estão naturalmente inseridas na Administração Pública:

Para evitar o deficit democrático destas instituições devemos ter sempre clara a sua vinculação às pautas estabelecidas pelo Legislador para as políticas públicas cuja implementação lhes é atribuída, assim como a necessária coordenação que devem possuir com o restante da Administração Pública, com o Poder Executivo central e com a rede composta do conjunto das demais instituições independentes. Vemos assim, que a nomenclatura ‘independente’ é apenas um meio de denotar a sua autonomia reforçada.⁴¹

De fato, apesar da previsão legal de independência financeira, por meio da cobrança das taxas regulatórias – podem ser cobradas pelas agências das próprias empresas reguladas, e da possibilidade de elaborar sua proposta orçamentária, há contingenciamento de seus gastos de acordo com a conveniência administrativa central, principalmente por conta do princípio da unidade orçamentária imposto pela Constituição Federal e Lei de Responsabilidade Fiscal.

No que tange a seu relacionamento com o Poder Legislativo, impõe-se o reconhecimento de que são amplamente controladas por ele, conforme previsão do artigo 49, V e X, da Constituição Federal.⁴²

Na discussão desta característica, particularmente no que diz respeito à demissão dos diretores ou conselheiros das agências reguladoras, é de interesse consultar a Súmula n. 25, do Supremo Tribunal Federal, que enuncia: “a nomeação a termo não impede a livre

⁴⁰ MOREIRA, Vital, 1997, *apud*, ARAGÃO, op. cit., pp. 314-315.

⁴¹ ARAGÃO, op. cit., p. 219.

⁴² Diz a Constituição Federal: “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; [...] X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;”

demissão pelo Presidente da República, de ocupante de cargo dirigente de autarquia”. Isso significa dizer que, mesmo tendo sido os diretores ou conselheiros das agências aprovados pelo Congresso Nacional, após indicação do Presidente da República, poderão ser demitidos por este. Então, como é que se pode afirmar a autonomia das agências diante do que está sumulado?

Aragão responde com a notícia de que essa súmula, criada ainda sob o regime constitucional de 1946, não tem tido observância absoluta:

Note-se, contudo, que, apesar de não ser muito notado pela doutrina, a súmula n. 25 nunca foi tomada em termos absolutos, tendo sido sempre excepcionada em relação aos reitores das universidades públicas, geralmente de natureza autárquica, conforme o que dispõe a Súmula 47: ‘Reitor de Universidade não é livremente demissível pelo Presidente da República durante o prazo de sua investidura’.⁴³

Numa discussão recente sobre o tema, em que o Supremo Tribunal Federal decidiu sobre uma ação de inconstitucionalidade de lei gaúcha, que tratava da demissão dos dirigentes de agência reguladora, o Ministro Nelson Jobim, lembrando o Mandado de Segurança 8.693, de 17 de novembro de 1962, que deu suporte à Súmula n. 25, asseverou que a lei pode criar restrições à nomeação e à destituição de servidor público. Ponderou ainda que essa súmula derivou do entendimento, extraído da Constituição Federal de 1946, de que apenas a Constituição poderia limitar o poder do Presidente da República de nomear e demitir ou exonerar servidor. Em voto vista, à página 197, ponderou:

Hoje, a competência do Presidente da República de prover os cargos públicos, deve ser exercida nos termos fixados em lei.
O fundamento jurídico-constitucional de edição da Súmula 25 desapareceu.
Se era legítimo o fundamento à época, como sustentou a maioria, hoje não é mais.⁴⁴

Com efeito, a Súmula n. 25 não guarda relação com a atual ordem constitucional e as limitações à demissão dos dirigentes das agências reguladoras previstas em suas leis

⁴³ ARAGÃO, op. cit., p. 342.

⁴⁴ Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.949-0, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, *Diário da Justiça*, 25 nov. 2005, ementário 2215-1. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347344>>. Acesso em 02 abr. 2010.

instituidores é que asseguram seu perfil independente e dão relevo a sua autonomia, caso tenha sido essa a opção do legislador.⁴⁵

4.3 Capacidade normativa

A capacidade normativa é uma das características mais relevantes de uma agência reguladora e, sem nenhuma dúvida, a que mais provoca debate entre os juristas brasileiros por conta de possível ofensa à Constituição Federal.

O estranhamento maior deriva da redação estampada no artigo 84, IV, da Constituição Federal, que prevê a competência privativa do Presidente da República para “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”; além, é claro, da respeitabilidade do princípio da legalidade, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei, previsto no artigo 5º, II, da Constituição Federal. Então, como compatibilizar o poder regulamentar conferido às agências reguladoras com essa assertiva constitucional?

Di Pietro, ao tratar do tema, diferencia “regulação” de “regulamentação”.⁴⁶ Para ela, regulação:

[...] significa estabelecer regras, independentemente de quem as dite, seja o Legislativo ou o Executivo, ainda que por meio de órgãos da Administração direta ou indireta. Nesse sentido amplo, a regulação é gênero de que a regulamentação é espécie.

Já regulamentação:

[...] significa ditar regras jurídicas como competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo. Essa competência é prevista no art. 84, inciso IV, da Constituição, não estando incluída no parágrafo único entre as competências delegáveis.

⁴⁵ Deve-se lembrar, porém, que a Agência Nacional do Petróleo não goza dessa característica. O artigo 12, da Lei 9.478/97, que a criou, foi vetado pelo Presidente da República. Dizia o texto: “Art. 12. Os membros da Diretoria da ANP somente poderão ser exonerados em razão de: I - condenação penal, transitada em julgado; II - prática de ato de improbidade apurado em processo administrativo; III - violação administrativa grave ou descumprimento manifesto de suas atribuições, reconhecidos em decisão fundamentada do Senado Federal, por provocação do Presidente da República. Parágrafo único. Nas hipóteses deste artigo, o Presidente da República poderá afastar temporariamente do cargo o Diretor sob investigação, até decisão final do Senado Federal.”

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 187 e 190.

Após estabelecer essa diferenciação, Di Pietro argumenta que a função reguladora concedida às agências brasileiras é muito próxima do modo como é feito nos Estados Unidos da América, ou seja, é conferido o poder de editar normas com força de lei lastreando-se em *standards* indeterminados derivados da própria lei, o que estaria em desacordo com nossa ordem constitucional. Diz ainda que as agências não podem baixar regulamentos, mas podem criar um “novo tipo de direito” e explica:

É um tipo de direito que pode ser baixado pelas agências brasileiras, exatamente porque resulta de negociação com os interessados. Mas deve colocar-se em nível hierárquico inferior às normas estatais, inclusive aos regulamentos baixados pelo Chefe do Poder Executivo⁴⁷.

Já Reale, leciona que:

[...] hoje em dia poucos se mantêm apegados ao dogma da divisão dos poderes, e a nossa história constitucional nos dá um exemplo característico das modificações sofridas pela doutrina, desde a sua primeira formulação clássica até a Constituição Federal vigente, na qual a divisão de poderes soberanos não tem mais o valor de um princípio essencialmente destinado à garantia das liberdades individuais, mas antes um valor pragmático de uma distribuição de funções, de uma simples aplicação da lei da divisão do trabalho no setor das atividades políticas.⁴⁸

Partindo dessa leitura, Aragão, com suporte ainda em Karl Loewenstein⁴⁹, autor de “Teoria da Constituição”, e em Reinhold Zippelius⁵⁰, com sua “Teoria Geral do Estado”, relativiza a teoria clássica de separação dos poderes ao dizer que o momento histórico é que determina o arranjo de funções estatais. Atualmente, os poderes executivo, legislativo e judiciário, podem exercer funções uns dos outros sem que isso represente quebra na organização das forças estruturantes do Estado. Desse modo, assimila o poder regulamentar conferido às agências reguladoras como parte dessa dinâmica e aponta o fenômeno da deslegalização, que faz com que normas usualmente veiculadas por leis passem a sê-lo por regulamentos.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça também é citada por Aragão⁵¹ porque teria reconhecido o poder normativo das agências

⁴⁷ DI PIETRO, 2008, op. cit., p. 196.

⁴⁸ REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 352.

⁴⁹ LOEWENSTEIN, Karl, 1986, *apud*, ARAGÃO, op. cit., p. 372.

⁵⁰ ZIPPELIUS, Reinhold, 1997, *apud*, ARAGÃO, op. cit., p. 373.

⁵¹ Op. cit., pp. 414-417.

reguladoras com supedâneo em *standards* e finalidade genérica estabelecida em lei. Cita como exemplos: a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1668/DF, em que a corte suprema considerou constitucionais os incisos IV e X do artigo 19, da Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472/97)⁵², desde que subordinados aos preceitos legais e regulamentares pertinentes; e o Mandado de Segurança n. 4.578/DF, em que o Ministro Humberto Gomes de Barros, do Superior Tribunal de Justiça, ao decidir sobre a restrição imposta aos postos de gasolina na aquisição de combustíveis, asseverou:

A Constituição Federal, em seu art. 170, preceitua que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por finalidade assegurar a todos a existência digna, conforme os princípios que enuncia. No seu art. 174 pontifica que, como agente normativo, e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Desses dispositivos resulta claro que o Estado pode atuar como agente regulador das atividades econômicas em geral, sobretudo das que cuidam as empresas que atuam em um setor absolutamente estratégico, daí lhe ser lícito estipular preços que devem ser por elas praticados. Montado nestes argumentos, não tenho dúvida em afirmar que o Senhor Ministro dispõe de autoridade para impedir que o granelista venda combustível ao varejista ligado a bandeira que não é a sua. Como registrei acima, controlar a execução de determinada norma é fazer com que ela se desenvolva em busca dos fins sociais para a qual a regra foi concebida. Os preceitos que disciplinam a distribuição de combustíveis têm como finalidade fazer com que os usuários de tais produtos recebam, com segurança e facilidade, produtos de boa qualidade. Isto ocorre, porque, a exibição do logotipo de marca famosa traduz a afirmação de que no local se vende daquela marca. Ora, se o posto negocia produtos cuja origem não corresponda à sua bandeira, ele estará enganando o freguês (...). Quando o freguês é iludido, a distribuição de combustíveis não estará correspondendo aos fins sociais que orientam as normas disciplinadoras da distribuição de combustíveis.

Após registrar as várias opiniões doutrinárias sobre o tema, Cardoso pondera:

Em que pese a opinião e os esforços da doutrina nacional em atribuir às agências ou mesmo justificar um exclusivo poder regulatório e normativo – por vezes legislativo, outras vezes regulamentar – o que as agências exercem, em sede de competência normativa, de conformidade com a Constituição Federal vigente, é o poder normativo geral e subordinado, inferior ao regulamento, reconhecido nos mesmos moldes a qualquer autoridade que possua algum poder de decisão, nos estritos limites da discricionariedade

⁵² Diz o artigo mencionado: “Art. 19. À Agência compete 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: [...] IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público; [...] X - expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;”

administrativa, a serviço da igualdade. Qualquer ampliação conferida ao poder normativo das agências, fora dos limites ora expostos, é inconstitucional e, espera-se seja, em defesa do Estado de Direito, rechaçada pelo Poder Judiciário.⁵³

Não obstante as autorizadas ponderações de Di Pietro, Reale e Aragão, retromencionadas, o tema permanece espinhoso e, conforme registrado por Cardoso, a capacidade das agências reguladoras está mais corretamente amoldada a um “poder normativo geral e subordinado”, nos precisos limites traçados pela Constituição Federal de 1988.

Um passo à frente da discussão sobre a capacidade normativa das agências reguladoras, pois em maior ou menor grau ela é admitida, pode-se buscar suporte no princípio da especialidade, que remete ao campo de atuação de cada uma delas, para sustentar a pertinência da regulação que exercitam. De fato, seria inviável ao Poder Legislativo normatizar com todas as minúcias técnicas as diversas atividades reguladas, o que, inclusive, poderia ocasionar insegurança e demora na solução das demandas que os contratos de concessão, permissão e autorização⁵⁴ apresentam rotineiramente.

Exemplo dessa espécie de normatização especializada e eminentemente técnica, é oferecido pelo artigo 8º, XXX, da Lei n. 11.182/2005, que confere à ANAC:

XXX - o poder de expedir normas e estabelecer padrões mínimos de segurança de vôo, de desempenho e eficiência, a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços aéreos e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária, inclusive quanto a equipamentos, materiais, produtos e processos que utilizarem e serviços que prestarem.

Também podem ser mencionados o artigo 4º, IX, da Lei n. 9.961/2000, que confere à ANS o poder de “normatizar os conceitos de doença e lesão preexistentes”; o artigo 19, XII, da Lei n. 9.472/97, que prevê que ANATEL poderá “expedir normas e padrões a

⁵³ CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 292.

⁵⁴ A doutrina de MEIRELLES, op. cit., p. 183, ensina que: “Autorização é o ato administrativo discricionário e precário pelo qual o Poder Público torna possível ao pretendente a realização de certa atividade, serviço ou utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo ou predominante interesse.” O artigo 2º, da Lei n. 8987/95 conceitua permissão de serviço público como “a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco; e concessão de serviço público como “a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.” MEIRELLES, op. cit., p. 184, ainda diferencia as três modalidades: “Pela concessão contrata-se um serviço de utilidade pública; pela autorização consente-se numa atividade ou situação de

serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem”; além de vários outros.

Em todo caso, mesmo atuando conforme a especialidade dos setores regulados, as agências reguladoras devem regular em consonância com a ordem constitucional e os limites legais previamente estabelecidos, do que emerge a certeza de sua submissão ao controle administrativo, político, judicial e social.

4.4 Capacidade julgadora

Os artigos 3º, V, da Lei n. 9.427/97 (ANEEL) e 19, XXV, da Lei n. 9.472/97 (ANATEL), são exemplos de delegação de competência para solução administrativa de conflitos entre concessionários e outros autorizados pelo poder público, bem como entre esses agentes e seus consumidores. Além disso, o artigo 23, XV, da Lei n. 8.987/95, exige a previsão de solução amigável das divergências contratuais. Carlos Ari Sundfeld dá luz ao debate:

[...] é-nos difícil compreender – e aceitar – que o Judiciário não seja o único foro para mediação e solução de conflitos. Daí causar-nos certo choque que esse papel seja também exercido por um ente administrativo, a agência reguladora. Afinal, nossa compreensão profunda de Direito ainda tem resistência em aceitar que a produção de Direito que se faça na Administração Pública possa ser tão importante socialmente quanto ao do Poder Judiciário, donde a dificuldade de aceitar a existência de outros espaços de solução de conflito que não sejam o Poder Judiciário alargado.⁵⁵

Apesar da previsão legal de solução de conflitos pelas agências reguladoras, acima mencionada, não existe lei específica que preveja o procedimento a ser adotado. Por essa razão, Bacellar entende que a Lei de Arbitragem pode ser utilizada como instrumento legitimador dessa função:

Podemos asseverar, ainda, que não existe qualquer impedimento às agências utilizarem a Lei n. 9307, de 1996, como base para seus processos de solução de controvérsias; a sua previsão em contrato de concessões em nada viola o ordenamento jurídico, destacando-se ainda que a arbitragem, conforme

interesse exclusivo ou predominante do particular; pela permissão faculta-se a realização de uma atividade de interesse concorrente do permitente, do permissionário e do público.”

⁵⁵ SUNDFELD, Carlos Ari, *apud*, ARAGÃO, op. cit., p. 318.

decidido pelo Supremo Tribunal Federal, não viola o princípio de inafastabilidade do controle Jurisdicional.⁵⁶

Entretanto, há um aspecto não explicado por Bacellar, consistente no julgamento dos casos em que uma das partes não elege a agência reguladora como árbitro. Essa é a situação dos conflitos operados entre as empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas e os consumidores, os quais, por evidência lógica, não assinam contrato com as agências. Nessa hipótese, não se poderia socorrer da lei de arbitragem, que exige adesão voluntária dos contratantes⁵⁷, a menos que nos contratos firmados com os consumidores fosse acordada essa opção.

De todo modo, parece evidente que o controle judicial sobre essa capacidade julgadora das agências é indiscutível, particularmente pela inafastabilidade da prestação jurisdicional, prevista no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal⁵⁸. Cuéllar arremata:

Por outro lado, não se pode olvidar que a atuação das agências está limitada pela existência de controle jurisdicional. Assim, os atos praticados pelas agências reguladoras poderão ser revistos pelo Poder Judiciário, que exercerá, então, um controle externo sobre os mesmos.⁵⁹

Há ainda a possibilidade de revisão dos atos decisórios pela própria agência reguladora, caso exista previsão legal, o que afasta a possibilidade de recurso hierárquico impróprio⁶⁰, já que não existe no direito positivo pátrio lei que o preveja, conforme informado por Aragão.⁶¹

4.5 Capacidade fiscalizadora

A fiscalização das atividades reguladas é uma característica inerente à regulação. Todas as leis instituidoras de agências reguladoras brasileiras prevêm essa atribuição.

⁵⁶ BACELLAR, Luiz Ricardo Trindade. *Solução de controvérsias pelas agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 92.

⁵⁷ Diz a Lei n. 9307/96: “Art. 4º. A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.”

