

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM  
HELDER CÂMARA**

**DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO  
SUSTENTÁVEL II**

**FERNANDO GUSTAVO KNOERR**

**MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE**

**ROMEU FARIA THOMÉ DA SILVA**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – Conpedi**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

#### **Conselho Fiscal**

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### **Secretarias**

**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

D598

Direito, economia e desenvolvimento sustentável II [Recurso eletrônico on-line] organização  
CONPEDI/UFMG/FUMEC/ Dom Helder Câmara;

coordenadores: Fernando Gustavo Knoerr, Marco Antônio César Villatore, Romeu Faria  
Thomé da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-113-5

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Economia. 3.  
Desenvolvimento sustentável. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom  
Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

---



# **XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA**

## **DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL II**

---

### **Apresentação**

A Coordenação do Grupo de Trabalho Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável II, do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI, sente-se honrada por apresentar essa coletânea de artigos, fruto das pesquisas e dos debates realizados no âmbito do XXIV Congresso do CONPEDI, cujo tema foi Direito e política: da vulnerabilidade à sustentabilidade.

O evento, realizado na capital das Minas Gerais, desenvolveu suas atividades em três Instituições de Ensino Superior: a Faculdade de Direito da UFMG; a Universidade FUMEC; e a Escola Superior Dom Helder Câmara ESDHC, no período de 11 a 14 de novembro de 2015.

Dentre os inúmeros trabalhos encaminhados, provenientes de todas as regiões do País, vinte e seis artigos foram aprovados e selecionados para compor o presente livro do Grupo de Trabalho Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável II, com temas ligados ao Direito Econômico, ao Direito do Consumidor, ao Direito do Trabalho e ao Direito Ambiental.

O CONPEDI, desde 2005, fomenta o debate nas áreas do Direito Econômico em grupos de trabalho específicos, como aqueles voltados para as relações de consumo e desenvolvimento, além de investigar a relação entre Direito Econômico, modernidade e análise econômica do Direito, e temas correlatos. Os debates envolvendo tópicos de Direito do Consumidor e do Direito do Trabalho, já tradicionais nos Congressos do CONPEDI, também foram significativos neste encontro realizado em Belo Horizonte.

Convém, entretanto, registrar uma nota de destaque ao incremento substancial das discussões relativas às normas de proteção ambiental e ao princípio do desenvolvimento sustentável nos últimos eventos do CONPEDI, em especial no grupo de trabalho Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável II do XXIV Congresso. Esse aprofundamento se deve à crescente preocupação do ser humano com a manutenção do equilíbrio ambiental, refletida em inúmeros Programas de Pós Graduação espalhados pelo Brasil que se propõem à análise do tema, como o Programa de Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara, uma das instituições anfitriãs do evento. A estreita relação instaurada entre as normas de Direito Econômico e as de Direito

Ambiental, em busca de fomentar não apenas o crescimento, mas o desenvolvimento econômico em harmonia com o bem-estar social e a preservação ambiental, demonstra a absoluta adequação desse grupo de trabalho, que incentiva a pesquisa interdisciplinar, aproximando o Direito, a Economia e o Desenvolvimento Sustentável.

A catástrofe envolvendo as barragens de rejeitos da mineradora Samarco, no município mineiro de Mariana, acontecida às vésperas do XXIV Congresso, com gravíssimas repercussões socioambientais, foi abordada pelos coordenadores e pesquisadores do grupo no início dos trabalhos, que prestaram homenagem às vítimas, além de reforçar a convicção de que o desenvolvimento se encontra inexoravelmente atrelado à proteção do meio ambiente.

As normas jurídicas, já utilizadas como instrumentos vocacionados ao crescimento econômico, devem ser compreendidas, a partir da constitucionalização da proteção do meio ambiente, como instrumentos de viabilização do desenvolvimento econômico sustentável.

A construção do conhecimento, paulatinamente, estrutura-se pelo esforço de docentes, doutorandos e mestrandos, que desenvolvem a pesquisa jurídica de maneira independente e comprometida. Nessa perspectiva, os vinte e seis artigos apresentam análise interdisciplinar de temas contemporâneos e, desse modo, ofertam efetiva contribuição para a evolução e consolidação de diversos institutos jurídicos.

Não remanescem dúvidas de que a contribuição acadêmica dos pesquisadores participantes do Grupo de Trabalho Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável II é essencial para movimentar os debates social, econômico, ambiental, político e jurídico, revigorando a participação democrática. Aproveitamos para, mais uma vez, tecer sinceros agradecimentos aos autores e, ainda, registrar nosso propósito de instauração de debates impulsionados pelos trabalhos agora publicados, na expectativa de que o elo Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável se fortifique na corrente do CONPEDI. Convidamos, por fim, a todos, para uma profícua leitura.

