YURI CÉSAR CHERMAN

A ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PERANTE CONFLITOS CONSUMERISTAS POR MEIO DA ADMINISTRAÇÃO CONCERTADA: ANÁLISE PAUTADA NO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Biblioteca de Referência em Políticas Públicas

UniCEUB
Centro Universitário de Brasília

CHERMAN, Yuri César.

A atuação das agências reguladoras perante conflitos consumeristas por meio da administração concertada: análise pautada no princípio da eficiência / Yuri César Cherman. – 2017. 152f.

Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário de Brasília. Programa de Mestrado em Direito. Orientador: Prof. Dr. Héctor Valverde Santana.

Não se evita a guerra preparando a guerra. Não se obtém a paz senão aparelhando a paz.

Rui Barbosa

Lista de siglas

AIR	Análise de Impacto Regulatório
ANA	Agência Nacional de Águas
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANCINE	Agência Nacional do Cinema
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional dos Transportes Terrestres
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CCAF	Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal
FERC	Federal Energy Regulatory Commission
FGV	Fundação Getúlio Vargas
ICJBrasil	Índice de Confiança na Justiça Brasileira
IDEC	Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor
OEB	Ontario Energy Board
ONU	Organização das Nações Unidas
PND	Programa Nacional de Desestatização
SENACON/MJC	Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça e Cidadania (Senacon/MJC)
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TELEBRÁS	Telecomunicações Brasileiras S.A.

Sumário

INTRODUÇÃO 7

CAPÍTULO 1: O DEVER DAS AGÊNCIAS REGULADORAS DE ATUAREM NA PROMOÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR **15**

1.1. O Estado Brasileiro e a proteção consumerista 16

1.2. O dever de proteção do consumidor como razão de existir das agências reguladoras 19

1.3. A compatibilidade prática entre o ofício técnico desempenhado pelas agências reguladoras e o dever de promoção do Direito do Consumidor 29

1.3.1. O poder normativo como forma de promoção do Direito do Consumidor 30

1.3.2. A administração consensual como forma de promoção do Direito do Consumidor 36

1.3.2.1 O Termo de Ajustamento de Conduta – TAC como forma de promoção do Direito do Consumidor 41

1.3.2.2 A resolução extrajudicial de conflitos como forma de promoção do Direito do Consumidor 45

CAPÍTULO 2: A ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS DIANTE DE CONFLITOS QUE ENVOLVAM ENTES REGULADOS E CONSUMIDORES **51**

2.1. A adoção de mecanismos de administração consensual como política regulatória pelas agências reguladoras 51

2.2. Pesquisa de campo sobre o espectro de atuação das agências reguladoras diante de conflitos que envolvam entes regulados e consumidores 59

2.2.2. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) 65

2.2.3. Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) 68

2.2.4. Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) 71

2.2.5. Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) 74

2.3. A eficiência da atuação das agências reguladoras diante de conflitos que envolvam entes regulados e consumidores 79

2.3.1. Delimitação técnica de eficiência para os fins jurídicos da presente análise 80

2.3.2. Conferência entre a apuração realizada sobre o modo de atuação das agências reguladoras diante de conflitos que envolvam entes regulados e consumidores e o conceito de eficiência considerado para os fins jurídicos da presente análise 85

CAPÍTULO 3: MODELO SUGERIDO DE MECANISMO DE ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL E VANTAGENS DECORRENTES **92**

3.1. Mecanismo de administração consensual implementável pelas agências reguladoras 92

3.2. Consequências estatais decorrentes da utilização de mecanismos de administração consensual pelas agências reguladoras diante de conflitos que envolvam entes regulados e consumidores: benefícios e ponderações 95

3.2.1. Legitimidade da utilização de mecanismos de administração consensual pelas agências reguladoras em razão da sobrecarga do Poder Judiciário 95

3.2.2. Benefícios decorrentes da utilização de mecanismos de administração consensual pelas agências reguladoras diante de conflitos que envolvam entes regulados e consumidores 101

3.2.3. Ponderações sobre a utilização de mecanismos de administração consensual pelas agências reguladoras diante de conflitos que envolvam entes regulados e consumidores 106

CONCLUSÃO 110

REFERÊNCIAS 112

ANEXO A – QUESTIONAMENTO ANATEL 124

ANEXO B – QUESTIONAMENTO ANTT 127

ANEXO C – QUESTIONAMENTO ANTAQ 129

Introdução

O Estado, segundo a doutrina tradicional, é dividido nas funções administrativa (também chamada de executiva), legislativa e jurisdicional, cada uma delas regida por seu respectivo organismo, comumente denominado Poder. A divisão de funções estatais possui como propósito impedir a centralização do poder, com vistas a evitar abusos por parte dos governantes e preservar, por conseguinte, as liberdades conferidas aos cidadãos.[1]

A função administrativa ou executiva, estudada pelo Direito Administrativo, possui larga aplicabilidade e comporta uma grande diversidade de atividades. As agências reguladoras, juridicamente classificadas como autarquias sob regime especial, desempenham importante papel junto à função administrativa do Estado Brasileiro, visto que, em termos gerais, **são responsáveis por** disciplinar e controlar determinadas atividades.[2]

No desempenho de suas competências, as autarquias especiais em questão foram dotadas pelo legislador das prerrogativas necessárias ao pleno desenvolvimento de suas atribuições. As ferramentas tradicionais que integram o repertório abrangem a atuação nas funções normativa – estabelecer regras e recomendações para o exercício de atividades reguladas pelo prestador de serviços; a função fiscalizatória – a verificação do grau de conformidade do mercado regulado às normas estabelecidas; e a função sancionadora – a aplicação de sanções visando ao desestímulo às condutas nocivas ao interesse público.[3]

A atuação regulatória à luz dessa configuração tradicional – regulamentar, fiscalizar e punir – deriva da adoção de modelo regulatório intitulado *command and control*, com a prescrição, pelo Estado, do dever-ser e a imposição de medidas cautelares e punitivas aos comportamentos desviantes, em que prepondera circunstância de litígio entre o Regulador, que exerce pretensão punitiva, e o Regulado, que oferece resistência. Muito se questiona acerca da efetividade da adoção exclusiva das vias sancionatórias como forma de alcance das finalidades públicas a que se dirigem as normas editadas pelas agências reguladoras. Com efeito, a doutrina mais moderna vem preferindo a

1 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 29-31.

2 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 165-166.

3 CUÉLLAR, Leila. *Introdução às agências reguladoras brasileiras*. Coleção Luso-Brasileira de Direito Público, v. 2, Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 53-54.

adoção de práticas não litigiosas como forma mais eficiente de promoção do interesse público.[4]

Nesse contexto, exsurge a administração concertada, a qual consiste em uma nova forma de conduzir a administração pública, de maneira não autoritária e com viés mais afeto à *contratualização da atividade administrativa*, isto é, o Estado apresenta-se preocupado não só com seus comandos, mas também com a implementação do consenso entre si e os administrados, sempre com vistas à realização do interesse público.[5]

A partir desse cenário, tem-se que o problema central do presente trabalho é responder à questão de se as agências reguladoras estão empregando mecanismos de administração concertada, ou consensual, à sua disposição, desempenhando assim suas atividades de modo eficiente, especificamente quanto ao seu dever de equilibrar o mercado, frente aos conflitos existentes entre entes regulados e consumidores (causados por seus normativos).[6] Ressalta-se que não se trata de um estudo acerca da resolução de conflitos que envolvam apenas entes regulados, entre si, mas sim sobre os casos em que haja conflito entre estes entes e os usuários de seus serviços.

No curso deste trabalho, será necessário o esclarecimento de algumas conjecturas intermediárias, tais como qual é o propósito existencial das agências reguladoras; quais as dificuldades atuais inerentes à sua atuação junto aos conflitos entre entes regulados e consumidores; e quais os argumentos considerados pela doutrina da administração consensual seriam aplicáveis à questão.

Para enfrentamento do problema apresentado, pretende-se identificar o modo pelo qual as agências reguladoras atualmente abordam os conflitos entre as partes diretamente interessadas em seu campo de atuação, isto é, entes regulados e consumidores, confrontando-o com mecanismos de administração consensual,

---

4 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 27, ago-out. 2011, p. 9-12. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-27-AGOSTO-2011-FLORIANO-AZEVEDO-TATIANA-MATIELLO.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

5 SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 105-106.

6 Floriano de Azevedo Marques Neto explica que a busca do equilíbrio sistêmico apresenta-se como o "eixo da atividade regulatória" e que a "busca de equilíbrio pela mediação de interesses dentro do sistema mediado decorre, de um lado, da necessidade de o Estado interagir com os atores privados como forma de legitimar sua intervenção na ordem econômica e, de outro lado, do fato de que a regulação (...) deve favorecer não a imposição de pautas regulatórias, mas a busca do consenso e da mediação de interesses, sem perder de vista a tutela dos interesses gerais da sociedade" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes*: fundamentos e seu regime jurídico. 1. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 49-50).

buscando, eventualmente, instrumentos necessários para que as referidas autarquias especiais atendam a seu propósito existencial de modo mais eficiente. Com base nas conclusões logradas, será sugerido, ao final, um mecanismo de administração consensual implementável pelas agências reguladoras.

Serão consideradas para o presente trabalho as agências reguladoras criadas em **nível** federal. Os Estados, os Municípios e o Distrito Federal também possuem a faculdade de criar as referidas autarquias para regular atividades econômicas ou serviços públicos sob sua competência. No entanto, essas agências reguladoras estaduais, municipais e distritais não serão incluídas no estudo em questão, por não haver contribuição efetiva, em sentido teórico, **à análise** que será feita **e em razão d**o grande número de entidades existentes.[7]

Cada agência representa um ambiente administrativo específico, com suas idiossincrasias, de modo que a busca por uma solução genérica, seja qual for o assunto, submete-se a riscos de incompatibilidade.[8] Assim, quanto mais parecidas forem as instituições contempladas pelo estudo, maior a probabilidade de que a solução proposta lhes seja adequada. Desse modo, a presente pesquisa ficará limitada, também, **à**quelas agências federais que possuem como escopo regular serviços públicos, conforme parâmetro estabelecido pelo artigo 21, inciso XII, da Constituição Federal.[9] Trata-

---

7 Foram localizadas, após uma busca simples pela *internet*, as seguintes agências reguladoras criadas pelos Estados e pelo Distrito Federal: Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Acre – AGEAC, Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de Alagoas – ARSAL, Agência Reguladora dos Serviços Públicos Concedidos do Estado do Amazonas – ARSAM, Agência de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia – AGERBA, Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Ceará – ARCE, Agência de Serviços Públicos de Energia do Estado do Espírito Santo – ASPE, Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos – AGR, Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos do Mato Grosso do Sul – AGEPAN, Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado do Mato Grosso – AGER, Agência Estadual de Regulação e Controle dos Serviços Públicos do Pará – ARCON, Agência de Regulação do Estado da Paraíba – ARPB, Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Pernambuco – ARPE, Agência Reguladora de Serviços Público Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro – AGETRANSP, Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA, Agência Reguladora de Serviços Públicos do Rio Grande do Norte – ARSEP, Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS, Agência Reguladora de Serviços Públicos de Santa Catarina – AGESC, Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo – ARTESP, Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo – ARSESP, Agência Tocantinense de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos – ATR, e Agência Reguladora de Águas, Energia e Saneamento Básico do Distrito Federal – ADASA.

8 COGLIANESE, Cary. KILMARTIN, Heather. MENDELSON, Evan. *Transparency and public participation in the federal rulemaking process: recommendations for the new administration*. George Washington Law Review, vol. 77, n. 4, jun. 2009, p. 956.

9 "Art. 21. Compete à União:
(...)
XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:
a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;
b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

se de agências dotadas de grande poder regulatório, principalmente com relação aos serviços cuja execução seja passível de delegação a particulares.

Enquadram-se na demarcação supracitada a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) e a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC).[10] Ficam excluídas do estudo, por conseguinte, as demais agências que possuem o escopo de regular atividades desafetas a serviços públicos, como a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíves (ANP), a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), a Agência Nacional de Águas (ANA) e a Agência Nacional do Cinema (ANCINE).

Os serviços públicos consistem naqueles prestados pelo Estado ou por quem lhe represente, sob um regime de direito público, com vistas à satisfação de direitos básicos da coletividade, conforme definição constitucional.[11] Os serviços públicos, historicamente, eram prestados diretamente pelo Estado, em razão de sua obrigação de proporcionar aos cidadãos condições mínimas de proteção e de dignidade. No entanto, o desenvolvimento dos Estados e o crescimento populacional, aliados à limitação de recursos públicos acarretou dificuldades para que o Estado prestasse diretamente serviços tidos como essenciais para a população.

Nesse sentido, a fim de que não houvesse uma queda na qualidade da prestação de determinados serviços públicos, iniciou-se o movimento de repasse da responsabilidade sobre essa prestação para a iniciativa privada.[12] No Brasil, embora ainda haja, na atualidade, alguns tipos de serviços públicos prestados exclusivamente pelo Estado, a

---

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária;
d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;
e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;
f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;"

10 Alexandre Mazza realiza esse corte temático sem considerar expressamente a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), que ainda não havia sido criada à época da obra. No entanto, trata-se de Agência destinada a regular modal de transporte, enquadrando-se na mesma categoria das mencionadas Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) (MAZZA, Alexandre. *Agências Reguladoras*. São Paulo: Malheiros, 2005. Coleção Temas de Direito Administrativo, v. 13, p. 198).

11 Dinorá Grotti leciona, ainda, que cada povo deve definir o que é serviço público, com base na concepção sobre as obrigações inerentes a cada Estado. Segundo ela, essa definição situa-se no "plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado tempo histórico" (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 87).

12 PINHEIRO, Armando Castelar. GIAMBIAGI, Fabio. Os antecedentes macroeconômicos e a estrutura institucional da privatização no Brasil, *in A privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 2000. p. 15.

tendência geral **é a** de desestatização, de modo que, na Constituição Federal de 1988, remanesceram como serviços públicos de prestação exclusiva por parte do Estado somente o serviço postal e o correio aéreo nacional, conforme artigo 21, inciso X, da Constituição.

Nesse sentido, no que tange aos demais serviços públicos, verifica-se a ocorrência de grande volume de concessões a empresas privadas e, com isso, a celebração de incontáveis contratos entre essas sociedades empresárias e os usuários dos serviços públicos por elas prestados. Esse volume elevado de relações jurídicas, naturalmente, leva à ocorrência de diversos confrontos pontuais entre os contratantes, os quais podem demandar a interferência das agências.[13]

A razão desse corte temático refere-se ao fato de que o estudo em questão diz respeito à disciplina do Direito do Consumidor. Há divergência doutrinária com relação a essa correla**ção,** em virtude do fato de que a relação de consumo insere-se juridicamente em uma categoria apartada da relação existente na prestação de um serviço público. A relação de consumo recebe proteção dos artigos 5.º, inciso XXXII, e 170, inciso V, da Constituição Federal, e submete-se ao Direito Privado, ao passo que a prestação de serviço público encontra-se sob a égide do artigo 175, inciso II do texto constitucional, vinculada ao Direito Público.[14] No entanto, tendo em vista que o próprio Código de Defesa do Consumidor é claro, em seu artigo 22, no sentido de que **é aplicável a órgãos públicos, suas empresas, concessionárias e permissionárias**,[15] o presente trabalho adere ao entendimento de que os usuários de serviço público enquadram-se como consumidores em suas relações com algum ente regulado, aplicando-se a eles, no que couber, as proteções constantes do Código de Defesa do Consumidor.[16]

A relevância do presente trabalho decorre das críticas comumente sofridas pelas agências reguladoras, que geram uma crescente necessidade de comprovação da regulação eficiente dos mercados. Jean Menezes de Aguiar faz duras críticas

---

13 MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Agências reguladoras e o direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 163-164.

14 MAZZA, Alexandre. *Agências Reguladoras*. São Paulo: Malheiros, 2005. Coleção Temas de Direito Administrativo, v. 13, p. 198-200.

15 O artigo 22, inserido na Seção III do Código, relativo à responsabilidade dos fornecedores por vício do produto ou do serviço, prevê que "os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos".

16 Há jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de reconhecer a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor para relações que envolvam serviços públicos: "Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor às relações mantidas entre usuários e concessionária de serviços públicos, nos termos do art. 7.º da Lei n. 8.987/1995" (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1022587-RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 21 ago. 2008, publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 11 set. 2008).

às entidades em questão, afirmando ter a impressão de que são conduzidas por *hipertécnicos*, preocupados com minúcias, mas incapazes de promover, como desejou a Constituição Federal, "um choque de cidadania em termos de atividade estatal de regulação".[17] Fabiana Silveira Karam sustenta haver uma falta de comunicação entre as agências reguladoras, as concessionárias e os consumidores, o que impediria o bom funcionamento do sistema, voltado originariamente para a convivência harmônica desses atores, o que acaba acarretando grande quantidade de demandas judiciais.[18]

O transcurso de mais de uma década da introdução das agências reguladoras no país **não bastou para suprimir da** comunidade jurídica uma grande perplexidade ante as inovações introduzidas na ordem jurídica do País,[19] de modo que as referidas autarquias ainda atuam sob a desconfiança do mercado. De acordo com os defensores do instituto, a "incapacidade, inércia, má vontade ou o que quer que tolha o intérprete de avançar, acabam contribuindo para que um certo conservadorismo tímido e retrógrado esteja atrasando o pleno eclodir das potencialidades dos novos institutos".[20]

As críticas que envolvem as entidades sob comento vêm gerando, inclusive, preocupações no Congresso Nacional, sendo pauta recorrente nas sessões parlamentares. Recente Projeto de Lei da Câmara dos Deputados sobre o tema (nº 1.539, de 13 de maio de 2015, de autoria do Deputado Federal Eros Biondini) visa a obrigar as agências reguladoras a realizarem Análise de Impacto Regulatório (AIR) antes de editarem e alterarem quaisquer atos normativos e outorgas sob sua esfera de competência. Referido projeto inseriu o "chamamento público" como uma etapa obrigatória da AIR, pela qual todos os eventuais interessados podem oferecer, sem necessidade de apresentação de estudos aprofundados, contribuições sobre alternativas para atingir os objetivos perseguidos, as quais não vincularão as decisões do regulador, mas deverão ser consideradas no processo de análise e levantamento, o que vai ao encontro da teoria da administração concertada.

---

17 AGUIAR, Jean Menezes de. Crítica ao marco regulatório do Brasil consumista: por uma regulação cidadã. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (Coord.). *Desafios atuais da regulação econômica e concorrência*. São Paulo: Atlas, 2010, p.164.

18 KARAM, Fabiana Silveira. *As agências Reguladoras no Cenário Brasileiro*: os mecanismos de proteção do consumidor considerando os respectivos efeitos sociais e ambientais. 2008. 169f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2008, p.150.

19 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador, n. 12, nov./dez./jan., 2008, p. 01. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-12-NOVEMBRO-2007-DIOGO%20DE%20FIGUEIREDO.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

20 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*. Salvador, n. 12, nov./dez./jan., 2008, p. 02. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-12-NOVEMBRO-2007-DIOGO%20DE%20FIGUEIREDO.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

A administração concertada, nesse sentido, **é tema de crescente relevância,** havendo uma constante preocupação com a legitimidade dos atos praticados pela Administração Pública e, principalmente, com a eficiência inerente à sua atuação, que tende a se tornar menos autoritária e mais consensual.[21] Um argumento adicional, capaz de reforçar a importância do presente estudo é a resistência de parte da doutrina administrativista clássica quanto às flexibilizações inerentes aos métodos de administração concertada, por entenderem necessário o engessamento do Estado, em nome dos princípios da legalidade e da segurança jurídica.

O avanço consensualista na gestão governamental se dá de forma lenta, tendo em vista a resistência da doutrina tradicionalista, pautada nos princípios administrativos franceses, agarrados à segurança jurídica, de modo que a tradição imperativa resiste à tendência consensualista.[22] É necessário debater a transigibilidade administrativa, visto que ainda se verifica resistência doutrinária, pautada na suposta existência de um óbice teórico principal, qual seja sua incompatibilidade com o princípio da indisponibilidade do interesse público.[23] Fica demonstrada a relevância do presente tema, tendo em vista que analisa uma questão de interesse geral (a forma de controle de serviços públicos), dotada de proteção constitucional específica (Direito do Consumidor), e que vem sendo objeto de discussão jurídica e política, face às especulações quanto à possibilidade de melhorias em seu modo de operar.

A despeito de o objeto do presente estudo estar inserido em uma vertente jurídico-teórica, possui significativa implicação prática, de modo que o raciocínio empregado será tanto de natureza hermenêutico-dialética, no que tange à interpretação de conceitos e institutos jurídicos, aplicando-os à realidade das agências reguladoras, quanto de cunho empírico-indutivo, haja vista a necessidade de realização de pesquisas de campo para a aquisição de informações capazes de embasar ou refutar as premissas analisadas.

Considerar-se-á como hipótese do presente trabalho que as agências reguladoras federais não estão atendendo, com eficiência, ao propósito existencial de manutenção de um mercado adequado, especificamente quanto ao seu dever de equilibrar o mercado, frente aos conflitos existentes entre entes regulados e consumidores (causados por seus

---

21 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado/ Associação dos Advogados de São Paulo (AASP).* São Paulo, ano XXIX, n. 107, 2009, p. 74-75.

22 VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Transigibilidade na administração pública*: uma faceta da consensualidade no direito administrativo do século XXI. Fórum Administrativo. Belo Horizonte, ano 11, n. 123, mai. 2011, p. 01.

23 VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Transigibilidade na administração pública*: uma faceta da consensualidade no direito administrativo do século XXI. Fórum Administrativo. Belo Horizonte, ano 11, n. 123, mai. 2011, p. 05.

normativos), o que talvez possa ser alcançado de modo mais proveitoso mediante a utilização de mecanismos de administraç**ão consensual à sua disposição.**

Importante esclarecer, por fim, que a ideia de administração concertada utilizada para o presente estudo será aclarada somente ao final do trabalho. Como se verá adiante, a administração concertada consiste em mecanismo de mitigação do caráter autoritário do Estado. Desse modo, a utilização de instrumentos de consensualismo, por si só, para resolver conflitos envolvendo entes regulados e consumidores, não bastaria para sua configuração.