⁵⁸ Diz o inciso referido: “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

⁵⁹ CUÉLLAR, op. cit., p. 103.

⁶⁰ Recurso hierárquico impróprio é aquele dirigido a órgão ou autoridade estranha à hierarquia da que expediu o ato recorrido.

⁶¹ Op. cit., p. 346.

Somente com a atividade fiscalizatória a agência poderá aferir se os serviços estão sendo prestados adequadamente pelo concessionário, permissionário ou autorizado.

De fato, sem a atividade perscrutadora o ente regulador não possui meios de aferir a efetividade da legislação, dos contratos e dos atos regulamentares. Por essa razão, o artigo 3º, da Lei n. 9.427/96, estabelece como uma das atribuições da ANEEL:

[...] gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, bem como fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões, as permissões e a prestação dos serviços de energia elétrica;

No caso de fornecimento de energia elétrica, a mesma Lei n. 9.427/96 determina que a agência reguladora deverá instituir as metas a serem alcançadas pelas concessionárias e permissionárias (artigo 3º, XII). A fiscalização, nesse contexto, constitui-se em forte instrumento para realização dos fins almejados pela lei.

4.6 Capacidade sancionatória

O poder de impor sanções é decorrência da capacidade fiscalizatória. A par das informações sobre o descumprimento da legislação que rege a matéria, do contrato firmado ou dos regulamentos expedidos pelo próprio ente regulador, este poderá impor penalidades.

As leis instituidoras das agências reguladoras federais prevêm essa capacidade. O artigo 19, inciso XI, da Lei n. 9.472/97, por exemplo, prevê ser de competência da ANATEL “expedir e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, fiscalizando e aplicando sanções”.

Essa característica deriva do poder de polícia inerente à Administração Pública, que consiste na limitação dos direitos individuais em favor do bem estar geral. Ao tratar do tema, Di Pietro leciona:

O Poder Legislativo, no exercício do poder de polícia que incumbe ao Estado, cria, por lei, as chamadas limitações administrativas ao exercício das liberdades públicas.

A Administração Pública, no exercício da parcela que lhe é outorgada do mesmo poder, regulamenta as leis e controla a sua aplicação, preventivamente

(por meio de ordens, notificações, licenças ou autorizações) ou repressivamente (mediante imposição de medidas coercitivas).⁶²

Deve-se advertir que a atividade impositiva de sanção também é exercitada por meio da capacidade julgadora devotada às agências reguladoras, vez que é através dela que externam suas reprimendas. No entanto, não se pode confundir a atividade de solucionar controvérsias entre os regulados, que reclama a intervenção equidistante das agências, com a avaliação do descumprimento das normas e contratos informadores da atividade a ser desenvolvida pelo agente econômico ou das normas de proteção ao consumidor, que demandam intervenção impositiva das agências com espede em seu poder de polícia.

5 Agências reguladoras federais, estaduais e municipais

A migração do modelo de intervenção do Estado na economia a partir dos anos 90, de empresário a regulador, resultou na criação de várias agências reguladoras, tanto no nível federal, quanto nos Estados e Municípios. Na esfera federal foram criadas, até o momento, 10 (dez) agências reguladoras. Essas agências, segundo Aragão⁶³, regulam os serviços públicos delegados (ex.: ANEEL e ANATEL), a exploração de bens públicos (ex.: ANA) e a atividade econômica privada (ex.: ANVISA e ANS).

As atribuições das agências reguladoras federais variam de acordo com sua área de atuação e as leis instituidoras de cada uma delas desenham suas características, vez que não existe no país uma lei que discipline regime jurídico único para todas⁶⁴. Segue abaixo a identificação de todas elas por ordem de criação, com menção ao ministério de vinculação, à lei de criação e a atribuição que lhes é conferida:

1) ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica – vinculada ao Ministério de Minas e Energia – criada pela Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996, tem a atribuição de:

[...] regular e fiscalizar a geração, a transmissão, a distribuição e a comercialização da energia elétrica, atendendo reclamações de agentes e consumidores com equilíbrio entre as partes e em benefício da sociedade; mediar os conflitos de interesses entre os agentes do setor elétrico e entre estes e os consumidores; conceder, permitir e autorizar instalações e serviços de energia; garantir tarifas justas; zelar pela qualidade do serviço; exigir

⁶² DI PIETRO, 2001, op. cit., p. 110.

⁶³ Op. cit., p. 290.

⁶⁴ Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 3.337/04 que tenciona implantar uma Lei Geral das Agências Reguladoras.

investimentos; estimular a competição entre os operadores e assegurar a universalização dos serviços.⁶⁵

2) ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações – vinculada ao Ministério das Comunicações – criada pela Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997, tem a atribuição de “promover o desenvolvimento das telecomunicações do País de modo a dotá-lo de moderna e eficiente infra-estrutura de telecomunicações, capaz de oferecer à sociedade serviços adequados, diversificados e a preços justos, em todo o território nacional.”⁶⁶

3) ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – vinculada ao Ministério de Minas e Energia – criada pela Lei n. 9.478, de 06 de agosto de 1997, alterada pela Lei n. 11.097/05, tem a atribuição de “promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis.”⁶⁷

4) ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária – vinculada ao Ministério da Saúde – criada pela Lei n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999, tem a atribuição de:

[...] promover a proteção da saúde da população por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados. Além disso, a Agência exerce o controle de portos, aeroportos e fronteiras e a interlocução junto ao Ministério das Relações Exteriores e instituições estrangeiras para tratar de assuntos internacionais na área de vigilância sanitária.⁶⁸

5) ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar – vinculada ao Ministério da Saúde – criada pela Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000, tem a atribuição de “promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regular as operadoras setoriais - inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores - e contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no País”.⁶⁹

⁶⁵ Conforme explicitação de suas atribuições em sua página na internet: <<http://www.aneel.gov.br/>>.

⁶⁶ Conforme explicitação de sua missão em sua página na internet: <<http://www.anatel.gov.br/>>.

⁶⁷ Conforme artigo 8º, da Lei n. 9.478/97.

⁶⁸ Conforme explicitação de sua finalidade informada em sua página na internet: <<http://www.anvisa.gov.br/>>.

⁶⁹ Conforme explicitação de sua missão em sua página na internet: <<http://www.ans.gov.br/>>, e artigo 3º, da Lei n. 9961, de 28 de janeiro de 2000.

6) ANA – Agência Nacional de Águas – vinculada ao Ministério do Meio Ambiente – criada pela Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000, tem a atribuição, conforme o Decreto n. 3.692, de implementar a Política Nacional de Recursos Hídricos, nos termos da Lei n. 9.433, de 8 de janeiro de 1997.

7) ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários – vinculada ao Ministério dos Transportes – criada pela Lei n. 10.233, de 05 de junho de 2001, tem a atribuição de:

[...] regular, supervisionar e fiscalizar as atividades de prestação de serviços de transporte aquaviário e de exploração da infra-estrutura portuária e aquaviária, exercida por terceiros, com vistas a: a) garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas; b) harmonizar os interesses dos usuários com os das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, preservando o interesse público; e c) arbitrar conflitos de interesse e impedir situações que configurem competição imperfeita ou infração contra a ordem econômica.⁷⁰

8) ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres – vinculada ao Ministério dos Transportes – criada pela Lei n. 10.233, de 05 de junho de 2001, tem as mesmas atribuições da ANTAQ, vez que foram criadas e disciplinadas pela mesma lei e nos mesmos moldes, conforme indica o artigo 20, da Lei n. 10.233. A diferença fundamental é que ela regula o transporte terrestre.

9) ANCINE – Agência Nacional do Cinema – vinculada ao Ministério da Cultura – criada pela Medida Provisória n. 2.228, de 06 de setembro de 2001, tem a atribuição de “fomentar a produção, a distribuição e a exibição de obras cinematográficas e videofonográficas em seus diversos segmentos de mercado, assim como promover a auto-sustentabilidade da indústria nacional nos vários elos da cadeia produtiva.”⁷¹

10) ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil – vinculada ao Ministério da Defesa – criada pela Lei n. 11.182, de 27 de setembro de 2005, tem como atribuição “adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e

⁷⁰ Conforme explicitação de suas finalidades em sua página na internet: <<http://www.antaq.gov.br/>> e artigo 20, da Lei n. 10.233/2001.

⁷¹ Conforme previsão de sua atuação informada em sua página na internet: <<http://www.ancine.gov.br/>>.

fomento da aviação civil, da infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade.”⁷²

Apesar da existência de leis específicas para cada agência reguladora, as leis n. 9.986, de 18 de julho de 2000, e 10.871, de 20 de maio de 2004, traçam a política de recursos humanos comum para elas, inclusive, determinando o regime jurídico celetista para seus empregados.

Dentre as agências reguladoras federais, a ANCINE é merecedora de questionamento quanto a sua verdadeira natureza, sobretudo porque possui a atribuição preponderante de atuar como fomentadora da indústria cinematográfica e videofonográfica, ou seja, a atividade reguladora é relegada ao segundo plano. Aragão⁷³, entretanto, apesar de reconhecer a preponderância da atividade de fomento, argumenta que a menor atividade regulatória não lhe retira a natureza de agência reguladora.

As agências reguladoras criadas nos Estados e Municípios se ocupam de regular os serviços públicos por eles outorgados. Isso decorre do fato de que a competência legislativa definida constitucionalmente para cada ente federativo é que determina a legitimidade para instituição de agências reguladoras.⁷⁴ Cuéllar, ao fazer análise sobre o objeto de regulação no nível estadual e municipal conforme a delimitação constitucional, menciona que:

Os Municípios possuem competência para prestação de serviços de interesse local, como os serviços de transporte rodoviário urbano, esgotamento sanitário e a distribuição domiciliar de água.

Aos Estados-Membros é reservada a competência remanescente, por exemplo, para distribuição de gás canalizado; transporte ferroviário, exceto quando competente a União; transporte rodoviário intermunicipal, transporte aquaviário, salvo nos casos em que tal competência seja da União; distribuição de água, em conjunto com os Municípios, quando a captação se der fora dos limites territoriais destes, ou quando o Estado-Membro concorrer com a adução ou tratamento do líquido.⁷⁵

Há notícia de criação de agências reguladoras em vários Estados brasileiros. A ABAR (Associação Brasileira de Agências de Regulação) noticia a existência das seguintes agências: ACRE: AGEAC - Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Acre;

⁷² Conforme artigo 8º, da Lei n. 11182, de 27 de setembro de 2005.

⁷³ Op. cit., pp. 285-286

⁷⁴ A Constituição Federal, no artigo 22, enumera a competência privativa da União; no artigo 30, I, a competência municipal; e no artigo 25, § 1º, a competência residual dos Estados.

⁷⁵ Op. cit., pp. 83-84.

ALAGOAS: ARSAL - Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de Alagoas; AMAZONAS: ARSAM – Agência Reguladora dos Serviços Públicos Concedidos do Estado do Amazonas; BAHIA: AGERBA - Agência de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia; CEARÁ: ARCE - Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Ceará; DISTRITO FEDERAL: ADASA - Agência Reguladora de Águas e Saneamento Distrital; ESPÍRITO SANTO: ASPE – Agência de Serviços Públicos de Energia do Estado do Espírito Santo; GOIÁS: AGR - Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos; MATO GROSSO: AGER - Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado do Mato Grosso; MATO GROSSO DO SUL: AGEPAN - Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos do Mato Grosso do Sul; PARÁ: ARCON - Agência Estadual de Regulação e Controle dos Serviços Públicos do Pará; PARAÍBA: ARPB - Agência de Regulação do Estado da Paraíba; PERNAMBUCO: ARPE - Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Pernambuco; RIO DE JANEIRO: AGETRANSP – Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro; e AGENERSA – Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro; RIO GRANDE DO NORTE: ARSEP – Agência Reguladora de Serviços Públicos do RN; RIO GRANDE DO SUL: AGERGS – Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul; SANTA CATARINA: AGESC – Agência Reguladora de Serviços Públicos de Santa Catarina; SÃO PAULO: ARTESP – Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo; e ARSESP - Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo; SERGIPE: ASES - Agência Reguladora de Serviços Concedidos do Estado de Sergipe; TOCANTINS: ATR – Agência Tocantinense de Regulação Controle e Fiscalização de Serviços Públicos.

Como se vê, poucos Estados ainda não criaram ou estruturaram agências reguladoras, sendo eles: Amapá⁷⁶, Maranhão⁷⁷, Minas Gerais⁷⁸, Paraná, Piauí, Rondônia e Roraima.

⁷⁶ A Lei n. 625, de 31 de outubro de 2001, criou a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Amapá – ARSAP, mas esta ainda não foi estruturada.

⁷⁷ A Agência Reguladora de Serviços Públicos do Maranhão - Arsep - foi criada em 17/12/2008, a partir do Projeto de Lei n. 249/08 e se encontra em fase de estruturação.

⁷⁸ Tramita na Assembléia Legislativa mineira o Projeto de Lei n. 3.186/09, que cria a agência reguladora de saneamento.

Quanto aos Municípios, há notícia de criação nos seguintes: CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM-ES: AGERSA – Agência Municipal de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de Cachoeiro de Itapemirim; CAMPO GRANDE-MS: ARCG – Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de Campo Grande; GUARATINGUETÁ-SP: ARSAEG - Agência Reguladora do Serviço de Água, Esgotos e Resíduos do Município de Guaratinguetá; JOINVILLE-SC: AMAE – Agência Municipal de Água e Esgoto; MAUÁ-SP: ARSAE – Agência Reguladora dos Serviços de Água e Esgotos do Município de Mauá; NATAL-RN: ARSBAN – Agência Reguladora de Serviços de Saneamento Básico do Município de Natal.

Fato interessante é que tanto Estados quanto Municípios preferiram criar agências para disciplinamento de mais de um setor, em vez de adotarem o sistema federal de regulação individualizada, apesar de alguns Estados possuírem mais de uma agência. Essa opção pode derivar do elevado custo para estruturação administrativa das agências, pela reduzida atividade a ser regulada, e, seguramente, pela possibilidade de ser conferido tratamento mais uniforme ao objeto da regulação com a existência de órgão único.

CAPÍTULO III – AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES

1 Estrutura

A Emenda Constitucional n. 8, de 15 de agosto de 1995, previu a criação de órgão regulador para os serviços de telecomunicações. Em seguida, a Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997, criou a ANATEL e disciplinou os serviços de telecomunicações. Posteriormente, o Decreto n. 2.338, de 07 de outubro de 1997, da Presidência da República, regulamentou a lei de criação.

A ANATEL possui a atribuição de promover o desenvolvimento das telecomunicações do país, valendo-se de sua função regulatória e dos poderes conferidos pela lei. Além disso, tem a preocupação de conferir ao consumidor o melhor serviço possível, colocando-o sempre em primeiro lugar. A mensagem encaminhada ao Presidente da República pelo Ministro das Telecomunicações, Sérgio Motta, em 10 de dezembro de 1996, quando do envio do Projeto de Lei Geral das Telecomunicações, que resultou na Lei n. 9.272/97, já anunciava:

Para isso, é necessário que o arcabouço regulatório de telecomunicações evolua de modo a colocar o usuário em primeiro lugar; o usuário deverá ter liberdade de escolha e receber serviços de alta qualidade, a preços acessíveis. Isso somente será possível em ambiente que estimule a competição dinâmica, assegure a separação entre o organismo regulador e os operadores, e facilite a interconectividade e a interoperabilidade das redes. Tal ambiente permitirá ao consumidor a melhor escolha, por estimular a criação e o fluxo de informações colocadas à sua disposição por uma grande variedade de fornecedores.⁷⁹

Seu órgão máximo é o Conselho Diretor, composto por cinco conselheiros, os quais decidem por maioria absoluta, com independência e de forma fundamentada. Os

⁷⁹ Documento de Encaminhamento da Lei Geral das Telecomunicações, comentando-a. *Ministério das Comunicações*, 10 de dezembro de 1996, p. 10. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>. Acesso em: 05 jul. 2010.

conselheiros deverão ser brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de sua especialidade, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, conforme o artigo 52, III, “F”, da Constituição Federal. O mandato será de cinco anos e não há vedação à recondução.

A perda do mandato ocorrerá somente em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar. Os conselheiros, após deixarem o cargo, devem cumprir quarentena e ficam impedidos para o exercício de atividades ou de prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência por um período de quatro meses, contados da exoneração ou do término do seu mandato, sendo que nesse período serão remunerados pela agência.^{80 e 81}

A estrutura administrativa da ANATEL conta ainda com: Conselho Consultivo; Procuradoria; Corregedoria; Ouvidoria; Biblioteca; e unidades especializadas. O Conselho Consultivo é o órgão de participação institucionalizada da sociedade na agência com representantes indicados pelo Senado Federal, Câmara dos Deputados, Poder Executivo, entidades de classe das prestadoras de serviços de telecomunicações, entidades representativas dos usuários e entidades representativas da sociedade. Possui a função de: opinar, antes de seu encaminhamento ao Ministério das Comunicações, sobre o plano geral de outorgas, o plano geral de metas para universalização de serviços prestados no regime público e demais políticas governamentais de telecomunicações; aconselhar quanto à instituição ou eliminação da prestação de serviço no regime público; apreciar os relatórios anuais do Conselho Diretor; e requerer informação e fazer proposição a respeito das ações do Conselho Diretor.