Belo Horizonte, 15 de novembro de 2015.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Professor Doutor Romeu Faria Thomé da Silva DOM HELDER

Professor Doutor Marco Antônio César Villatore PUCPR/UNINTER/UFSC

Professor Doutor Fernando Gustavo Knoerr - UNICURITIBA

## **A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR E O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS EM SUA DEFESA.**

### **CONSUMER VULNERABILITY AND THE ROLE OF REGULATORY AGENCIES ROLE IN HIS DEFENSE**

**José Flôr de Medeiros Júnior  
Antonio Pedro De Melo Netto**

#### **Resumo**

O construto apresentado versa sobre o Direito Administrativo e o Direito do Consumidor e a discussão sobre a vulnerabilidade do consumidor. Percebe-se, durante a pesquisa, a importância de entender o Código de Defesa do Consumidor enquanto arcabouço legal à proteção do consumidor e sua relação com o Direito Administrativo, em especial, o papel das agências reguladoras. Entende-se, assim, ser a inter-relação entre os diversos ramos do Direito e do Direito do Consumidor o melhor caminho à compreensão da vulnerabilidade exposta no CDC e a forma que tal situação é percebida, ou não, pelo Direito Administrativo. Além da necessidade de dialogar com a sociologia e a ética, percebe-se nesta situação a possibilidade de reconstruir o espaço do cidadão conforme preceituado na Constituição da República Federativa do Brasil. Ao término deste discute-se a forma que as agências reguladoras estatuídas no ordenamento jurídico brasileiro vem trabalhando em conjunto com CDC na proteção do consumidor.

**Palavras-chave:** Direito do consumidor, Agências reguladoras, Regulamentação e regulação

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

The article is related with the Administrative Law, the Consumer Law and on consumer vulnerability. During the text, there is demonstrate the importance of the Consumer Code as a legal tool aiming consumer protection and its relation with administrative law, especially with regulatory agencies. It is explained that a interrelationship between various branches of Law is the best way to minimize the consumers vulnerability recognizes by Brazilian Constitution and by CDC and its recognition, or not, by Administrative Law. Beyond the need for dialogue with sociology and ethics, it is possible rebuild the space of the citizen as specified in the Constitution. Ultimately we discuss the regulatory agencies in the Brazilian legal system and its work with CDC in consumer protection.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Consumer law, Regulatory agencies, Regulation and regulatory

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre Agências Reguladoras e seu papel na defesa do consumidor. Encontra-se, portanto, num ponto de interdisciplinaridade jurídica, perpassando pelo Direito Constitucional, Administrativo, Econômico e do Consumidor. Referindo-se, em especial, ao papel dos supracitados organismos estatais e a inter-relação com a vulnerabilidade do consumidor.

Destarte, busca-se esclarecer, durante a primeira etapa deste estudo, o nascimento destas instituições, o ambiente histórico e econômico que propiciou seu surgimento e os fatos que a elas foram delegados para gerência. Ademais, ainda apresenta-se uma digressão na seara da teoria econômica para determinação do formato da política de intervenção do Estado brasileiro na economia através deste modelo de autarquia. Em outras palavras, as agências reguladoras.

Percebe-se a necessidade de entender o momento de transformação do paradigma estatal com o estabelecimento no ordenamento jurídico brasileiro das agências reguladoras. A modificação no agir do Estado via a atuação, ou não, das agências reguladoras nos mais diversificados espaços econômicos na sociedade brasileira. Neste sentido será necessário discutir o contexto de transformações na economia mundial e que terminou por modelar um novo papel do Estado brasileiro.

No esteio da discussão proposta urge abordar o Direito do Consumidor em sua relação com as agências reguladoras na procura de garantir o cidadão-consumidor. Para tanto será necessário abordar a doutrina no que a mesma vislumbra em relação ao papel das agências reguladoras e as relações a envolver o consumidor.

Expostas as primeiras palavras relacionadas ao tema e ao objeto de estudo apontamos que o objetivo geral do trabalho é analisar o papel das agências reguladoras no concernente ao Direito do Consumidor esculpido na Constituição da República Federativa do Brasil. Desta forma, os objetivos específicos do trabalho são investigar a mudança de paradigma do Estado brasileiro que propicia o surgimento das agências reguladoras e demonstrar o papel desenvolvido pelas agências no concernente às relações de consumo.

Demarcado em uma reflexão teórica o trabalho segue o percurso metodológico da pesquisa descritiva, realizando a análise pelo método hermenêutico com a utilização do caminho histórico-jurídico. Do ponto de vista teórico, o construto procura estabelecer uma nova discussão em relação à pesquisa na seara do Direito Administrativo em interconexão com o Direito do Consumidor a partir das Agências Reguladoras.

## **2 AGÊNCIAS REGULADORAS: BREVE DIGRESSÃO HISTÓRICA E MUTAÇÃO DO PARADIGMA DA INTERVENÇÃO ECONÔMICA ESTATAL.**

As Agências Reguladoras surgiram nos Estados Unidos da América no fim do século XIX com o objetivo de proteger a sociedade norte-americana das distorções econômicas e sociais advindas do pensamento econômico de cunho liberal que acreditava ser a “mão invisível”, na expressão de Adam Smith, reguladora da economia.