A utilização de mecanismos consensuais de resolução de conflito **é capaz de dar** ensejo à administração concertada. No entanto, para que isso seja alcançado, **é necessária a concepção de um produto capaz de alinhar as pretensões entre governo e governados – ou, no caso, entre as agências reguladoras e o setor regulado. Para tanto, ficará demonstrado, ao final, que** as agências reguladoras, por meio da resolução consensual de conflitos entre entes regulados e consumidores, lograrão conhecimento de mercado bastante para detectar inconsistências em seus regulamentos, readequá-los, e, com isso, regular o setor com maior eficiência, obtendo-se, por esse mecanismo, uma participação social constante e dinâmica.

Será necessário, no presente trabalho, asseverar, de modo justificado, o dever das agências reguladoras de atuar na promoção da defesa dos direitos do consumidor, haja vista sua natureza jurídica; pesquisar o modo pelo qual as agências reguladoras atuam diante de conflitos que envolvam entes regulados e consumidores; identificar os mecanismos de administração concertada utilizados pelas referidas autarquias em tal mister; apurar a eficiência de tais procedimentos; indicar as consequências estatais benéficas decorrentes da utilização dos citados mecanismos de administração consensual pelas agências reguladoras, diante de conflitos que envolvam entes regulados e consumidores; e, ao final, sugerir-se-á uma forma possível de administração consensual implementável pelas agências reguladoras.

Capítulo 1: o dever das agências reguladoras de atuarem na promoção do direito do consumidor

As agências reguladoras, no que concerne ***à estrutura do Estado*** brasileiro, enquadram-se como autarquias especiais, de modo a inserirem-se no âmbito do Poder Executivo, especificamente na Administração Indireta. A natureza jurídica de autarquia é conferida, por vocação, às referidas entidades, haja vista que desenvolvem atividades próprias de Estado, como o fomento, o poder de polícia e as atribuições referentes ao poder concedente.[24] No entanto, não há que se falar em autarquias como as demais, de modo que o enquadramento dos referidos entes como autarquias especiais deve-se ao maior grau de autonomia a eles conferido pela lei.[25]

Trata-se, em síntese, de entidades de características ímpares, detentoras de delegação do Poder Legislativo para regular assuntos técnicos, tais como telecomunicações, energia elétrica, transportes terrestre e aquaviário, aviação civil, dentre outros. A atividade regulatória deve ser desempenhada em um ambiente neutro, imparcial, livre de indesejadas influências políticas sazonais – por isso, atribui-se maior grau de autonomia às decisões emanadas pelas agências reguladoras.[26]

Pretende-se demonstrar no presente capítulo, mediante uma construção lógico-hermenêutica, a vocação das referidas entidades também para atuarem em prol dos direitos consumeristas. Para tanto, apresentar-se-á a razão de existir das agências reguladoras; em seguida, aclarar-se-á o fato de que a promoção do Direito do Consumidor consiste em dever da Administração Pública, em especial das agências reguladoras; e, na sequência, demonstrar-se-á a compatibilidade prática entre o ofício técnico desempenhado pelas agências reguladoras e o dever de promoção do Direito do Consumidor.

---

24 MAZZA, Alexandre. *Agências Reguladoras*. São Paulo: Malheiros, 2005. Coleção Temas de Direito Administrativo, v. 13, p. 83.

25 AMARAL, Alexandra da Silva. *Princípios estruturantes das agências reguladoras e os mecanismos de controle*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 37.

26 CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O Poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 134-135.

1.1. O Estado Brasileiro e a proteção consumerista

A Constituição consiste na lei fundamental de um Estado, organizadora de seus elementos essenciais, como a forma de seu governo, a estrutura estatal e os direitos e garantias fundamentais. Por essa razão, recebe outras formas de tratamento como Lei Fundamental, Carta Maior, Carta Mãe, entre outros. Trata-se do conjunto de normas que têm por escopo organizar os elementos constitutivos de seu Estado, isto é, o território, a população e o governo.[27]

A doutrina estabelece diversas possibilidades de classificação das constituições estatais, dada a variedade de características imputáveis a elas.[28] Destaca-se, neste momento, a classificação segundo a qual as constituições podem ser sintéticas, isto é, enunciadoras de regras básicas de estrutura e de direitos fundamentais, ou analíticas, como é o caso da nossa Constituição Federal, preocupada em regulamentar diversos aspectos inerentes à vida social.[29]

O Direito do Consumidor, a despeito da vastidão de assuntos previstos pela Constituição Federal brasileira, foi eleito pela constituinte originária como uma das grandes prioridades da República Federativa do Brasil, tendo em vista sua previsão pelo artigo 5.º, inciso XXXII, da Constituição Federal, segundo o qual *o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*. Trata-se de cláusula pétrea, nos ditames do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição, haja vista sua inserção no Título relativo aos direitos e garantias fundamentais.

A proteção constitucional ao consumidor vai além do direito fundamental mencionado, figurando também como princípio da ordem econômica nacional, nos termos do artigo 170, inciso V, da Constituição.[30] Relevante apontar, ainda, que o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias previu que o Congresso Nacional deveria elaborar, em cento e vinte dias da promulgação da Constituição, o C***ódigo de*** Defesa do Consumidor.

---

27 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 37-38.

28 De acordo com Karl Loewenstein, as constituições podem ser classificadas quanto à forma (escritas ou não escritas), ao conteúdo (materiais ou formais), à origem (promulgadas ou outorgadas), ao modo de elaboração (dogmáticas ou históricas), à estabilidade (imutáveis, rígidas, semirrígidas ou flexíveis) e à extensão (sintéticas ou analíticas) (LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*, Barcelona: Ariel, 1979, p. 205-222).

29 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 16.

30 O artigo 170 da Constituição Federal prevê que a ordem econômica será fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, observando princípios como a propriedade privada, a livre concorrência, a defesa do consumidor, entre outros.

O Direito do Consumidor consiste em ramo do Direito relativamente recente,[31] de feição eminentemente protetiva, por ser voltado à proteção dos consumidores, enquanto sujeitos de direitos, nas relações jurídicas firmadas com fornecedores de produtos ou serviços. Trata-se de disciplina jurídica dotada de transversalidade entre o Direito Privado e o Direito Público – noção de suma importância para o presente trabalho.[32] A transversalidade referida deve-se ao fato de que o Direito do Consumidor aborda relações de natureza privada sujeitas a comandos estatais considerados de ordem pública, no intuito de que seja mitigada a vulnerabilidade inerente aos consumidores.

O estudo do Direito do Consumidor parte do princípio da vulnerabilidade, segundo o qual uma das partes da relação, o consumidor, é mais frágil do que a outra parte, o fornecedor de produtos ou serviços. O sistema jurídico entende não ser saudável a fragilidade do consumidor nessa relação, sob pena de causar riscos à economia de mercado, de modo que criou normas e mecanismos voltados a mitigá-la.[33]

A assunção sobre a existência de um consumidor vulnerável contribui para a relativização de alguns dogmas tradicionais do Direito negocial, como a autonomia da vontade, a consequente força obrigatória dos contratos e a falácia de que o consumidor seria o "rei do mercado" em virtude do fato que poderia escolher livremente os fornecedores dos quais gostaria de adquirir seus produtos ou serviços.[34] A vulnerabilidade em questão consiste na incapacidade técnica dos consumidores perante a relação de consumo, tendo em vista contratarem sem conhecimento pleno sobre detalhes dos produtos ou serviços adquiridos, sobre o processo produtivo e, muitas vezes, sobre aspectos contratuais.[35]

O Código de Defesa do Consumidor foi promulgado no ano de 1990, em atendimento ao comando constitucional acima apontado. Consiste em lei de caráter principiológico, com abrangência sobre as relações jurídicas entre fornecedor e

---

31 A reflexão jurídica sobre o assunto adquiriu maiores proporções a partir de um discurso do ex-Presidente Estadunidense John F. Kennedy, em 1962, no qual foi realçada a importância de se adquirir uma consciência coletiva acerca dos direitos dos consumidores. Em 1985, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) editou a Resolução 39/248, por meio da qual estabeleceu diretrizes para a disciplina, e definiu se tratar de um direito humano de nova geração, de caráter social (BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 26).

32 BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 25-26.

33 SANTANA, Hector Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 101-102.

34 BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 36-37.

35 KHOURI, Paulo Roque. *Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 18.

consumidor, cujos preceitos mostram-se adequados ao contexto nacional, por promover equilíbrio econômico à atividade de consumo, basilar ao modelo de Estado capitalista como o brasileiro.[36] O Código de Defesa do Consumidor possui como propósito, conforme definido pela própria Constituição Federal, promover a proteção ao consumidor, tido como a parte mais fraca da relação consumerista, porquanto tecnicamente vulnerável.

A promoção da defesa dos consumidores consiste em direito fundamental, a ser positiva e ativamente tutelado no âmbito público pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, por meio da criação de normas, da elaboração de políticas públicas e da interpretação jurídica favoráveis aos consumidores. Ademais, o Direito do Consumidor atribui um caráter mais solidário ao direito privado, envolvido com indivíduos em situação de vulnerabilidade social. Essa nova feição do direito privado lhe atribui coerência constitucional, haja vista os direitos fundamentais e os valores estabelecidos pela Constituição.[37]

O Estado Brasileiro, por determinação constitucional, deixou de figurar como simples espectador das vontades manifestadas contratualmente pelos cidadãos, quando da prática de atividade de consumo, de modo semelhante ao que havia sido estabelecido para relações trabalhistas. Foram criadas normas de ordem pública com vistas a balizar minimamente os acordos de consumo celebrados, de modo a evitar que os fornecedores de produtos ou serviços impusessem suas vontades, de modo abusivo, sobre seus consumidores.[38] Nas palavras de Konrad Hesse, esse dirigismo contratual destina-se à defesa dos mais fracos,[39] e funciona como forma de promoção da justiça social e do princípio da isonomia.[40]

A Constituição Federal definiu, ainda, em seu artigo 24, inciso V, outro importante mecanismo para assegurar nível de proteção satisfatório aos consumidores, que se traduz

---

36 SANTANA, Hector Valverde. *Dano Moral no Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 37.

37 BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 27-32.

38 KHOURI, Paulo Roque. *Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 08.

39 HESSE, Konrad. *Derecho constitucional e derecho privado*. Madri: Civitas, 1999, p. 73.

40 O princípio da isonomia consiste na promoção de uma igualdade efetiva, de modo a concretizar fielmente os interesses constitucionalmente protegidos. Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, "(...) não é qualquer diferença, conquanto real e logicamente explicável, que possui suficiência para discriminações legais. Não basta, pois, poder-se estabelecer racionalmente um nexo entre a diferença e um consequente tratamento diferenciado. Requer-se, demais disso, que o vínculo demonstrável seja constitucionalmente pertinente. É dizer: as vantagens calçadas em alguma peculiaridade distintiva hão de ser conferidas prestigiando situações conotadas positivamente ou, quando menos, compatíveis com os interesses acolhidos no sistema constitucional." (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 16ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 41-42).

pela possibilidade de os Estados e o Distrito Federal legislarem concorrentemente com a União sobre *produção e consumo*. É importante realçar que essa previsão não confere a possibilidade de que os referidos entes federativos legislem sobre todo e qualquer assunto afeto a direitos consumeristas. De acordo com precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF), deve-se interpretar o dispositivo restritivamente às hipóteses que versem exclusivamente sobre Direito do Consumidor, notadamente no caso de fiscalização de consumo, quando houver risco à saúde ou à segurança dos consumidores.[41]

Relevante acrescentar, nesse contexto, que a determinação constitucional no sentido de uma atuação estatal mais ativa ante a promoção do direito do consumidor levou o Estado a instituir, por meio do artigo 105 do Código de Defesa do Consumidor, o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), composto por diversos órgãos de defesa do consumidor. Além disso, foram criadas outras instituições não inclusas nesse Sistema, mas que também possuem a referida finalidade, como as agências reguladoras, conforme demonstrado a seguir.

1.2. O dever de proteção do consumidor como razão de existir das agências reguladoras

As agências reguladoras consistem em autarquias especiais, destinadas à intervenção estatal no domínio econômico, competentes para exercer a regulação de setor específico, possuindo atribuições regulamentares e voltadas ao arbitramento de conflitos entre particulares, sendo sujeita a regime jurídico que garanta sua autonomia em face do Poder Executivo.[42]

As referidas autarquias, portanto, possuem como propósito existencial regular (ou seja, em sentido etimológico, *atribuir regularidade a*[43]) atividades vinculadas a serviços

41 O Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade de Lei do Distrito Federal que tratava sobre cobrança de preços de estacionamento, em razão de regulamentar questão típica de Direito Civil, cuja competência legislativa pertence, de modo privativo, à União, nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição Federal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2448-DF, Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, julgado em 23 abr. 2003, publicado no DJU em 13 jun. 2003). Em outro caso, o Supremo entendeu como constitucional lei do Estado do Paraná que assegurava ao consumidor o direito de obter informações sobre a natureza, procedência e qualidade de produtos combustíveis comercializados nos postos do Estado (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1980-PR, Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 16 abr. 2009, divulgado no DJe em 06 ago. 2009)

42 JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 344.

43 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Direito Regulatór*io: temas polêmicos. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 19.

essenciais para a população, cuja execução seja, por algum mecanismo legalmente amparado, confiada a empresas privadas. Para tanto, desempenham, segundo o entendimento tradicional, atividades de regulamentaç**ão, fiscalização** e punição dos entes regulados.[44]

As principais características das agências reguladoras **são a** especificidade, isto é, possuírem como objeto de sua atuação setores econômicos específicos; a discricionariedade técnica, ou seja, embasarem seus posicionamentos em critérios técnicos, com vistas ao bom funcionamento do mercado regulado; e a neutralidade que se traduz por uma postura voltada unicamente ao atendimento ao interesse público, livre de pressões advindas de determinados grupos ou de setores políticos.[45]

Veja-se que as agências reguladoras surgiram como alternativa à comprovadamente ineficaz teoria da regulação espontânea (ou liberal) dos mercados. Tendo em vista a existência de graves falhas na livre operação do mercado econômico, tornou-se necessária a intervenção estatal, principalmente no que tange a setores críticos de prestação de serviços, afetos a necessidades públicas essenciais, em atenção à preservação do interesse público, fenômeno que pode ser denominado de *agencificação*, em virtude da crescente implementação de agências reguladoras para exercer tal intromissão.[46]

Tornou-se forçoso, assim, que o Estado desempenhasse o papel de fiscalizador de serviços de caráter público que fossem desempenhados por particulares, exercendo uma intervenção estatal leve, não voltada contra o mercado, mas em seu favor, com vistas a corrigir problemas existentes em setores críticos, "por certo simultaneamente superando a inércia do liberalismo clássico e o rigor asfixiante das formas radicais estatizantes".[47] O Governo Federal, diante de sua incapacidade de lidar diretamente com o controle e a fiscalização da prestação desses serviços aos usuários, teve a necessidade de criar as agências reguladoras, com vistas a que essas novas entidades promovessem, com eficiência, atividades de regulamentação, controle e fiscalização.[48]

---

44 CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O Poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 143-151.

45 CARVALHO, Ricardo Lemos Maia L. de. As agências de regulação norte-americanas e sua transposição para os países da *civil law*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.), *Direito Regulatór*io: temas polêmicos. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 382-383.

46 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Direito Regulatór*io: temas polêmicos. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 35-36.

47 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE).* Salvador, n. 12, nov./dez./jan., 2008, p. 06. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-12-NOVEMBRO-2007-DIOGO%20DE%20FIGUEIREDO.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

48 De acordo com Diógenes Gasparini, "com a implementação da política que transfere para o setor particular a execução dos serviços públicos e reserva para a Administração Pública a regulamentação, o controle e a

O modelo de agências reguladoras vigente no Brasil segue como influência precípua o padrão francês de autoridades administrativas independentes, entidades criadas com o objetivo de reduzir a interferência do Estado na economia e na sociedade e de que essas intervenções ocorressem de modo mais técnico, portanto, imparcial.[49] Trata-se de entidades que atuam de modo próximo ao setor regulado, dotadas de poder regulamentar e decisório sobre determinados setores econômicos, e cuja atuação é marcada pela autonomia técnica, haja vista a ausência de vinculação hierárquica direta à administração pública.[50]

Importante acrescentar que o padrão estadunidense[51] também serviu como inspiração para o modelo de agências adotado no Brasil, tendo em vista o grau de autonomia técnica e financeira que essas autarquias mantêm frente ao Poder Executivo e o formato de tomada de decisões por órgão colegiado composto por diretores que possuem mandato fixo,[52] conforme estipula, em nosso país, em termos genéricos, a Lei n. 9.986/2000, e, em termos específicos, as leis de criação de cada uma dessas autarquias especiais.[53]

---

fiscalização da prestação desses serviços aos usuários e a ela própria, o Governo Federal, dito por ele mesmo, teve a necessidade de criar entidades para promover, com eficiência, essa regulamentação, controle e fiscalização, pois não dispunha de condições para enfrentar a atuação dessas parcerias. Tais entidades, criadas com essa finalidade e poder, são as agências reguladoras." (GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 344-345).

49 LEURQUIN, Pablo Georges Cícero Fraga; LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. A regulação autônoma no Brasil: um diálogo com a experiência francesa. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 2, p.145-153, jul. 2016.

50 AUAD, Denise. Autoridades administrativas independentes na França. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Direito Regulatório*: temas polêmicos. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 439.

51 A difusão das agências reguladoras nos Estados Unidos da América se deu durante o governo de Franklin Roosevelt (1933-1945), mais de meio século antes da adoção do modelo no Brasil, em razão de efeitos provocados pela Grande Depressão, com a necessidade de que o Estado interviesse no sentido de conter a inflação e de estimular o crescimento da economia. Foram criadas a *Food and Drug Administration* (FDA), em 1932, para regular o setor de alimentos e medicamentos; a *Agriculture Adjustment Administration* (AAA), em 1933, para o setor agrícola; a *Securities and Exchange Commission* (SEC), em 1933, para o mercado financeiro; o *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC), em 1933, para o setor de seguros; a *Federal Communications Commission* (FCC), em 1934, para o setor de telecomunicações; o *National Labor Relations Board* (NLRB), em 1935, para o setor trabalhista; a *Federal Maritime Commission* (FMC), em 1936, para regular o transporte marítimo; e o *Civil Aeronautics Board* (CAB), em 1938, para o setor de aviação civil. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 75).

52 CASAGRANDE FILHO, Ary. *Estado regulador e controle judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 93.

53 Relevante demonstrar que os princípios que conduzem as agências reguladoras nos Estados Unidos da América, e que, portanto, também se prestam como alicerces para as derivadas brasileiras são (1) o da justiça, pelo qual os indivíduos podem manifestar seus pontos de vista previamente a uma tomada de decisão pela agência que possa atingir, significativamente, seus interesses; (2) o da acurácia, segundo o qual as agências devem adotar ações para minimizar o risco de tomarem decisões equivocadas; (3) o da eficiência, aqui em sentido econômico, que impõe que os benefícios advindos da regulação devam ser mais expressivos do que os custos a ela inerentes; e, por fim, (4) o da aceitabilidade, pelo qual as agências devem considerar a repercussão de sua regulação nos grupos especificamente por ela afetados (SILVA NETO, Orlando Celso da. Noções gerais sobre o controle das agências regulatórias no Direito norte-americano. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Direito Regulatório*: temas polêmicos. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 394-395).

As agências reguladoras brasileiras, retomando o paralelo com as autoridades administrativas independentes francesas, passaram a ser criadas com mais intensidade durante um contexto econômico de ocorrência de privatizações, o que se deu na França, em torno da **década de 1980**[54] e no Brasil, em meados dos anos 1990.[55] As privatizações, no contexto brasileiro, referem-se ao processo de desestatização implementado nos termos da Lei n. 9.491/1997, que revogou a Lei n. 8.031/1990, alterando procedimentos afetos ao Programa Nacional de Desestatização (PND). Por meio do artigo 1.º da nova Lei, foram definidos objetivos fundamentais ao PND, dentre eles "reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público" e "contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida".

A importância sobre o estudo do Direito Regulatório, diante desse contexto, vem se evidenciando e se ampliando, principalmente nas últimas duas décadas. Trata-se de disciplina jurídica que rege as questões finalísticas atinentes às autarquias supracitadas, de cunho público e de vocação multidisciplinar, como se pretende demonstrar. O Direito Regulatório, como o próprio nome esclarece, tem como objeto a *atividade regulatória*, ou a *regulação*.

A disciplina jurídica em questão deve ser tratada com especial atenção, tendo-se em consideração que não se trata de mais uma hipótese de regulamentação. Trata-se de ramo jurídico com "características inovadoras, por serem presumidamente mais aptas para atingir as finalidades que lhes são adstritas do que as instituições já existentes".[56] Note-se que, conforme será esclarecido ao longo do presente trabalho, a regulamentação consiste apenas em uma das várias possibilidades de ação de que as agências reguladoras dispõem, em virtude de seu poder normativo.

---

54 A primeira Autoridade Administrativa Independente na França foi a *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés*, criada pela Lei n. 78-17, de 06 de janeiro de 1978 (AUAD, Denise. Autoridades administrativas independentes na França. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Direito Regulatório*: temas polêmicos. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 439).

55 A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) foi instituída em dezembro de 1996, seguida pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), em 1997; pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), em 1998; pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), em 1999; pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e pela Agência Nacional de Águas (ANA), em 2000; pela Agência Nacional do Cinema (ANCINE), pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) e pela Agência Nacional dos Transportes Terrestres (ANTT), em 2001; e, enfim, pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), em 2005. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/governo/2009/11/agencias-reguladoras>. Acesso em 20 mai. 2017.