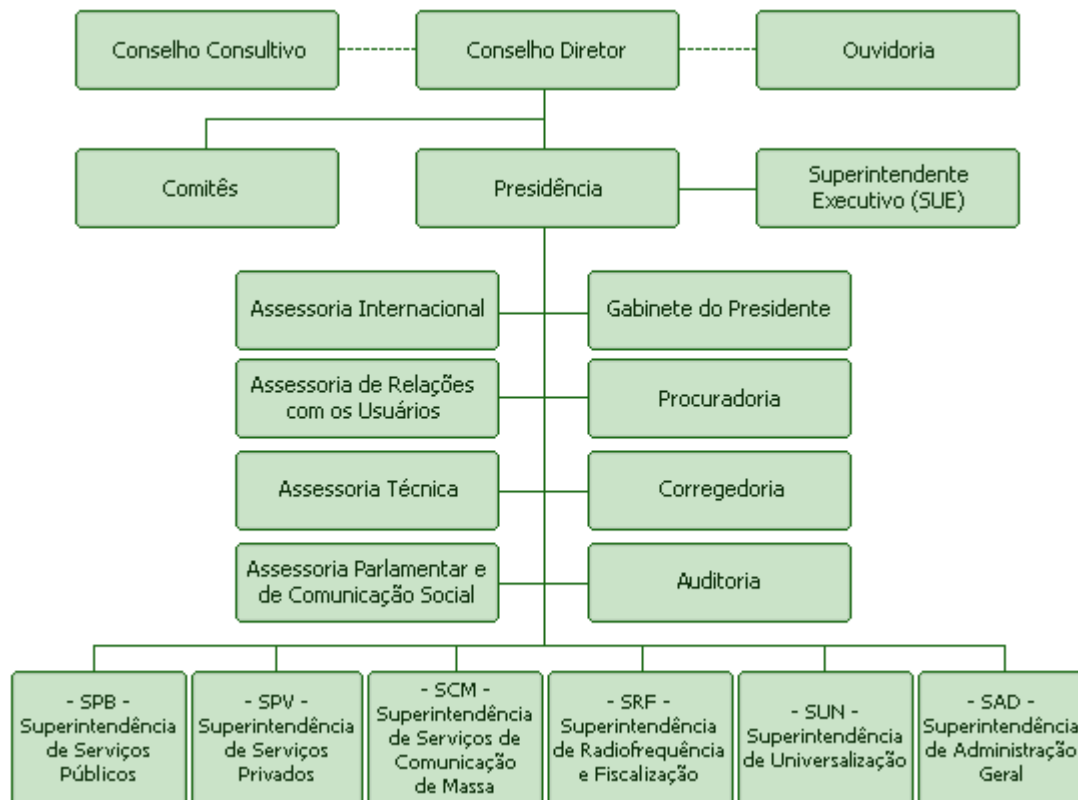
A Procuradoria exerce a representação judicial da agência, com prerrogativas processuais de Fazenda Pública. A Corregedoria acompanha o desempenho dos servidores da agência, avaliando sua eficiência e o cumprimento dos deveres funcionais e realizando os processos disciplinares. E a Ouvidoria tem a função de receber reclamações dos usuários, competindo-lhe produzir relatórios sobre a atuação da agência, encaminhando-as ao Conselho

⁸⁰ Conforme redação do artigo 8º, da Lei n. 9.986/2000. Essa limitação é aplicável aos conselheiros ou diretores de todas as agências reguladoras.

⁸¹ Interessante anotar que a Lei n. 9.472/97 proibia os conselheiros de exercerem outra atividade profissional, salvo a de professor universitário, em caso de compatibilidade de horário. Todavia, a Lei n. 9.986/2000 revogou seu artigo 28, que previa essa limitação.

Diretor, ao Conselho Consultivo, ao Ministério das Comunicações, a outros órgãos do Poder Executivo e ao Congresso Nacional, e publicando-as para conhecimento geral.

Atualmente, a agência apresenta o seguinte organograma estrutural, que esclarece sua organização e a interação de seus vários órgãos:⁸²



O setor de telecomunicações no Brasil é merecedor de olhar especial porque experimentou nos últimos anos sensível melhora na universalização do acesso às fontes de comunicação e informação. Em parte, essa melhora é creditada à privatização do sistema de telefonia do país e à criação do modelo regulador independente.

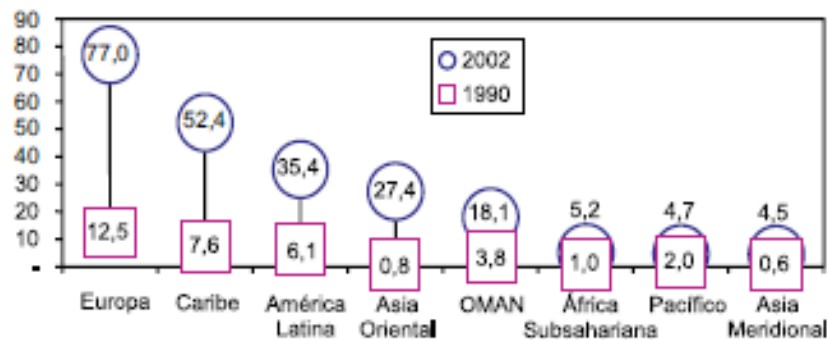
No entanto, a visualização dos avanços globais nessa área demonstra que o país, na verdade, acompanhou a melhora experimentada em todo o mundo. A redução dos custos tecnológicos e o maior intercâmbio comercial podem ser apontados como os principais fatores para o progresso experimentado.

O quadro que segue, fornecido pela base de dados de indicadores da União Internacional de Telecomunicações (UIT), mostra a elevação do número de assinantes de

⁸² Disponível na página da agência na internet: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalInternet.do#>>. Acesso em: 05 maio 2009.

telefone, fixos e móveis, de regiões em desenvolvimento no mundo, ou seja, excluem-se os países ricos:⁸³

Número total de abonados telefônicos por cada 100 habitantes



Seguindo essa tendência, o Brasil apresentava em 2007, segundo a ANATEL, teledensidade de 22 assinantes para cada 100 habitantes na telefonia fixa, enquanto a telefonia móvel possuía 63 assinantes para cada 100 habitantes. A soma de ambos resultava em até 85 assinaturas para cada 100 habitantes.

Na definição das Nações Unidas, sociedade da informação é aquela onde:

[...] todos possam criar, consultar, utilizar e compartilhar a informação e o conhecimento para que as pessoas, as comunidades e os povos possam desenvolver seu pleno potencial na promoção de seu desenvolvimento sustentável e melhorar sua qualidade de vida, de acordo com os objetivos e princípios da Carta das Nações Unidas e respeitando e defendendo plenamente a Declaração Universal dos Direitos Humanos.⁸⁴

Sem dúvida, os números indicam que o país tem avançado rumo à universalização na telefonia, o mesmo tem acontecido com a internet, e o papel da ANATEL se faz ainda mais importante porque visa, numa perspectiva mais ampla, garantir a inserção da população brasileira na era da informação.

⁸³ Divulgado no relatório da UIT denominado “Informe sobre el Desarrollo Mundial de las Telecomunicaciones 2003: Indicadores de Acceso para la Sociedad de la Información.” Ásia Central está incluída na Europa. Disponível em: <www.itu.int/ITU-D/ict/publications/wtdr_03/.../WTDR03Sum_s.pdf>. Acesso em: 30 maio 2009.

⁸⁴ Cúpula Mundial das Nações Unidas sobre a Sociedade da Informação, 2003, Genebra. *Declaração de Princípios*, Projeto de 14 de novembro de 2003. Disponível em: <<http://www.nupez.org.br/downloads/cupulamndialparte1.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2009.

2 Atribuições

São atribuições principais da ANATEL e que interessam a este trabalho as expressamente previstas no artigo 19, da Lei n. 9.472/97:

Art. 19. À Agência compete 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:

[...]

VI - celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções;

[...]

XI - expedir e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, fiscalizando e aplicando sanções;

[...]

XVIII - reprimir infrações dos direitos dos usuários;

É com esse instrumental que a agência reguladora pode agir em defesa do consumidor e é daí que extrai fundamento para aplicação de sanções administrativas aos regulados. Assim, a ANATEL possui de modo ostensivo as seguintes fontes motivadoras para defesa do consumidor: o descumprimento das condições do contrato de concessão ou do ato autorizativo, incluído aí a regulamentação que exercita; e a ofensa à legislação consumerista.

Como exemplo dessa atuação, pode-se citar o caso em que a ANATEL, em 09 de junho de 2009, proibiu a empresa de telefonia TELEFÔNICA (Telecomunicações de São Paulo S/A) de comercializar o produto SPEEDY, serviço de comunicação multimídia, com suporte nessas fontes motivadoras.⁸⁵

Nesse ato de punição, após a constatação de que houve crescente evolução das reclamações de usuários e que o serviço foi interrompido por diversas vezes, foram invocados como base de fundamentação:

- o artigo 5º da Lei n. 9.472/97, que dispõe sobre a observância dos princípios constitucionais da livre concorrência e defesa do consumidor, na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações;

⁸⁵ Conforme despacho n. 4.043/2009-CD, oriundo do Processo n. 53500.011781/ 2009, publicado no Diário Oficial da União no dia 22 de junho de 2009, n. 116, seção 1, p. 51.

- o artigo 19 da Lei n. 9.472/97, que dispõe sobre a competência da agência de adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras;

- o artigo 19, parágrafo único, do Regulamento da ANATEL (Decreto n. 2.338/97), o qual prevê que a competência da agência prevalecerá sobre a de outras entidades ou órgãos destinados à defesa dos interesses e direito do consumidor, que atuarão de modo supletivo, cabendo-lhe com exclusividade a aplicação das sanções do artigo 56, incisos, VI, VII, IX, X e XI da Lei n. 8.078/90;

- o artigo 3º, incisos I, IV e X da Lei n. 9.472/97, que se referem aos direitos dos usuários de serviços de telecomunicações;

- o artigo 1º, parágrafo único, artigo 19, inciso XI, e o artigo 127, todos da Lei n. 9.472/97, que se referem à fiscalização dos serviços de telecomunicações;

- o artigo 72, parágrafo único, do Regimento Interno da ANATEL, que prevê a possibilidade de aplicação de medidas cautelares pela agência para evitar lesão;

- o artigo 45 da Lei n. 9.784/99, que faculta à Administração Pública adotar motivadamente providências acauteladoras;

- o artigo 54, § 2º, do Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia (Resolução n. 272, de 9 de agosto de 2001), o qual prevê que em caso de interrupção ou degradação do serviço por mais de três dias consecutivos e que atinja mais de dez por cento dos assinantes deverá ser comunicada à ANATEL com a exposição dos motivos que a provocaram e as ações desenvolvidas para a normalização do serviço e para a prevenção de novas interrupções;

- o artigo 59, XI, do Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia (Resolução n. 272, de 9 de agosto de 2001), que prevê que o assinante do Serviço de Comunicação Multimídia tem direito de resposta pronta e eficiente às suas reclamações;

- o artigo 55, V, do Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia (Resolução n. 272, de 9 de agosto de 2001), que prevê que as prestadoras do Serviço de

Comunicação Multimídia tem a obrigação de prestar esclarecimentos ao assinante, de pronto e livre de ônus, face a suas reclamações relativas à fruição dos serviços;

- e o artigo 47 e incisos, do Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia (Resolução n. 272, de 9 de agosto de 2001), que se refere à qualidade de prestação do serviço.

Como se observa, não faltam marcos legais fundamentadores da atuação do órgão regulador em defesa do consumidor. Há até certo exagero na quantidade de atos normativos expedidos e invocados no balizamento da medida punitiva aplicada, o que não deixa de evidenciar que a falta de atuação mais incisiva e constante decorre mais em razão das deficiências estruturantes do agente regulador.

Dos fundamentos utilizados e acima mencionados, ressaí um que se afigura controverso: a prevalência da ANATEL sobre os demais entes componentes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, conforme previsão do artigo 19, parágrafo único, do Regulamento da ANATEL (Decreto n. 2.338/97), que diz expressamente:

Art. 19. A Agência articulará sua atuação com a do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, organizado pelo Decreto nº. 2.181, de 20 de março de 1997, visando à eficácia da proteção e defesa do consumidor dos serviços de telecomunicações, observado o disposto nas Leis nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990, e nº. 9.472, de 1997.

Parágrafo único. A competência da Agência prevalecerá sobre a de outras entidades ou órgãos destinados à defesa dos interesses e direitos do consumidor, que atuarão de modo supletivo, cabendo-lhe com exclusividade a aplicação das sanções do art. 56, incisos VI, VII, IX, X e XI da Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Uma busca sobre a fonte hierárquica das normas traz a evidência de que as leis são superiores aos decretos. França afirma que “é evidente que, em face da hierarquia que preside a autoridade dos diplomas legais, um regulamento não pode contrariar uma lei *stricto sensu*, nem esta a Lei Magna de um país.”⁸⁶

E não há na lei (8.078/90 ou 9.472/97) qualquer menção à reserva de exclusividade ao órgão regulador para aplicação das sanções que menciona, nem mesmo que a atuação dos demais órgãos de defesa do consumidor será supletiva. Pelo contrário, a previsão de sanções administrativas do artigo 56, da Lei n. 8.078/90, equipara todos os órgãos de fiscalização e

⁸⁶ FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 5. ed. rev. e aum.. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 116.

defesa do consumidor de instrumentos para consecução de seus objetivos, sem distinção. Portanto, não parece razoável que o decreto mencionado limite o que a lei não quis limitar.

O que se pode discutir é unicamente se há, ou não, necessidade de Estados e Municípios editarem normas próprias para aplicação das sanções previstas no artigo 56, do Código de Defesa do Consumidor. Zelmo Denari diz:

[...] devemos concluir que, em matéria de sanções administrativas, tendo a União exercitado, plenamente, a competência legislativa concorrente para edição de normas gerais, previstas no § 1º do art. 24 da Constituição Federal, por meio da edição do Código de Defesa do Consumidor, cumpre aos demais entes federativos (a própria União, os Estados e Municípios), em cada área de atuação administrativa, editar normas ordinárias de conduta para tipificação das infrações e respectivas sanções administrativas, nas relações de consumo, à luz de elaboração legislativa (normas de competência) previstas no Decreto n. 2.181/97).^{87 e 88}

Em caso de atuação simultânea de dois ou mais órgãos de defesa do consumidor contra o regulado, pelos mesmos fatos e pelos mesmos fundamentos, poderá ser alegada a ocorrência de *bis in idem*, o que é razão suficiente para determinar que as autoridades do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, no qual se incluem as agências reguladoras, estabeleçam mecanismos para atuação integrada. De todo modo, essa duplicidade de atuação poderá ser resolvida na forma do artigo 5º, do Decreto n. 2.181/97, que organiza o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

Ademais, a limitação imposta pelo Decreto n. 2.338/97 encontra obstáculo no artigo 24, IV e VIII, da Constituição Federal, que prevê competência legislativa concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre produção, consumo e dano ao consumidor.

De qualquer sorte, nos limites de sua competência regulamentar e sobre seus órgãos de atuação, a União pode limitar a atuação de uns em benefício de outros, e as

⁸⁷ DENARI, Zelmo. Das sanções administrativas. In, GRINOVER, Ada Pellegrini (et. al.), *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 645.

⁸⁸ Não obstante esse entendimento, deve-se considerar que o Decreto n. 2181/97 dota os demais entes da federação de normas procedimentais para aplicação das sanções previstas no artigo 56, da Lei n. 8.078/90, inclusive, com reversão de multas a seus cofres, fato reconhecido pelo autor, o que dispensaria a edição de normas tipificadoras de infrações, bastando que a lei estadual ou municipal crie a autoridade responsável pela fiscalização das normas protetivas do consumidor e lhe confira poderes para aplicar as sanções previstas na lei federal.

limitações previstas no artigo 19, transcrito, podem ser aplicadas ao DPDC quando estiver atuando em atividade regulada pela ANATEL.

3 Mecanismos de relação com o consumidor

A relação entre o consumidor e o prestador de serviços de telecomunicações é absolutamente impessoal, diferentemente da estabelecida, por exemplo, com o microempresário em uma pequena cidade, em que o trato é pessoal e direto. Mas, mesmo em casos deste jaez, a lei confere proteção ao consumidor com a presunção de que ele é a parte mais vulnerável.

Frente aos grandes grupos econômicos de telecomunicações e a força que eles representam, o consumidor submete-se a várias imposições: contratos de adesão, que por natureza são impositivos; atendimento de suas reclamações à distância, por telefone, e de modo deficiente; preços dos serviços exorbitantes; e qualidade ruim. Aqui, com maior razão, apresenta-se a necessidade de proteção legal do consumidor aliada a uma postura ativa dos órgãos do Estado.