A crise descrita do modelo liberal é a que dá origem ao direito do Estado desenhar uma política de intervenção econômica, tópico do Direito Econômico. Em uma abordagem teórica adotaremos para o ramo do direito supracitado a definição de Aguillar (2009) ao afirmar que este vem a ser “o conjunto de normas e institutos jurídicos que permitem ao Estado exercer influência, orientar, direcionar, estimular, proibir ou reprimir comportamentos dos agentes econômicos num dado país ou conjunto de países.” (AGUILLAR, 2009, p. 1).

Segundo Ortiz, em seu escrito *Princípios de Derecho Público e Económico* (1999), “este Direito Econômico não é sempre o direito da intervenção, mas o Direito da ordenação econômica, intervencionista ou liberalizadora.” Isto posto, percebe-se que o direito do Estado intervir na economia não relaciona-se a teoria econômica adotada, mas sim com o seu dever de garantir um ambiente que proporcione o desenvolvimento socioeconômico do país através da regulamentação, desregulamentação ou por meio de atores diretos, como empresas públicas.

Assim, as Agências Reguladoras surgem como contraposição ao liberalismo econômico advindo da teoria econômica clássica e, por consequência, ao Princípio do *Pacta Sunt Servanda*, como se pode identificar na exposição de Binenbojm

as agências reguladoras se formam, portanto, no cenário político norte-americano, como entidades propulsoras da publicização de determinados setores da atividade econômica, mitigando garantias liberais clássicas da propriedade privada e da autonomia da vontade. (BINENBOJM, 2008, p. 98)

Desde então, esses institutos disseminaram-se no Brasil, sendo usados como reguladores eficientes de alguma atividade considerada estratégica e essencial pelo Estado. Entendendo-se que, para o desenvolvimento desses segmentos, seria necessário, muitas vezes, contrariar, atrair e complementar interesses públicos e privados, é que se decidiu delegar a regulação às Agências Reguladoras, entidades públicas que deveriam ter independência junto ao Poder Estatal e ao Mercado, conforme suas leis criadoras.



Desta feita, os regimes regulatórios, principalmente os inspirados no modelo americano, como o nosso, são de caráter político-institucionais; um desenho específico de políticas e instituições que equilibra o relacionamento entre interesses sociais, o Estado e os atores econômicos em diversos setores da economia, a exemplo da telefonia, saúde, energia, água, entre outros.

Destarte, a regulação imposta por estas entidades é para Carlos Ari Sundfeld

[...] característica de um certo modelo econômico, aquele em que o Estado não assume diretamente o exercício de atividade empresarial, mas intervém enfaticamente no mercado utilizando instrumentos de autoridade. Assim, a regulação não é própria de certa família jurídica, mas sim de uma opção de política econômica. (SUNDFELD *apud* JUSTEN FILHO, 2002, p. 15-50)

Durante o século XX, mais precisamente após a Segunda Guerra Mundial, as “*Agencies*”, do modelo americano, foram aumentando sua influência ano após ano, fato este que resultou numa regulamentação considerada excessiva da atividade econômica, o que, segundo os economistas George Stigler e Alfred Kahn (NUNES, 2001), durante estudos feitos ao longo das décadas de 1960 e 70, era a causa da ineficiência das empresas americanas, haja vista que o protecionismo a setores da indústria contribuiria para manter os preços artificialmente altos e dificultavam o desenvolvimento tecnológico.

A partir de tal conclusão, ganha força a corrente neoliberal que iniciou um processo de desregulamentação e privatização de setores industriais embasado em um discurso de combate a inflação, aumento da eficiência econômica, diminuição da intervenção do Estado na Economia e proteção do interesse do consumidor nos Estados Unidos e na Inglaterra, sob o comando de Reagan e Margareth Thatcher, respectivamente.

Neste esteio, as Agências Reguladoras foram propostas no Brasil em meio a uma mudança na compreensão do papel do Estado e em virtude da busca pela efetiva desestatização da Ordem Econômica. Assim, na década de 1990, migrou-se de um Estado intervencionista que avocava para si a exploração de atividades econômicas para um de papel de amplo espectro na qualidade de agente normativo e regulador de sua economia, de maneira a permitir que a persecução do lucro e dos melhores resultados advindos da exploração de atividade econômica empreendida pelos agentes privados proporcionasse, concomitantemente, a realização de metas previamente estabelecidas com respeito a finalidade social com fulcro na função social da empresa e dos contratos.

O exposto no parágrafo anterior está em consonância com a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) na medida que no capítulo dedicado à ordem

econômica está estabelecido ser a livre iniciativa princípio norteador da realização do desenvolvimento econômico. Lê-se, ainda, que estas referidas autarquias devem atender ao preceituado no art. 3º, II da CRFB/88, isto é, devem garantir condições para além do crescimento econômico, pois seu dever é também com o desenvolvimento econômico nacional. Lembre-se ainda que o supracitado artigo é um dos princípios objetivos do Estado brasileiro constante na Lei Maior.

Neste contexto é que foram criadas as agências reguladoras no Brasil que, segundo Leonardo Vizeu (VIZEU, 2011), são

fruto de uma profunda mudança na relação do aparelho estatal com a sociedade, especificamente com a ordem econômica. Observe-se que na concepção clássica, a intervenção estatal sempre se centrou no princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, não havendo, por parte do Estado, maiores preocupações com o equilíbrio de interesses dos diversos entes que compõem e participam da vida econômica de mercados específicos da economia.