56 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, A regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE).* Salvador, n. 12, nov./dez./jan., 2008, p. 03-04. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-12-NOVEMBRO-2007-DIOGO%20DE%20FIGUEIREDO.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

A atividade regulatória, pode-se dizer, consiste em uma delegação de funções, pelo Poder Legislativo em favor da agência reguladora envolvida com determinada temática, incluída dentre essas funções a atividade normativa atinente ao setor regulado. O Legislativo, implicitamente, ao adotar referida metodologia, admite a maior capacidade técnica das agências reguladoras para tratarem de assuntos a elas afetos, em razão de sua elevada especialização. Além da especificidade técnica, a opção legislativa de se valer de uma agência reguladora consiste em uma solução dotada de maior dinamicidade, haja vista, dentre outros fatores, a maior morosidade do processo legislativo.[57]

O Poder Legislativo, nesse contexto, limita-se a desenvolver as metas e os princípios regulatórios, o que, ao final, é algo desejável inclusive pelos agentes econômicos envolvidos, considerando-se a maior tecnicidade, uniformidade e, por conseguinte, previsibilidade das decisões emanadas pelas agências reguladoras, o que facilita o trabalho de avaliação de risco inerente aos investimentos que pretendem realizar no setor.[58]

A opção legislativa de implementar o sistema de regulação pautado na criação de agências reguladoras deu-se no mesmo momento histórico em que o Direito do Consumidor ganhava força no cenário brasileiro. Conforme será explicado com maior detalhamento mais abaixo, as matrizes legitimadoras de ambos encontram-se na Constituição Federal de 1988, de modo que o projeto de uma Lei Consumerista veio a ser efetivado em 11 de setembro de 1990, com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor – Lei n. 8.098, de 11 de setembro de 1990 –, ao passo que a sistematização das agências reguladoras teve, na prática, seu marco inicial com a aprovação das Emendas Constitucionais n. 8, de 15 de agosto de 1995, e n. 9, de 09 de novembro também daquele ano.

Nesse contexto, a fim de realçar a afinidade entre as temáticas, note-se que as atividades reguladas pelas agências ora analisadas – que possuem como escopo atuar sobre serviços públicos, conforme introdutoriamente indicado – relacionam-se diretamente com o supracitado princípio da vulnerabilidade. Como apresentado a título introdutório, os serviços **público**s consistem naqueles prestados pelo Estado ou por quem lhe represente, sob um regime de direito público, com vistas à satisfação de direitos básicos da coletividade, conforme definição constitucional.[59] Trata-se,

57 SILVA NETO, Orlando Celso da. Noções gerais sobre o controle das agências regulatórias no Direito norte-americano. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Direito Regulatório*: temas polêmicos. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 397.

58 SILVA NETO, Orlando Celso da. Noções gerais sobre o controle das agências regulatórias no Direito norte-americano. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Direito Regulatório*: temas polêmicos. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 397-398.

59 Dinorá Grotti leciona, ainda, que cada povo deve definir o que é serviço público, com base na concepção

portanto, de obrigação estatal voltada ao suprimento de necessidades fundamentais dos cidadãos.

Nesse sentido, revelada essa relação de dependência entre o cidadão e o prestador do serviço público, surge a possibilidade de abusos, com a submissão do primeiro, em situação vulnerável, às condições impostas pelo segundo. Por esse motivo, estabeleceu-se que os serviços públicos devem ser prestados em atendimento a um regime jurídico-administrativo, sendo este pautado em princípios que devem ser aplicados, para garantir a adequação da prestação. Destacam-se alguns desses princípios, como o da supremacia do interesse público, pelos quais as necessidades e conveniências da coletividade devem nortear o serviço e o do dever inescusável do Estado de prestar o serviço de modo universal (geral), impessoal (indiscriminado); contínuo (ininterrupto) e mediante preços módicos (tarifas que não onerem excessivamente a população, a ponto de marginalizá-la).[60]

Em termos de vulnerabilidade, veja-se que o recebimento de um serviço público por um cidadão assemelha-se ao acolhimento de um produto ou serviço por um consumidor, na medida em que ambos os receptores recorrem ao meio disponível – ofertado pelo prestador do serviço público ou pelo mercado de consumo – a fim de obter a satisfação de suas necessidades. No Brasil, esse quadro de fragilidade dos cidadãos evidencia-se com maior clareza em virtude do fato cediço de que grande parte da população vive em estado de miséria ou de pobreza, desprovida também de educação básica.[61] As agências reguladoras atuam nesse ambiente, com vistas a coibir abusos e promover o reequilíbrio ao mercado de prestação de serviços.

As agências abarcadas pela presente análise possuem, ademais, vínculo direto com relações consumeristas, em razão da existência de um destinatário final nos serviços regulados. A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), que "tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia

---

sobre as obrigações inerentes a cada Estado. Segundo ela, essa definição situa-se no "plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado tempo histórico" (GROTTI, Dinorá. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 87).

60 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 657-659.

61 De acordo com o estudo denominado Relatório sobre o Capital Humano, promovido pelo Fórum Econômico Mundial, o Brasil ficou em 83º colocado em um *ranking* de 130 países, que sintetiza indicadores de qualidade de ensino, de desemprego e de treinamento no trabalho, questões consideradas fundamentais para o sucesso econômico da nação, a longo prazo (BBC Brasil. Educação básica ruim joga Brasil no grupo dos 'lanternas' em ranking de capital humano. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-36660930>. Acesso em: 20 mai. 2017).

elétrica",[62] correlaciona-se à oferta de energia elétrica à população que a consome, em seus lares e locais de trabalho. A Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) regula o setor de telecomunicações,[63] o qual inclui o serviço de telefonia, do qual decorre uma quantidade grande de relações de consumo atinentes às telefonias fixa e móvel. A Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), a Agência Nacional dos Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), em apertada síntese, são encarregadas da regulação da atividade de transporte aquaviário,[64] terrestre[65] e aéreo,[66] respectivamente, setores inequivocamente dotados de um alto potencial de causação de danos a consumidores.

As demais agências reguladoras não contempladas pelo presente estudo não possuem, em regra, uma relação tão próxima com os consumidores usuários finais das atividades reguladas, como é o caso da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), que regula a indústria do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis,[67] da Agência Nacional de Águas (ANA), que tem como finalidade "implementar, em sua esfera de atribuições, a Política Nacional de Recursos Hídricos, integrando o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos",[68] e da Agência Nacional do Cinema (ANCINE), que tem como "atribuições o fomento, a regulação e

---

62 BRASIL. Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Art. 2.º. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427cons.htm>. Acesso em: 20 mai. 2017.

63 BRASIL. Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Art. 8.º. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427cons.htm>. Acesso em: 20 mai. 2017.

64 BRASIL. Lei n. 10.233, de 05 de junho de 2001. Art. 27. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10233.htm>. Acesso em: 20 mai. 2017.

65 BRASIL. Lei n. 10.233, de 05 de junho de 2001. Art. 24. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10233.htm>. Acesso em: 20. mai. 2017.

66 BRASIL. Lei n. 11.182, de 27 de setembro de 2005. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Lei/L11182.htm>. Acesso em: 20 mai. 2017.

67 BRASIL. Lei n. 9.478, de 06 de agosto de 1997. Art. 7.º. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9478.htm>. Acesso em: 20 mai. 2017.

68 BRASIL. Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000. Art. 3.º. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas – ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9984.htm>. Acesso em: 20 mai. 2017.

a fiscalização do mercado do cinema e do audiovisual no Brasil".[69] Importante recortar também que as matérias que se inserem sob competência das agências reguladoras sob comento que não abarquem a prestação de serviço público não estão contempladas pelo presente trabalho.[70]

Entende-se que duas das agências reguladoras não contempladas pelo presente estudo possuem uma relação próxima com os consumidores das atividades reguladas, que é o caso da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que tem por objeto de sua finalidade institucional, resumidamente, "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",[71] o que se relaciona diretamente com a aquisição de alimentos e de medicamentos, e da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), entidade destinada à "regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde",[72] vinculando-se, portanto, às relações de contratação de planos de saúde pela população. No entanto, essas duas últimas **não foram contemplados pelo presente trabalho por não** possuírem como objeto a regulação de serviço público. O corte temático foi imposto, portanto, com base na essencialidade do objeto regulado.

As agências reguladoras possuem o dever de manter a higidez dos setores econômicos por elas regulados. Nesse sentido, natural a conclusão de que a última etapa dessa cadeia, isto é, a entrega do produto ou do serviço ao seu destinatário final, deva receber também, e ativamente, a supervisão das referidas autarquias, de modo que a regulação venha a contemplar, com aproveitamento, todo o ciclo produtivo.

A obrigação em questão decorre, inicialmente, da previsão contida no artigo 5.º, inciso XXXII, da Constituição Federal, que confere ao Estado o dever de promover a defesa do consumidor, na forma da Lei. A partir do referido dispositivo constitucional

---

69 BRASIL, Agência Nacional do Cinema – ANCINE. Apresentação. Disponível em <http://www.ancine.gov.br/ancine/apresentacao>. Acesso em: 20 mai. 2017.

70 Embora essas agências reguladoras possuam como essência a regulação de serviços públicos prestados por particulares, nem todas as atividades por elas reguladas possuem relação estreita com esse mister. A ANAC, por exemplo, regula também outras atividades como a fabricação e manutenção de aeronaves (artigos 68 a 70 e 101 da Lei n. 7.565/1986, o Código Brasileiro de Aeronáutica – CBA), atividades de aeroclubes, escolas e cursos de aviação (artigos 97 a 99 do CBA), de tripulação (artigos 156, 160 e 161 do CBA) e serviços auxiliares ao transporte aéreo (artigo 102 do CBA).

71 BRASIL. Lei n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Art. 6.º. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782.htm>. Acesso em: 20 mai. 2017.

72 BRASIL. Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Art. 1.º. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm>. Acesso em: 20 mai. 2017.

e com relação a essa obrigação das agências reguladoras de atuarem na defesa dos consumidores, é necessário observar o artigo 6.º, inciso X,[73] e o artigo 22, *caput* e parágrafo único,[74] ambos do Código de Defesa do Consumidor. O primeiro estabelece como direito básico do consumidor a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos, enquanto o segundo fixa obrigações mínimas para a prestação de serviços públicos, bem como a responsabilização da pessoa jurídica encarregada de prestá-lo. Tais preceitos, porquanto emanados por Lei Federal, vinculam a atuação do Estado em todas as esferas, ficando o Poder Público obrigado a observá-los e a por eles zelar.

Ressalta-se, em reforço ao argumento em questão, que o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 105, institui o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), integrado por "órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor",[75] cujo objetivo é o de "possibilitar a articulação dos órgãos públicos e privados que possuem a atribuição e o dever de tutelar o consumidor, obtendo-se a almejada eficácia social da lei".[76]

Além dos órgãos que compõem o SNDC, várias outras instituições também exercem o papel de defesa dos direitos consumeristas, tais como as agências reguladoras, que também possuem a obrigação de se articular com os órgãos públicos diretamente incumbidos da defesa do consumidor, de modo a atender à diretriz constitucional de defesa estatal do consumidor, prevista pelo artigo 5.º, inciso XXXII, da Constituição Federal, bem como ao princípio da eficiência, expresso no *caput* do artigo 37 da Constituição.[77] As autarquias especiais sob comento têm como um de seus fundamentos a intervenção do Estado no domínio econômico e o fortalecimento da competitividade no setor privado, atuando, portanto, em um ambiente diretamente destinado às relações de consumo. Logo, as agências reguladoras inserem-se nesse domínio como representantes do Estado, devendo agir como agentes de proteção dos direitos consumeristas.[78]

---

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

74 Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.
Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

75 BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 mai. 2017.

76 BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 320.

77 BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 340.

78 De acordo com Carolina Souza Cordeiro, "a defesa do consumidor pelas Agências Reguladoras pode ser

Outra linha de raciocínio importante para corroborar o dever das agências reguladoras de, efetivamente, atuarem na promoção do Direito do Consumidor decorre do fato de que a tutela constitucional consumerista possui natureza de direito fundamental. Tendo em consideração que a Administração Pública tem como função a realização de um poder-dever, isto é, a efetivação de uma série de competências indissociáveis do atendimento aos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade dos interesses públicos[79], mais motivação e maior atenção deve ter o Poder Público para atuar nas ocasiões em que esse interesse público envolver direitos fundamentais, os quais, segundo o artigo 5.º, parágrafo 1º, da Constituição Federal, possuem aplicação imediata.

Os direitos fundamentais podem ser entendidos como "pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir do valor da dignidade da pessoa humana".[80] Com a globalização, iniciada ao final do século passado, e, com ela, a abertura dos mercados e a desfragmentação das fronteiras para o consumo, não há dúvidas de que parte das sociedades ocidentais, dentre elas a brasileira, encontra-se em um momento histórico em que, com vistas à proteção à dignidade da pessoa humana, se faz necessária a tutela consumerista pelo Estado.

De acordo com trabalho desenvolvido no âmbito do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), denominado "Agências Reguladoras e Tutela dos Consumidores", o objetivo principal da Administração Pública, de garantir o interesse público como premissa, deve pautar também todos os atos regulatórios, havendo, portanto, **íntima relação** entre a atividade regulatória e a proteção dos direitos dos consumidores.[81]

O dever das agências reguladoras, *a priori*, reside na manutenção da higidez dos mercados, preservando os aspectos inerentes à concorrência e, com isso, protegendo os

---

vista como corolário de suas características mais essenciais. Autarquias especiais e parte da Administração Indireta, as Agências Reguladoras não podem escapar às limitações legais e constitucionais ao Estado. As Agências Reguladoras têm o dever de cumprir os direitos fundamentais vinculando-os às prestações de serviço público por elas fiscalizadas e regulamentadas. Também como parte do Estado, as Agências Reguladoras se submetem ao disposto no artigo 4.º, II, do CDC. Ao exercer a função regulatória no mercado, influenciando na economia, é também imputado a tais entidades o respeito aos princípios da ordem econômica previstos na Constituição Federal". (CORDEIRO, Carolina Souza. *A efetividade do sistema nacional de defesa do consumidor e as agências reguladoras*. 2013. 236f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, p. 216).

79 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 66-83.

80 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais. In: *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 116.

81 INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. *Agências Reguladoras e Tutela dos Consumidores*. Série Pensando o Direito. Brasília: SAL/Ministério da Justiça, n. 21, 2010, p. 17. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/21Pensando_Direito3.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

concorrentes. No entanto, essa proteção não se limita a essa etapa do processo, devendo abarcar também o consumidor, localizado no passo final do processo operativo do mercado.[82]

A promoção do Direito do Consumidor, portanto, consiste em dever das agências reguladoras, por vocação. Importante explanar também o fato de que o ofício técnico desempenhado pelas agências reguladoras é perfeitamente compatível com a proteção consumerista, tanto sob o enfoque do poder normativo das autarquias em questão quanto em relação à possibilidade de atuação das agências na resolução administrativa de conflitos entre a administração e seus entes regulados ou entre consumidores e fornecedores, como será tratado abaixo.

1.3. A compatibilidade prática entre o ofício técnico desempenhado pelas agências reguladoras e o dever de promoção do Direito do Consumidor

A atividade regulatória possui previsão no artigo 174 da Constituição Federal, segundo o qual o Estado exercerá, "como agente normativo e regulador da atividade econômica (...), na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento"[83], bem como no artigo 175 da Constituição.[84] A despeito dessa matriz normativo-constitucional, esclarece-se que foi apenas com a aprovação das Emendas Constitucionais nº 8, de 15 de agosto de 1995, e nº 9, de 09 de novembro daquele mesmo ano, as quais alteraram a redação dos artigos 21, inciso XI,[85] e 177, §§ 1.º e

82 Eros Roberto Grau sustenta que "a guerra, nos mercados, torna necessária a atuação do Estado para regular a concorrência, inicialmente protegendo os concorrentes. E essa proteção, com o tempo, passa a ampliar-se, de modo a se deslocar do concorrente para o consumidor. É inquestionável, na proteção dos consumidores, o desempenho, pelo Estado, da tradicional função que o move, de preservação dos mercados." (GRAU, Eros Roberto. Princípio da livre concorrência – função regulamentar e função normativa. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, vol. 4, 1993, p. 125).

83 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.

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

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

2.º,[86] da Constituição, que se sistematizou a instituição de entidades reguladoras para atuar sobre determinadas temáticas econômicas afetas a serviços públicos.

Outras entidades dotadas de características inerentes a agências reguladoras foram anteriormente criadas no Brasil, de modo pontual, para tratar sobre determinados temas, segundo necessidades casuísticas, tais como o Banco Central do Brasil (BACEN), criado pela Lei n. 4.595/1964 com competências para regular o sistema financeiro nacional, e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), criado pela Lei n. 4.137/1962 com vistas a regular a ordem econômica, sob determinados aspectos.[87] No entanto, é inegável que, em meados da década de 1990, essas agências ganharam maior destaque, em razão do fortalecimento da economia de mercado e da ocorrência de privatizações envolvendo serviços públicos, conforme anteriormente salientado.[88]

As atividades desempenhadas pelas agências reguladoras consistem, sinteticamente, na normatização e na fiscalização de determinado setor, ofícios a serem desempenhados de acordo com as diretrizes expressas em suas leis de criação. No entanto, referidas entidades devem compatibilizar suas atividades técnicas com seu dever inato, acima explanado, de promover o Direito do Consumidor conforme abordado a seguir.

1.3.1. O poder normativo como forma de promoção do Direito do Consumidor

A atividade regulatória, como se denota do texto constitucional, tem como um de seus pilares a função normativa. Há entendimento doutrinário no sentido de que essa função consistiria em um *dever*, e não em um *poder* normativo, sob a justificativa de que as atividades da administração pública objetivam a defesa de interesses que não são seus, mas sim da coletividade.[89] No entanto, para o presente trabalho, não será feita qualquer distinção nesse sentido, ponderando-se que a função normativa das agências reguladoras consiste em um poder-dever, isto é, um comando atrelado a determinadas finalidades pré-constituídas.

---

86 § 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.
§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:
I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;
II - as condições de contratação;
III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União;

87 MAZZA, Alexandre. *Agências Reguladoras*. São Paulo: Malheiros, 2005. Coleção Temas de Direito Administrativo, v. 13, p. 43-46.

88 LEURQUIN, Pablo Georges Cícero Fraga; LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. A regulação autônoma no Brasil: um diálogo com a experiência francesa. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 2, p. 160, jul. 2016.

89 MAZZA, Alexandre. *Agências Reguladoras*. São Paulo: Malheiros, 2005. Coleção Temas de Direito Administrativo, v. 13, p. 173-174.

Importante ressaltar que o produto da função normativa das agências reguladoras – isto é, as normas finalísticas[90] efetivamente produzidas pelas agências – possui caráter infralegal,[91] haja vista os limites legais a que se sujeita, conforme o próprio texto constitucional circunscreve de modo inequívoco, ao designar a expressão "na forma da lei". A premissa em questão significa dizer não só que o poder normativo das agências reguladoras limita-se às determinações legislativas vigentes, mas também que ditas autarquias especiais devem desempenhar suas atividades no intuito de dar cumprimento fiel **às diretrizes assinaladas pelo Poder Legislativo**, especificamente nas matérias sob sua alçada. As leis instituidoras das agências possuem baixa densidade normativa, fixando apenas nortes a serem seguidos, deixando com isso grandes lacunas a serem preenchidas pelas entidades em questão, o que vem a possibilitar, nos limites legais, a criação de obrigações, deveres e direitos – desde que todos vão no sentido da lei.[92]

O poder normativo das agências reguladoras, no entanto, é objeto de controvérsia doutrinária com relação a seu fundamento e, consequentemente, quanto **à** sua constitucionalidade, o que será tratado brevemente no presente trabalho, em virtude de o assunto estar inserido em etapa de ambientação, não figurando como objeto principal.

Os seguintes fundamentos são os principais considerados pela doutrina como fontes do poder regulamentar das agências reguladoras: deslegalização;[93] delegação legislativa aliada ao princípio da eficiência; intervenção estatal para consecução de valores constitucionais; deslegalização aliada à discricionariedade técnica; atribuição constitucional; e princípio da eficiência associado à discricionariedade.[94]

Note-se que, sob uma ótica ponderada, não há óbices para que todas as hipóteses consideradas sejam acatadas, em conjunto, como base do poder regulamentar das agências reguladoras: a matéria objeto de regulação sofre um afastamento do processo

---

90 Esta especificação deve-se ao fato de que, devido a sua autonomia administrativa, as agências também produzem normas de organização interna.

91 MAZZA, Alexandre. *Agências Reguladoras*. São Paulo: Malheiros, 2005. Coleção Temas de Direito Administrativo, v. 13, p. 176.

92 CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O Poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 202.

93 De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto, deslegalização consiste na retirada, pelo legislador, de determinadas matérias do domínio da lei para o domínio do regulamento (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Natureza jurídica, competência normativa, limites de atuação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 215, p. 71-83, jan./mar. 1999).

94 CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O Poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 201.
Ver também DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Direito Regulatório*: temas polêmicos. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 41-42.

legislativo; isso se dá com vistas a alcançar valores constitucionais; é conferido às agências reguladoras, dentro dos limites de suas leis de criação, uma discricionariedade técnica para tratar de assuntos específicos; isso decorre de uma previsão constitucional específica, o já mencionado artigo 174 da Constituição Federal; e todo esse processo ocorre com vistas a atender ao princípio constitucional da eficiência, o qual, de acordo com o artigo 37 da Constituição, rege toda a administração pública.[95]

A divergência relativa **à constitucionalidade** do poder normativo em comento decorre da alegação de que tal atribuição regulamentar das agências reguladoras **não possu**iria previsão constitucional expressa. Assim, de acordo com essa corrente, tendo a Constituição definido as competências normativas de forma exaustiva, o poder regulamentar das agências reguladoras não teria espaço no ordenamento jurídico pátrio.[96]

No entanto, conforme anteriormente apontado, resta claro que a atividade regulatória propriamente dita possui previsão constitucional nos artigos 174 e 175 – redação original –, além de que, posteriormente, com a aprovação das Emendas Constitucionais nº 8 e nº 9, que alteraram os artigos 21, inciso XI,[97] e 177, §§ 1.º e 2.º,[98] da Constituição, seu texto passou a prever expressamente a existência de órgãos reguladores encarregados das atividades de telecomunicações e de extração do petróleo, tendo-se criado, dois anos depois, a ANATEL e a ANP.