Diante desse quadro, o desafio do agente regulador não é pequeno. Afinal, garantir o equilíbrio econômico-financeiro do negócio do empreendedor e, ao mesmo tempo, defender o consumidor, não é tarefa tranquila. Sem olvidar da gama de direitos que protegem o consumidor, deve-se tem em conta que, no caso específico da prestação de serviços de telecomunicações, o artigo 6º, X, do Código de Defesa do Consumidor, prevê que é seu direito básico ter acesso “a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.”

Como as telecomunicações representam parcela dos serviços públicos que o Estado presta ao consumidor por meio de agentes privados, cabe a ele, o próprio Estado, zelar para que sua execução seja realizada de forma adequada e eficaz⁸⁹.

A ANATEL disponibiliza vários canais de comunicação com o consumidor, a fim de prestar informações diversas, coletar reclamações, denúncias, sugestões e pedidos de informações. Para tal fim, utiliza os seguintes meios: central de atendimento, através do telefone 133; internet, por meio do endereço www.anatel.gov.br; escritórios de atendimento

⁸⁹ Adequado é o que se apresenta como conveniente e oportuno. Eficaz é aquilo que é eficiente e que produz bom resultado.

nas capitais dos Estados; e pesquisas. Também são utilizadas as consultas e as audiências públicas.

As consultas públicas⁹⁰ são previstas pela Lei n. 9.472/97 para as seguintes situações⁹¹: instituir ou eliminar a prestação de modalidade de serviço no regime público, concomitantemente ou não com sua prestação no regime privado; aprovar o plano geral de outorgas de serviço prestado no regime público; e aprovar o plano geral de metas para a progressiva universalização de serviço prestado no regime público (artigo 19, III); para apreciar as minutas dos atos normativos (artigo 42); e para análise da minuta de instrumento convocatório para outorga de concessão (artigo 89, II).

As audiências públicas⁹² não estão previstas na Lei n. 9.472/97, mas em razão de se constituírem importante instrumento de interação com os interessados no objeto da regulação, tem previsão nos artigos 42 a 44, do Regimento Interno da ANATEL⁹³.

As audiências públicas, de regra presenciais, constituem importante instrumento para realização das consultas públicas – que também utiliza com sucesso a internet para seus propósitos, principalmente pela facilidade de aproximação com a sociedade. Ambos são instrumentos com capacidade de conferir efeito democratizante à atuação da agência reguladora, pois, através deles, tanto os consumidores, individualmente ou coletivamente, por meio de órgãos públicos que atuam em sua defesa ou entidades representativas, quanto às empresas reguladas, podem externar suas queixas, apresentar sugestões e outras observações que julgarem oportunas.⁹⁴

Bom exemplo de utilização da consulta e da audiência pública é a discussão sobre a implementação do artigo 7º, VIII e IX, do Decreto n. 4.733, de 10 de junho de 2003, no que concerne à portabilidade numérica para telefones fixos e móveis. Após ampla discussão com a

⁹⁰ Segundo MASTRANGELO, Cláudio. *Agências reguladoras e participação popular*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 116: “... na fase de consulta pública, propriamente dita, concede-se aos interessados o ensejo de aduzirem, por escrito, seus comentários à proposta, aportando os elementos que repute adequados.”

⁹¹ Além das situações elencadas, também foi prevista a consulta pública para análise do modelo de reestruturação e desestatização das empresas estatais (art. 195, da Lei n. 9.472/97).

⁹² Para MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo de, *apud*, MASTRANGELO, op. cit., p. 121, a audiência pública: “deve-se constituir no meio pelo qual decisões vão ser tomadas, depois de se dar oportunidade de efetivamente ouvir (*audire*) os interessados.”

⁹³ Esta previsão guarda relação com a exigência do artigo 39, da Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações), que exige a realização de audiência pública para licitações superiores a 150 milhões de reais.

⁹⁴ O desafio, conforme já exposto, consiste em dar efetividade a tais mecanismos para que as agências não sejam capturadas por interesses financeiros e políticos.

sociedade, a portabilidade numérica foi implementada no país e se constituiu num fator de estímulo à competição entre as empresas de telefonia, pois conferiu flexibilidade ao consumidor de escolher os melhores preços e serviços, sem que tivesse que abandonar seu número original.

As pesquisas têm sido utilizadas pela ANATEL como importante instrumento para avaliação da qualidade dos serviços de telecomunicação. Em 2003, a agência contratou a Fundação Instituto de Administração – FIAUSP – e a Fundação de Apoio da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – FAURGS, vinculados à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, para realizarem uma pesquisa com os usuários de telefonia fixa e móvel no país. No total, foram ouvidos 84.246 consumidores.

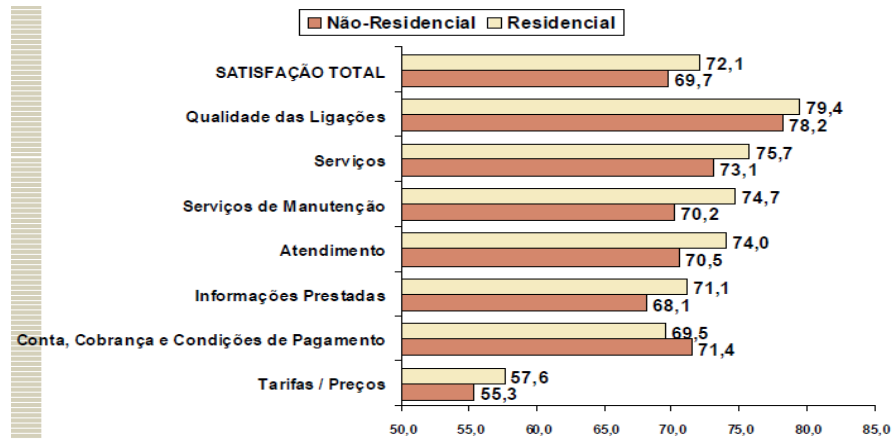
Os números apresentados revelaram que, modo geral, o consumidor brasileiro aprova os serviços que recebe. Tal fato, não deixa de revelar uma surpresa, principalmente porque outros órgãos de defesa do consumidor, como o PROCON de São Paulo, têm publicado rotineiramente que os serviços de telecomunicações ocupam as primeiras posições entre as empresas mais reclamadas. De um total de 41.685 reclamações recebidas no ano de 2009, nada menos que 19.091 (45,8%) eram desse setor⁹⁵.

A própria ANATEL tem rotineiramente anunciado deficit de qualidade na prestação dos serviços pelas operadoras de telefonia. Os dados de sua ouvidoria, conforme será explicado a seguir, inclusive, noticiam a crescente aplicação de multas pela desatenção aos direitos dos consumidores.

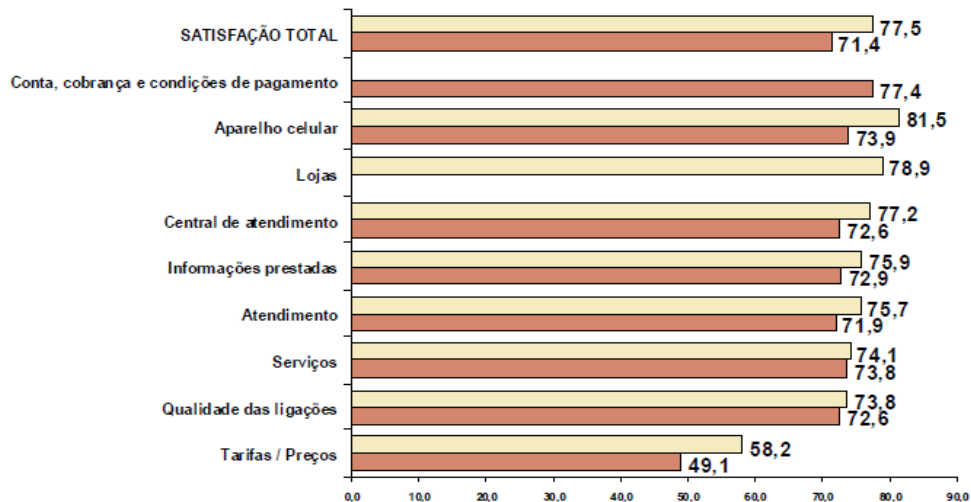
Contradições à parte, a pesquisa indicou que os usuários de telefonia fixa, residencial e não residencial, quando questionados sobre a satisfação com o serviço, forneceram o seguinte índice médio de satisfação⁹⁶:

⁹⁵ Fonte: PROCON de São Paulo. Disponível em: <http://www.procon.sp.gov.br/pdf/acs_release_ranking_e_graficos_cadastro_2009.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2010.

⁹⁶ Fonte: ANATEL. Pesquisa de Satisfação de Clientes de Serviços Telefônicos. 2003. *Fundação Instituto de Administração – FIAUSP – e Fundação de Apoio da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – FAURGS*. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/>>. Acesso em: 07 mar. 2009.



Os usuários de telefonia celular móvel, pós-pago e pré-pago, também questionados sobre a satisfação com o serviço, forneceram o seguinte índice médio⁹⁷:



Como se vê, a maior insatisfação ocorre com as tarifas e preços dos serviços, o que, na verdade, também revela fator de limitação ao uso mais intensivo desses meios de comunicação.

Confirmando essa particular insatisfação do consumidor brasileiro, a União Internacional de Telecomunicações divulgou em março de 2009 relatório em que apontou que o país pratica um dos mais altos preços para serviços telefônicos no mundo. De 150 países pesquisados, o Brasil ficou nas piores posições. Pelo uso do celular, o brasileiro compromete 7,5% de sua renda per capita e o país fica na 114ª posição mundial. Pelo uso do telefone fixo,

⁹⁷ Fonte: ANATEL. Pesquisa de Satisfação de Clientes de Serviços Telefônicos. 2003. Fundação Instituto de Administração – FIAUSP – e Fundação de Apoio da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – FAURGS. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/>>. Acesso em: 07 mar. 2009.

compromete 5,9 % de sua renda per capita e o país fica na 113ª posição mundial. Pelo uso da banda larga, compromete 9,6% e o país fica em 77º lugar.

Por outro lado, há inúmeros países que oferecem os serviços com comprometimento inferior a 1% da renda per capita de sua população, como é o caso da vizinha Argentina, onde as pessoas não gastam mais de 0,9% de sua renda per capita com telefonia fixa.⁹⁸

4 Visão da ouvidoria sobre a atuação da Agência Nacional de Telecomunicações

Conforme já anotado a ouvidoria é um órgão integrante da ANATEL que tem a função de receber reclamações dos usuários, competindo-lhe produzir relatórios sobre a atuação da agência, encaminhando-as ao Conselho Diretor, ao Conselho Consultivo, ao Ministério das Comunicações, a outros órgãos do Poder Executivo e ao Congresso Nacional, e publicando-as para conhecimento geral.

Em Agosto de 2009 foi publicado o último relatório da ouvidoria da ANATEL⁹⁹ pelo ouvidor Nilberto Diniz Miranda, de onde se podem extrair informações preciosas para compreensão de sua atuação em favor do consumidor. Esse relatório detalhou de modo pontual os principais problemas enfrentados pela agência, em especial, no que interessa a este trabalho, sobre: o atendimento e os Procedimentos para Apuração de Descumprimento de Obrigações (PADO'S).

Quanto ao atendimento, diz o relatório (página 14):

Ainda hoje, persistem as falhas estruturais do atendimento prestado pela Agência, que continua, praticamente, “repassando” para as prestadoras as reclamações já recorrentes dos interessados, sem o controle do ciclo de início e término dos contatos com estes usuários. Além disso, a área responsável continua funcionando sem o “status” estrutural adequado, ou seja, sem nivelamento perante as superintendências da Agência, o que determinaria, caso fosse nivelada, melhor fruição das demandas. É verdade que tal

⁹⁸ Conforme matéria de Marcelo Ninio: Telefonia no Brasil está entre as mais caras, diz ONU. *Folha Online*, 02 mar. 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u511198.shtml>>. Acesso em: 11 abr. 2009.

⁹⁹ Relatório da Ouvidoria da ANATEL, de 24 de agosto de 2009. *Relatório de Apreciação Crítica da Atuação da Agência Nacional de Telecomunicações*. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalInternet.do#>>. Acesso em: 03 abr. 2010.

modificação exigiria alterações regimentais, mas o fato é, que esta condição de desnivelamento, reduz, também, a ascendência determinante que a área deveria ter perante as prestadoras.

[...]

Repensar o atendimento ao usuário, fechando este ciclo, significa superar a idéia de sermos apenas um “link” eletrônico entre o cidadão e a prestadora de serviços reclamada.

Como bem observa o relatório, o ato de regular não pode se resumir a editar normas, muitas das quais não observadas pelos regulados. Deve ir além. A missão regulatória só se completa quando o usuário final consegue a satisfação de suas reclamações por parte da própria agência. A fiscalização e a instauração de processos administrativos devem ter esse fim.

Sobre os procedimentos para apuração de descumprimento de obrigações (PADO’S), instrumentos de fiscalização das empresas e materialização da capacidade sancionatória da agência, é informado que entre 1997 e 2008 a agência aplicou 684 milhões de reais em multas. Desse total, apenas 400 milhões de reais foram pagos. A conclusão do relatório (fls. 17) é a seguinte:

Constata-se que tem aumentado, progressivamente, o arcabouço de normas, os autos de infrações, os processos de apuração de descumprimento de obrigações e, conseqüentemente, o número de sanções, no decorrer da primeira década de atuação da Anatel. Entretanto, os resultados esperados, a saber: o processo educativo e a redução do número das infrações pela força coercitiva não têm se mostrado presentes. Ou seja, as prestadoras preferem descumprir os regulamentos, talvez, porque o custo financeiro das multas aplicadas seja menor. Repensar regulamentos sancionatórios que desestimulem os descumprimentos das obrigações, onde as sanções demonstrem ser mais pesadas do que os lucros auferidos com o descumprimento das normas, talvez seja o âmago da questão.

Após enumerar vários outros problemas enfrentados pela ANATEL, a ouvidoria, na conclusão do relatório, não deixa de observar a repercussão desses fatos (fls. 57):

As manifestações do Ministério Público Federal, dos Procon’s, de editoriais de alguns jornais, de colunistas e especialistas e dos órgãos do Ministério da Justiça, ainda que abordando temas diferenciados relativos à prestação dos serviços de telecomunicações, confluem, inexoravelmente, para críticas contundentes ao setor, apontando para um virtual isolamento da Agência. O volume de reclamações congestionava as centrais de atendimento. Até mesmo a discussão quanto à cassação de concessão de operadora de telefonia fixa, foi objeto de Audiência Pública na Comissão do Direito do Consumidor da Câmara dos Deputados, refletindo, como dissemos, a insatisfação da sociedade.

A visão crítica da ouvidoria da ANATEL demonstra que a agência tem um longo caminho a percorrer até que consolide sua atuação como protagonista da afirmação dos direitos de consumidores. Expõe problemas, mas indica soluções possíveis. Apesar de mostrar um quadro desalentador, o fato de o relatório estar disponível na página da própria agência não deixa de ser um sopro de esperança, pois indica que algo está sendo feito, ou pelo menos dito, com o propósito de correção de rumos.

A partir dessa visualização da ANATEL, tomada a título ilustrativo em razão da impossibilidade de analisar detidamente todas as agências reguladoras, é possível contextualizar a relação das demais agências com outros órgãos de defesa dos consumidores, não sem antes anotar o que significa o consumidor, particularmente enquanto sujeito de direitos.