Esta reforma do Estado brasileiro, foi direcionada visando a implementação de uma administração pública gerencial, englobando, segundo Pimenta (PIMENTA, 2007):

a) Privatização, enquanto venda de ativos públicos que não deveriam mais permanecer dentro do setor público; b) A publicização, que é a transformação de órgãos estatais em entidades públicas não estatais, de direito privado e sem fins lucrativos; c) A manutenção, no Poder Executivo, somente daqueles funcionários públicos diretamente responsáveis pela formulação e acompanhamento da implantação de políticas públicas; d) A execução de serviços não diretamente vinculados à administração pública, através da contratação de terceiros; e) A desburocratização, através da modernização e uso da tecnologia da informação, com vistas também a uma mudança cultural nas organizações; f) A descentralização dos processos decisórios internos, externos e entre as esferas do governo; g) A implantação dos princípios da transparência e *accountability*, de forma a favorecer o controle social e de resultados da ação das agências e órgãos estatais.

No mesmo sentido afirma Fernanda Marinela

o Governo Federal, objetivando reduzir o déficit público e sanear as finanças públicas, criou o Programa Nacional de Desestatização (PND), que permitia a transferência à iniciativa privada de atividades que o Estado exercia de forma dispendiosa e indevida, tendo todos os seus parâmetros previstos em lei. (MARINELA, 2015, p. 134)

Todavia, antes do processo de privatização realizado pelo Estado brasileiro, era necessário discutir e estabelecer um novo marco regulatório, uma vez que os setores afetados pelo processo de privatização eram os setores de infraestrutura e serviços públicos, que não poderiam apenas ser privatizados e sua regulação deixada por conta do mercado, em vista do

risco de substituição do monopólio público pelo privado e da perda da qualidade na prestação dos serviços públicos.

Neste contexto, consolidando a transição de modelos estatais é que, em 1995, foram aprovadas as Emendas Constitucionais (EC) nº 8 e 9, que alteraram a redação dos arts. 21, XI, e 177, § 2º, III, da Carta Magna, que passou a exigir a instituição de órgãos reguladores para determinados serviços públicos, que seriam independentes e deveriam regulamentar e fiscalizar as áreas as quais estavam legalmente obrigados. Com tal dicção, os artigos 21 e 177 ganharam harmonia com o 170, 173 e 174, pois o texto constitucional

deixou evidente que o setor econômico a cargo da iniciativa privada, conforme se observa no art. 170, reservando ao Estado o papel de agente normativo e regulador da mesma atividade, segundo o art. 174, a ele só se atribuindo a exploração direta do setor nas situações descritas na forma do art. 173, ou seja, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo. (SILVA & NELSON *apud* RDA, 2015, p. 179)

No ordenamento jurídico brasileiro, as agências reguladoras foram criadas como autarquias em regime especial, encarregadas da regulação, controle e fiscalização de serviços públicos, atividades e bens transferidos ao setor privado, politicamente neutras e imparciais, de setores e mercados específicos, estabilizando o convívio de interesses públicos, coletivos e privados, instituídas em razão do fim do monopólio estatal. Acerca do tema, Celso de Mello assevera que

nos últimos anos, como fruto da maltratada “Reforma Administrativa”, surgiram algumas autarquias qualificadas como “autarquias sob regime especial”. São elas as denominadas “agências reguladoras”. Não havendo lei alguma que defina genericamente o que se deva entender por tal regime, cumpre investigar, em cada caso, o que se pretende com isto. A ideia subjacente continua a ser a de que desfrutariam de uma liberdade maior do que as demais autarquias. Ou seja: esta especialidade do regime só pode ser detectada verificando-se o que há de peculiar no regime das “agências reguladoras” em confronto com a generalidade das autarquias. (MELLO, 2012, p. 173)

Vê-se que as agências reguladoras nada mais serem do que espécies de autarquias, torna-se importante conceituar o gênero ao qual pertencem. Lê-se pela redação do artigo 5º, I, do decreto-lei nº 200/67, em uma interpretação literal do respectivo dispositivo, que autarquia é “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita própria, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.” (**data do decreto**)

Todavia, esta qualificação não acompanhou o conjunto de mudanças ocorridas no ordenamento jurídico pátrio, sendo considerada incompleta ou inadequada por parte da doutrina a trabalhar na seara do Direito Administrativo. Com o intuito de sanar tal distorção, Fernanda Marinela (2015) propõe o conceito de que “as autarquias são pessoas jurídicas de direito público que desenvolvem atividades administrativas típicas de Estado e gozam de liberdade administrativa nos limites da lei que as criou”. Afirmando ainda não serem elas “subordinadas a órgão nenhum do Estado, mas apenas controladas, tendo direitos e obrigações distintos do Estado.” (MARINELA, 2015, p.111)

Devido ao regime especial que garantem maior independência e estabilidade aos entes que as criaram, as agências reguladoras apresentam características únicas, previstas nas leis que as instituíram e na Lei 9.986/00, tais quais: apesar de ser vinculadas ao Ministério competente para o trato da respectiva atividade, o que dá poder de supervisão dos atos praticados, este não pode exercer qualquer poder de revisão sobre os mesmos; seus dirigentes são nomeados pelo Presidente da República, mas depende de prévia aprovação pelo Senado Federal; seus dirigentes ainda têm a garantia de mandato a prazo certo, exercendo-o em mandatos fixos; e seus dirigentes, terminado o mandato, cumprirão a quarentena, que é a proibição de exercer atividades no setor anteriormente regulado.