As autarquias em questão, ademais, possuem como ato de criação lei federal expedida pelo Congresso Nacional, ao qual a Constituição, em seu artigo 48, atribuiu competência legislativa sobre todas as matérias inseridas sob o âmbito de atribuições da União. Nesse sentido, n**ão se conhece, no texto constitucional, dispositivo que vede ao Congresso Nacional a possibilidade de delegar determinado poder normativo a entidades.**

---

95 Um estudo específico sobre o atendimento ao princípio da eficiência será realizado no próximo capítulo.

96 Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "(...) quando a Constituição quis, ela deu competência normativa a órgãos administrativos. Não há fundamento para presumir-se igual outorga a outros órgãos e entidades não alcançados pelo texto constitucional" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Direito Regulatório*: temas polêmicos. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 43). Vide também JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 495.

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

98 § 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.
§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:
I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;
II - as condições de contratação;
III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União;

A delegação de poderes é compatível com o Estado Democrático de Direito, visto que o regulamento – emanado, no presente caso, pelas agências reguladoras – há de seguir um *catálogo de mandamentos* – fixado pelo Poder Legislativo, na lei de criação de cada agência, por exemplo – que impedirá o emprego da arbitrariedade.[99] As leis de criação das agências não podem se limitar, simplesmente, à delegação de poderes, mas devem estabelecer, com detalhamento, o marco regulatório a ser seguido pela entidade.

Importante realçar, nesse sentido, que as agências reguladoras não invadem competências pertencentes aos Poderes Legislativo e Executivo. Estes dois Poderes, na realidade, após o atendimento de todo o trâmite inerente ao processo legislativo, outorgam às agências reguladoras competências normativas e administrativas específicas. Esse processo também é observado, no contexto jurídico brasileiro, com relação a outras figuras despidas de natureza de agências reguladoras, como o Conselho Monetário Nacional, dotado de competências para regular as atividades subordinadas à Lei n. 4.595/1964. [100]

Salienta-se também o fato de que o processo normativo das agências reguladoras segue procedimentos democráticos de oitiva **à sociedade**, como a realização de audiências públicas, com o objetivo de evitar a instituição de um processo meramente tecnocrático, alheio a aspectos valorativos relevantes. O consenso nas relações entre Estado e população criam atrativos para que a sociedade civil, sempre que possível, atue em parceria com o Estado, gerando uma situação de harmonia social.[101] Em outras palavras, se a regulação se destina, precipuamente, ao bom funcionamento do mercado, como já citado acima, ninguém melhor do que o próprio protagonista desse mercado, isto é, a sociedade, para atuar em conjunto na definição da amplitude dessa intervenção.

O Poder Legislativo, inclusive, **não entrega cegamente o poder normativo** ao livre arbítrio das agências reguladoras. Para que as agências possuam, legitimamente, independência regulatória, é necessária a existência de mecanismos externos de controle.[102] Nesse sentido, ressalta-se o artigo 49, inciso V, da Constituição Federal, segundo o qual o Congresso Nacional possui a competência exclusiva para "sustar os

---

99 SUNDFELD, Carlos Ari. A administração pública na era do Direito Global. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 167.

100 MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Agências reguladoras e o direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 102-103.

101 AMARAL, Alexandra da Silva. *Princípios estruturantes das agências reguladoras e os mecanismos de controle*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 45-46.

102 AMARAL, Alexandra da Silva. *Princípios estruturantes das agências reguladoras e os mecanismos de controle*.

atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa".

Essa atribuição constitucional do Poder Legislativo, originariamente destinada aos casos de delegação legislativa em prol do Presidente da República, aplica-se também às agências reguladoras – membros da administração indireta e, portanto, do Poder Executivo.[103] Entender de maneira diversa significaria cogitar que o poder regulamentar dessas entidades possui maior força do que aquele conferido ao Presidente da República, o que não se mostraria razoável.

Não há um modelo de controle bem estruturado na França, país anteriormente indicado como referência precípua do nosso modelo regulatório, razão pela qual as autoridades administrativas independentes sofrem críticas de que teriam assumido competências que extrapolam a sua essência e de que estariam sobrepondo-se às instituições que as criaram e aos Ministérios. Além disso há recomendações no sentido de que as referidas entidades sejam submetidas a um controle estruturado.[104]

Nos Estados Unidos da América, por sua vez, o modelo de supervisão pelo Congresso Nacional também é utilizado, embora lá o controle seja exercido mais ativamente, talvez em razão do fato de que o poder discricionário das agências naquele país é mais proeminente, tendo a função normativa maior grau de discricionariedade. Nos Estados Unidos, o controle dos regulamentos pelo Congresso atua em dois momentos: um prévio, relativo ao atendimento às finalidades legais da agência, e um posterior, com força até mesmo para impedir a entrada em vigor do regulamento:[105] os pretensos novos normativos das agências são submetidos ao Congresso, que pode se valer de um processo simplificado bicameral para anulá-los. Caso o Legislativo demore mais do que 60 dias para apreciar a questão, as regras entram em vigor, porém, caso venham a ser anuladas, essa decisão do Congresso possui efeitos pretéritos.[106]

Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 78.

103 MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 29

104 "Definiu-se, portanto, que deveriam ser enquadrados juridicamente os limites do poder de sanção delas; garantir a transparência das contas; estabelecer os planos de carreira; apresentar, ao governo e ao parlamento, relatório anual de atividades; e elaborar objetivos e indicadores de performance." (LEURQUIN, Pablo Georges Cícero Fraga; LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. A regulação autônoma no Brasil: um diálogo com a experiência francesa. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 2, p.157-158, jul. 2016).

105 CARVALHO, Ricardo Lemos Maia L. de. As agências de regulação norte-americanas e sua transposição para os países da *civil law*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Direito Regulatório*: temas polêmicos. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 384-385.

106 SILVA NETO, Orlando Celso da. Noções gerais sobre o controle das agências regulatórias no Direito norte-americano. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Direito Regulatório*: temas polêmicos. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 394.

A avaliação **lógica decorrente de uma interpretação sistemática da Constituição Federal, portanto,** resulta na conclusão de que o poder normativo atribuído às agências reguladoras possui, sim, fonte constitucional. Essa atividade regulamentar deve observar as limitações legais – por serem as leis normas de hierarquia superior –, bem como as diretrizes fixadas pelo Congresso Nacional na lei de criação de cada agência.[107]

O poder normativo em comento, portanto, considerando o preceito estabelecido nos itens anteriores, de que as agências atuam com o escopo de manter saudáveis atividades diretamente relacionadas às relações de consumo, não possui a discricionariedade – ou, mais precisamente, a arbitrariedade – de resistir às determinações contidas na legislação. Referido poder, por conseguinte, não possui a liberalidade de se confrontar ou de se omitir com relação aos preceitos contidos no Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor é composto por preceitos irrefragáveis dotados do *status* de normas de ordem pública, visto que "a proteção do consumidor é um valor constitucional fundamental (...), é um direito fundamental e é um princípio da ordem econômica da Constituição Federal (...), princípio limitador da autonomia da vontade dos fortes em relação aos fracos e vulneráveis".[108] Cabe, portanto, às agências reguladoras respeitarem os ditames da Lei Consumeristas e atuarem no sentido de dar melhor cumprimento a seus preceitos, no âmbito de suas competências.

Note-se que, dentre os mecanismos à disposição das agências reguladoras, a edição de normas parece ser o que possui o maior potencial de atender às necessidades dos mercados, coibindo possíveis problemas, haja vista nortearem as condutas praticadas. O poder regulamentar não tem como escopo principal a repressão de atos, mas a sua condução. Nesta etapa de sua atuação, compete às agências a gestão e a prevenção de riscos, operando-se o princípio da precaução, de grande valia para o poder público.[109]

Assim, a edição de normas, um dos ofícios técnicos desempenhados pelas agências reguladoras, possui visível potencial de concretização da proteção aos direitos dos consumidores. Passa-se, a seguir, **à análise de outros dois mecanismos, o Termo de Ajustamento de Conduta e a resolução extrajudicial de conflitos** entre consumidores e entes regulados, estes de natureza afeta à função repressiva do Estado, tendo em vista se inserirem em momento posterior à prática de possível ato ilícito.

---

107 MORAES, Alexandre de. *Agências Reguladoras*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. vol. 791. ano 90. set./2001, p. 739-756.

108 BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 30.

109 CONSELHO DE ESTADO. *Responsabilidade e socialização dos riscos.* Brasília: UniCeub, Conseil d'État e Europe Aid, 2006, p. 130-138.

1.3.2. A administração consensual como forma de promoção do Direito do Consumidor

A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu artigo 5.º, *caput*, o princípio da liberdade como direito fundamental. A liberdade, no entanto, assim como os demais direitos fundamentais, não consiste em prerrogativa absoluta, sujeitando-se a determinadas limitações e ponderações com os demais princípios constitucionais. A própria Constituição Federal prevê como uma dessas limitações ao princípio da liberdade a atribuição estatal de normatizar e regular a atividade econômica, conforme seus artigos 170, parágrafo único,[110] e 174, *caput*.[111]

As atividades desempenhadas pelas agências reguladoras destinam-se à busca pelo equilíbrio no setor regulado, de modo zelar pelo interesse público, referencial supremo do Direito Administrativo. As agências, para tanto, devem ponderar, incessantemente, interesses de usuários e de entes por elas regulados, limitando, no que couber, as liberdades desses agentes econômicos, em atendimento à previsão constitucional acima indicada.[112]

É importante ressalvar que, embora a atividade regulatória consista em uma função estatal dotada de características como imperatividade, impessoalidade e formalidade – princípios necessários para que o mister inerente às agências reguladoras seja realizado com a isonomia e a eficiência desejadas –, a maior dinamicidade do trabalho desempenhado pelas autarquias especiais em questão possibilita a realização de negociações no processo de regulação, entre agentes reguladores e entes regulados, como "parte do *iter* decisório, conduzida dentro de parâmetros procedimentais – de modo e de tempo – de sorte a levar a bom termo a decisão".[113]

Salienta-se, a propósito, que a ideia de se inserir o consensualismo na Administração Pública é salvaguardada pela Constituição Federal. Note-se que a Emenda

---

110 Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

111 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.

112 Vital Moreira assinala que regular implica a "imposição de regras e controles pelo Estado com o propósito de dirigir, restringir ou alterar o comportamento econômico das pessoas e das empresas, que são apoiadas por sanções em caso de desrespeito." (MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 34).

113 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE).* Salvador, n. 12, nov./dez./jan., 2008, p. 09. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-12-NOVEMBRO-2007-DIOGO%20DE%20FIGUEIREDO.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, responsável pela redação do artigo 37, parágrafo 3º, da Constituição,[114] instituiu, como uma diretriz para as leis a serem criadas, o *princípio da participação do usuário na Administração Pública*.[115] Nesse contexto, tem-se que a ação consensual vem ganhando, pouco a pouco, mais do espaço antes pertencente à tradicional ação coercitiva desenvolvida pelo Estado, passando-se a valorizar "as possibilidades da negociação pública de interesses, desvendando um futuro rico de possibilidades de coordenação de esforços e de meios abertos à Administração Pública.[116]

N**ão se pretende dizer**, com isso, que a utilização de mecanismos baseados na consensualidade consistiriam em uma exceção à regra da legalidade. De modo inverso, compreende-se que ditos instrumentos prestam-se, diretamente, à consecução de princípios jurídicos consagrados. Destaca-se, prosseguindo-se com esse encadeamento, que a operacionalização de uma administração pautada na consensualidade possuiria os condões de: aprimorar a governabilidade, a qual se correlaciona com o princípio da eficiência; coibir abusos, atendendo-se à legalidade; garantir interesses plurais, resguardando-se o valor de justiça; produzir decisões mais coerentes com a sociedade, logrando-se legitimidade; desenvolver um senso de responsabilidade na população, o que se atrela à noção de civismo, inerente ao Estado Democrático; e aumentar a conformação da população, garantindo-se a ordem[117] – ideal este de tamanha importância a ponto de ser um dos dois valores inseridos na bandeira nacional.

O estudo do Direito Administrativo conduz a dilemas causados pelos princípios antagônicos que o envolvem, tais como o liberalismo e a autoridade, o privatismo e o estatismo, a burocracia e a gestão, dentre outros. A evolução da disciplina jurídico-administrativista ocorrida nas últimas décadas levou Carlos Ari Sundfeld a discorrer sobre o antagonismo existente entre o que denomina Direito Administrativo do

---

114 § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:
I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;
II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5.º, X e XXXIII;
III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

115 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 675.

116 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE).* Salvador, n. 12, nov./dez./jan., 2008, p. 17. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-12-NOVEMBRO-2007-DIOGO%20DE%20FIGUEIREDO.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

117 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Administração pública consensual. *Mutações do direito administrativo*, 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 41.

clips (DAC) e o Direito Administrativo dos negócios (DAN): O DAC seria ligado ao estatismo, à burocracia, enquanto o DAN seria voltado a resultados, à fixação de prioridades, preocupando-se com a escassez de tempo e de recursos. Segundo o Autor, apesar das críticas, o DAC mantém-se firme na forma de operar dos entes públicos, mas o DAN configura-se como uma tendência, o que se verifica, exemplificativamente, em razão da crescente celebração de Termos de Ajustamento de Conduta entre órgãos administrativos e sujeitos acusados de infrações administrativas.[118]

A administração pública, considerando a existência desses princípios e a relativa margem de discricionariedade de que dispõe para definir suas ações, deve, além de se balizar pelo princípio da legalidade, encontrar a combinação que se mostre mais eficiente, econômica e legítima, características normalmente atribuídas às alternativas consensuais, conforme será abordado abaixo.[119]

Traz-se à baila, nesse contexto, a teoria da administração concertada, ou consensual – termos tratados como sinônimos –, a qual consiste em alinhar interesses da Administração Pública com o de particulares, ou administrados, diminuindo o autoritarismo estatal, conferindo, consequentemente, uma maior legitimidade ao governo, fenômeno que pode ser denominado como *democratização da administração.*[120]

Trata-se de instituto decorrente do texto e da lógica constitucional, considerando-se, principalmente, três mandamentos da Constituição Federal: os incisos LIV e LV do artigo 5.º, pelos quais se institui a necessidade de participação dos interessados nos procedimentos administrativos, e o *caput* do artigo 37, fonte literal do princípio administrativo da eficiência – um dos fundamentos mais importantes da administração pública, mormente em virtude da possibilidade de, com o objetivo de se atender ao interesse público, e realizando-se uma ponderação de valores constitucionais, se sobrelevá-lo frente ao literalista princípio da legalidade.[121]

---

118 SUNDFELD, Carlos Ari. O Direito Administrativo entre os clips e os negócios. In: ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 01-05.

119 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Administração pública consensual. *Mutações do direito administrativo*, 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 47-48.

120 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 421.

121 Maiores considerações sobre o princípio da eficiência serão contempladas pelo próximo capítulo, no entanto, entende-se relevante adiantar, por ora, a seguinte exclamação trazida por Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco: "Nos Estados burocrático-cartoriais, o princípio da eficiência configura um brado de alerta, uma advertência mesmo, contra os vícios da máquina administrativa, sabidamente tendente a privilegiar-se, na medida em que sobrevaloriza os meios, em que, afinal, ela consiste, sacrificando os fins, em razão e a serviço dos quais vem a ser instituída." (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 834).

Um contraponto à teoria da administração consensual é o entendimento que possuem alguns autores em sentido contrário, de que o princípio da legalidade implicaria a submissão inafastável do Estado à lei, sujeitando, dessa forma, os agentes públicos a um engessamento normativo capaz de evitar a prática de desvios de finalidade e de abusos de poder. Por conseguinte, restaria impedida a realização de negociações por gestores públicos.[122]

É importante reconhecer, sobre essa controvérsia, ser impossível afirmar que a administração consensual move-se de maneira impecável, ou que a sua aplicação viria a funcionar como uma panaceia administrativista. Certo é que, onde quer que existam más intenções, existirá desvio de finalidade. A ampliação do poder discricionário em prol do gestor, excepcionalmente, pode dar azo a condutas corruptas, no entanto, da mesma forma, não há como negar que o sistema administrativo clássico, em tese estritamente legalista, também se sujeita, e sempre se sujeitou, a negociatas e a desvios de propósito, mesmo com todos os instrumentos de controle público existentes.

Pode-se trabalhar, portanto, em conjunto com a construção da consensualidade administrativa, em mecanismos eficazes de controle, capazes de supervisioná-la. Estes controles podem ser cada vez mais desenvolvidos, a fim de que se resguarde o interesse público. O controle deve ocorrer de tal forma que a autonomia das agências reguladoras se mantenha, e que somente desvios comprovados de finalidade sejam coibidos.[123]

A transigibilidade da administração é possível e aplicável às agências reguladoras, e não constitui ofensa ao princípio da indisponibilidade do interesse público. Defender a consensualidade, diferentemente do que alguns autores alegam, não significa negar a imperatividade, mas apenas admitir que existe mais de um meio pelo qual o gestor público é capaz de atingir um resultado alinhado com o interesse público.[124] Vale consignar, inclusive, a reflexão de que o interesse público consiste justamente no objetivo existencial da administração concertada, de modo que a consensualidade objetiva atender ao princípio da eficiência, capaz de gerar benefícios à sociedade.

---

122 MENEGUIN, Fernando B.; SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. Eficiência e legalidade. *Correio Braziliense*, Brasília, 26 de maio de 2014. Caderno Direito e Justiça, p. 01.

123 De acordo com o art. 49, inciso X, da Constituição Federal, compete ao Congresso Nacional "fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta". No entanto, a forma como esse controle seria exercido deve ser discutida. Para esses casos, considerando as recorrentes críticas ao modelo de representatividade legislativa de nosso país, e tendo em vista a ocorrência de inúmeros desvios de finalidade em todas as esferas de governo, a solução de controle deveria envolver mais de um grupo de poder. No entanto, por não ser o foco do presente trabalho, optou-se por não estender a análise, sob pena de se desviar do foco pretendido.

124 CARNAES, Mariana. *Compromisso de ajustamento de conduta e eficiência administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 10.

Note-se, nesse sentido, que, quando a administração consensual dá azo a relativizações pautadas no princípio da eficiência, o interesse público propriamente dito não se confunde com aquele direito do qual se abriu mão pela transigibilidade.[125] As negociações são sempre realizadas em favor do interesse público primário[126], seja qual for a concessão. Entende-se equivocado associar a indisponibilidade de direitos a tudo que envolva a Administração, visto que, na realidade, o indisponível é o interesse público primário, e não o interesse da Administração.[127] Somente o interesse público secundário é livremente negociável.[128]

Vejam-se, exemplificativamente, nesse contexto, os casos de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) por um órgão do Ministério Público, em que a pretensão punitiva, muitas vezes, é deixada de lado em nome do bem maior, que é o cumprimento da norma, havendo, inclusive, a possibilidade de que o sujeito investigado, para não ser autuado por uma irregularidade de pequena relevância, oferte benefícios adicionais de grande importância à sociedade.

O interesse público, em alguns casos específicos e mais extremos, como situações envolvendo riscos à segurança da população, pode exigir a prática de uma conduta diversa da norma literal.[129] A avaliação deve ser realizada pelo intérprete do Direito caso a caso, diante de todos os elementos que compõem a situação administrativa sob exame, tendo em vista que o interesse público consiste em um conceito jurídico indeterminado, sem definição exata.[130]

Resta inegável, assim, que a teoria da administração concertada, já com grande recepção no Direito brasileiro, apesar das críticas que sofre, pode oferecer grande colaboração ao trabalho desempenhado pela administração pública, notadamente no

---

125 VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Transigibilidade na administração pública*: uma faceta da consensualidade no direito administrativo do século XXI. Fórum Administrativo. Belo Horizonte, ano 11, n. 123, mai. 2011, p. 05.

126 De acordo com a doutrina clássica de Direito Administrativo, o interesse público primário refere-se àquele genuinamente público, isto é, correspondente à dimensão pública dos direitos individuais dos partícipes da sociedade. Já o interesse público secundário representa o interesse da Administração Pública enquanto entidade. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 63-66.

127 GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, v. 32, 2000, p. 14-20.

128 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. *Mutações do Direito Administrativo,* 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 278.

129 VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Transigibilidade na administração pública*: uma faceta da consensualidade no direito administrativo do século XXI. Fórum Administrativo. Belo Horizonte, ano 11, n. 123, mai. 2011, p. 06.

130 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 34.

que tange ao princípio da eficiência, correlação que terá importante aplicabilidade para o presente estudo. Serão comentados abaixo dois mecanismos de administração consensual utilizados como alternativas ao poder sancionador das agências reguladoras, o TAC e a resolução extrajudicial de conflitos.

1.3.2.1 O Termo de Ajustamento de Conduta – TAC como forma de promoção do Direito do Consumidor

As agências reguladoras, como anteriormente demonstrado, são entidades utilizadas pelo Estado Brasileiro para desempenhar a tarefa de regular determinadas atividades econômicas, nos limites especificados em suas leis de criação. A atividade regulatória reparte-se, suscintamente, em três tarefas: a de normatizar tecnicamente o setor; a de fiscalizar as condutas praticadas no âmbito do mercado regulado, avaliando sua adequação; e a de fixar punições para eventuais transgressores de normas sujeitas a penalidades, após a devida tramitação de processo administrativo sancionador.