CAPÍTULO IV – AGÊNCIAS REGULADORAS E DIREITOS DOS CONSUMIDORES

1 Do investidor ao consumidor

No que se refere à concessão de segurança ao investidor, as agências reguladoras brasileiras parecem estar cumprindo bem sua função, vez que estruturaram os marcos regulatórios necessários ao cumprimento dos contratos, o que tem assegurado o livre exercício das atividades mercantis e a geração de lucro. Neste particular, convém mencionar acórdão do Superior Tribunal de Justiça, em que foi relator o Ministro José Delgado, numa discussão sobre o partilhamento de combustível:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS POR DISTRIBUIDORAS. OPÇÃO PELO REGIME DE PEDIDOS MENSAIS. SUBMISSÃO À PORTARIA DA AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO Nº 72/2000. LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À LEI Nº 9.478/97, ARTS. 1º e 8º.1. Mandado de segurança com pedido de liminar impetrado por BUFFALO PETRÓLEO DO BRASIL LTDA. e TM DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO contra o DIRETOR DA AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO - ANP, em que se discute a legalidade e inconstitucionalidade da Portaria nº 72/2000, que limita o volume de combustível a ser adquirido pelas distribuidoras, pugnando pela prevalência das Portarias nºs 25/94 e 60/97, vigentes à data de sua constituição. Liminar deferida e depois cassada pelo TRF/2ª Região. Sentença julgando parcialmente procedente o pedido a fim de que a ANP homologue as cotas de combustíveis das impetrantes e a PETROBRÁS forneça os produtos sem as restrições da Portaria nº 72/2000, observando, caso o estoque seja insuficiente, o princípio da igualdade entre as adquirentes. Execução da sentença suspensa e, posteriormente, restabelecida, por reconsideração. Interpostas apelações pela ANP e pela PETROBRÁS, o TRF deu-lhes provimento por entender que a CF/88 autoriza a fixação de limites a que a livre concorrência deve se sujeitar, sendo um dos motivos que inspiraram a criação das chamadas Agências Reguladoras. Discorre que só uma das impetrantes pretende retirar 50% do que foi fornecido a todas as demais distribuidoras, num só mês, o que seria comercialmente inviável e inaceitável. Afirma, ainda, que as impetrantes desejam adquirir combustível à margem de qualquer regulamentação de sua atividade, não celebrando contrato de fornecimento com o produtor (a Petrobrás), nem se submetendo ao regime de

cotas da ANP. Recurso especial da TM Distribuidora de Petróleo Ltda. alegando violação dos arts. 1º e 8º da Lei nº 9.478/97 em razão de ter direito adquirido à aplicação das Portarias nºs 25/94 e 60/97, que não restringiram a aquisição de combustíveis. Aduz, ainda, que a Portaria nº 72/2000 usurpa os limites que a referida lei impôs à ANP porque impede a livre concorrência entre as distribuidoras ao fixar as cotas das empresas que, caso esgotem seus estoques, não mais poderão adquirir o combustível da refinaria. Contra-razões da ANP sustentando que as distribuidoras, de acordo com o art. 3º da Portaria nº 72/00 podem optar pelo "regime de contrato de fornecimento direto com os produtores" ou pelo "regime de pedido mensal", este último criado para assegurar que novos distribuidores tenham garantido o acesso ao fornecedor de combustíveis e ao recebimento dos mesmos, e que a impetrante valeu-se de provimento jurisdicional para aproveitar-se dos dois regimes sem suportar os ônus de qualquer deles, não se podendo falar em direito adquirido a regime jurídico. Interposição concomitante de recurso extraordinário, que foi provido. 2. O art. 3º da Portaria nº 72/2000 é claro ao proporcionar dois sistemas de aquisição de combustíveis pelas distribuidoras: "A aquisição de gasolina automotiva e óleo diesel pelo distribuidor de combustíveis derivados de petróleo, álcool combustível e outros combustíveis deverá ser feita sob regime de contrato de fornecimento com o produtor ou sob o regime de pedido mensal". Ao fazer a opção pelo sistema de pedido mensal, deve a distribuidora obedecer, conseqüentemente, aos critérios estabelecidos para esse tipo de procedimento, prescritos no art. 7º da Portaria nº 72/2000. 3. Não se encontra infringido o teor do art. 1º, incisos V e IX, da Lei 9.478/97. Ao estabelecer a opção para as distribuidoras firmarem contrato direto com seus fornecedores ou se valerem do direito de realização de pedidos mensais, a Portaria 72/2000 prestigia a liberdade de escolha de suprimento além de garantir o produto para aquelas que optam por não serem regidas pelo sistema de contrato direto com o fornecedor. 4. Não há violação do art. 8º da Lei nº 9.478/97. A proteção das distribuidoras não pode ocorrer com o comprometimento do mercado nacional de combustíveis e da satisfação do consumidor, devendo haver a conciliação de interesses. O ato hostilizado - a Portaria nº 72/2000 - é medida técnica que materializa a atribuição para regular o setor petrolífero (art. 8º, caput e XV da Lei nº 9.478/97) conferida à ANP, levando em conta o suprimento de derivados de petróleo em todo o território nacional (art. 8º, I, da Lei nº 9.478/97), a garantia de oferta de produtos aos consumidores (art. 8º, I, da Lei nº 9.478/97) e o volume comercializado por cada distribuidora nos meses anteriores, permitindo ainda, o gradual crescimento dessas últimas, sem realizar impacto excessivo e desequilíbrio no mercado. 5. A Portaria nº 72/2000 não extrapolou os limites fixados pela Lei nº 9.478/97, preservando, com a sua sistemática, a garantia do fornecimento de derivados de petróleo em harmonia e com respeito ao princípio da livre concorrência. 6. Recurso especial desprovido.¹⁰⁰

No caso citado o judiciário deu razão ao órgão regulador, pois acertadamente a Agência Nacional de Petróleo (ANP) agiu para evitar que uma só distribuidora tivesse maior

¹⁰⁰ Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 676.172/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 02 jun. 2005, *Diário da Justiça*, 27 jun. 2005, p. 253. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/imprensa>>. Acesso em 02 abr. 2010.

participação na venda de combustíveis. Desse modo, cuidou de conferir igualdade entre os agentes econômicos, distribuidores de combustíveis. Em última análise, garantiu que a livre concorrência fosse praticada e o consumidor final não ficasse refém de uma ou de poucas distribuidoras. Nesse julgado fica evidente o alcance da regulação ao investidor.

Um passo adiante, tem-se o exemplo de julgado em que o agente regulador atuou no sentido de garantir direito do consumidor. No caso, a disponibilização de ponto de atendimento presencial pelas empresas de telefonia fixa. Nesse episódio, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que as agências reguladoras devem atuar no sentido de garantir o interesse do consumidor:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIÇO DE TELEFONIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. PRODUÇÃO DE PROVAS INDEFERIDA. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. DISPONIBILIZAÇÃO DE PONTO DE ATENDIMENTO PRESENCIAL AO CONSUMIDOR. PREVISÃO CONTIDA EM RESOLUÇÃO DA ANATEL. PODER NORMATIVO CONFERIDO ÀS AGÊNCIAS REGULADORAS. ANÁLISE DE SUPOSTA OFENSA A DISPOSITIVO DE RESOLUÇÃO. NÃO-ENQUADRAMENTO NO CONCEITO DE "LEI FEDERAL". 1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia. 2. O Tribunal de origem abordou todas as questões necessárias à integral solução da lide, concluindo, no entanto, que o cumprimento da garantia do acesso da população ao serviço de telefonia fixa, em sua concepção ampla, depende da reabertura de postos telefônicos de atendimento ao consumidor, ainda que eficientes as centrais de atendimento por telefone. 3. O deferimento do pedido de produção de provas está vinculado à livre convicção do magistrado de primeiro grau de jurisdição, na medida em que incumbe "ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias", podendo julgar antecipadamente a lide quando não houver necessidade de produzir prova em audiência, conforme o disposto nos arts. 130 e 330 do CPC. 4. Entretanto, saber se a prova cuja produção fora requerida pela parte é ou não indispensável à solução da controvérsia, de modo a se permitir ou não o julgamento antecipado da lide, é questão que exige o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a atrair o óbice previsto na Súmula 7/STJ. 5. A Lei 9.472/97 instituiu a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL -, com a função de órgão regulador das telecomunicações, incumbindo-a de adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras (art. 19), podendo, inclusive, baixar normas destinadas à regulamentação das atividades do setor pelo qual é responsável. 6. No exercício dessa

prerrogativa, a ANATEL editou a Resolução 30/98, aprovando o Plano Geral de Metas de Qualidade para o Serviço Telefônico Fixo Comutado, o qual estabelece, em seu art. 32, que "toda localidade com Serviço Telefônico Fixo Comutado com acessos individuais deverá ser dotada, pela prestadora do serviço, de atendimento público que permita ao usuário efetuar qualquer interação relativa à prestação do serviço". 7. Hipótese em que o Tribunal de origem, ao decidir a controvérsia que lhe foi submetida, limitou-se a interpretar as normas contidas no referido ato normativo. A análise da pretensão recursal envolve, por via transversa, a interpretação das normas contidas na Resolução 30/98 da ANATEL. 8. O recurso especial não constitui via adequada para a análise de eventual ofensa a resoluções, portarias ou instruções normativas, por não estarem tais atos normativos compreendidos na expressão "lei federal", constante da alínea a do inciso III do art. 105 da Constituição Federal. 9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.¹⁰¹

Os julgados transcritos demonstram a atuação regulatória da Agência Nacional de Petróleo (ANP) e Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). A primeira, na disputa entre os próprios agentes econômicos. A segunda, anotando o respeito ao direito do consumidor de ser atendido pessoalmente pelos regulados. Tais exemplos bem demonstram o ideal regulatório, mas não refletem a realidade praticada principalmente quando se trata de afirmar os direitos do consumidor.

Há diversas notícias demonstradoras de que as agências reguladoras estão distanciadas da defesa dos interesses da sociedade e dos consumidores, em última análise.

Basta lembrar os episódios de crise na aviação aérea brasileira, particularmente entre os anos de 2006 e 2007, para constatar a fragilidade institucional dessas agências e seu atrelamento aos interesses privados e do próprio governo.

Naquela época, eram frequentes os atrasos e cancelamento de vôos; venda de passagens aéreas acima da capacidade das aeronaves (conhecida como *overbooking*), mormente em períodos de grande demanda (como férias e feriados). Além disso, ocorreram dois acidentes de grande repercussão e inestimáveis perdas humanas. O primeiro, com um Boeing da empresa aérea GOL, que se chocou em pleno ar com um jato Legacy, em setembro de 2006, e causou a morte de 154 pessoas. Outro, com um Airbus da empresa aérea TAM, em Congonhas, no dia 17 de julho de 2007, e que causou 199 mortes.

¹⁰¹ Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 976.599/SC, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 10 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em 03 abr. 2010.

Esses episódios instalaram uma crise conhecida como “apagão aéreo”, que resultou, inclusive, na instalação de uma CPI na Câmara dos Deputados. Daí surgiram informações significativas como a de que as pistas do aeroporto de Congonhas, em São Paulo, não tinham condições de segurança adequadas para operação, principalmente quando estavam molhadas, mas ainda assim esse aeroporto concentrava a maior parte dos vôos nacionais¹⁰².

Também foi constatado que diretores e funcionários da ANAC recebiam passagens gratuitas das empresas aéreas. O jornal Folha de São Paulo, edição de 29 de agosto de 2007, noticiou:

O ministro Nelson Jobim (Defesa) disse ontem que os passes livres para funcionários da Anac (Agência Nacional de Aviação Civil), concedidos por companhias aéreas, se convertem em "tolerâncias" com as empresas em fiscalizações. Ele defendeu o fim desse benefício na reformulação que pretende fazer na agência. Jobim não citou nenhuma empresa. A TAM, por exemplo, forneceu 2.833 passagens à Anac apenas de julho a dezembro de 2006. Coincidência ou não, no Natal, ela contou com a "boa-vontade" da Anac e o álibi da "culpa dos controladores" para maquiar problemas que afetaram milhares de passageiros, com a retirada de aviões para manutenção não-programada.¹⁰³

Os desdobramentos da crise levaram ao pedido de renúncia dos cinco diretores da ANAC, após intensa pressão política. Portanto, a identificação dessa agência reguladora com os interesses econômicos do setor, aliada à renúncia de seus diretores após a instauração da crise, revelou a enorme fragilidade institucional de que ainda padecem esses entes regulatórios brasileiros.

Diante disso, há evidente necessidade de fortalecimento dos fundamentos legitimadores dos representantes (diretores ou conselheiros) dessas agências. Bom caminho a ser trilhado seria sua aproximação com os interesses comunitários e o afastamento suficiente dos interesses econômicos de molde a permitir regulação satisfatória à boa prestação dos serviços.

A ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) mostra outro caso clarificador. Apesar de não exibir informes de ter sido capturada de forma tão ostensiva pelos

¹⁰² Aliás, passada a crise aérea e tendo sido o aeroporto submetido a reformas em suas duas pistas, o tráfego aéreo nacional voltou a se concentrar em Congonhas.

¹⁰³ SUWWAN, Leila. Viagem grátis afeta fiscalização, diz Jobim. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 27 ago. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u323903.shtml>>. Acesso em: 02 set. 2007.

interesses empresariais quanto a ANAC, apresenta sérias dificuldades para se firmar como reguladora independente do governo.

A polêmica sobre a fusão das empresas Oi e Brasil Telecom, que resultou na criação maior empresa nacional de telecomunicações, é sintomática. A diretoria da agência modificou seu entendimento sobre a legislação do setor – que evitava a concentração em razão da busca de maior competição – após clara pressão política e permitiu que a operação se concretizasse. De nada adiantaram as críticas de organismos de defesa dos consumidores, que apontaram o retrocesso da medida com potencial de lesar os interesses dos consumidores.¹⁰⁴

Outro exemplo ilustrativo surgiu da regulamentação do atendimento prestado pelos “call centers” ou Sistemas de Atendimento ao Cliente (SAC’s) pelo Presidente da República. Para esse fim foi editado o Decreto n. 6.523, em 31 de julho de 2008. É de conhecimento geral os enormes problemas criados aos consumidores brasileiros por esse meio de atendimento, de regra realizado por máquinas ou pessoas preparadas para não atender o cliente. Por essa razão, foi bem recebida a medida de regulamentação e contenção dos abusos nos setores de transportes terrestres, aviação civil, energia, água, planos de saúde, bancos e telecomunicações, de que tratou o decreto referido.

O estranhamento surge quando se verifica que todos esses setores estão sob as cautelas de agências reguladoras. Então, por consequência lógica, deveriam ter sido os entes reguladores os responsáveis pelo disciplinamento da atividade. Por que não o fizeram? Várias respostas podem ser aventadas: as agências ainda estão em fase de estruturação; o orçamento de que dispõem tem sido sistematicamente contingenciado, o que resulta em deficit de atuação; o quadro técnico é insuficiente; além de outras.

Entretanto, a resposta mais consentânea com a realidade é que as agências reguladoras ainda estão distanciadas da defesa dos interesses dos consumidores. Diante da inércia dos órgãos reguladores, o próprio executivo foi compelido a regulamentar os serviços de atendimento. Esse dado é preocupante porque evidencia um distanciamento persistente entre as agências reguladoras e os anseios comunitários. E é evidente que isso resulta em deficit de legitimidade.

¹⁰⁴ Através da Consulta Pública n. 23, de 16 de junho de 2008, a ANATEL promoveu mudança no Plano Geral de Outorgas, veiculado pelo Decreto n. 6654/08, para permitir que uma empresa concessionária de uma região pudesse adquirir concessionária de outra região.

Existe ainda o componente da efetividade de suas deliberações, que guarda relação com a capacidade normativa das agências. Grande exemplo é o questionamento que as operadoras de TV por assinatura fazem do Regulamento de Proteção e Defesa dos Direitos dos Assinantes dos Serviços de Televisão por Assinatura (Resolução n. 488, de 03 de dezembro de 2007).

Nesse regulamento, a ANATEL, dentre outras providências, proibiu nos artigos 29 e 30, a cobrança pelo ponto-extra dos consumidores, o que provocou o inconformismo das empresas, as quais questionaram judicialmente a proibição. A Associação Brasileira de Televisão por Assinatura (ABTA) ingressou com ação na 14ª Vara Federal, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, e conseguiu que o impedimento da cobrança fosse suspenso pela falta de clareza na redação do regulamento. Em 16 de abril de 2009 a ANATEL modificou a redação dos artigos para permitir a cobrança apenas para a instalação e reparo da rede interna e dos conversores/decodificadores de sinal ou equipamentos similares.¹⁰⁵

Em que pesem as deficiências estruturais e o contexto histórico e político de suas criações, as agências reguladoras possuem instrumentos de interação com a sociedade que podem fortalecer a interação com suas aspirações: consulta pública, audiência pública e conselhos consultivos. Esses mecanismos, desde que manejados de forma eficiente, distante dos interesses corporativos e priorizando a participação popular, podem se converter em importantes fontes para fixação de regras de proteção dos consumidores.

Binenbojm enuncia:

[...] a participação dos cidadãos se apresenta como a mais alentada forma de suprimento do problema do deficit de legitimação democrática das agências independentes. Se há uma dificuldade de legitimação decorrente da alocação de porção do poder do Estado em reguladores não eleitos e não sujeitos aos mecanismos tradicionais de aferição de responsividade social e sua atuação, o fomento à participação social nos processos regulatórios seria uma possível maneira de reforçar o grau de autoridade das decisões das agências.¹⁰⁶

No que concerne à defesa do consumidor, impõe-se verificar que, dentre as agências reguladoras federais, nem todas possuem como missão precípua o seu patrocínio. Possuem previsão expressa de defesa do consumidor em suas leis de criação as seguintes

¹⁰⁵ No entanto, até que se resolva a discussão judicial, as empresas continuam cobrando pela manutenção do ponto-extra.

¹⁰⁶ Op. cit., pp. 104-105.

agências: ANEEL (artigo 4º, § 3º, da Lei n. 9.427/96); ANATEL (artigos 5º e 127, da Lei n. 9.472/97); ANP (artigo 8º, I, da Lei n. 9478/97); ANS (artigo 3º, da Lei n. 9.961/2000); ANA (artigo 4º, § 8º, da Lei n. 9.984/2000); ANTAQ (artigo 11, III, da Lei n. 10.233/2001); ANTT (artigo 11, III, da Lei n. 10.233/2001); e ANAC (artigo 8º, XXXV, da Lei n. 11.182/2005).