Ademais, no cenário brasileiro, na regulação das atividades econômicas de interesse geral, o Poder Público deve limitar-se a expedir as normas que digam respeito aos interesses primários a serem atendidos, não podendo também impor uma regulação que as igualem a concessões, isto é, o Poder Público não pode ter poderes correspondentes aos que existiam se a atividade fosse um serviço público, sob pena de agressão constitucional.

Por este prisma, as agências reguladoras, que pertencem ao corpo da administração indireta, não podem usurpar competência do Poder Executivo regulando matérias não pertencentes à administração direta e anteriormente a elas não delegadas na legislação pertinente a sua criação. Neste sentido expõe Dirley da Cunha Júnior ser

“a administração indireta é constituída por um conjunto de entidades dotadas de personalidade jurídica, responsáveis pelo exercício, em caráter especializado e descentralizado, de certa e determinada atividade administrativa, por outorga legal da atividade estatal.” (CUNHA JUNIOR, 2012, p. 181).

Enquanto que sobre o Poder de Normatização dos entes reguladores, Erus Grau estatui que

as Agências Reguladoras estariam autorizadas a criar direito novo, por meio de regulações, ainda que despidas de previsão legal, pois defende que o Poder Normativo abarca tanto o poder legislativo, quanto o regulamentar e regimentar. A

função normativa regulamentar da Administração Pública adviria de um poder derivado, todavia, poderia instituir normas primárias, sem que isso viesse a caracterizar a derrogação do princípio da separação dos poderes. Desta maneira, uma ausência de moldura legislativa não impediria a administração de dispor de direitos e impor obrigações aos particulares, inovando assim a ordem jurídica, pois é próprio da administração do poder regulamentar, inserido na função normativa. Todavia, a posição do autor é somente para demonstrar a diversidade doutrinária que abarca esta polêmica discussão da função normativa, pois esta visão é minoritária. (ERUS GRAU *apud* EFING, 2009, p 67)

Todas essas características especiais visam permitir que as agências reguladoras tenham uma maior distância das partes interessadas, não sendo influenciadas por parte do setor sob seu campo de regulação. Por isso é que, para Gaspar Ariño Ortiz (1999), são duas as grandes vantagens das Agências Reguladoras, a especialização e a independência. Afirma o citado autor que

a independência de juízo e a decisão resultam particularmente necessárias nestas matérias por razões fundamentais: primeiro porque para o político o mais fácil é adiar o problema; segundo porque nos encontramos diante de situações que afetam diretamente os direitos e liberdades do cidadão, onde as decisões devem ser tomadas com a imparcialidade e independência de um juiz. (ORTIZ, 1999, p. 199)

Neste ponto emerge um problema comum às Agências Reguladoras Pátrias que termina por limitar sua independência. Reside este no fenômeno da “captura”, que devido à grande interação entre reguladores e regulados, por vezes, ocorre dos setores regulados passarem a determinar as condutas das agências e a usá-las para proteger os seus próprios interesses, em lugar dos interesses públicos.

Como forma de consolidar a independência, o regime de pessoal inicialmente implementado foi o de emprego público, regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Todavia, o art. 1º da Lei 9.986/00 teve sua eficácia suspensa por decisão cautelar na ADI nº 2.310-1, do Distrito Federal, proposta pelo Partido dos Trabalhadores.

Diante do conflito entre o que a lei e o posicionamento do STF, a situação foi solucionada através da Lei 10.871/04, que definiu o regime estatutário para esses agentes, a exigência de concurso público para preenchimento dos cargos, jornada de trabalho de quarenta horas semanais, regras para promoção e remoção dos servidores, possibilidade de gratificações e de contratação temporária em caráter excepcional, pelo prazo de doze meses, mediante processo seletivo simplificado. Importante trazer à tona o exposto por Celso de Mello ao discutir sobre a temática afirma que

se a atividade é realmente apenas temporária não se justifica contrato que possa se estender por 36 meses, que este seria um “temporário” longuíssimo. Se o preenchimento é que deveria ser temporário, pela necessidade ingente de preencher cargos, ou empregos necessários, então é igualmente absurdo o prazo, pois não se concebe que seja necessário tanto tempo para realizar o cabível concurso público (MELLO, 2012. P. 185).

A palavra especial posta às agências reguladoras quando denominadas de autarquias em regime especial não afirma o interesse público seja posto ao largo pela não realização do previsto no Art. 37, II, da Constituição Federal. O interesse público, portanto, somente estará resguardado quando da realização do concurso público. Não cabendo ao passageiro agente governamental o exercício de sua vontade em detrimento da *Res Pública*.