A atividade sancionatória das agências reguladoras decorre logicamente da função fiscalizatória, figurando aquela como mecanismo de coerção diante de inconformidades detectadas por esta. A sanção administrativa, objeto dessa atividade, consiste na consequência de cunho repressivo, definida pelo ordenamento jurídico, imposta por autoridade administrativa com o intuito de responsabilizar os administrados a descumprirem normas sujeitas à punição.[131] A atividade sancionatória possui natureza vinculada, de modo que a administração, diante da verificação de situações que potencialmente se enquadrem em irregularidades passíveis de sanção, deve instaurar o processo administrativo competente para apurar a conduta.[132]

A atividade sancionatória, todavia, também é passível de sujeição a mecanismos de administração concertada. O artigo 5.º, parágrafo 6.º da Lei n. 7.347/1985, que rege a Ação Civil Pública, possibilita que os entes públicos legitimados pela norma, dentre eles as autarquias, utilizem o termo de ajustamento de conduta (TAC) como um método alternativo de tratamento a determinados casos de apuração de condutas, apto, em alguns casos, até mesmo a suspender o curso de processos punitivos em andamento e extingui-los no caso de cumprimento integral do acordo. Importante ressalvar que, considerando-se que a atividade sancionatória possui natureza vinculante, a utilização do compromisso em questão por quaisquer dos entes habilitados depende de previsão

131 VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. Coleção Temas de Direito Administrativo, vol. 8, São Paulo: Malheiros, 2003. p. 65.

132 VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. Coleção Temas de Direito Administrativo, vol. 8, São Paulo: Malheiros, 2003. p. 65.

normativa específica, dado que os agentes públicos devem agir pautados pelo princípio da legalidade.[133]

O TAC **é um dos instrumentos consensuais**[134] de que dispõe a Administração Pública para atingir seus propósitos finalísticos, incluída aí a promoção do Direito do Consumidor. O mecanismo em questão já possui aplicabilidade no âmbito de atuação de parte das agências reguladoras, servindo como possível referência para o modelo discutido em seguida, a resolução extrajudicial de conflitos.

O TAC surgiu da necessidade da sociedade contemporânea de aprimorar as formas de resolução de conflitos por meio de procedimentos simplificados e mais céleres.[135] Teve como previsão inaugural o artigo 211 da Lei n. 8.069/1990[136] – Estatuto da Criança e do Adolescente –, seguido pelo artigo 113 do Código de Defesa do Consumidor, o qual incluiu, na Lei da Ação Civil Pública, o parágrafo 6º do artigo 5º, segundo o qual é possível a utilização do TAC pelos entes legitimados para propor a Ação Civil Pública.[137] Na seara da Administração Pública, foi instituído por leis esparsas, as quais conferem a diversos órgãos e entes a competência para celebrar o instrumento. Verifica-se grande adesão das agências reguladoras ao TAC, em razão dos benefícios dele decorrentes, tendo várias delas incorporado o instrumento em seus regramentos.[138]

Trata-se, portanto, não só de um método alternativo de resolução de conflitos no âmbito judicial – nos casos do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei da Ação Civil Pública –, mas também, na seara administrativa, de um acordo substitutivo ao

---

133 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 27, ago.-out. 2011, p. 11-15. Disponível em: <http://www.direito-doestado.com/revista/REDAE-27-AGOSTO-2011-FLORIANO-AZEVEDO-TATIANA -MATIELLO.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

134 Importante ressaltar que, a despeito do fato de que o TAC é implementável a partir de situações em que um ente público observa indícios de desconformidade em condutas praticadas por entes ou indivíduos submetidos a seu poder de polícia (havendo, portanto, desigualdade de forças nessa relação), trata-se de instrumento de natureza consensual, visto que suas cláusulas são livremente negociáveis entre as partes, as quais, durante as tratativas, podem optar, inclusive, por não celebrá-lo.

135 CARNAES, Mariana. Compromisso de ajustamento de conduta e eficiência administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 73-74.

136 Art. 211. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial.

137 "§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante combinações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial."

138 ANEEL: Resolução n. 63, de 12 de maio de 2004 e Resolução Normativa 333/2008; ANAC: Resolução 199, de 13 de setembro de 2009 e Portaria 534/2012; ANTT: artigo 16 do Regulamento anexo à Resolução 442, de 17 de fevereiro de 2004 e artigo 18 da Resolução 4.071/2013; ANATEL: Resolução n. 589, de 07 de maio de 2012 e Resolução 629/2013; ANTAQ: Resolução 3.259/2014; e ANS: Resolução ANS n. 372, de 20 de março de 2015.

exercício do poder sancionador, sendo aplicado por meio do processo administrativo comum.[139]

Vislumbram-se, no ambiente da Administração Pública, duas situações para a aplicação do TAC, a depender do regramento de cada instituição. Ele pode ser celebrado com vistas a suspender um processo punitivo que já tenha sido instaurado, a fim de evitar a punição dele decorrente, ou o instrumento pode ser firmado, a partir de um processo punitivo, para evitar que determinado ente sofra novas punições decorrentes da continuidade da prática do ato.

Desse modo, em ambas as hipóteses, verifica-se que o mecanismo é utilizado para relativizar a atividade punitiva estatal, razão pela qual a sua celebração deve vir acompanhada de fundamentação idônea. A incumbência sancionatória estatal, de acordo com a doutrina administrativista clássica, consiste em atividade vinculada, de aplicação necessária, alheia a liberalidades por parte do gestor que a manipula.[140]

Nesse sentido, necessário que cada instituição componente da Administração Pública defina parâmetros mínimos capazes de nortear o gestor no que tange à aceitabilidade de um TAC, tendo em vista que se trata de um mecanismo consensual alternativo, cuja aplicabilidade é pautada na discricionariedade. O TAC, por se tratar de instrumento não vinculado de resolução de conflitos, deve ser avaliado mediante uma análise de supremacia do interesse público, em atendimento ao artigo 2.º, *caput*, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Assim, limita-se a margem de liberdade da Administração Pública a uma avaliação do interesse público aplicável,[141] isto é, daquilo que pareça se aproximar do bem coletivo.[142]

Não só na realidade das agências reguladoras, identifica-se grande número de propostas de TAC's que possuem como escopo unicamente a obtenção de prazo para o implemento de um requisito que determinado ente regulado **é obrigad**o a cumprir, somente com vistas a evitar uma punição pelo descumprimento. Nesse tipo de situação, em que o interesse público não é contemplado pela oferta do Termo, não se vê possibilidade em sua celebração.

---

139 CARNAES, Mariana. *Compromisso de ajustamento de conduta e eficiência administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 79.

140 De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, a única exceção para a obrigação estatal de sancionar é a aplicação do princípio da insignificância, isto é, a prática de ações ilegais que possuam lesividade mínima, desprezível. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 833-834.

141 GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 132.

142 MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 189.

O fundamento para a celebração do TAC deve extrapolar a esfera das pretensões individuais do regulado, de forma que, mediante a análise de prevalência do interesse público, seja favorável para a sociedade a assinatura do TAC. Há de se aplicar, aos atos administrativos discricionários, como garantia aos administrados, o princípio do custo-benefício, segundo o qual uma ação só pode ser considerada de utilidade pública "se os prejuízos à propriedade privada, o custo financeiro e os inconvenientes de ordem social que implica não forem excessivos em relação ao interesse que apresenta".[143]

O TAC **é um** instrumento de grande relevância para as agências reguladoras, tendo em consideração que, da atividade fiscalizatória a elas inerente, resulta a emissão de inúmeros processos administrativos sancionatórios. Caso esses processos punitivos venham a chegar a termo, serão aplicadas punições aos entes que tenham sido flagrados em situação irregular, tais como advertências, suspensões e multas.

Um dos problemas verificados no curso regular do processo punitivo clássico é a ausência de compensação social decorrente da punição: uma empresa que oferece um curso profissionalizante de grande interesse social pode receber uma penalidade de suspensão, de modo que, em última análise, a sociedade será punida em conjunto; uma instituição que presta serviço público essencial pode ser penalizada com uma multa de grande vulto, fazendo com que seus recursos se esgotem e, com isso, o serviço público fique mal prestado. Nesse contexto, é possível criticar o modelo punitivista da atuação regulatória do Estado, visto que as sanções aplicadas reduzem a capacidade de investimento na melhoria do serviço prestado. A punição compete, portanto, com os custos associados à prestação do serviço público adequado.

As sanções, tradicionalmente imbuídas de virtudes como as funções intimidadora, exemplar, compensatória e cominatória,[144] **vêm demonstrando, na realidade, grande potencial** predatório, como no caso recente da empresa de telefonia Oi, que possui uma dívida de R$ 20,2 bilhões com a ANATEL, um dos motivos que levou a empresa a pedir recuperação judicial e que, futuramente, pode conduzi-la à falência,[145] o que, sem dúvidas, é algo capaz de prejudicar consumidores vinculados à empresa.

O TAC, diferentemente do processo punitivo tradicional, possibilita que a agência e o sujeito regulado firmem um acordo por meio do qual, durante a execução do

143 MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 199-200.

144 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 832-833.

145 G1 ECONOMIA. *Dívida da Oi com a Anatel é de R$ 20,2 bilhões, informa agência*. Brasília, 14 out. 2016. Disponível em <http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/10/divida-da-oi-com-anatel-e-de-r-202-bilhoes-informa-agencia.html>. Acesso em 20 mai. 2017.

Termo, diversos benefícios adicionais possam ser prestados à sociedade, notadamente em favor dos consumidores inseridos no escopo da atividade regulada.

São inúmeros os casos imagináveis de adequada aplicação do interesse público aos TAC's. Entende-se como adequado, exemplificativamente, que uma empresa fornecedora de energia elétrica firme um TAC com a ANEEL, a fim de que evite uma punição milionária, convertendo o valor da possível futura punição em benefícios aos serviços prestados pela empresa, de modo a beneficiar os consumidores da atividade e a própria empresa, que pode investir na otimização de seus instrumentos, reduzindo custos fixos. Cogita-se razoabilidade também na situação em que uma companhia prestadora de serviços de telefonia móvel celebre um TAC com a ANATEL, comprometendo-se a investir em antenas, a fim de melhorar o serviço prestado aos consumidores e, com isso, agregar valor à própria empresa.

Entende-se, portanto, que uma das formas adequadas de as agências reguladoras fazerem uso do TAC é vincular a sua celebração ao provimento, pelo ente regulado, de benefícios adicionais à sociedade, em especial ao público destinatário final da atividade regulada, de modo a estimular a melhoria da qualidade dos serviços prestados aos consumidores. Dessa maneira, o TAC se mostra um instrumento hábil para que as agências reguladoras promovam o Direito do Consumidor.

1.3.2.2 A resolução extrajudicial de conflitos como forma de promoção do Direito do Consumidor

A resolução extrajudicial de conflitos entre consumidores e fornecedores, além do poder normativo e do TAC, acima abordados, também pode ser vista como uma ferramenta de que as agências reguladoras podem fazer uso com vistas a promover o Direito do Consumidor. O TAC destina-se a situações em que haja apuração de conduta passível de sanção, ao passo que a resolução extrajudicial de conflitos presta-se à hipótese de ato praticado por ente regulado que possa acarretar responsabilização civil para reparar algum dano sofrido por usuário do serviço público prestado.[146]

Entende-se que, na atualidade, se estabeleceu um verdadeiro paradigma da consensualidade no que tange à atuação do Estado brasileiro: consensualidade na produção de normas, com a flexibilização da função legislativa, por meio de fontes

146 Maria D'Assunção Costa Menezello ressalta que "a aplicação de sanções administrativas por parte da agência aos agentes econômicos devido a práticas abusivas contrárias à legislação foge à esfera da mediação de conflitos", pois "contra o cometimento de infração, não há mediação, há sanção", e a "aplicação de sanção não é facultativa, mas um dever de oficio a todos os servidores que representam a agência, respeitados os direitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa" (MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. Agências reguladoras e o direito brasileiro. São Paulo: Atlas, 2002, p. 170).

alternativas; consensualidade na administração de interesses públicos, dependendo a função executiva de cooperação e colaboração; e consensualidade na solução dos conflitos, com a relativização da função julgadora por meios alternativos.[147]

No que se refere **à consensualidade na produção de normas, com a flexibilização da função legislativa, por meio de fontes alternativas,** remete-se às explicações anteriormente apresentadas, acerca da delegação, pelo Poder Legislativo, da competência para expedir regras, atribuindo a diversos entes, inclusive **às** agências reguladoras, poder normativo relativo a determinadas temáticas. Destaca-se, inclusive que a edição de normas pelas agências reguladoras costuma seguir procedimentos dotados da participação da população, tais como audiências públicas e consultas populares.

No que tange à consensualidade na administração de interesses públicos, dependendo a função executiva de cooperação e colaboração, inegável que o sistema político brasileiro, no que se refere à função executiva, é dependente de negociações e tratativas entre os diferentes **âmbitos e níveis** de poder, razão pela qual foi qualificado como um Presidencialismo de Coalizão.[148] Sobre o presente ponto, quanto à atuação consensual do Estado na função executiva, ainda se observa que, sendo a administração pública coordenativa multilateral, ela aumenta seu potencial criativo e operativo, reduz os custos estatais, simplifica a máquina pública, reforça a máquina reguladora e moderniza as modalidades de prestação de serviços.[149]

Com relação à consensualidade na solução dos conflitos, um dos exemplos possíveis para ilustrá-la é a aplicação do TAC, instrumento que, como apontado no subitem anterior, se presta à implementar soluções alternativas ao processo sancionatório, sempre em nome do interesse público. Note-se, nesse caso, que as partes que se encontram em situação de conflito, previamente à celebração do TAC, **são a Administração Pública e um particular**.

A consensualidade na solução dos conflitos, todavia, também contempla situação diversa, em que a Administração Pública serve como terceiro intermediário, com vistas a buscar uma solução para conflitos que envolvam particulares. Trata-se do enfoque do

147 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Administração pública consensual. Mutações do direito administrativo*, 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 41.

148 Expressão alcunhada por Sérgio Henrique Abranches para caracterizar o sistema político pátrio, dependente de grandes, complexas e instáveis coalizões. (ABRANCHES, Sérgio Henrique. *Presidencialismo de coalizão:* o dilema institucional brasileiro, Dados: Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, 31, 1988, p. 19-21).

149 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Administração pública consensual. Mutações do direito administrativo*, 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 42.

presente subitem, a título introdutório, bem como dos capítulos seguintes, de modo mais específico, partindo-se, ao final do trabalho, para uma análise pragmática.

Esse tipo de Estado pautado na consensualidade pode ser chamado de Estado *pluriclasse*,[150] ou seja, formado pela participação de todas as classes, agindo como instrumento, e não como mentor da sociedade, a qual retoma a sua importância política, atuando mais ativamente. O Estado pluriclasse segue princípios, como o da subsidiariedade dos entes centrais, em vez da hipertrofia; o da coordenação, em vez da exclusividade de atuação; o da privatização, para atividades para as quais o Estado não possuía vocação; o da publicização, sendo o Estado regulador das atividades delegadas; e o da consensualidade. O Estado pluriclasse vem acompanhado do limite público da legitimidade, decorrente de um consenso sócio-político, de modo que, na democracia clássica, escolhiam-se os governantes, enquanto nesta outra, que emergiu ao final do século XX, passou-se a escolher a forma de governar, a partir da qual decorre a sobredita consensualidade, fomentada por "instrumentos de cooperação operativa" entre a sociedade e o Estado.[151]

No sentido, fala-se na substituição do controle-sanção, antes exercido pelo Estado, pelo controle-consenso, alterando-se o paradigma pelo qual a supervisão deveria ser finalizada com a punição daqueles administrados que se encontrassem em situação irregular, para o paradigma de que eventuais problemas podem ser resolvidos com base no consenso, por ***método***s alternativos de resolução de conflitos. Por outro enfoque, entende-se também pela necessidade de mudança do controle-repressão pelo controle-impulso, tendo este o escopo de fomentar o certo antes que venha a ser necessário penalizar o errado.[152]

Algumas características podem demonstrar esse novo paradigma de contratualidade administrativa: a tendência de deslocamento da norma, da lei para o contrato; a maior margem de consensualidade nas tratativas; a celebração de contratos atípicos; os contratos

---

150 Massimo Severo Giannini é o jurista italiano responsável por consagrar a expressão *Estado pluriclasse*, definido por Diogo de Figueiredo Moreira Neto como "um novo conceito de concentração de poder construído sobre uma cópia caleidoscópica de consensos, formados a partir dessa imensa riqueza ebuliente de miríades de interesses políticos, econômicos e sociais em permanente interação" (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Coordenação gerencial na administração pública, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 214, p. 37, mar. 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47265/45374>. Acesso em: 20 mai. 2017).

151 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Administração pública consensual. Mutações do direito administrativo*, 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 39-41.

152 FERRAZ, Luciano. *Controle consensual da administração pública e suspensão do processo administrativo disciplinar (suspad)* – a experiência do Município de Belo Horizonte. Disponível em: <http://controladoria.gov.br/Eventos/SDD/Painel%20VI%20-%20Transação%20Administrativa%20 %2 0Luciano%20Ferraz.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

firmados com metas, com remuneração variável; a flexibilidade na alocação de riscos; a flexibilização do regime do equilíbrio econômico-financeiro; e o aumento das hipóteses de contratos de cooperação. Nesse sentido, sustenta-se que, com a evolução do instituto do contrato na administração pública, ele deixa de ser um mero mecanismo de exercício de atividades-meio do Estado, passando a realizar as próprias atividades-fim, revelando uma *administração contratual*, pautada pelo princípio da eficiência.[153]

Observe-se, nesse contexto, que um governo mais aberto à participação dos administrados é capaz de proporcionar uma maior confiabilidade na gestão,[154] o que, sem dúvidas, é algo recomendável para um país como o Brasil, 79º colocado, de 176 países, no ranking de corrupção organizado pela entidade Transparência Internacional, organização não-governamental sediada em Berlim, reconhecida internacionalmente por suas ações voltadas ao fim da corrupção.[155]

Importante notar, inclusive, que essa crescente participação da população no governo, ou, nas palavras de Paulo Bonavides, esta *neocidadania governante*[156] possibilita um maior controle dos administrados sobre os governantes, favorecendo a limpidez da gestão, tema de ordem constitucional, conforme artigo 5.º, inciso XXXIII, da Constituição Federal,[157] e tão atual no Brasil, haja vista a recente implementação de normas fortalecedoras do princípio da transparência governamental, como a Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011, alcunhada Lei de Acesso à Informação.

As agências reguladoras, em especial, decorrem de uma nova concepção de direito administrativo, pautada no diálogo, na negociação, em uma democracia participativa e em sociedades pluricêntricas, ideias que decorrem naturalmente da evolução da economia mundial e da globalização. Referidas entidades exercem suas atividades com vistas a conciliar as necessidades dos mercados com os interesses da sociedade, objetivando a eficiência, o dinamismo e a responsabilidade social.[158]

---

153 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado/Associação dos Advogados de São Paulo (AASP).* São Paulo, ano XXIX, n. 107, 2009, p. 80-81.

154 SCHWANKA, Cristiane. A processualidade administrativa como instrumento de densificação da administração pública democrática: a conformação da administração pública consensual. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.* Belo Horizonte, v. 80, n. 3, ano XXIX, jul./ago./set. 2011, p. 71-72.

155 TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perceptions Index 2016.* Disponível em: <http://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016>. Acesso em: 20 mai. 2017.

156 BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*: por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 19.

157 BRASIL. *Constituição Federal (1988).* Art. 5.º, inciso XXXIII: todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

158 AMARAL, Alexandra da Silva. *Princípios estruturantes das agências reguladoras e os mecanismos de controle*.

É relevante, nesse momento, trazer à discussão a disciplina do Direito Consumerista, para fins de associação com as demais disciplinas ora tratadas. Atente-se para o fato de que é dever do Estado promover a defesa dos direitos dos consumidores, nos termos do artigo 5.º, inciso XXXII,[159] e do artigo 170, inciso V,[160] ambos da Constituição Federal. O Brasil, seguindo tendência mundial,[161] tendo em consideração os problemas decorrentes da livre manifestação da vontade diante de relações contratuais iníquas, vem adotando postura mais proativa de intervenção nos contratos, criando normas de ordem pública capazes de evitar a ocorrência de sobreposição da vontade de uma parte economicamente mais forte sobre uma outra mais fraca.[162]

As agências reguladoras não podem se olvidar das relações oriundas, sistemicamente, da edição de suas normas, razão pela qual a disciplina do Direito Regulatório não pode ser aplicado isoladamente, possuindo vocação multidisciplinar. Nesse sentido, natural que o Direito Regulatório aplicado às agências que regulem a prestação de serviços públicos, conforme corte temático introdutoriamente realizado, possua interface direta com o Direito do Consumidor, havendo necessidade de aplicação harmoniosa de ambas as disciplinas.[163]

As agências que regulam a prestação de serviços públicos possuem, ademais, obrigação legal de atuarem na resolução extrajudicial de conflitos, conforme a Lei n. 8.987/1995. De acordo com o artigo 3.º da citada Lei, as concessões e permissões de serviços públicos sujeitam-se à fiscalização pelo poder concedente. Em paralelo, seus artigos 6.º e 31, inciso I, preveem que as referidas delegações pressupõem a prestação

---

Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 10.

159 Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)
XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

160 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)
V - defesa do consumidor.

161 A Organização das Nações Unidas (ONU), por meio da Resolução n. 39/248, editada em 1985, manifestava preocupação quanto aos interesses dos consumidores, advertindo para a necessidade de que fossem criados instrumentos de educação para o consumo. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r248.htm>. Acesso em 20 mai. 2017.

162 Paulo Roque Khouri leciona que "(...) o Estado Brasileiro, acompanhando a tendência mundial, preocupado com as injustiças que da autonomia da vontade poderiam resultar em determinadas relações contratuais, paulatinamente, desde o início do século passado, vem deixando a posição de mero espectador e cumpridor das vontades das partes, para intervir fortemente nos contratos. Intervir não para negar eficácia ao livremente pactuado pelas partes, mas criando normas de ordem pública, que pudessem evitar a imposição permanente da vontade do mais forte ao economicamente mais fraco". (KHOURI, Paulo Roque. *Direito do Consumidor*: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 08-09).