ANVISA e ANCINE são as duas únicas agências reguladoras que não possuem o objetivo declarado de proteção do consumidor em suas normas instituidoras. E ambas não o fazem por razões claras. A ANVISA foi criada com a atribuição de promover a proteção da saúde da população. Neste ponto, exerce atividade mais ampla, que extrapola contornos contratuais. Já a ANCINE, como já argumentado, foi incumbida de fomentar a produção, a distribuição e a exibição de obras cinematográficas e videofonográficas, ou seja, preocupa-se preponderantemente em elevar a patamares mais elevados uma parcela de expressão da cultura nacional.

Ao tratar da relação jurídica entre os prestadores públicos ou privados e os consumidores/usuários dos serviços públicos, Azevedo relata que:

No caso das concessões entre Administração Pública e empresas privadas, p. ex., existe um contrato administrativo, regido pelas regras e princípios de direito público (em especial, do Direito Constitucional e do Direito Administrativo). Já a relação jurídica que se estabelece entre prestadores (públicos ou privados) e usuários apresenta contornos mais vinculados ao direito privado. Trata-se de uma relação obrigacional entre particulares, formalizada, não poucas vezes, pelo instrumento jurídico do contrato. Ao Estado cabe regulamentar e fiscalizar as ações dos prestadores, uma vez que há uma flagrante desigualdade de forças entre esses e os usuários. Nestes termos, existem todos os elementos necessários para que se conceba a natureza jurídica atual desse vínculo entre prestadores e usuários de serviços públicos: trata-se de uma relação de consumo. E quanto aos usuários de serviços públicos, não resta dúvida de que são, antes de mais nada, consumidores.¹⁰⁷

Neste ponto, faz-se necessário compreender o que se entende por consumidor, pois a análise da efetividade das agências reguladoras na afirmação de seus direitos reclama o conhecimento de seu conceito e evolução histórica.

¹⁰⁷ 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. 63.

2 O consumidor: sujeito de direitos

A noção atual de consumidor foi construída a partir do Século XIX, mas já na antiguidade tratava-se de sua proteção. As linhas seguintes detalham sua conceituação hodierna e contam um pouco dessa história.

2.1 Conceito de consumidor

De uma extração puramente legal, pode-se dizer que consumidor “é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Essa é a definição encontrada no artigo 2º, da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

O dicionarista Aurélio¹⁰⁸ esclarece que consumidor é “aquele ou aquilo que consome.” Na doutrina brasileira há fundada discussão sobre os limites conceituais do “aquele ou aquilo” que consome. Existem duas correntes de pensamento divididas entre finalistas e maximalistas.

Para os finalistas (minimalistas), de inclinação claramente restritiva, o conceito de consumidor só deve ser aplicado ao destinatário final do produto ou serviço, ou seja, para aquele que o adquire ou utiliza em proveito próprio – para satisfação de necessidade pessoal, familiar ou doméstica. Quem adquire para revender ou acrescer à cadeia produtiva, para eles, não pode ser considerado consumidor.

Para os maximalistas, consumidor é aquele que retira o produto ou serviço do mercado e o consome ou utiliza para fins pessoais ou profissionais. Tanto pessoas físicas quanto jurídicas, neste caso, são consideradas consumidoras.

É importante compreender ainda que o consumidor só existe em função do fornecedor, e vice-versa. É entre eles que se estabelece a relação de consumo. Do mesmo Estatuto de Defesa do Consumidor citado acima, na redação do artigo 3º, extrai-se que 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,

¹⁰⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio eletrônico século XXI*. Versão 3.0. Editora Nova Fronteira, 1999. 1 CD-ROM.

exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Há que se considerar, porém, que existem diferenças, não apenas conceituais, entre os próprios consumidores. Essa relação de consumo, que dá colorido a esse dois pólos (consumidor e fornecedor), objeto de disciplinamento legal no Brasil – mormente pela Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) – evidencia, sob o ponto de vista formal, tratamento equânime entre as pessoas. Veja-se o exemplo do consumo de produto deteriorado. Não importa onde se dá sua aquisição, quem o adquiriu ou quanto pagou. Da infração à obrigação de fornecê-lo em condições próprias para o consumo surgirá o dever de repará-lo a quem quer que o tenha consumido.

Na situação do exemplo, com certa coerência, há de se concordar: não há distinção entre consumidores. E a falsa ideia de igualdade entre as pessoas (consumidores) se instala no conceito. As diferenças, no entanto, apresentam-se mais claramente em dois momentos distintos: antes e depois do ato de consumir.

Antes, porque para consumir o produto – até mesmo o deteriorado – a pessoa deve estar incluída num sistema de produção que lhe confira meios para fazê-lo. Sem tais meios, especialmente o dinheiro, é mais difícil estabelecer relação de consumo.

Depois, porque a pessoa que tem dificuldade de se tornar “consumidor”, ou seja, conta com pouco ou nenhum acesso monetário, também sofre com uma espécie de barreira para o reclame da proteção legal. Caso consiga consumir o produto do exemplo citado (deteriorado), seguramente terá dificuldade para acessar os órgãos públicos de defesa de consumidores ou para propor demanda judicial. Essa barreira é expressa por diversos fatores que se manifestam, dentre outras formas, no desconhecimento do próprio direito.

A existência dessas deficiências realça as diferenças entre consumidores – incluídos e não incluídos – e coloca em xeque o propósito regulador, que não se imiscui nessa seara, mas necessita regular com objetivos comunitários, de molde a conferir aos excluídos a possibilidade de participar das conquistas tecnológicas e científicas da atualidade. É exemplo disso, a imposição pela ANATEL, aos exploradores dos serviços de telefonia, que disponibilizem o acesso à telefonia fixa e celular em todo o território nacional, inclusive, nos rincões mais distantes e empobrecidos do país.

A “Consumers International”, entidade internacional dedicada à defesa do consumidor, atenta à necessidade de interpretar a sociedade de consumo de forma inclusiva e garantidora da dignidade humana, enumera oito direitos básicos dos consumidores que devem ser defendidos em todo o mundo:

1 - direito de satisfazer suas necessidades básicas – significa ter acesso aos serviços básicos, bens e serviços essenciais: alimentação adequada, vestuário, abrigo, cuidados de saúde, educação, serviços públicos, água e saneamento;

2 - direito à segurança – significa ser protegido contra produtos, processos de produção e serviços que são perigosos para a saúde ou vida;

3 - direito à informação – significa ter acesso aos dados necessários para fazer escolha informada e para ser protegido contra a publicidade enganosa ou desonesta;

4 - direito à escolha – significa poder escolher entre uma gama de produtos e serviços, oferecidos a preços competitivos, com garantia de qualidade satisfatória;

5 - direito de ser ouvido – significa ter seus interesses considerados quando da elaboração e execução de políticas governamentais, bem como no desenvolvimento de produtos e serviços;

6 - direito à reparação – significa receber justa reparação para suas reivindicações, incluindo a compensação por falsas declarações, mercadorias de baixa qualidade ou serviços deficientes;

7 - direito à educação – significa adquirir conhecimentos e habilidades necessárias para fazer escolhas sobre bens e serviços, sendo ao mesmo tempo consciente de suas responsabilidades e direitos básicos;

8 - direito ao meio ambiente saudável - significa viver e trabalhar em ambiente que não é ameaça para o bem-estar das gerações presentes e futuras.

2.2 Evolução histórica da defesa do consumidor

O Código de Hamurábi, datado de cerca de 1.780 a.C., conjunto de leis esculpido sobre uma pedra monolítica, oriundo da Mesopotâmia, que atualmente está exposto no Museu

do Louvre, em Paris, enunciava que o construtor que edificasse casa com paredes defeituosas deveria fazer outras sólidas e resistentes às suas próprias custas (artigos 233 do Código); também previa reparação para o caso de o construtor de barco executar mal seu serviço (artigo 235 do Código); além disso, estipulava obrigações a outros profissionais em casos de serviços impróprios ao fim destinado.

Alguns autores noticiam que o Código de Massú, elaborado na Índia no Século XIII a.C., determinava sanções em caso de alimentos adulterados¹⁰⁹. Na França, no século XV, os falsificadores eram punidos com sanções físicas.

Apesar de ter existido relação de troca mercantil desde que o homem se organizou socialmente, foi somente a partir da intensificação dos agrupamentos humanos em centros urbanos, da produção em escala – consequência da Revolução Industrial – e da intensificação do consumo, sobremaneira a partir do século XIX, que surgiu a atual concepção de consumidor.

Em fins do Século XIX, o movimento em defesa do consumidor já tinha força nos Estados Unidos da América. Josephine Shaw Lowell fundou em 1891 a “New York Consumers League”, inicialmente mais preocupada com as condições de trabalho das mulheres. O exemplo foi seguido por inúmeras outras cidades americanas e em 1899 foi fundada a “National Consumers League”, que desempenha destacado papel em favor dos consumidores até os dias atuais. Em 1927 foi dada a configuração atual ao FDA – *U S Food and Drug Administration*, que nos dias de hoje é referência mundial no controle da qualidade alimentos, remédios e cosméticos.

Em 1960 foi fundada a “Consumers International”, entidade sem fins lucrativos e que congrega atualmente 220 organizações de 115 países, com o objetivo de defender os direitos dos consumidores em todo o mundo.

O presidente norte-americano, John F. Kennedy, em 15 de março de 1962, em discurso dirigido ao Congresso Norte-Americano reconheceu que os consumidores são portadores dos direitos à segurança, informação, escolha e de ser ouvido. Por essa razão, a partir de 15 de março de 1983 a entidade “Consumers International” passou a utilizar a data

¹⁰⁹ PERIN JUNIOR, Elcio. *A Globalização e o Direito do Consumidor*. Barueri: Manole, 2003, p. 6.

anualmente como marco do reconhecimento dos direitos dos consumidores e causa para mobilização mundial.

A ONU – Organização das Nações Unidas – adotou a Resolução n. 39-348 no ano de 1985 para ditar os rumos da proteção ao consumidor no mundo e destacar o papel dos países no reconhecimento e efetivação de seus direitos.

No Brasil, volta-se às Ordenações Filipinas para localizar vestígios de proteção ao consumidor. O Livro V, Título LVII, cuidava de rechaçar a falsificação de mercadorias; e o Título LVIII, do mesmo livro, reprimia a falsidade de pesos e medidas: “Toda a pessoa, que medir, ou pesar com medidas, ou pezos falsos, se a falsidade, que nisso fizer, valer hum marco de prata, morra por isso.”

As Constituições Federais de 1824, 1891, 1934 e 1937 nada previram sobre o tema. As Constituições de 1946, 1967 e a Emenda Constitucional n. 01/69, previram a repressão ao abuso do poder econômico (artigos 148, 157, VI e 160, V, respectivamente), mas não cuidaram diretamente do consumidor. Somente na Constituição Federal de 1988 veio a previsão explícita da defesa do consumidor, conforme seu artigo 5º, XXXII: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.”

Quanto às leis, o Código Comercial de 1850 previu direitos do passageiro de embarcações:

Art. 631 - Se a viagem for suspensa ou interrompida por causa de força maior, no porto da partida, rescinde-se o contrato, sem que nem o capitão nem o passageiro tenham direito a indenização alguma; tendo lugar a suspensão ou interrupção em outro qualquer porto de escala ou arribada, deve somente o preço correspondente à viagem feita.

O Código Civil de 1916 previa responsabilidade do fornecedor, no caso específico do empreiteiro:

Art. 1.245 - Nos contratos de empreitada de edificios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante 5 (cinco) anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo, exceto, quanto a este, se, não o achando firme, preveniu em tempo o dono da obra.

A Lei n. 1.521, de 26 de setembro de 1951, dispôs sobre crimes contra a economia popular e previu penas para vários fatos causadores de lesão ao consumidor. A Lei Delegada

n. 04, de 26 de setembro de 1962, dispôs sobre a intervenção no domínio econômico e buscou assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo. A Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, cuidou de prevê explicitamente a defesa do consumidor dentre suas finalidades (artigo 1º, II).

Mas o marco definitivo de afirmação de direitos e asseguarção de defesa dos consumidores no país foi o advento da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, mais conhecido como Código de Defesa do Consumidor, que implementou diversas inovações para sua tutela individual e coletiva e deu efetividade à previsão da Constituição Federal de 1988. Essa lei também cuidou de estruturar o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), coordenador da política nacional, integrado por órgãos federais, estaduais, municipais e entidades privadas (artigo 105, da Lei n. 8.078/90).

A criação das agências reguladoras também revela avanços na busca de equilíbrio entre consumidores e fornecedores. Nota-se que a Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997, que criou a ANATEL, prevê a defesa do consumidor como fundamento para disciplinamento das relações econômicas (artigo 5º).

No mesmo passo, a Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, diz com clareza que as concessionárias e permissionárias de serviços públicos deverão prestar serviços adequados aos usuários:

Art. 6º. Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

2.3 Consumidores e usuários

As leis instituidoras das agências reguladoras ora se reportam à defesa de consumidores, ora à de usuários¹¹⁰, o que deve ser objeto de reflexão, sobretudo, para descortinar eventual significação diferenciada. A Lei n. 9.472/97, que criou a ANATEL, traz

¹¹⁰ São exemplos das leis que mencionam “usuário”: art. 4º, § 1º, da Lei n. 9.427/96 (ANEEL); e art. 2º, III, da Lei n. 9.472/97 (ANATEL).

as palavras “consumidores” e “usuários” como se tivessem acepção diversa, conforme a redação de seu artigo 21, § 2º, que diz:

As sessões deliberativas do Conselho Diretor que se destinem a resolver pendências entre agentes econômicos e entre estes e **consumidores e usuários** de bens e serviços de telecomunicações serão públicas, permitida a sua gravação por meios eletrônicos e assegurado aos interessados o direito de delas obter transcrições. (grifo nosso).

No entanto, uma análise detida das leis conduz à ilação de que não há diferenciação entre usuário e consumidor, que são referidos como merecedores de proteção a todo tempo. O que parece ter motivado o legislador a nominá-los separadamente em alguns momentos foi a já referida pelega conceitual travada entre minimalistas e maximalistas. Para os minimalistas, essa distinção faz sentido; para os maximalistas, não. De todo modo, as agências reguladoras se comprometem legalmente com a defesa de consumidores e usuários, indistintamente.¹¹¹

3 Interação com o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

Como já afirmado, não apenas as novéis agências reguladoras possuem o poder de regular a atividade econômica. Na verdade, o governo federal exerce parte dessa atividade por meio de outros órgãos de sua estrutura administrativa, a saber: BACEN (Banco Central do Brasil), CMN (Conselho Monetário Nacional), CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), SDE (Secretaria de Direito Econômico), SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico), entre outros.

O SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) foi estruturado para exercer a autoridade antitruste no país e possui a atribuição de prevenir, reprimir e educar sobre a atividade concorrencial. O sistema funciona do seguinte modo: a SDE, ligada ao Ministério da Justiça, e a SEAE, ligada ao Ministério da Fazenda, instruem os processos administrativos e os encaminham para julgamento pelo CADE.

Em regra, são julgados atos de concentração (fusão, aquisição, “joint ventures”, etc.), os quais devem ser submetidos ao CADE quando o negócio ocupar acima de 20% de um

¹¹¹ Para efeito deste trabalho, usuários são referidos como consumidores, em linha com a defesa conceitual maximalista.

mercado relevante ou quando uma das empresas possua faturamento superior a 400 milhões de reais no Brasil (artigo 54, da Lei n. 8.884/94); e atos considerados anticoncorrenciais, tais como: preços predatórios, acordos de exclusividade, vendas casadas e cartéis (artigo 20, da Lei n. 8.884/94).

É importante analisar a interação das agências reguladoras com os órgãos do SBDC, estruturados atualmente pela Lei n. 8.884/94, que transformou o CADE em autarquia e previu a distribuição de atribuições entre esta autarquia, a SDE e SEAE, particularmente pela aparente coincidência de atribuições reguladoras.

Desde logo, é interessante observar que, embora esses três órgãos do SBDC exerçam a defesa da concorrência no país, eles possuem competências administrativas muito próximas, particularmente SDE e SEAE, o que tem gerado sobreposição de atuação e atrasos no trabalho decisório do CADE. Tanto é assim que atualmente tramita no Senado Federal o Projeto de Lei n. 6/09, que pretende reestruturar o SBDC e racionalizar o exercício da autoridade antitruste.

Como visto, cabe às agências reguladoras a defesa dos interesses dos consumidores e, inclusive, “reprimir infrações dos direitos dos usuários” (artigo 19, XVIII, da Lei n. 9.472/97). Então, poder-se-ia indagar se está havendo concorrência de atribuições entre os órgãos do SBDC e as agências reguladoras.

Pode-se tomar como exemplo o disciplinamento da ANATEL, feito por meio da Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. O artigo 7º, parágrafo 2º, dessa lei, prevê, de forma remissiva ao parágrafo 1º, que “os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica”, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

Do mesmo modo o artigo 19, XIX, dessa mesma lei, prevê que compete à ANATEL “exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.”

Não resta dúvida, diante da clareza da lei, de que em casos de infrações da ordem econômica, a competência para adoção de providências administrativas é do CADE.