Não estamos questionando que até a realização do concurso público de provas e títulos para preenchimento dos cargos devidos haja a contratação em sentido temporário a atender o interesse público. Estamos, sim, a discutir a eternização da temporalidade do contratado. A contratação sem a realização do certame público deve encontrar respaldo nas “restritas hipóteses previstas pela própria Constituição Federal” (CUNHA JÚNIOR, 2013. p. 927)

O reforço legal à discussão é encontrado na Súmula nº 685 do STF onde é possível enxergar na mesma que “é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.” (STF 685, 2014).

Não é, portanto, o caráter especial das agências reguladoras que coloca a estas o direito de não cumprir o imposto no Art. 37, II da Constituição Federal. Além disso devem pautar sua atividade administrativa na legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência conforme reza o Caput do Art. 37 da Carta Magna. A não realização do certame público que traga igualdade de acesso ao serviço público termina por atentar contra os princípios citados.

Outro ponto a merecer reflexão diz respeito ao processo licitatório a que as agências reguladoras estão submetidas. Apesar de algumas leis que estabeleceram agências reguladoras as excluam da obediência à Lei 8.666/93, essas disposições, como exemplo o art. 54, parágrafo único, da Lei 9.472/97 – a que cria a ANATEL – foram objeto de controle concentrado de constitucionalidade, via Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI nº 1.668, que entendeu ser inconstitucional tal dispositivo. Devendo, assim, as autarquias se sujeitarem às regras previstas na Lei de Licitação.

Todavia, as Agências Reguladoras não estão isentas de controle, pois são vinculadas ao ministério que as criou, apesar de serem detentoras de uma ampla autonomia e independência. Porém, estas garantias se situam no campo do exercício de suas atribuições técnicas, na qualidade de ente regulador de mercado econômico ou setor de relevante interesse coletivo, sem guardar qualquer relação de subordinação hierárquica com o Poder Executivo, haja vista que se busca evitar ingerência política em suas atividades.

Neste diapasão elas são parte da administração pública, portanto, estão sujeitas aos Poderes do Estado, principalmente quanto ao exercício das funções Legislativa e Judiciária. Assim, como todo ente da Administração Pública, a agência reguladora submete-se aos seguintes tipos de controle, consoante Vizeu (2011)

1 – financeiro: exercido, de forma restrita, pelo Tribunal de Contas, órgão do Legislativo, no que se refere à aplicação de bens e serviços a seu cargo, bem como no que tange à arrecadação e gastos de suas receitas e despesas públicas. Apesar de poderem arrecadar receitas que lhes são próprias e outorgadas em lei, bem como poderem realizar as despesas que lhes são inerentes e necessárias, tal sistemática financeira deve obedecer, estritamente, aos comandos constitucionais e legais para tanto; 2 – finalístico: Exercido, de forma restrita, pelo Executivo e pelo Legislativo (Comissões Parlamentares de Inquérito), bem como por toda a sociedade, no que se refere, tão-somente, ao cumprimento das políticas públicas, dos objetivos e das finalidades da atividade de regulação a ser alcançado pela agência. Observe-se que não cabe controle de mérito administrativo, tampouco de juízo de conveniência e oportunidade sobre as atividades reguladoras da Agência; 3 – juridicidade: exercido, previamente, pelas Procuradorias das Agências Reguladoras, na qualidade de órgãos externos vinculados à Advocacia-Geral da União (art. 131 da CRFB), bem como, *a posteriori*, pelo Judiciário, em respeito ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5<sup>a</sup>, XXXV, da CRFB), sobre os atos e normas editados pela Agência Reguladora, quando exorbitantes de seus limites legais, ou ainda, quando não guardarem relação de razoabilidade e proporcionalidade com os fins colimados pela Administração Pública. (VIZEU, 2011)

O estabelecimento de um sistema de controle das agências reguladoras faz-se mister para se garantir que não haja desvirtuamento, tampouco captura, do processo de regulação. Isto porque autonomia não significa insubmissão ao Estado Democrático de Direito, fundamento constitucional, mas exatamente a preservação da independência técnica de determinados entes e órgãos públicos, em razão das constantes mudanças decorrentes do processo eleitoral democrático.

Todavia, o limite da autonomia das agências reguladoras há que ser as normas constitucionais estabelecidas, bem como os comandos normativos derivados de seus poderes constituídos, a saber, as funções legislativas e judiciárias, observando-se que a agência atua como ente independente do poder constituído executivo.

### **3. O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NA MITIGAÇÃO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR**

A sociedade brasileira após a redemocratização passou por profundas mudanças legislativas onde, em contraposição à abertura de mercado e da desestatização da economia, buscou-se implementar um sistema de defesa do consumidor, já que o capitalismo desregulado é conhecido pelos seus malefícios às categorias com menor capacidade de transação.