163 MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Agências reguladoras e o direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 140-145.

de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários. Já o artigo 29, inciso VII, da citada Lei, incumbe ao poder concedente a responsabilidade de "zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários". Assim, o dever do particular de prestar um serviço adequado, aliado à obrigação do poder público concedente de fiscalizar a prestação fundamentam a atividade das agências reguladoras no sentido de intervirem na solução de conflitos entre entes regulados e seus usuários.

A obrigação das agências reguladoras de atuarem na resolução extrajudicial de conflitos reside ainda, em última análise, no direito de petição garantido pelo artigo 5.º, inciso XXXIV, alínea "a", da Constituição Federal, que garante a todos, independentemente do pagamento de taxas, "o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder".

Unem-se, portanto, as vertentes jurídicas supracitadas, atinentes ao funcionamento das agências reguladoras (Direito Regulatório), à teoria da administração concertada (Direito Administrativo) e ao dever estatal de promover a defesa do consumidor (Direito Consumerista), tem-se que o presente estudo gira em torno da atuação das agências reguladoras, com fins de resolução de conflitos envolvendo consumidores e empresas por elas reguladas, por meio da utilização de mecanismos de administração concertada.

É importante analisar doravante, como se pretende no próximo capítulo, se as referidas autarquias especiais vêm atuando mediante instrumentos de administração consensual diante de dissensos entre consumidores e entes regulados (exemplificativamente, como mediadoras ou conciliadoras), quando essa discórdia tiver como objeto matéria inserida em seu âmbito de competência. A partir dessa análise pretendida, procurar-se-á verificar a eficiência das agências, diante de suas atuações, relembrando-se que a delimitação da compreensão acerca do termo *eficiência* para o presente estudo será abordada em subitem próprio do próximo capítulo, tendo em vista a complexidade inerente à sua análise.

Capítulo 2: a atuação das agências reguladoras diante de conflitos que envolvam entes regulados e consumidores

Passados os preceitos trazidos pelo capítulo anterior, que abordou a vocação e o dever das agências reguladoras de atuarem em prol dos direitos consumeristas, por meio de diversos instrumentos, passa-se a enfocar em uma possibilidade específica como essa obrigação pode na prática ser realizada, ou seja, mediante a utilização de mecanismos de administração consensual.

Nesse contexto, pretende-se demonstrar que a adoção de mecanismos de administração consensual pelas agências reguladoras pode funcionar como política regulatória voltada à garantia de direitos consumeristas. Dada essa premissa, objetiva-se explanar, com base em pesquisa de campo, o alcance da atuação das agências diante de conflitos que envolvam entes regulados e consumidores.

O objetivo da referida pesquisa de campo é lograr, ao final do presente capítulo, uma conclusão sobre a eficiência – ou ineficiência – das autarquias especiais em questão, no que tange à realização desse dever. No entanto, isso somente será possível após se definir, juridicamente, o significado da expressão *eficiência* para o presente estudo.

2.1. A adoção de mecanismos de administração consensual como política regulatória pelas agências reguladoras

Cogitar a adoção de mecanismos de administração consensual pelas agências reguladoras implica refletir sobre as consequências decorrentes dessa opção. Veja-se que as autarquias em comento, membros da Administração Pública Indireta, possuem, dentro de seu âmbito de competência legal, a liberdade para definir os direcionamentos aptos a alcançar os fins a que se destinam. Essa programação, isto é, esse processo de escolha dos meios para a consecução dos objetivos governamentais denomina-se política regulatória. As políticas regulatórias são opções de ação de que dispõem as agências para o atendimento de políticas públicas estabelecidas para o setor regulado. Para que sejam definidas as políticas regulatórias, deve-se realizar uma ponderação sobre a necessidade de intervenção, bem como sobre sua intensidade, de modo que os instrumentos sejam escolhidos no *timing* adequado e sejam eficientes

para os propósitos a que se designam.[164]

As políticas públicas, por sua vez, consistem na "coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados".[165] As políticas públicas podem ser utilizadas para manter o equilíbrio social ou introduzir desequilíbrios destinados a modificar a realidade, com a finalidade última de buscar a consolidação, sobretudo, da democracia e da justiça social.[166]

A reflexão a ser suscitada no presente ponto, portanto, diz respeito à justificativa pela qual a adoção, pelas agências reguladoras, de mecanismos de administração consensual como uma política regulatória seria consoante com políticas públicas afetas ao segmento e rentável ao interesse público. Deve-se indagar, objetivamente, por que a adoção dessa providência poderia ser considerada como uma política proveitosa.[167]

A opção estatal por empreender gastos em uma das diversas políticas públicas possíveis deve vir acompanhada de profunda reflexão, visto que, necessariamente, eleger uma dessas alternativas acarreta a preterição de alguma outra. Nesse contexto, Guido Calabresi e Philip Bobbitt, considerando a limitação dos recursos financeiros estatais e as infindáveis demandas sociais, valem-se da expressão *escolha trágica*, com o intuito de refletir sobre as consequências nefastas decorrentes das políticas públicas escolhidas, sob o ponto de vista da parcela da sociedade cujos anseios foram preteridos.[168] De acordo com os citados autores, as políticas públicas possuem como objeto definir, frente a cada escolha trágica, a combinação de enfoques com maior aptidão para limitar a tragédia.[169] ***É*** dever do Poder Executivo optar, mediante avaliação dos recursos

---

164 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes*: fundamentos e seu regime jurídico. 1. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 87-88.

165 BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 34, n. 133, jan./mar., 1997, p. 91-95.

166 SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. *Políticas públicas, coletânea*. Brasília: Escola Superior de Administração Pública, vol. 1, 2007, p. 28.

167 Sobre a importância da utilização, pelas agências reguladoras, de mecanismos voltados ao atendimento de políticas, Floriano de Azevedo Marques Neto dispõe que "Na medida em que as agências logrem ser instrumentos para tornar mais efetiva e mais eficaz a intervenção estatal no domínio público, mormente quando essa intervenção se preste a imprimir pautas de políticas públicas no âmbito do setor regulado, temos conosco que elas apenas reforçam o caráter público (tanto no sentido republicano, quanto no sentido de permeável ao público, v.g., sociedade) da atuação estatal em face do domínio econômico" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes*: fundamentos e seu regime jurídico. 1. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 95).

168 CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic Choices*: The conflicts society confronts in the alocation of tragically scarce resources. 1 ed. Nova Iorque: WW Norton & Company, 1978, p. 149.

169 "*(...) to define, with respect to each particular tragic choice, that combination of approaches which most limits tragedy and which deals with that irreducible minimum in the least offensive way*" (CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic Choices*: The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources. 1 ed. Nova Iorque: WW Norton & Company, 1978, p. 149).

disponíveis, pelas alternativas que se mostrem mais capazes de promover a efetivação dos direitos sociais considerados mais relevantes, à luz das circunstâncias.[170]

Assim, no que tange ao presente estudo, entende-se que, para que se conclua que os mecanismos de administração consensual consistem em política que, em tese, deva ser implementada pela administração p***ública, em especial pelas agências reguladoras, deve-se conjecturar*** quais os benefícios prováveis de sua implantação, capazes de legitimar a escolha, bem como se verificar a parcela da sociedade a ser contemplada pela medida, sob pena de se optar por escolhas geradoras de efeitos indesejáveis.

Nesse contexto, reitera-se que a regulação gira em torno de atividades sensíveis para a sociedade, com relação à qual a inação estatal acarretaria, naturalmente, o desequilíbrio de determinado mercado. A atividade regulatória conduz os mercados a uma situação de salubridade, acarretando com seus normativos, contudo, conflitos entre os atores envolvidos. Diante das dificuldades de se realizar uma análise de impacto regulatório precisa, apta aos propósitos a que a norma se destina, e tendo em vista os interesses contrapostos inerentes aos atores que operam no mercado – fornecedor e consumidor –, certo é que conflitos serão originados em decorrência dos regramentos criados,[171] e dessa certeza decorre a importância de as agências reguladoras disporem de mecanismos alternativos de solução de conflitos.

Um dos principais efeitos benéficos à sociedade a serem gerados pela implementação de política regulatória voltada à adoção de mecanismos de administração consensual pelas agências reguladoras diz respeito a um dos direitos fundamentais que motivam o presente estudo, qual seja, o da razoável duração do processo, previsto pelo artigo 5.º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal.[172] Certo é que o princípio sob comento decorre da ideia de celeridade das ações estatais, seja na esfera judicial ou na administrativa, no que tange à apreciação de demandas submetidas.

Difícil é a tarefa de, atualmente, se pensar sobre a razoável duração do processo, sem que se recorde das grandes dificuldades pelas quais o modelo tradicional de resolução de conflitos vem passando, principalmente em razão da sobrecarga de demandas sofrida

---

170 NUNES, Tatiana Mesquita. *O Segredo das Escolhas Trágicas da Administração Pública*: uma análise crítica da influência do Poder Judiciário nas decisões de políticas públicas de seguridade social. São Paulo: Poiesis, 2015, p. 19-21.

171 A situação é semelhante à levantada por Ulrich Beck. Ao falar do avanço científico das últimas décadas, o autor ressalta que uma das dificuldades da análise do risco gerado é a sua relativa intangibilidade, havendo sérias complicações decorrentes da necessidade de se prever, em antevisão a longo prazo, os efeitos negativos de determinado ato. Por meio da tentativa de evolução, são gerados riscos sociais graves. BECK, Ulrich. *Sociedade de risco:* rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 40.

172 LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

pelo Poder Judiciário, decorrente da importante, porém custosa universalização do acesso à Justiça, estabelecida pelo artigo 141, parágrafo 4.º, da Constituição Federal de 1946[173], e repetida pelo artigo 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal vigente.[174] O reconhecimento constitucional de um direito subjetivo a um processo célere impõe não só ao Poder Judiciário, mas ao Poder Público em geral, a adoção de medidas destinadas ao atendimento desse fim.[175] O direito de acesso à Justiça é entendido, em última análise, como o próprio acesso a uma ordem jurídica justa, ou como o próprio direito à obtenção de justiça.[176]

As dificuldades experimentadas pelo Poder Judiciário em razão da mencionada sobrecarga trazem à tona dúvidas sobre sua manutenção como principal fonte de resolução de conflitos, sendo possível a revisão desse paradigma pela sociedade. O paradigma pode ser entendido como uma escolha social, uma promessa de verdade bem sucedida.[177] No entanto, o curso natural das coisas, normalmente, conduz o paradigma a um momento em que adentra em crise, carecendo de readequação, de uma inovação técnica significativa.[178] O Estado, para que mantenha sua legitimidade, deve observar atentamente a evolução de sua sociedade, readequando-se quando necessário.[179]

Os artifícios estatais utilizados para o desafogamento do Poder Judiciário **são muitos**, e dentre eles se destaca, para o presente estudo, o emprego de métodos alternativos de resolução de conflitos, visto que o monopólio da jurisdição não se confunde com o monopólio da justiça.[180] A responsabilidade pela produção da justiça pertence a "todas as instâncias públicas e, ao mesmo tempo, pode e deve ser constituída com o apoio e o engajamento de todas e de todos os brasileiros (…), incluídos os Três Poderes em seus níveis de organização federativa".[181]

---

173 "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual".

174 "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

175 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 500.

176 AMARAL, Alexandra da Silva. *Princípios estruturantes das agências reguladoras e os mecanismos de controle*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 07.

177 KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1996, p. 44.

178 SUREL, Yves. *Las políticas públicas como paradigmas*. Trad.: Javier Sánchez Segura. Medellín: Estudios Políticos, n. 33, jul.-dez. 2008, p. 56.

179 CARNAES, Mariana. *Compromisso de ajustamento de conduta e eficiência administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 35-36.

180 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. *Mutações do Direito Administrativo,* 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 273.

181 OLIVEIRA, Igor Lima Goettenauer de. A mediação como estratégia prática de cidadania participativa e o papel da Escola Nacional de Mediação e Conciliação (Enam). *Revista Diálogos sobre Justiça*. Brasília: Centro de Estudos sobre o Sistema de Justiça, n. 3, ano 1, set./dez. 2014, p. 76.

A mudança de paradigma, com a implementação de métodos de resolução alternativa de disputas pautados nas especificidades do público a que se destina, tem como reflexo positivo retomar o valor social inerente à ideia de justiça, viabilizando à população o exercício de direitos afetos à dignidade humana.[182] Verifica-se no Brasil, desde meados da década de 1990, com maior força, no entanto, após os anos 2000, uma tendência estatal no sentido de priorizar a utilização de mecanismos alternativos de resolução de conflitos, nos mais diversos âmbitos, tendo-se instituído diversos instrumentos com esse viés.

A Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, alcunhada Lei de Arbitragem,[183] inaugurou no nosso país o primeiro método alternativo de resolução de conflitos, apartado da jurisdição estatal,[184] cujo produto (a sentença arbitral) é dotado de grande força, tendo em vista ser considerado como título executivo judicial (artigo 515, inciso VII, do Código de Processo Civil),[185] tamanha a importância e a confiabilidade conferida ao mecanismo. Após a edição da referida Lei de Arbitragem, observou-se uma crescente tendência da administração p**ública brasileira de estimular** o emprego de métodos alternativos de resolução de conflito.

É importante mencionar a Resolução n. 125, de 20 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, tendo em vista que estabelece, em seu artigo 4.º, que o CNJ deve "organizar programa com o objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação". Note-se a importância do presente normativo, visto que se trata de diretriz interna ao Poder Judiciário, direcionando-o rumo ao estímulo da autocomposição.

A Escola Nacional de Mediação e Conciliação (ENAM) foi criada em 2012, no âmbito da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, com o objetivo de oferecer capacitações e cursos referentes a técnicas de mediação, conciliação, negociação e outras formas consensuais de resolução de conflitos. Conforme informações disponíveis em seu sítio eletrônico, a ENAM tem como escopo a difusão da cultura

182 ALAK, Júlio César. Onde há uma necessidade, nasce um direito. *Revista Diálogos sobre Justiça*. Brasília: Centro de Estudos sobre o Sistema de Justiça, n. 3, ano 1, set./dez. 2014, p. 66.

183 Embora a arbitragem não consista em mecanismo consensual, trata-se de instrumento extrajudicial de resolução de conflitos, razão pela qual entende-se relevante indicá-lo no presente ponto do estudo, no intuito de demonstrar a evolução da temática no âmbito normativo, até a edição de outros regramentos que contemplam instrumentos voltados ao consenso.

184 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008., p. 497.

185 BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.

da resolução extrajudicial de conflitos, com a finalidade última de "colaborar com o aprofundamento da cidadania, qualificar o acesso à justiça e, em última instância, favorecer o desenvolvimento de uma sociedade harmônica e pacífica".[186]

Uma iniciativa relevante da Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça e Cidadania (Senacon/MJC) **é o portal** *Consumidor.gov.br,*[187] por meio do qual os consumidores podem resolver diretamente suas reclamações com as empresas participantes, cadastradas voluntariamente, sem a presença de um mediador ou de um conciliador. O *site* disponibiliza ao público *rankings* das empresas, baseados na satisfação dos consumidores,[188] bem como gráficos contendo a reputação de cada fornecedor.

Um instituto também de grande importância para a administração p**úblic**a **é a** Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), criada em 2007[189] no âmbito da Advocacia Geral da União (AGU), com o propósito de "prevenir e reduzir o número de litígios judiciais que envolviam a União, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas federais", bem como para resolver "controvérsias entre entes da Administração Pública Federal e entre estes e a Administração Pública dos Estados, Distrito Federal e Municípios".[190] A CCAF possui competências, em síntese, para avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Advocacia-Geral da União; dirimir, por meio de conciliação, as controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como entre esses e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios; buscar a solução de conflitos judicializados, nos casos remetidos pelos Ministros dos Tribunais Superiores e demais membros do Judiciário, ou por proposta dos órgãos de direção superior que atuam no contencioso judicial; e promover, quando couber, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta nos casos submetidos a procedimento conciliatório.[191]

---

186 Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/enam/mod/book/view.php?id=78>. Acesso em: 20 mai. 2017.

187 Disponível em: <http://www.consumidor.gov.br>. Acesso em: 20 mai. 2017.

188 Há quatro *rankings*: por índice de solução dos problemas; por índice de satisfação do consumidor; por prazo médio de resposta; e por percentual de reclamações respondidas.

189 BRASIL. Advocacia-Geral da União. Ato Regimental AGU n. 5, de 27 de setembro de 2007. Disponível em <www.agu.gov.br/page/download/index/id/4107659>. Acesso em 20 mai. 2017.

190 Advocacia-Geral da União. Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal: Cartilha. 3. ed. 2012. p. 07. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/17 0561>. Acesso em 20 mai. 2017.

191 BRASIL. Decreto n. 7.392, de 13 de dezembro de 2010. Art. 18. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão da Advocacia-Geral da União, aprova o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão da Procuradoria-Geral Federal e remaneja cargos em comissão para a Advocacia-Geral da União e para a Procuradoria-Geral Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/cciv-

Embora não haja resultados recentes publicados pela CCAF, verifica-se que os resultados práticos obtidos pela Câmara são de grande expressividade, de modo que, somente no ano de 2009 a AGU obteve êxito na conciliação de conflitos que envolviam o total de R$ 3.000.000.000,00 (três bilhões de reais), em razão da atuação da Câmara de Conciliação, desafogando o Poder Judiciário e, por consequência, reduzindo sobremaneira o gasto público.[192]

Ressalta-se também, nesse contexto tendente à administração concertada, a Lei n. 13.019/2014, que estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação. Essa Lei, em seu artigo 24, tornou obrigatório o chamamento público previamente à celebração de termo de colaboração ou de fomento, com o intuito expresso de "selecionar organizações da sociedade civil que tornem mais eficaz a execução do objeto".

A Lei n. 13.140/2015, conhecida como Lei da Mediação, dispôs sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. A Lei em questão possibilitou, em seu artigo 32, a criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito da advocacia pública municipal, estadual, distrital e federal, com competência para dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; e para promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Deve-se comentar também sobre as boas práticas internacionais, que revelam uma tendência de que as agências reguladoras imprimam, cada vez mais, consensualismo aos seus procedimentos. Nos Estados Unidos da América, foi instituída a *Task Force on Transparency and Public Participation*, no intuito de refletir sobre formas de aprimorar o processo federal de edição de normas, no âmbito regulatório. O grupo continha representantes governamentais, representantes de empresas, organizações não governamentais e acadêmicos, todos voltados à discussão sobre o aperfeiçoamento da transparência e da participação pública nos processos. Foram geradas recomendações

il_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7392.htm>. Acesso em: 20 mai. 2017.

192 CRISTO, Alessandro. AGU experimenta na prática vantagens da conciliação. *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo, 6 fev. 2010. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-fev-06/sucesso-conciliacoes-convence-agu-resolver-conflitos-longe-justica>. Acesso em: 20 mai. 2017.

políticas no intuito de atribuir maior qualidade substancial e legitimidade aos procedimentos.[193] Nos Estados Unidos da América, o desenvolvimento da ideia da resolução extrajudicial de conflitos encontra-se em um nível muito mais avançado, de modo que as agências reguladoras norte-americanas exercem "funções quase-legislativas, porque editam normas; e funções quase-judiciais porque, resolvem determinados conflitos de interesses, determinando o direito aplicável para solucioná-los".[194]

A *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC), agência reguladora do setor de energia elétrica dos Estados Unidos da América, dispõe de mecanismos alternativos de resolução administrativa de conflitos implementados. De acordo com o sítio eletrônico da FERC, as partes devem tentar resolver amigavelmente suas discórdias, antes de terceirizar a resolução do litígio para o Poder Judiciário. Por isso, a agência dispõe de processos voluntários, por meio dos quais as partes interessadas buscam lograr um acordo mutuamente satisfatório, com o auxílio de um terceiro imparcial. A agência dispõe ainda de procedimento de arbitragem, que faz uso de uma equipe de julgamento própria para decidir questões conflituosas.[195]

Salienta-se, em adição, que o Governo do Reino Unido, em 1997, instaurou uma força tarefa denominada *Better Regulation Task Force*, com o propósito de aconselhar o Estado quanto a ações necessárias para a redução de regulação excessiva, assegurando que a regulação se dê com base em princípios básicos, como a proporcionalidade, a *accountability*, ora traduzida como responsabilidade, a transparência, a coerência e o atendimento a um propósito. Como produto da referida força tarefa, foi gerado um documento, em formato de folheto, intitulado *Principles of Good Regulation*,[196] que contém um *checklist* de ações que todo responsável por estabelecer políticas regulatórias deve seguir, com base nos princípios acima citados. No que concerne ao princípio *accountability*, consta que os reguladores devem ser capazes de justificar suas decisões, sujeitas ao escrutínio público.[197] Dentre as recomendações afetas a esse item, consta que todos os afetados devem ser consultados antes das tomadas de decisão.[198] Em

---

193 COGLIANESE, Cary. KILMARTIN, Heather. MENDELSON, Evan. *Transparency and public participation in the federal rulemaking process: recommendations for the new administration*. George Washington Law Review, vol. 77, n. 4, jun. 2009, p. 925.

194 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 399.

195 Federal Energy Regulatory Commission – FERC. Alternative Dispute Resolution. Disponível em: <https://www.ferc.gov/legal/adr.asp>. Acesso em: 20 mai. 2017.