No entanto, quanto aos casos de concentração econômica, há, no mínimo, anomalia organizacional. A ANATEL é a única agência reguladora que instrui os procedimentos dessa natureza e os submete ao CADE, conforme o artigo 7º, acima transcrito, o que gera verdadeira substituição à SDE, responsável pela instrução de todos os demais segmentos econômicos.¹¹²

Bem por isso, Cuéllar arremata:

Embora no Brasil as agências reguladoras por ora destinem-se precipuamente a regular serviços públicos cuja execução passou a ser prestada por particulares, é imperioso reiterar que a função desempenhada por agências reguladoras pode ter por objeto outras atividades econômicas. É o que o ocorre nos Estados Unidos da América e na França, onde o órgão encarregado de velar pela liberdade de concorrência e reprimir condutas abusivas que importem restrição à livre concorrência (equivalente ao Cade – Conselho Administrativo de Defesa Econômica) constitui agência reguladora.¹¹³

É desejável que a experiência dos países mencionados sirva como balizador para a estruturação dos organismos de controle da atividade concorrencial no país, particularmente pela necessidade de conferir maior unicidade e resolutividade à atuação regulatória.

4 Interação com órgãos de defesa do consumidor

Da interação das agências reguladoras com os órgãos de defesa do consumidor brasileiro, afigura-se de particular relevo e interesse a que pode ser efetivada com o Ministério Público e os integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), particularmente o DPDC e os PROCON's.

O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), criado pela Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), é integrado por órgãos federais, estaduais e municipais e por entidades privadas de defesa do consumidor (artigo 105). Dentre esses, destacam-se na defesa direta dos consumidores o DPDC e os PROCON's.

¹¹² O Projeto de Lei n. 06/09, em tramitação no Senado Federal, que pretende reestruturar o SBDC, coloca fim a essa confusão e retira da agência reguladora a instrução desses procedimentos, mas reserva às agências a possibilidade de recorrerem em caso de deliberação concessiva de concentração.

¹¹³ CUÉLLAR, Op. cit., pp. 77-78.

Extrai-se da doutrina de Daniel Roberto Fink, quando trata dos instrumentos desse sistema previstos no artigo 105 do Código de Defesa do Consumidor, que:

O art. 105 enumera genericamente o conjunto de órgãos e entidades que compõem o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. São órgãos públicos que direta ou indiretamente detêm, dentre suas várias atribuições, funções que de algum modo estejam voltadas para a qualidade e segurança de produtos ou serviços.

Pode ocorrer que a destinação principal do órgão não esteja voltada para a defesa do consumidor. São órgãos cuja defesa do consumidor é indireta.

Contudo, apesar de indiretamente ligados à defesa do consumidor, sua atuação e decisões podem ter, e geralmente têm, reflexos importantes nas relações de consumo. Sua classificação como órgãos indiretos não leva em consideração a importância dos reflexos de sua atuação, mas a sua destinação principal, ou seja, a finalidade primeira por que foi criado. Dentre os diversos órgãos que indiretamente exercem as atribuições de defesa do consumidor, podemos citar, como exemplo, o Banco Central do Brasil, ao fixar tarifas e regular serviços bancários; a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, ao baixar normas sobre as condições e cláusulas obrigatórias dos seguros em geral, fiscalizando seu cumprimento; os órgãos de vigilância sanitária, ao prescrever e policiar as condições de higiene de estabelecimentos e higiene de alimentos; o Instituto de Pesos e Medidas – IPEM, com suas balanças e metros conferindo se o produto oferecido está dentro das especificações dos rótulos. Há um sem-número deles e outros tantos poderiam ser citados como exemplos.¹¹⁴

A esses órgãos de proteção do consumidor poderiam ser acrescentadas as agências reguladoras, pois o exercício de sua atividade está diretamente relacionado a esse fim. Basta lembrar que um dos pilares da atividade regulatória consiste exatamente em evitar que o poder econômico dos grandes grupos empresariais funcione como meio de desnível entre eles e os consumidores, elo mais frágil da relação de consumo¹¹⁵.

¹¹⁴ FINK, Daniel Roberto. Do sistema nacional de defesa do consumidor. In, GRINOVER, Ada Pellegrini (et. al.), *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 971.

¹¹⁵ A Lei n. 8.078/90 prevê a vulnerabilidade do consumidor ao tratar da política nacional das relações de consumo: “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da **vulnerabilidade** do consumidor no mercado de consumo;” A vulnerabilidade é identificada por Paulo Valério Dal Pai Morais, *apud*, AZEVEDO, op. cit., p.69, como: “... o princípio pelo qual o sistema jurídico positivado brasileiro reconhece a qualidade daquele ou daqueles sujeitos mais fracos na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venham a ser ofendidos ou feridos, na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte do sujeito mais potente da relação.”

A participação nesse sistema integra as agências reguladoras a um conjunto de instituições voltadas à efetivação dos direitos consumeristas, sejam eles derivados diretamente do Código de Defesa do Consumidor ou de outras fontes legais.

4.1 Interação com o Ministério Público

O Ministério Público brasileiro possui feição singular em comparação com órgãos congêneres existentes em outros países. Em verdade, pode-se dizer que a partir da Constituição Federal de 1988 foi criado um novo Ministério Público no país. Basta ver a independência e os poderes de que a instituição foi aparelhada nos artigos 127 a 129 da Carta Magna.

Da referência constitucional extrai-se que são finalidades do Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis. A lição de Mazzilli é fundamental para compreensão dos contornos dessa instituição:

É hoje o Ministério Público um órgão autônomo do Estado; não é órgão de governo, nem dos governantes, nem do Poder Executivo. Num estado democrático, sua existência e sua atuação autônoma e independente tornaram-se indispensáveis para assegurar a inércia do Poder Judiciário e para garantir efetivo acesso à jurisdição, quando da ocorrência de lesões a interesses públicos ou coletivos, tomados estes em seu sentido lato.¹¹⁶

Dentre as funções de incumbência constitucional destinadas ao Ministério Público interessa ao estudo a proteção dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos¹¹⁷, também chamados de transindividuais, no qual se situa a proteção do consumidor^{118 e 119}. Para o exercício desse desiderato, os membros da instituição podem instaurar inquéritos civis públicos, a fim de coletar elementos informadores da ofensa ao direito do consumidor e, caso obtenha conjunto de provas suficiente para seu convencimento, poderá valer-se das seguintes

¹¹⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Ministério público*. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005, p. 19.

¹¹⁷ Conforme artigo 129, III, da CF: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;”

¹¹⁸ O artigo 1º, II, da Lei n. 7.347/85, já previa a proteção ao consumidor antes mesmo da instituição do advento da Constituição Federal e do Código de Defesa do Consumidor.

¹¹⁹ O CDC, em seu artigo 81, elenca um rol de direitos que encampariam os interesses transindividuais, a saber: **(I) direitos difusos** – de natureza indivisível, tendo titulares indetermináveis, que estão relacionados por circunstâncias de fato; **(II) direitos coletivos** – de natureza indivisível, tendo titulares determináveis que estão unidos por uma relação jurídica de base e **(III) direitos individuais homogêneos** – de natureza divisível, tendo titulares determináveis que estão relacionados por uma situação fática (origem comum).

providências: 1) recomendar ao infrator do direito consumerista que se amolde às normas da espécie; 2) celebrar termo de ajustamento de conduta para que a infração à relação de consumo seja corrigida, bem como prever imposição de penalidade para o caso de descumprimento da avença; 3) propor ação civil pública perante o Poder Judiciário para correção do dano ou descumprimento das opções anteriores; e 4) responsabilizar criminalmente o infrator, em caso de ocorrência de crime.

As agências reguladoras não utilizam o mesmo instrumental conferido ao Ministério Público para proteger o consumidor. Como já exposto em linhas volvidas, elas se valem de sua capacidade normativa, julgadora, fiscalizadora e sancionatória para desempenharem seu papel. Portanto, essas duas instituições não confundem sua atuação. Em verdade, complementam a atividade uma da outra.

Na defesa do consumidor, as agências atuam unicamente no plano administrativo. Não utilizam a capacidade postulatória do Ministério Público para efetivar a afirmação dos direitos transindividuais¹²⁰. Primeiro, porque não estão aparelhadas de corpo jurídico adequado. Segundo, porque não possuem essa finalidade definida em suas leis de instituição. E terceiro, porque não se coaduna com o propósito regulatório a postura demandista do regulador contra o regulado.

No plano da aproximação institucional, o que se vê atualmente é que a relação entre agências reguladoras e Ministério Público se limita à atividade de controle que o último exercita sobre os atos e atividades das autoridades públicas, especialmente no plano da probidade administrativa.

Medida que poderia aperfeiçoar a interação dessas instituições seria a troca espontânea de informações, o que ainda não acontece. Nota-se, por exemplo, que grande parte das reclamações efetuadas por consumidores insatisfeitos por terem seus direitos desrespeitados é levada, em primeiro lugar, às agências reguladoras. Essas informações são importantíssimas para subsidiar a atuação do Ministério Público, o qual pode, a par dos dados levantados, identificar com maior precisão a necessidade de sua atuação de modo a complementar o trabalho do ente regulador.

¹²⁰ Apesar de o artigo 5º, IV, da Lei n. 7.347/85, prevê legitimidade às autarquias para propositura de ações civis públicas.

4.2 Interação com o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor e PROCON's

O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC – foi criado¹²¹ para coordenar a política do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, além de possuir as atribuições previstas no artigo 106, da Lei n. 8.078/90, e aplicar as sanções previstas nessa mesma lei e outras protetivas do consumidor. Está inserido na estrutura administrativa do Ministério da Justiça e vinculado à Secretaria de Direito Econômico, a qual, como visto acima, integra o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

O Estado de São Paulo criou em 1976 o primeiro órgão de defesa do consumidor do país, denominado Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor, que se tornou conhecido como PROCON. Atualmente, essa entidade pioneira é denominada Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor¹²².

Com o passar do tempo, órgãos de defesa do consumidor como o PROCON paulista tornaram-se presentes em todos os Estados da federação e em vários Municípios. São criados por leis, normalmente como entes da administração indireta, assumindo a forma de fundação ou autarquia, com o objetivo primordial de executar a política de proteção e defesa dos consumidores em seu âmbito territorial. Compõem a estruturação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor nos níveis estaduais e municipais, tal qual preconizado no artigo 105, do Código de Defesa do Consumidor.

O balizamento do poder de fiscalização e aplicação das normas de defesa do consumidor, tanto do DPDC, quanto dos PROCON's, está expresso nos artigos 55 a 60, do Código de Defesa do Consumidor. Estão aparelhados com o poder de impor sanções administrativas na forma prevista no artigo 56, do mencionado estatuto:

Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:
I - multa;
II - apreensão do produto;

¹²¹ A criação do DPDC foi efetivada por meio do Decreto n. 2.181, de 20 de março de 1997.

¹²² Criada pela Lei Estadual n. 9.192, de 23 de Novembro de 1995, e Decreto n. 41.170, de 23 de setembro de 1996.

- III - inutilização do produto;
- IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente;
- V - proibição de fabricação do produto;
- VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço;
- VII - suspensão temporária de atividade;
- VIII - revogação de concessão ou permissão de uso;
- IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade;
- X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade;
- XI - intervenção administrativa;
- XII - imposição de contrapropaganda.

Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo.

No entanto, para além da visão meramente sancionatória, o DPDC e os PROCON's têm buscado a concretização da igualdade nas relações de consumo por meio de: educação do consumidor, principalmente com orientação sobre seus direitos; fiscalização da atividade empresarial; autuação de procedimentos administrativos para apuração de infração à legislação consumerista; realização de pesquisas de preços e qualidade de produtos e serviços; entre outras.

Embora os PROCON's tenham legitimidade para propositura de ações coletivas em defesa do consumidor¹²³, têm atuado de modo mais eficiente na esfera administrativa, assim como o DPDC e as agências reguladoras, utilizando seu poder de polícia para impor sanções capazes de impedir abusos.

Um ponto que une esses atores estatais e as agências reguladoras é o fato de que o consumidor poderá procurá-los indistintamente. Aquele que consome serviço de empresa regulada e sofre dano ou prejuízo por responsabilidade do fato ou vício do serviço¹²⁴, poderá reclamar ao PROCON, ao DPDC ou à agência reguladora.

Esse dado pode até sugerir alguma coincidência no exercício de suas atividades. Mas a concordância referida não gera mácula à atuação dessas instâncias de controle estatal. Apesar de poderem ser exercitadas no mesmo espaço temporal e pelo mesmo fato, na verdade, ela é apenas aparente, pois a vinculação se dá pela causa – a reclamação do consumidor; e não

¹²³ Conforme previsão do artigo 5º, IV, da Lei n. 7.347/85.

¹²⁴ Responsabilidade pelo fato do serviço está ligada à ideia de dano, material ou moral, efetivamente sofrido pelo consumidor, também chamado de acidente de consumo. Responsabilidade pelo vício do serviço, que pode ser de qualidade ou quantidade, significa pelo defeito ou insuficiência ao fim a que se destina o serviço, que pode gerar dano.

pelo resultado – a imposição de sanção; nem pelos fundamentos para produção do resultado, que podem ser diversos.

As agências reguladoras buscam o cumprimento do contrato de concessão e permissão ou do ato autorizativo. A ANATEL, por exemplo, possui no artigo 93, da Lei n. 9.472/97, o fundamento para imposição de sanções. Verifica-se que essa base legal exige que os contratos de concessão prevejam o modo, forma e condições da prestação do serviço, os direitos, as garantias e as obrigações dos usuários, da Agência e da concessionária, bem como as sanções que poderão ser aplicadas (conforme artigo 93, incisos II, IX e XIV).

Já o DPDC e os PROCON's, como mencionado, não visam o cumprimento dos contratos, mas da legislação consumerista, especialmente do Código de Defesa do Consumidor. Portanto, o concessionário poderá submeter-se à reprimenda do órgão regulador por descumprimento contratual e do órgão de defesa do consumidor por ofensa à lei que o protege.

Além do mais, é bom lembrar que a esfera de atuação dos PROCON's é limitada geograficamente ao Município ou Estado em que foram criados. Já o DPDC e as agências reguladoras agem em todo território nacional.

Em outra perspectiva, é preciso mencionar que sendo as agências reguladoras integrantes do SNDC (Sistema Nacional de Defesa do Consumidor)¹²⁵, nada impede que apliquem sanções com fundamento no artigo 56, da Lei n. 8.078/90, razão pela qual as ações dos órgãos desse sistema devem ser articuladas.

Em caso de duplicidade de atuação, inclusive, o regulado ou qualquer pessoa objeto de procedimento administrativo pelo mesmo fato pelos integrantes do SNDC, poderá valer-se da previsão do artigo 5º, do Decreto n. 2.181, de 20 de março de 1997, que determina a solução de conflito de atribuição pelo DPDC:

Art. 5º. Qualquer entidade ou órgão da Administração Pública, federal, estadual e municipal, destinado à defesa dos interesses e direitos do consumidor, tem, no âmbito de suas respectivas competências, atribuição

¹²⁵ O Decreto n. 2.338/97, regulamento da ANATEL, prevê: “Art. 19. A Agência articulará sua atuação com a do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, organizado pelo Decreto nº. 2.181, de 20 de março de 1997, visando à eficácia da proteção e defesa do consumidor dos serviços de telecomunicações, observado o disposto nas Leis nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990, e nº. 9.472, de 1997.”

para apurar e punir infrações a este Decreto e à legislação das relações de consumo.

Parágrafo único. Se instaurado mais de um processo administrativo por pessoas jurídicas de direito público distintas, para apuração de infração decorrente de um mesmo fato imputado ao mesmo fornecedor, eventual conflito de competência será dirimido pelo DPDC, que poderá ouvir a Comissão Nacional Permanente de Defesa do Consumidor - CNPDC, levando sempre em consideração a competência federativa para legislar sobre a respectiva atividade econômica.

Apesar dessa visível coincidência de finalidades, ainda não existe aproximação operacional efetiva entre as agências reguladoras e os demais órgãos do SNDC, como ocorre, por exemplo, entre alguns PROCON's e o Ministério Público. O PROCON de São Paulo, após realizar um seminário que debateu a relação entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa do consumidor, em 03 de agosto de 2008, defendeu que agências reguladoras deveriam possuir:

[...] entre suas atribuições, a obrigação de monitorar e acompanhar as práticas de mercado dos agentes dos setores regulados, de forma a auxiliar os órgãos de defesa do consumidor na observância do cumprimento da legislação de defesa do consumidor.¹²⁶

Para o cumprimento desse objetivo, é sugerido ainda que os órgãos de defesa do consumidor e as agências reguladoras formulem convênios para definir as obrigações e responsabilidades de cada um, no sentido de assegurar maior efetividade em suas atividades.

¹²⁶ SEMINÁRIO promovido pelo Procon - SP debateu relação entre as Agências Reguladoras e os Órgãos de Defesa do Consumidor. *Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor*. São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.procon.sp.gov.br/noticia.asp?id=567>>. Acesso em: 12 mar. 2009.

CONCLUSÃO

Em face da crise econômica experimentada nas décadas de 80 e 90 do século passado, o Brasil, para enfrentar seus problemas e adequar-se ao receituário dos organismos de crédito internacionais, implementou um programa de desestatização que resultou na privatização de inúmeras empresas e na concessão de exploração de vários serviços pela iniciativa privada.