Deste modo, a Constituição Federal consagrou a proteção aos consumidores como direito fundamental e princípio da ordem econômica, reiterando o Princípio da Isonomia, previsto no art. 5º da CRFB/88, na medida em que determina o tratamento igualitário entre os iguais e desiguais na medida de suas diferenças. Nesta perspectiva consolida-se o art. 175 da Lei Maior, Parágrafo Único, Inciso IV.

No caput do referido dispositivo percebe-se a imposição ao Poder Público da manutenção dos serviços públicos seja oferecido de forma direta ou indireta. Dessarte, determina o referido artigo que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.” (CRFB/88) No inciso IV emerge a obrigação estatal de “manter serviço adequado” (CRFB/88).

Discorrendo em relação ao Direito do Consumidor Cavalieri Filho assevera ser este o “conjunto de princípios e regras destinados à proteção do consumidor”, assim, não é “o consumo, enquanto tal, o objeto da tutela das regras que constituem este novo ramo do direito, mas, sim, o próprio consumidor.” (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 8)

Assim, diante do fato de que o mercado iria passar a oferecer serviços públicos, antes prestados apenas pelo Estado de forma direta, e que estes se sujeitam a certas condições de prestação, que são: a permanência, que obriga a continuidade do serviço público; a generalidade, que determina que o serviço público deve ser prestado de forma igualitária a todos os consumidores; a eficiência, que impõe que o serviço deve ser prestado de forma ágil e com boa qualidade; a modicidade, pois as tarifas devem ser razoáveis, compatíveis com as taxas de mercado; e a cortesia, que determina que os usuários devem ser tratados educadamente; além de terem de atender aos princípios de defesa consumeristas, é que foi cunhado o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Como esteio do CDC está a compreensão que o consumidor encontra-se em situação de vulnerabilidade diante das imposições capitalistas quanto à sua condição em relação às



empresas, às prestadoras de serviços públicos e até ao Estado, já que ele não dispõe de controle sobre a produção dos produtos ou oferecimento dos serviços, conseqüentemente acaba se submetendo ao poder dos detentores deste controle. Claudia Lima Marque no intuito de delimitar esta vulnerabilidade a conceitua como

uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção. (MARQUES, 2002, p. 87).

Inobstante, é oportuno lembrar que vulnerabilidade é diferente de hipossuficiência. O consumidor é sempre vulnerável, mas nem sempre será hipossuficiente, pois deve “ser apreciado pelo aplicador do direito caso a caso, no sentido de reconhecer a disparidade técnica ou informacional, diante de uma situação de desconhecimento”. (TARTUCE, 2012, p. 33)

Obviamente, este novel não tem por finalidade defender apenas os consumidores nas suas relações com as prestadoras de serviço público, mas também em protegê-los nestas relações. Neste sentido dita o art. 3º do CDC/90

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Inobstante o intuito de proteção do consumidor, alguns autores defendem que o Código de Defesa do Consumidor só seria aplicado aos serviços públicos remunerados, quando o usuário, individualmente, custeia o serviço. Outros defendem que quando o Estado oferece o serviço, mesmo sendo passível de concessão, o CDC/90 também deve ser aplicado, pois esta medida aumentaria a quantidade de ferramentas legais postas a disposição do cidadão na busca por serviços públicos de qualidade. Todavia, a corrente que demonstra mais adequação com o espírito da Carta Magna é a que vislumbra incidência do Código Consumerista a qualquer serviço oferecido pelo Estado, salvo os de caráter propriamente estatal, ou seja, segundo Efig

aqueles que, dada sua própria natureza, demandam prestação estatal exclusiva, como são os casos das forças armadas, atividade legislativa, segurança pública e da prestação jurisdicional, não há que se falar em aplicação do Código de Defesa do

Consumidor, uma vez que estaremos diante de um Estado regulador, fiscalizador, e não de fornecedor de serviços. (EFING, 2009, p. 120)

Neste diapasão, os serviços públicos e a responsabilidade pela sua prestação sempre foram considerados tópicos de Direito Administrativo, pois prestados pelo Poder Público. Todavia, com a concepção do Código de Defesa do Consumidor – CDC, Lei 8.078/90, segundo Efig “os órgãos públicos por si, ou por suas empresas, concessionárias e permissionárias estão por ele também obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quando essenciais, contínuos” (2009, p. 103). Neste sentido, percebe-se que a vulnerabilidade pode ser reconhecida também nas relações com o Estado quando este presta serviços não exclusivos.

Nesta perspectiva, a declaração de vulnerabilidade do cidadão, que não torna igualitária a relação entre as partes envolvidas apenas com o seu reconhecimento, deve ser também imposta ao Estado quando presta serviços não exclusivos, como o de Saúde, com o fim de garantir a efetividade dos princípios constitucionais da isonomia e igualdade nas relações jurídicas minimizando a desigualdade, pois se um dos pólos é vulnerável, as partes são desiguais e, justamente por força da desigualdade, é que ao vulnerável é conferido um lastro de direitos pela legislação.