196 Better Regulation Task Force. *Principles of Good Regulation*. Disponível em: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20100407162704/http:/archive.cabinetoffice.gov.uk/brc/upload/assets/www.brc.gov.uk/principlesleaflet.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

197 *Regulators must be able to justify decisions, and be subject to public scrutiny.*

198 *Proposals should be published and all those affected consulted before decisions are taken.*

complemento, no que tange à transparência, há recomendação de que os reguladores sejam abertos a novas ideias e tornem os regulamentos simples e amigáveis aos usuários,[199] de modo que consultas públicas sejam realizadas previamente à elaboração das propostas normativas, a fim de garantir que as opiniões de todos os envolvidos sejam consideradas.[200]

No Canadá, a *Ontario Energy Board* – OEB, agência reguladora do setor de energia elétrica de Ontário, também possui um Centro de Relações de Consumo, inclusive com processamento de resolução de conflitos. A ideia do instrumento disponibilizado pela agência em questão é de auxiliar na resolução, por meio eletrônico, de problemas que os consumidores tenham junto às companhias fornecedoras de energia elétrica: o consumidor registra, por meio do sítio eletrônico da OEB, a sua reclamação; a agência interage com o ente regulado envolvido, a fim de solucionar o problema; a solução é apresentada para o consumidor diretamente pela companhia; e, por fim, se o consumidor não ficar satisfeito com a solução proposta, pode impulsionar novamente a OEB para que persista na tentativa de resolver seu problema.[201]

Além do contexto nacional e global demonstrado, importante ressaltar que, conforme detalhado adiante, os próprios normativos inerentes às agências reguladoras ora estudadas conduzem à necessidade de que elas atuem no âmbito da resolução de conflitos. Assim, diante da necessidade das agências reguladoras de utilização de mecanismos alternativos de resolução de conflitos como políticas regulatórias, importante passar à demonstração pragmática de sua implementação no contexto brasileiro, a fim de apontar o modo como essas autarquias especiais atuam diante de conflitos que envolvam seus entes regulados e os consumidores finais dos serviços públicos prestados.

2.2. Pesquisa de campo sobre o espectro de atuação das agências reguladoras diante de conflitos que envolvam entes regulados e consumidores

No presente item, inicialmente, trar-se-á pesquisa de campo realizada sobre o modo de atuação das agências brasileiras, reguladoras de serviços públicos, conforme corte

199 *Regulators should be open, and keep regulations simple and user-friendly.*

200 *Effective consultation must take place before proposals are developed, to ensure that stakeholders' views and expertise are taken into account.*

201 Ontario Energy Board. Consumer Protection: Make a Complaint. Disponível em: <https://www.oeb.ca/consumer-protection/make-complaint>. Acesso em 20 mai. 2017.

introdutório, diante de conflitos que envolvam entes regulados e consumidores, com o objetivo de fomentar a reflexão acerca da eficiência dessa atuação.

2.2.1 Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)

O serviço público de telecomunicações era prestado diretamente pelo Estado, em regime monopolista, até o final da década de 1990, quando a empresa estatal Telecomunicações Brasileiras S.A. – Telebrás[202] veio a ser privatizada em 29 de julho de 1998, por meio de um procedimento licitatório em que a União arrecadou aproximadamente US$ 19 bilhões. Anteriormente à concessão, a Telebrás passava por grandes dificuldades para corresponder à demanda por investimentos no setor, devido à intensa evolução tecnológica.[203]

A concessão do serviço exigiu, primeiramente, a alteração da Constituição Federal, que previa, originariamente, o monopólio estatal da atividade. Além da alteração constitucional perpetrada, foi necessária a instituição de uma agência encarregada da regulação do setor, razão pela qual foi criada a ANATEL. O serviço público de telecomunicações encontra-se previsto no artigo 21, inciso XI,[204] da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional n. 8, de 15 de agosto de 1995, a qual, inclusive, previu expressamente a necessidade de criação de uma nova lei para o setor e de um ***órgão regulador*** dele encarregado.

A Lei n. 9.472/1997, alcunhada de Lei Geral de Telecomunicações, além de reorganizar os serviços de telecomunicações no Brasil e privatizar a Telebrás, criou a ANATEL, estabelecendo diretrizes para a política setorial, além de definir a estrutura da agência, suas competências, suas formas de controle, suas receitas, os modelos de contratação a serem implementados pela agência para o setor, entre outros aspectos.

A Lei em questão aclara a competência da ANATEL para atuar diante de conflitos que envolvam seus entes regulados e os respectivos consumidores. A construção desse dever inicia-se com o artigo 2.º, inciso II, da citada Lei, que prevê como dever do Poder

---

202 A Telebrás foi criada pela Lei n. 5.792/1972 para coordenar atividades relacionadas ao setor de telecomunicações. A Telebrás não possuía atividade operacional, mas sim as suas companhias subsidiárias, uma localizada em cada Estado, além da Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A – Embratel, encarregada dos serviços de ligação de longa distância (NOVAES, Ana. Privatização do setor de telecomunicações no Brasil, *in* A privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 2000. p. 153).

203 NOVAES, Ana. Privatização do setor de telecomunicações no Brasil, *in* A privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 2000. p. 150.

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

Público "estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público em benefício da população brasileira", o que explana que o bem-estar da população é o fim a ser almejado pela ANATEL.

O artigo 3.º da Lei, por sua vez, arrola os diversos direitos dos usuários dos serviços de telecomunicações, todos a serem resguardados pela agência reguladora do setor. No entanto, dois desses direitos atraem, em especial, a atenção do presente estudo: os incisos XI e XII do citado artigo 3.º estabelecem os direitos de "peticionar contra a prestadora do serviço perante o órgão regulador e os organismos de defesa do consumidor" e o de buscar a "reparação dos danos causados pela violação de seus direitos." Trata-se de direitos definidores do dever da ANATEL de receber reivindicações dos consumidores inseridos no mercado regulado e processá-los adequadamente, seja uma reclamação afeta a um descumprimento de norma, seja um pleito de reparação de danos.

O artigo 19, inciso XVIII, da mesma Lei, estabelece como dever da ANATEL "reprimir infrações dos direitos dos usuários", referindo-se, portanto, ao supracitado artigo 3.º. O Decreto n. 2.338/1997, que aprova o Regulamento da ANATEL, ratifica, no artigo 16, inciso XIX, de seu Anexo I, o dever da agência reguladora em questão de adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público, atuando na defesa e proteção dos direitos dos usuários, reprimindo as infrações e compondo ou arbitrando conflitos de interesses, em articulação com o anteriormente citado Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

O Regimento Interno da ANATEL, aprovado pela Resolução n. 612/2013,[205] estabelece ainda, a partir de seu artigo 92, um Capítulo inteiro voltado aos procedimentos administrativos de resolução de conflitos efetivados pela agência. São contemplados regimentalmente pela ANATEL como procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos a mediação, a arbitragem e a reclamação administrativa.

No que se refere à mediação, trata-se de procedimento desenvolvido diretamente pela própria agência, visando à solução consensual de questões relativas ao reconhecimento ou atribuição de direitos. No entanto, consiste em mecanismo de alcance restrito, tendo em vista que, conforme o artigo 93 do Regimento Interno, somente as prestadoras de serviços de telecomunicações podem requerer a instauração do procedimento de mediação. Embora se trate de procedimento devidamente organizado, conforme regras estabelecidas pelo artigo 94 do Regimento,[206] ***não é possível que um consumidor que se***

---

205 Agência Nacional de Telecomunicações. Legislação. Resolução n. 612, de 29 de abril de 2013. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/450-resolucao-612>. Acesso em: 20 mai. 2017.

206 Algumas regras a serem destacadas dos incisos do referido artigo 94: há uma autoridade competente

sinta lesado procure a ANATEL para solucionar seu problema pela via consensual por meio do mecanismo da mediação.

A ANATEL dispõe do procedimento de arbitragem, por meio do qual também se procedimentaliza a busca pelo consenso, no entanto, caso este não ocorra, uma autoridade competente da própria agência é instada a proferir decisão fundamentada, solucionando o conflito. Note-se que, nos termos do artigo 95 do referido Regimento Interno, trata-se de procedimento destinado à solução de conflito de interesses existente entre prestadoras de serviço de telecomunicações. Mais uma vez, a ANATEL estabeleceu procedimento devidamente estruturado, com a possibilidade, caso a autoridade competente para decidir entenda conveniente a apreciação e deliberação em regime de colegiado, de instituição de Comissão de Arbitragem (artigo 98 do Regimento Interno), a qual poderá, inclusive, durante o procedimento de arbitragem, valer-se do auxílio de peritos ou órgãos externos (artigo 100 do Regimento Interno). Todavia, mais uma vez, prestigiou a solução de controvérsias a partir do interesse dos entes regulados, excluídos os consumidores da iniciativa.

A reclamação administrativa, por sua vez, consiste em procedimento a ser instaurado por aquele que tiver seu direito violado, nos casos relativos ***à*** legislação de telecomunicações, nos termos do artigo 102 do Regimento Interno. Neste caso, sim, trata-se de procedimento voltado à proteção dos direitos dos consumidores. De acordo com o Regimento Interno, o tratamento que a ANATEL confere à citada reclamação configura uma espécie de mediação *online*: a reclamação é apresentada por escrito, acompanhada de eventuais provas ou da indicação daquelas que se pretende produzir; o reclamado é intimado para oferecer sua defesa e apresentar ou requerer as provas que julgar pertinentes; a autoridade competente para instruir o processo poderá convocar as partes para reunião de conciliação; caso haja acordo entre as partes, a autoridade competente o homologará e extinguirá o processo; não havendo acordo,

---

designada para mediar o caso, a qual exercerá juízo de admissibilidade sobre o requerimento inicial, o qual, por se tratar de procedimento consensual, deverá ser assinado por todas as partes. Instaurado o processo, as partes serão intimadas a comparecer à reunião para tentativa de acordo, na qual as partes deverão fazer-se representar por prepostos com poderes para transigir. A síntese dos fatos ocorridos na reunião e de seus resultados será registrada em Ata e, alcançado o consenso, as partes celebrarão Termo de Acordo. O Termo de Acordo será submetido à autoridade hierarquicamente superior à autoridade instauradora do processo que, constatando sua conformidade com a regulamentação, realizará sua homologação. Caso o consenso não tenha sido obtido, de acordo com a vontade das partes, poderá ser agendada nova reunião, até o limite máximo de três. Não alcançado consenso, as partes poderão optar pela proposição de procedimento administrativo de resolução de conflitos diverso, como a arbitragem. Há, ainda, um mecanismo de estímulo ao consenso: as partes que não alcançarem o consenso durante o processo ficarão impedidas de apresentar novo pedido de mediação com o mesmo objeto pelo prazo de 12 meses. A decisão que homologa o acordo entre as partes não é passível de recurso e vinculará as partes, de modo que o seu descumprimento poderá ensejar a instauração de Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações, outra ferramenta prevista pelo Regimento Interno em questão.

dar-se-á prosseguimento à instrução do processo; após, as partes serão intimadas para apresentação de alegações finais; até a decisão, a autoridade competente poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, convocar nova reunião de conciliação ou homologar acordo que venha a ser apresentado pelas partes; se necessário, a autoridade competente proferirá decisão fundamentada, a qual terá efeito vinculante para as partes envolvidas. Ademais, as reclamações recebidas serão utilizadas pela Agência como subsídio nas ações de acompanhamento e controle de obrigações das prestadoras pelas áreas competentes, e no planejamento de ações de fiscalização.

O procedimento de reclamação administrativa, no entanto, na prática, afasta-se do objetivo de resolução consensual de conflitos, para aquém do que prescreveu o citado artigo 102 do Regimento Interno. O fluxograma apresentado no *site* da ANATEL[207] deixa claro o trâmite percorrido pela reclamação apresentada na Agência: primeiramente, o cidadão envia sua solicitação à Agência; a ANATEL encaminha a reclamação ao ente regulado; a prestadora deve responder ao cidadão no prazo de cinco dias úteis; no caso de não apresentação de resposta ou de insatisfação do usuário do serviço com a resposta apresentada, este pode apresentar nova manifestação para a ANATEL, reiniciando o fluxo em questão. A ANATEL, portanto, diferentemente da previsão de seu Regimento Interno, não atua proativamente na busca pela celebração de acordo por seus entes regulados e consumidores do setor.[208] Foi realizado questionamento à ANATEL, com o intuito de elucidar a possível dissonância detectada entre regulamento e prática, o qual confirmou a constatação acima consignada, nos termos do Anexo A ao presente trabalho.[209]

---

207 Agência Nacional de Telecomunicações. Consumidor. Saiba como reclamar de sua prestadora. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/consumidor/reclamacao>. Acesso em: 20 mai. 2017.

208 Com o intuito de registrar as limitações da ação da ANATEL nessa seara, faz-se importante realçar o seguinte trecho da referida página eletrônica: "O que a Anatel faz com as reclamações recebidas contra as operadoras: A Anatel facilita e auxilia a interação com as operadoras de serviços de telecomunicações. E faz isso exigindo que as empresas respondam, com qualidade e em até cinco dias úteis, as reclamações que você registrou. A Anatel monitora a quantidade e o motivo das reclamações contra cada operadora, o tempo que elas levam para responder e a qualidade das respostas para cobrar delas um nível de atendimento cada vez melhor. Entre outros pontos, a sua reclamação, somada às reclamações dos outros consumidores, nos ajuda a: 1) Calcular e divulgar o Ranking das Operadoras (Índice de Desempenho no Atendimento - conheça o índice), que possibilita à sociedade conhecer e comparar as empresas que melhor atendem às demandas do consumidor; 2) Identificar os principais problemas das operadoras e atuar de forma preventiva ou mesmo aprimorar as regras existentes; 3) Assim que recebe sua reclamação, a Anatel a encaminha para a sua operadora de serviços, que terá cinco dias úteis para dar uma resposta ou solução. Será a sua prestadora, e não a Anatel, quem irá tratar sua solicitação e lhe responder em até 5 dias úteis. Você pode acompanhar o andamento da solicitação pela internet, no site da Anatel, pelo aplicativo 'Anatel Consumidor' ou ligando para o 1331. Neste último caso, você não precisa nem esperar o atendente. Basta digitar o número da solicitação, quando indicado." (Agência Nacional de Telecomunicações. Consumidor. Saiba como reclamar de sua prestadora. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/consumidor/reclamacao>. Acesso em: 20 mai. 2017).

209 No questionamento sob comento, foram apresentadas as seguintes indagações à ANATEL: "*A Agência possui instrumento voltado à resolução consensual de conflitos entre entes regulados e consumidores? Em caso positivo,*

O *site* da ANATEL, no intuito de auxiliar os consumidores a buscarem adequadamente seus direitos, disponibiliza um guia sobre quais são os principais direitos dos usuários dos serviços por ela regulados, de modo a possibilitar ao interessado uma pesquisa prévia ao registro da reclamação.[210] O consumidor tem a faculdade de pesquisar, também, os serviços,[211] os grupos econômicos[212] e as causas[213] que deram ensejo às reclamações registradas no ano anterior, de modo a obter um retrato, inclusive com gráficos, do modo como os entes regulados pela agência tratam os consumidores. Por fim, a reclamação propriamente dita também é apresentada pelo usuário por meio da *internet*, por meio de canal próprio.[214]

Além da atuação supracitada, a ANATEL divulga, mensalmente, em seu sítio eletrônico, o *ranking* de reclamações das prestadoras de serviços de telecomunicações.[215] O *ranking* em questão fundamenta-se no que a agência denomina de ***Índice de Desempenho no Atendimen***to cujas variáveis relacionam-se ao modo de tratamento que cada grupo empresarial atribui ao canal de reclamação supracitado. Esse mecanismo também contribui para que os entes regulados pela ANATEL busquem a satisfação dos consumidores que apresentem reclamações sobre os serviços de telecomunicações, tendo em vista o interesse dos grupos empresariais de obterem uma melhor reputação perante seu público consumidor. ***Não se tem notícia, no entanto, sobre a efetividade dos procedimentos empregados pela ANATEL com vistas a obter a resolução consensual dos conflitos apresentados, visto que a Agência não divulga dados qualitativos específicos de sua execução, como a quantidade de reuniões de conciliação bem sucedidas realizadas.***

---

qual a abrangência do mecanismo implementado? Em quais casos a Agência realiza o procedimento de mediação, conciliação ou outro afim? Há regulamento da Agência sobre o assunto? Há descrição dos procedimentos no site da Agência? Há resultados publicados?". Em resposta, a ANATEL respondeu, dentre outras coisas, que "*trabalha para facilitar e auxiliar a sua interação com as operadoras de serviços de telecomunicações. Ela não trata individualmente cada reclamação recebida em seus canais de atendimento, mas toma iniciativas que melhoram a qualidade do setor como um todo. Assim, quando você reclama contra sua operadora, é importante saber que a Anatel exigirá que ela lhe dê uma resposta, mas não abrirá um processo tratando do seu caso em particular*".

210 BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Consumidor. Direitos. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/consumidor/telefonia-celular/direitos>. Acesso em: 20 mai. 2017.

211 BRASIL Agência Nacional de Telecomunicações. Consumidor. Reclamações por serviços. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/consumidor/reclamacoes-na-anatel2/servicos>. Acesso em: 20 mai. 2017.

212 BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Consumidor. Reclamações por grupos econômicos. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/consumidor/reclamacoes-na-anatel2/grupos-economicos>. Acesso em: 20 mai. 2017.

213 BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Consumidor. Reclamações por motivos. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/consumidor/reclamacoes-na-anatel2/motivos>. Acesso em: 20 mai. 2017.

214 BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Focus – atendimento aos usuários. Disponível em:<https://sistemas.anatel.gov.br/sis/cadastrosimplificado/pages/acesso/login.xhtml?i=0&codSistema=649>. Acesso em: 20 mai. 2017.

215 BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Consumidor. Desempenho no Atendimento – IDA. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/consumidor/desempenho-do-atendimento-ida/>. Acesso em: 20 mai. 2017.

2.2.2. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)

O artigo 21, inciso XII, alínea "b", da Constituição Federal de 1988, prevê como competência da União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os *serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos*.

A execução do serviço público de fornecimento de energia elétrica também foi delegada à iniciativa privada com vistas à redução de custos para o setor público e ao aumento da eficiência e produtividade do setor. As dimensões continentais do Brasil e o aumento da demanda de energia elétrica pelas residências, ao longo da década de 1990, levaram à necessidade de vultosos investimentos no setor, o que não se mostrou efetivo durante o período em que a atividade ficava a cargo do poder público. O modelo de condução do serviço público em questão pela Eletrobrás[216] gerou enormes prejuízos ao Estado, de modo que, em 1995, a dívida do setor elétrico totalizava US$ 25 bilhões. A entrega da execução do serviço para particulares era imperiosa, porém exigia a criação de um ambiente regulatório seguro para os novos investidores do setor e para seus consumidores (basicamente a totalidade da população brasileira).[217]

A ANEEL foi criada pela Lei n. 9.427/1996, cujo artigo 2.º definiu sua finalidade de regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica. A referida Lei estabeleceu, em seu artigo 3.º, inciso V, a competência da ANEEL para "dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores", atribuição ratificada pelo artigo 4.º, inciso XIX,[218] e pelo artigo 18[219] do Anexo I ao Decreto n. 2.335/1997.

---

216 A Eletrobrás foi criada pela Lei n. 3.890-A/1961. Assim como a Telebrás, também funcionava em formato de *holding*, coordenadora de empresas subsidiárias executoras diretas das atividades.

217 FERREIRA, Carlos Kawall Leal. Privatização do setor elétrico no Brasil, *in* A privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 2000. p. 181-193.

218 Art. 4º À ANEEL compete: (...)
XIX - dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionários, permissionários, autorizados, produtores independentes e autoprodutores, entre esses agentes e seus consumidores, bem como entre os usuários dos reservatórios de usinas hidrelétricas;

219 Art. 18. A atuação da ANEEL para a finalidade prevista no inciso V do art. 3º da Lei n. 9.427, de 1996, será exercida direta ou indiretamente, de forma a:
I - dirimir as divergências entre concessionários, permissionários, autorizados, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e os consumidores, inclusive ouvindo diretamente as partes envolvidas;
II - resolver os conflitos decorrentes da ação reguladora e fiscalizadora no âmbito dos serviços de energia elétrica, nos termos da legislação em vigor;
III - prevenir a ocorrência de divergências;
IV - proferir a decisão final, com força determinativa, em caso de não entendimento entre as partes envolvidas;

O Regimento Interno da agência em questão, aprovado pela Portaria MME n. 349/1997,[220] prevê algumas atividades a serem realçadas. O artigo 17, incisos I a III, atribui ao Diretor-Ouvidor, apoiado pela Superintendência de Mediação Administrativa, Ouvidoria Setorial e Participação Pública, as incumbências de zelar pela qualidade do serviço público de energia elétrica; de supervisionar o acompanhamento da satisfação dos agentes e dos consumidores; de receber, apurar e solucionar, diretamente ou por intermédio dos órgãos estaduais descentralizados e conveniados, as reclamações dos usuários de energia elétrica, por meio de processos de trabalho e decisão apropriados; e de coordenar as ações de proteção e defesa dos consumidores de energia elétrica.

O artigo 23, inciso III, do referido Regimento Interno, por sua vez, atribui à Superintendência de Mediação Administrativa, Ouvidoria Setorial e Participação Pública, dentre outras incumbências, as atividades de mediação entre os agentes econômicos do setor elétrico e entre esses e seus consumidores; de ouvidoria setorial; de atendimento a reclamações; de acompanhamento da qualidade do atendimento presencial e telefônico ao consumidor; e de realização de pesquisas de satisfa***ção dos consumidores.***

A ANEEL, a partir dos normativos supracitados, implementou duas modalidades de tratamento para as reclamações oriundas de consumidores. A primeira dessas modalidades, embora ofereça a possibilidade de acordo entre os conflitantes, possui abordagem decisória, ao passo que a segunda possui ***ênfase estritamente conciliatória.***[221] No entanto, importante ressalvar que, como detalhado abaixo, não se trata de procedimentos alternativos, de modo que o consumidor, via de regra, fica adstrito a optar pelo primeiro procedimento.