Como meio de conferir segurança ao capital investido (nacional ou internacional) criou agências reguladoras para lastrear os marcos regulatórios dos setores privatizados. Os principais agentes modeladores dessa redução do papel do Estado brasileiro foram: o capital nacional e internacional, bem como os organismos financeiros internacionais, particularmente o Fundo Monetário Internacional, que até pouco tempo ditava e fiscalizava a condução da economia nacional.

A matriz inspiradora para criação das agências reguladoras brasileiras é norte-americana, que possui história centenária de regulação de sua economia, experimentada por várias remodelações. Elas foram criadas no Brasil com duplo propósito declarado, conferir segurança aos investimentos privados, na medida em que assegura o cumprimento dos contratos de delegação, e, ao mesmo tempo, atuar como instrumento de limitação aos naturais abusos do capital, que, em regra, procura afastar limites às possibilidades de ganho.

Para o cumprimento dessa tarefa, foram criadas com personalidade jurídica de autarquias em regime especial com uma característica inconfundível: autonomia em face do Poder Executivo, além das capacidades normativa, julgadora, fiscalizadora e sancionatória. O modelo de regulação federal, provavelmente mais pelas qualidades que pelos defeitos, fez escola e quase todos os Estados e alguns Municípios do país, nos limites de suas competências, também criaram agentes reguladores.

A ANATEL, focalizada como paradigma neste trabalho, surgiu para regular atividade de fundamental importância para o país. O setor de telecomunicações experimentou brutal modificação em sua estrutura com a realização das privatizações. A meta de universalização da telefonia, praticamente alcançada com o advento do celular, a expansão do acesso à internet e da televisão por assinatura, fez surgir uma série de conflitos com os consumidores, mormente relacionados à qualidade e preço dos serviços, ainda muito elevados e inibidores de maior utilização desses benefícios tecnológicos.

No entanto, as pesquisas realizadas pela ANATEL mostraram que o consumidor brasileiro está satisfeito com os serviços prestados pelas empresas de telefonia. Esse fato pode ser explicado em parte porque, num universo de milhões de usuários, qualquer descontentamento acima de um por cento representa um quantitativo expressivo. Por outro lado, as reclamações recebidas pelos demais órgãos de defesa do consumidor demonstram o contrário, pois as empresas de telefonia têm sido as mais reclamadas. O que não escapa da percepção de todos é que os preços cobrados pelos serviços de telefonia ainda são muito elevados e o objetivo de alcançar sua modicidade é um enorme desafio.

O consumidor dos serviços públicos, também referido como usuário, tem tido seus direitos afirmados pelas agências reguladoras de modo eventual. A perspectiva conferida pela Lei n. 8.078/90, de considerá-lo a parte mais vulnerável da relação de consumo, nem sempre é observada.

Na verdade, as agências reguladoras ainda não conseguiram se desvencilhar por completo da influência, tanto dos grupos econômicos, quanto do poder político exercido pelo Executivo, o que tem resultado em deficiências na intervenção e inoxidável déficit de legitimidade social.

A crise do “apagão aéreo”, que resultou na renúncia forçada de toda a diretoria da ANAC, a polêmica fusão das empresas Oi e Brasil Telecom, que contou com a facilitação da ANATEL, e a inércia na regulamentação dos serviços de “call center”, que foi feito pelo Presidente da República, são exemplos dessa passividade operacional das agências reguladoras.

Esse quadro aponta para a necessidade de uma atitude vigilante e participativa da sociedade, ela própria destinatária do resultado da regulação, para que o modelo regulatório

seja exercitado com responsabilidade e capacidade de gerar benefícios, não só aos empresários, mas ao universo de consumidores de bens e serviços delegados.

Existem meios para se alcançar esse desiderato. A utilização de pesquisas qualitativas, que já estão sendo utilizadas para avaliar a satisfação do consumidor; as consultas e audiências públicas, instrumentos valiosíssimos de interação com a sociedade, capazes de indicar as melhores soluções para os problemas e expectativas dos consumidores; são exemplos que indicam um bom caminho a ser seguido.

A replicação de boas medidas resultará em maior legitimação da regulação, ainda mais se resultar em efetivo benefício ao consumidor, a exemplo das recentes imposições de portabilidade numérica – na área de telefonia fixa e móvel, proibição de cobrança de ponto extra – para os serviços de TV por assinatura, além da punição da Telefônica, que foi impedida de comercializar o serviço de internet SPEEDY, em São Paulo; todas providências oriundas da ANATEL.

Essas medidas ainda podem ser conjugadas com maior interação entre agências reguladoras e órgãos de defesa do consumidor, especialmente Ministério Público e PROCON's, notadamente pela possibilidade de atuação dúplice pelos mesmos fatos geradores de prejuízo ao consumidor e necessidade de troca de informações para prevenção dos danos coletivos. Quando as agências reguladoras alcançarem o exercício efetivo de sua autonomia e a integração com os órgãos referidos se concretizar, aí sim, poderá exercitar de modo efetivo a afirmação dos direitos dos consumidores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Alexandra da Silva. *Princípios estruturantes das agências reguladoras e os mecanismos de controle*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

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.

BACELLAR, Luiz Ricardo Trindade. *Solução de controvérsias pelas agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras, constituição, transformações do estado e legitimidade democrática. *In, Agências reguladoras e democracia*. Coordenação de Gustavo Binbenbojm. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 59-87.

BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. tir.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. *In, Agências reguladoras e democracia*. Coordenação de Gustavo Binbenbojm. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 89-110.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Controle das concessões de serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed.. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. *Plano diretor da reforma do aparelho do estado*. Brasília, DF, 1995.

BRASIL. O Conselho de Reforma do Estado. Cadernos MARE de Reforma do Estado. *Recomendação de 31 de maio de 1996, n. 08*. Brasília, DF, 1997.

- CAL, Arianne Brito Rodrigues. *As agências reguladoras no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.
- DALLARI, Dalmo. *Elementos da teoria geral do estado*. 18. Ed.. São Paulo: Saraiva, 1994.
- DENARI, Zelmo. Das sanções administrativas. In, GRINOVER, Ada Pellegrini (et. al.), *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 639-654.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. Ed.. São Paulo: Atlas, 2001.
- _____. *Parcerias na administração pública*. 6. Ed.. São Paulo: Atlas, 2008.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio eletrônico século XXI*. Versão 3.0. Editora Nova Fronteira, 1999. 1 CD-ROM.
- FINK, Daniel Roberto. Do sistema nacional de defesa do consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (et. al.), *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 969-1011.
- FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 5. ed. rev. e aum.. São Paulo: Saraiva, 1997.
- FRIEDMAN, Tomas L. *O mundo é plano: uma história breve do séc. XXI*. Tradução Cristiana Serra, Sergio Duarte e Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 2. ed.. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- _____. *Teoria pura do direito*. 7. ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- KRAUSE, Eduardo Battaglia. *Agências reguladoras no cenário brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- GUERRA, Sérgio. *Introdução do direito das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2. ed.. São Paulo: Malheiros, 1998.
- LEHFELD, Lucas de Souza. *Controle das agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2008.
- MALUF, Sahid. Atualizada por Miguel Alfredo Malufe Neto. *Teoria geral do estado*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1993.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MASTRANGELO, Cláudio. *Agências reguladoras e participação popular*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Ministério público*. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORAES, Alexandre de (organizador). *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direito constitucional*. 9. ed.. São Paulo: Atlas, 2001.

MOTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras*. Barueri: Manole, 2003.

NUNES, Edson de Oliveira (et. al.). *Agências reguladoras e reforma do estado no Brasil: inovação e continuidade no sistema político-institucional*. Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2007.

PACHECO, Regina Sílvia. *Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle*. Revista de Administração Pública. Julho/Agosto de 2006, vol. 40, n.4, p. 523-543.

PECI, Alketa. *Reforma regulatória brasileira dos anos 90 à luz do modelo de Kleber Nascimento*. Revista de Administração Contemporânea. Março de 2007, vol.11, n.1, p.11-30.

PERIN JUNIOR, Elcio. *A Globalização e o Direito do Consumidor*. Barueri: Manole, 2003.

PIOVESAN, Flavia. *Cidadania global é possível? In, Práticas de cidadania*. Organizado por Jaime Pinsky. São Paulo: Contexto, 2004, p. 260-266.

PINSKY, Jaime e PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). *História da cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003.

PÓ, Marcos Vinicius e ABRUCIO, Fernando Luiz. *Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e “accountability” das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças*. Revista de Administração Pública. Jul/Ago de 2006, vol. 40, n. 4, p. 679-698.

PRADO, Otávio. *Agências reguladoras e transparência: a disponibilização de informações pela Aneel*. Revista de Administração Pública. Julho/Agosto de 2006, vol. 40, n. 4, p. 631-646.

RAWLS, Jonh. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROSANVALLON, Pierre. *A crise do estado-providência*. Tradução Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: UFG, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma reinvenção solidária e participativa do estado. In, *Sociedade e estado em transformação*. Organizado por: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos, WILHEIM, Jorge e SOLA, Lourdes. São Paulo: UNESP. 2001. p. 243-271.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização – do pensamento único à consciência universal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 1999.

SODRÉ, Marcelo Gomes. *A construção do direito do consumidor: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*. 3. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto. *O princípio constitucional da igualdade e o direito do consumidor*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. *Responsabilidade civil das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: 2005.

CONSULTAS NA INTERNET:

Administrative Procedure Act (APA). Disponível em: <<http://usgovinfo.about.com/library/bills/blapa.htm>>. Acesso em: 26 mar. 2009.

ABAR – *Associação Brasileira de Agências de Regulação*. Disponível em: <<http://www.abar.org.br/>>. Acesso em: 22 jun. 2009.

ANA – *Agência Nacional das Águas*. Disponível em: <<http://www.ana.gov.br/>>. Acesso em: 12 ago. 2008.

ANAC – *Agência Nacional de Aviação Civil*. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/>>. Acesso em: 03 fev. 2009.

ANATEL – *Agência Nacional de Telecomunicações*. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/>>. Acesso em: 05 maio 2009.

ANCINE – *Agência Nacional do Cinema*. Disponível em: <<http://www.ancine.gov.br/>>. Acesso em: 29 jun. 2008.

ANEEL – *Agência Nacional de Energia Elétrica*. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/>>. Acesso em: 28 jun. 2008.

ANP – *Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis*. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/>>. Acesso em: 28 jun. 2008.

ANS – *Agência Nacional de Saúde Suplementar*. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/>>. Acesso em: 02 jul. 2008.

ANTAQ – *Agência Nacional de Transportes Aquaviários*. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/>>. Acesso em: 06 jul. 2008.

ANTT – *Agência Nacional de Transportes Terrestres*. Disponível em: <<http://www.antt.gov.br/>>. Acesso em: 06 jul. 2008.

ANVISA – *Agência Nacional de Vigilância Sanitária*. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/>>. Acesso em: 04 jul. 2008.

BRANDÃO, Marco. *A rodada de doha em uma breve perspectiva com o pensamento de Reinert*. Disponível em: < <http://www.artigonal.com/politica-artigos/a-rodada-de-doha-em-uma-breve-perspectiva-com-o-pensamento-de-reinert-631882.html>>. Acesso em: 10 dez. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 676.172/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 02 jun. 2005, *Diário da Justiça*, 27 jun. 2005, p. 253. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/imprensa>>. Acesso em 02 abr. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.949-0, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, Diário da Justiça, 25 nov. 2005, ementário 2215-1. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347344>>. Acesso em 02 abr. 2010.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Os primeiros passos da reforma gerencial do estado de 1995*. Trabalho escrito para ser publicado em livro organizado por Maria Angela d’Incao sobre o governo Fernando Henrique Cardoso. Versão de 11 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/view.asp?cod=2834>>. Acesso em: 08 dez. 2008.

Cadastro de Reclamações Fundamentadas – Período 2009. *Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor*. São Paulo. Disponível em: <http://www.procon.sp.gov.br/pdf/acs_release_ranking_e_graficos_cadastro_2009.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2010.

CADE quer mais rigor contra os cartéis. Entrevista com Arthur Badin, presidente do Cade (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). *Folha de São Paulo*, São Paulo, 26 abr. 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi2604200907.htm>>. Acesso em: 02 maio 2009.

Código de Hamurábi. Disponível em: <<http://www.angelfire.com/me/babiloniabrasil/hamur.html>>. Acesso em: 17 jan. 2009.

Consumers International. *What you need to know*. Disponível em: <<http://www.consumersinternational.org/Templates/Internal.asp?NodeID=89647>>. Acesso em: 19 mar. 2009.

Cúpula Mundial das Nações Unidas sobre a Sociedade da Informação, 2003, Genebra. *Declaração de Princípios*, Projeto de 14 de novembro de 2003. Disponível em: <<http://www.nupez.org.br/downloads/cupulamndialparte1.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2009.

Diário Oficial da União, n. 116, 22 de junho de 2009, seção 1, p. 51. *Despacho n. 4.043/2009-CD da ANATEL no Processo n. 53500.011781/2009*. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?data=22/06/2009&jornal=1&pagina=51&totalArquivos=72>>. Acesso em: 28 jun. 2009.

Documento de Encaminhamento da Lei Geral das Telecomunicações, comentando-a. *Ministério das Comunicações*, 10 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=331&assuntoPublicacao=Exposi%20de%20Motivos%20n.%20BA%20231%20/MC,%20de%2010/12/96,%20que%20encaminha%20a%20Lei%20Geral%20das%20Telecomunica%20E7%F5es.&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=biblioteca/leis/exposicao_motivos_1gt.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2010.

Funções do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?d758d827f51414360d>>. Acesso em: 16 mar. 2009.

HEINEN, Juliano. *Agências reguladoras e o seu "poder" de regular(mentar)*. Elaborado em janeiro de 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id=4821>>. Acesso em: 20 jul. 2010.

History of the FDA - U S Food and Drug Administration. Disponível em: <<http://www.fda.gov/oc/history/historyoffda/default.htm>>. Acesso em: 12 abr. 2009.

Histórico da proteção ao consumidor no Brasil e no Mundo. *Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor*. São Paulo. Disponível em: <<http://www.procon.sp.gov.br/categoria.asp?id=204>>. Acesso em: 02 abr. 2009.

Informe sobre el Desarrollo Mundial de las Telecomunicaciones 2003: Indicadores de Acceso para la Sociedad de la Información. Publicação da União Internacional de Telecomunicações. Disponível em: <http://www.itu.int/ITU-D/ict/publications/wtdr_03/material/WTDR03Sum_s.pdf>. Acesso em: 30 maio 2009.

MAFRA FILHO, Francisco de Salles Almeida. *Das agências executivas*. Elaborado em setembro de 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6172>>. Acesso em: 17 jan. 2010.

MODESTO, Paulo. *Agências executivas - a organização administrativa entre o casuísmo e a padronização*. Elaborado em setembro de 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2587>>. Acesso em: 10 jul. 2008.

NAÍM, Moisés. *O consenso de washington ou a confusão de washington?* Revista Brasileira de Comércio Exterior – RBCE. Disponível em: <<http://www.funcex.com.br/bases/64-Consenso%20de%20Wash-MN.PDF>> Acesso em: 10 jan. 2010.

NINIO, Marcelo. Telefonía no Brasil está entre as mais caras, diz ONU. *Folha Online*, 02 mar. 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u511198.shtml>>. Acesso em: 11 abr. 2009.

O Conselho de Reforma do Estado. *Cadernos MARE de Reforma do Estado*, n. 08, Brasília, 1997, 38 p. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/noticia.asp?p=not&cod=522&cat=238&sec=25>>. Acesso em: 15 jan. 2009.

Pesquisa de Satisfação de Clientes de Serviços Telefônicos. 2003. *Fundação Instituto de Administração – FIAUSP – e Fundação de Apoio da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – FAURGS*. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/>>. Acesso em: 07 mar. 2009.

Relatório da Ouvidoria da ANATEL, de 24 de agosto de 2009. *Relatório de Apreciação Crítica da Atuação da Agência Nacional de Telecomunicações*. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalInternet.do#>>. Acesso em: 03 abr. 2010.

SEMINÁRIO promovido pelo Procon - SP debateu relação entre as Agências Reguladoras e os Órgãos de Defesa do Consumidor. Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor. São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.procon.sp.gov.br/noticia.asp?id=567>>. Acesso em: 12 mar. 2009.

SCHIMMELPFENG, Ana Renata Gomes. *Agências Reguladoras: uma trajetória de sucesso?* Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, João Pessoa, v. 14, n. 1, p. 226-252, 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/jspui/handle/2011/18459>>. Acesso em: 05 ago. 2008.

SUWWAN, Leila. Viagem grátis afeta fiscalização, diz Jobim. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 27 ago. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u323903.shtml>>. Acesso em: 02 set. 2007.

WOLF, Martin. *Os limites da liberalização*. Tradução Paulo Migliacci. *Jornal Financial Times*, 25 de março de 2008. Disponível em: <<http://blogdoleandrovieira.wordpress.com/2008/03/26/os-limites-da-liberalizacao/>>. Acesso em: 30 jul. 2008.