Entretanto, para boa compreensão do papel das Agências Reguladoras na Defesa do Consumidor, que só é voltada para as concessionárias de serviços públicos, mas não ao Estado quando prestador de serviços públicos delegáveis oferecidos gratuitamente, é fundamental entender o que são serviços públicos e quais serviços dentre eles devem ser protegidos por estas instituições. Assim, preceituam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo que serviço público

é atividade administrativa concreta traduzida em prestações que diretamente representem, em si mesmas, utilidades ou comodidades materiais para a população em geral, executada sob regime jurídico de direito público pela administração pública ou, se for o caso, por particulares delegatários (concessionários e permissionários, ou ainda, em restritas hipóteses, detentores de autorização de serviço público). (ALEXANDRINO, MARCELO & PAULO, VICENTE, 2009, p. 621)

Vale salientar, entretanto, que, independentemente de quem esteja prestando o serviço público, estes são norteados pelos princípios da Igualdade, Continuidade, da Mutabilidade, Modicidade e da Cortesia. Assim, mesmo que o Estado delegue o serviço público ao particular, este não é eximido do dever de executá-lo com respeito às normas e princípios gerais aos quais estava subordinado o Estado e que garantem a qualidade dos serviços aos usuários e a sua continuidade.

Ademais, nem todo serviço público é passível de ser delegado. Deste modo, não é permitido ao Poder Público delegar as atividades típicas do Estado, ou seja, a legislativa, judicial e de polícia. Todavia, dentre os passíveis de delegação, encontramos as relacionados à prestação dos serviços de saúde, deste modo, a ANS, que é uma agência reguladora vinculada ao Ministério da Saúde, é responsável por promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde e contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no país. Assim, o decreto que regulamenta a ANS está repleto de dispositivos que demonstram a participação dela na defesa do consumidor. No art. 3º do Decreto 3.327/00, encontramos algumas destas finalidades. Vejamos

Art. 3º A ANS terá por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.

No art. 4º, o Decreto ainda traz um rol, não exaustivo, com ações específicas competentes à ANS, que visa dar mais segurança aos usuários e aos prestadores de serviços de saúde. Nesta lei, estabelecem-se regras, critérios e objetivos que devem ser perseguidos para que os serviços de saúde sejam prestados com alta qualidade e com respeito aos princípios consumeristas.

No mesmo liame, a Resolução Normativa nº 197, Regimento Interno da ANS, também se coaduna com os princípios do CDC, prevendo inclusive no art. 51, I, que a agência deve desenvolver ações na defesa e proteção dos consumidores, observando o disposto na Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Durante a construção do trabalho demonstrou-se que a inserção do modelo de Agências Reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro trespassa, antes de mais nada, a mudança na perspectiva do Estado no que diz respeito à economia. O Brasil buscava após a redemocratização ocorrida ao final dos anos 80 e início da década de 90, um novo modelo estatal no qual haveria menos interferência do estado na economia, permitindo uma atuação mais intensa da iniciativa privada.

Assim, é que, copiando e mesclando alguns aspectos do modelo americano e europeu, foram introduzidas as Agências Reguladoras no contexto brasileiro. Essas instituições deveriam regular alguns setores econômicos, que por serem considerados

extremamente importantes, ligados à prestação de serviços públicos, não poderiam ser delegados sem nenhuma fiscalização ou restrição aos desejos de investimento advindos da iniciativa privada.

Todavia, para estes novos institutos atuarem com eficiência no intuito de atingir suas metas – proteger a concorrência e os usuários dos serviços delegados – e evitar que eles fossem cooptados tanto pelo Poder Público quanto pela iniciativa privada é que conferiu-se independência financeira e gerencial às *Agencies*, não sendo elas subordinadas ao Poder Público ou ao mercado.

Contudo, a partir dos anos 2000, iniciou-se um processo de desestruturação das agências, tendo sido elas capturadas pelo Poder Público. Paulatinamente, a atuação dessas instituições foi diminuindo e sua independência, reduzida, sendo legadas ao esquecimento por um longo período.

No momento atual, seu quadro de pessoal foi desaparelhado, não tendo mais servidores detentores de conhecimentos técnicos do setor regulamentado, aprovados por concurso público. Não se pode ainda deixar de citar que nos últimos anos o número de reclamações sobre a qualidade dos serviços públicos concedidos à iniciativa privada só aumentou, sendo comum ouvir reclamações sobre a qualidade do serviço de telefonia, energia, água encanada, transporte público, saúde e aviação civil em todos os recantos do país, tendo sido esta, inclusive, a causa do ecoar das manifestações de junho de 2013 cuja insatisfação crescente por parte da população partícipe estava associada à qualidade dos serviços públicos e os seus altos preços.

Por fim, é válido asseverar que, no momento atual, não resta mais dúvidas sobre o seu papel na defesa do consumidor e da livre concorrência, conforme explicitado durante os capítulos deste trabalho, todavia, com a desorganização das agências nos últimos anos, os mecanismos de proteção e defesa dos consumidores foram perdendo força e delegados para órgãos totalmente voltados para este intuito, bem como à concorrência.

## 5 REFERÊNCIAS

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 4. ed., Editora: Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor. Direito Material e Processual.** Volume único. São Paulo: Editora Método, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor.** São Paulo: Atlas, 2008.