O primeiro procedimento é instaurado a partir do recebimento de uma reclamação pelo *site* da agência. A reclamação do consumidor é processada pela Ouvidoria Setorial da ANEEL e encaminhada para os entes regulados, por meio de sistema de encaminhamento próprio da agência. A depender da resposta apresentada pela distribuidora de energia elétrica, o problema é resolvido diretamente por ela ou, se necessário, uma orientação é emanada pela agência, sem que haja uma busca mais proativa pelo consenso, com a realização de reuniões ou audiências. Caso o consumidor não fique satisfeito com a orientação, pode apresentar um pleito no protocolo oficial

V - utilizar os casos mediados como subsídios para regulamentação.

220 Agência Nacional de Energia Elétrica. Portaria MME n. 349, de 28 de novembro de 1997. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/bprt1997349mme.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

221 Embora não haja norma específica da ANEEL que trate da questão de modo organizado, a diferença entre os procedimentos consta do *site* da agência (Agência Nacional de Energia Elétrica. Superintendência de Mediação Administrativa, Ouvidoria Setorial e Participação Pública – SMA. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/sma>. Acesso em: 20 mai. 2017).

da Agência, que dará ensejo à abertura de processo administrativo com vistas a apurar a conduta do ente regulado. Ao final de todo esse procedimento, a ANEEL posiciona-se quanto ao pleito do consumidor, o que pode dar ensejo, inclusive, à abertura de processo sancionador face ao ente regulado.[222]

A ANEEL, por meio do segundo procedimento, de cunho conciliatório, promove a mediação entre os entes regulados, ou entre esses fornecedores e entre e seus consumidores. Para que a mediação ocorra, deve haver pedido formal por uma das partes envolvidas, com apresentação de petição no setor de protocolo da ANEEL. A agência não dispõe de norma interna sobre o assunto, aplicando diretamente a anteriormente citada Lei n. 13.140/2015. No entanto, a Agência não recepciona, para o procedimento em questão, todos os casos solicitados pelos consumidores. São aceitas, para a mediação, somente discussões que envolvam assuntos não contemplados diretamente pelos regulamentos da Agência. Isso porque a ANEEL entende que os assuntos devidamente regulados não se sujeitam à liberdade negocial inerente ao procedimento de mediação. O entendimento da agência segue a compreensão de que a regulação possui caráter eminentemente prescritivo, de modo que assuntos regulados já estariam devidamente definidos no ordenamento, não havendo razão para discuti-los diante de conflitos.[223]

A ANEEL não apresenta, em seu sítio eletrônico, dados estatísticos relativos aos procedimentos de mediação. De acordo com informação localizada em um trabalho monográfico disponibilizado no *site* da referida agência, de 2000 a 2013, a ANEEL processou 178 processos de mediação, isto é, uma média inferior a 14 casos por ano e próxima a um caso por mês, logrando êxito em 89% (oitenta e nove por cento) deles.[224]

O sítio eletrônico da ANEEL possui seção específica destinada aos consumidores de energia elétrica denominada Espaço do Consumidor.[225] No ambiente em questão, constam informações relativas à atividade regulada consideradas de potencial interesse

---

222 Cadernos Temáticos ANEEL: Ouvidoria Setorial. Brasília, Agência Nacional de Energia Elétrica, 2013. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/documents/656835/14876406/caderno-tematico-Ouvidoria.pdf/28a40900-43b2-431f-8076-d0684e940a4b>. Acesso em: 20 mai. 2017.

223 De acordo com a ANEEL, "o pedido é submetido a uma prévia triagem, visando detectar se a questão está aderente a um processo de mediação, ou seja, se o tema proposto oferece margem de negociação às partes sem ferir os limites da via regulatória". (Cadernos Temáticos ANEEL: solução de divergências – Mediação. Brasília, Agência Nacional de Energia Elétrica, 2008, p. 21. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/documents/656835/14876406/CT_+8_Mediacao_2008.pdf/70f072f3-9059-40e5-b9d5-1716b16edb6b>. Acesso em: 20 mai. 2017).

224 ARANTES, Eduardo Espíndola e. *A Mediação na Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL*. Brasília, Agência Nacional de Energia Elétrica, 2014, p. 34. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Monografia_Pos_Graduacao_Eduardo_Arantes.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

225 BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. Espaço do consumidor. Disponível em: <http://www2.

dos consumidores, como seus direitos, deveres e esclarecimentos sobre reajustes. Há também, no Espaço do Consumidor, *link* para acesso à supracitada ferramenta destinada ao registro de reclamação a ser processada pela Ouvidoria Setorial.

Conforme anteriormente citado, não há opção para pleito afeto ao instrumento de mediação, o qual exige petição formal protocolizada na agência. A ANEEL proporciona também, aos consumidores do setor, o *Ranking* da Continuidade, que possui o objetivo de comparar o desempenho das distribuidoras de energia elétrica, avaliando seu nível de continuidade na prestação de serviço.[226]

2.2.3. Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT)

O serviço público de transporte, desde seus primórdios, mantinha vínculo estreito com o Poder Público, sujeitando-se, de início, ***à propriedade e à*** operação direta pelo Estado. O setor ferroviário, impulsionado inicialmente, ainda no século XIX, por livre iniciativa de capital privado inglês e por cafeicultores paulistas, foi nacionalizado durante o início do século XX, de modo que, em 1929, o Estado era proprietário de 67% das companhias ferroviárias em operação no Brasil, o que se manteve estável nas décadas seguintes, com a edição da Lei n. 3.115/1957, instituidora da Rede Ferroviária Federal S.A..[227]

O setor rodoviário, por sua vez, teve como marco o Decreto-Lei n. 8.463/1945 (alcunhado Lei Joppert), que, dentre outras providências, criou o Fundo Rodoviário Nacional, destinado à construção, conservação e melhoramentos das rodovias compreendidas no Plano Rodoviário Nacional e a prestar auxílio aos Estados, Territórios e Distrito Federal para a execução dos sistemas rodoviários regionais.

Tendo em vista o intuito pós-Segunda Guerra Mundial de implantação de uma malha rodoviária de abrangência nacional, mais da metade dos investimentos governamentais eram dirigidos ao setor de transportes até meados da década de 1960, valor que permaneceu muito representativo até o final da década de 1970, quando essa fração ainda era de um terço. Os investimentos em questão, no entanto, tiveram de cessar durante a década de 1980, devido à queda no crescimento econômico.[228]

---

aneel.gov.br/cedoc/bprt1997349mme.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

226 BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. Ranking da Continuidade. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/ranking-da-continuidade?inheritRedirect=true>. Acesso em: 20 mai. 2017.

227 CASTRO, Newton de. Privatização do setor de transportes no Brasil, i*n A privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 2000. p. 226-227.

228 CASTRO, Newton de. Privatização do setor de transportes no Brasil, *in A privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 2000. p. 225.

A Constituição Federal de 1988 sacramentou a redução na participação do Estado quanto às atividades produtivas e quanto aos investimentos em infraestrutura, realçando o papel da iniciativa privada, principalmente em função da abertura econômica, que trouxe impactos para questões afetas ao comércio exterior, frente ao qual o transporte é fundamental.[229] O artigo 21, inciso XII, alíneas "d" e "e", da Constituição, estabeleceu como competência da União Federal explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de transporte ferroviário e de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros.

A Lei n. 10.233/2001, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, criou a ANTT, com vistas a proporcionar, por meio de uma regulação eficiente, um ambiente dotado de condições adequadas e estáveis para a atuação da iniciativa privada, visando a atrair investimentos no setor de transportes terrestres. A estrutura de proteção aos consumidores prevista por essa Lei apresenta-se mais indireta do que dispuseram as Leis vistas acima, referentes à ANATEL e à ANEEL.

O artigo 11, incisos I, II e III, da Lei n. 10.233/2001 prevê, dentre os princípios gerais do gerenciamento da infraestrutura e da operação dos transportes aquaviário e terrestre, a preservação do interesse nacional; a promoção do desenvolvimento econômico e social; a unidade nacional; a integração regional; e a proteção dos interesses dos usuários quanto à qualidade e oferta de serviços de transporte e dos consumidores finais quanto à incidência dos fretes nos preços dos produtos transportados.

O artigo 20 da referida Lei, por sua vez, prevê como um dos objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infraestrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a "garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas".

A Lei, então, adentra a questão da resolução extrajudicial de conflitos, no ponto em que o referido artigo 20 prevê como um dos objetivos das referidas Agências buscar a harmonia entre os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita

229 CASTRO, Newton de. Privatização do setor de transportes no Brasil, *in A privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 2000. p. 225-226.

ou infração da ordem econômica, preservado sempre o interesse público. A Lei prevê também, em seus artigos 35, inciso XVI, e 39, inciso XI, fora do escopo de atuação das agências em questão, que os contratos de concessão e de permissão devem conter regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem.

O Decreto n. 4.130/2002, que, dentre outras providências, aprovou o Regulamento da ANTT, não olvidou da proteção consumerista e estabeleceu, em seu artigo 2.º, inciso II, alínea "a", como uma das finalidades da Agência "garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas". O artigo 3.º, parágrafo 3.º, por sua vez, definiu que a ANTT deve articular sua atuação com a do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, com o escopo de atribuir eficácia ***à*** proteção e ***à*** defesa do consumidor dos serviços de transportes terrestres.

No que se refere a mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos, o Decreto em questão previu também como finalidades da ANTT harmonizar os interesses dos usuários – o Decreto, neste ponto, não utiliza a expressão *consumidores* – com os dos prestadores de serviços, preservado o interesse público, e arbitrar conflitos de interesses, de modo a embaraçar situações configuradoras de competição imperfeita ou de infração ***à*** ordem econômica. Note-se que não há previsão direta do referido Decreto no que tange à aplicação de mecanismos como conciliação ou mediação, mas houve menção à ideia de harmonizar interesses. O artigo 3.º, incisos XXVIII e XXX, ainda previu as competências do regulador de arbitrar disputas que surgirem entre os prestadores de serviços e os usuários, bem como de atuar na defesa e proteção dos direitos dos usuários, reprimindo as infrações e compondo ou arbitrando conflitos de interesses.

O Regimento Interno da ANTT, aprovado pela Resolução n. 3.000/2009,[230] no que concerne à resolução extrajudicial de conflitos, prevê em seu artigo 63, inciso V, que compete à Superintendência de Serviços de Transporte de Passageiros "atuar na mediação de conflitos de interesses entre os operadores e entre estes e os consumidores dos serviços". O artigo 73-D, inciso VIII, por sua vez, imputa à Superintendência de Infraestrutura e Serviços de Transporte Ferroviário de Cargas a atribuição para "harmonizar interesses e conflitos entre prestadores de serviços e entre estes e usuários, bem como promover os processos de mediação e arbitramento relacionados ao transporte ferroviário de cargas".

---

230 BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. Regimento Interno. Disponível em: <http://www.antt.gov.br/textogeral/Regimento_Interno.html>. Acesso em: 20 mai. 2017.

A ANTT possui, portanto, norma regimental segundo a qual a Agência deve atuar na mediação de conflitos entre operadores e consumidores dos serviços regulados. Ocorre que, na realidade, referida atuação inexiste. A ANTT não implementou instrumentos capazes de satisfazer o dever imposto por seu próprio Regimento Interno de participar da resolução extrajudicial de conflitos entre os entes regulados e seus consumidores. A Agência em questão limita-se a receber as reclamações apresentadas por usuários dos serviços por ela regulados e a verificar a possibilidade de ocorrência de infrações a normas, com vistas a instaurar eventual processo administrativo sancionador. Foi realizado questionamento à ANTT, com o intuito de obter mais informações sobre a pesquisa em questão, nos termos do Anexo B ao presente trabalho, ocasião em que a Agência manifestou-se no sentido de que não teria competência para atuar na resolução extrajudicial de conflitos e recomendou ao demandante "procurar os ***órgãos*** com competência sobre a questão, PROCON e/ou Juizado de Pequenas Causas" Afirmou também que "ainda que fosse aberto um processo administrativo nesta Agência, ele versaria sobre os aspectos operacionais da prestação do serviço, não sobre as indenizações por danos".

A ANTT, em seu sítio eletrônico, dispõe de uma página dedicada aos passageiros dos serviços de transporte rodoviário e ferroviário regulados,[231] em que expõe dados das companhias habilitadas para operar, seus horários, tarifas, enumera direitos e deveres dos consumidores do serviço, além de outras informações de interesse geral. Nessa página, há também um *link* que direciona para o canal de contato do usuário com a agência.[232] No entanto, por meio desse canal, não há qualquer ferramenta que possibilite ao usuário registrar uma reclamação na Agência. Há apenas números de telefones para contato direto com servidores da ANTT. O cadastro de eventuais reclamações somente é possível por meio do canal Fale Conosco.[233] No entanto, não fica claro qual tipo de tratamento a Agência confere a eventuais pedidos de intervenção de cunho conciliatório.

2.2.4. Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ)

A atividade de controle dos transportes aquaviários foi historicamente atrelada ao Estado Brasileiro, tendo em vista que, até o desenvolvimento da aviação, era o

231 BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. Passageiros. Disponível em: <http://www.antt.gov.br/passageiros/index.html>. Acesso em: 20 mai. 2017.

232 BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. Entre em contato. Disponível em: <http://www.antt.gov.br/passageiros/Entre_em_contato.html>. Acesso em: 20 mai. 2017.

233 BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. Fale conosco. Disponível em: <http://www.antt.gov.br/faleConosco/index.html>. Acesso em: 20 mai. 2017.

único canal de entrada e saída de mercadorias para o comércio exterior. No entanto, desde cedo o Poder Público conheceu os benefícios de utilização de parceria com o setor privado para a execução do serviço público. Em 1888, com a concessão do porto de Santos para a iniciativa privada, este veio a se tornar o mais importante porto brasileiro, em termos de movimentação. Em 1934, foi editada a primeira regulamentação brasileira de caráter abrangente para portos, definindo, dentre outros assuntos, os tipos de serviços portuários e os aspectos concernentes à utilização das instalações portuárias.[234]

A participação privada na atividade foi considerada pelo Decreto n. 24.599/1934, que previu a possibilidade de concessão, para a iniciativa privada, de obras e de exploração do tráfego. Até meados da década de 1970, os portos eram explorados pelos Estados, por empresas estatais ou por concessionárias privadas. Em 1975, o setor sofreu uma importante centralização, em razão da Lei n. 6.222/1975, que criou a Portobrás, empresa pública vinculada ao Ministério dos Transportes que veio a se tornar o órgão central do sistema portuário e hidroviário brasileiro.[235]

Ao final da década de 1980, a Constituição Federal estabeleceu, em seu artigo 21, inciso XII, alíneas "d" e "f", a competência da União para explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de transporte aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território, e para explorar os portos marítimos, fluviais e lacustres. Com o estabelecimento dos novos preceitos constitucionais, foi promulgada a Lei n. 8.029/1990, que autorizou a dissolução da Portobrás, fato que, posteriormente, deu ensejo à reforma do sistema portuário, notadamente com a Lei n. 8.630/1993, que redefiniu o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias.

O revisado sistema portuário deu ensejo, então, à criação da ANTAQ pela Lei n. 10.233/2001 (criadora também da ANTT), que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre. A ANTAQ, nesse contexto, foi designada para proporcionar, por meio de uma regulação eficiente, um ambiente com condições adequadas e estáveis para a atuação privada, visando a atrair investimentos no setor de transportes aquaviários e portos. Os comentários referentes à Lei n. 10.233/2001

---

234 Foram editados diversos Decretos, cada um dedicado a uma temática, em vez de um único normativo organizado. Vide, exemplificativamente, os Decretos n. 23.860/1934, n. 24.063/1934, n. 24.188/1934, n. 24.447/1934, n. 24.508/1934, n. 24.511/1934, n. 24.548/1934, n. 24.599/1934 e n. 24.729/1934.

235 CASTRO, Newton de. Privatização do setor de transportes no Brasil, *in A privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 2000. p. 227-229.

constantes do subitem anterior, no que tange à proteção aos consumidores e aos mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos aplicam-se igualmente à ANTAQ, conforme acima explicitado.

O Decreto n. 4.122/2002, responsável por estabelecer o Regulamento da ANTAQ, ostentou o mesmo formato do Decreto relativo à ANTT, tendo estabelecido, em seu artigo 2.º, inciso II, alínea "a", como uma das finalidades da Agência "garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas". Assim como no caso da ANTT, o Decreto da ANTAQ previu em seu artigo 3.º, parágrafo 6.º, a atribuição da Agência de articular sua atuação com a do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, com o escopo de atribuir eficácia à proteção e à defesa do consumidor dos serviços de transportes aquaviários.

No que se refere a mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos, o Decreto em questão previu, em seu artigo 2.º, inciso II, alíneas "b" e "c", as finalidades da ANTAQ de harmonizar os interesses dos usuários com os interesses dos prestadores de serviços, preservado o interesse público, e arbitrar conflitos de interesses, de modo a embaraçar situações configuradoras de competição imperfeita ou de infração à ordem econômica. O artigo 3.º, incisos XLII e XLIV, ainda previu as competências do regulador de arbitrar disputas que surgirem entre os prestadores de serviços e os usuários, bem como de atuar na defesa e proteção dos direitos dos usuários, reprimindo as infrações e compondo ou arbitrando conflitos de interesses.

O Regimento Interno da ANTAQ, aprovado pela Resolução n. 3.585/2014,[236] no que se refere a mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos, definiu, em seu artigo 4.º, inciso XLIII, a competência da Agência para atuar na defesa e na proteção dos direitos dos usuários (consumidores), reprimindo as infrações e compondo ou arbitrando conflitos de interesses. Diferentemente do Regimento Interno da ANTT, não há qualquer menção específica à realização de procedimento de mediação.

O *site* da ANTAQ na *internet* disponibiliza para o consumidor do setor uma página específica da Ouvidoria,[237] na qual, em suma, consta uma cartilha com informações sobre direitos e deveres de usuários,[238] um *link* para a página de registro de

236 BRASIL. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. ANTAQ Juris. Regimento Interno. Disponível em: <https://antaq.wordpress.com/2015/10/02/3585-14-2/>. Acesso em: 20 mai. 2017.

237 BRASIL. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Ouvidoria. Disponível em: <http://portal.antaq.gov.br/index.php/ouvidoria/>. Acesso em: 20 mai. 2017.

238 Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Direitos e deveres dos passageiros. Disponível em: <http://portal.antaq.gov.br/index.php/direitos-e-deveres-dos-passageiros/>. Acesso em: 20 mai. 2017.

manifestações[239] e uma breve explicação sobre a atuação da ANTAQ no que concerne às solicitações atendidas pela Ouvidoria. De acordo com a página, a Ouvidoria da ANTAQ possui como objetivos "assegurar os direitos do cidadão, responder com clareza a todas as informações solicitadas, orientar como proceder para solucionar o problema e melhorar a qualidade do atendimento e sua atuação no setor regulado".

Não há no *site* da ANTAQ qualquer menção a mecanismos de resolução de conflitos coordenados pela Agência. No Relatório Anual de 2016 da Ouvidoria da ANTAQ, consta a informação de que mediação é um dos procedimentos que podem ser adotados pela instituição, a depender do caso concreto apresentado. No entanto, não há qualquer menção no Relatório de algum episódio de mediação que tenha sido realizada pela instituição.[240]

Foi realizada consulta à ANTAQ, com a finalidade de obtenção de informações adicionais sobre o objeto da presente pesquisa, nos moldes do Anexo C ao presente trabalho, ocasião em que a Agência respondeu que possui competência para atuar na resolução consensual de conflitos, mas que teria sido provocada em poucas oportunidades. Destacou inexistir histórico de solução de conflitos e que há tratativas internas para publicar regulamento específico sobre a matéria. A Agência sob comento, a despeito de ter realçado a inexistência de histórico de solução de conflitos, salientou ainda que a ausência do regulamento em questão "não tem impedido de realizar tentativas para a solução consensual dos conflitos".

2.2.5. Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC)

A atividade de aviação civil no Brasil, desde seus primórdios, sujeitou-se à regulação pelo Estado, tendo em vista o fato de se tratar de atividade estratégica para a defesa e o desenvolvimento nacional. O Decreto n. 19.902/1931 instituiu o Departamento de Aeronáutica Civil, vinculado ao então Ministério da Viação e Obras Públicas, com a finalidade de "superintender os serviços relativos à aeronáutica civil e comercial", conforme artigo 1.º do Decreto. Em 1941, com a criação do Ministério da Aeronáutica, este recebeu a incumbência de manter sob sua vinculação o Departamento de Aeronáutica Civil, nos termos do artigo 4.º do Decreto-Lei n. 2.961/1941. Ao final da década de 1960, com a instituição do Sistema de Aviação Civil do Ministério da

239 BRASIL Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Cadastro de manifestação. Disponível em: <http://web.antaq.gov.br/Portal/OuvidorV2/ManifestacaoCadastrar.aspx>. Acesso em: 20 mai. 2017.

240 BRASIL. Relatório Anual de 2016 – Ouvidoria. Brasília: Agência Nacional de Transportes Aquaviários, 2017, p. 11. Disponível em: <http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2016/10/relat%C3%B3rio-anual-de-ouvidoria-2016.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

Aeronáutica pelo Decreto n. 65.144/1969, o órgão regulador em questão teve sua nomenclatura alterada para Departamento de Aviação Civil.

Em 1988, o artigo 21, inciso XII, alínea "c", da Constituição Federal, atribuiu à União a competência para explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços públicos de navegação aérea, de navegação aeroespacial e da infraestrutura aeroportuária. A matéria é descrita com maior detalhamento pela Lei n. 7.565/1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica), sendo importante adiantar que, em síntese, os serviços públicos em questão contemplam a segurança da navegação aérea (atualmente sob a competência do Comando da Aeronáutica),[241] a navegação aeroespacial (temática vinculada à Agência Espacial Brasileira),[242] os serviços aéreos públicos[243] e os serviços de exploração de aeródromos públicos (atualmente vinculados à regulação da ANAC, como detalhado abaixo).[244]

O caminho natural para a regulação do setor, com base na anteriormente citada tendência de instituição de agências reguladoras, foi o seu repasse para a administração pública civil. A regulação do setor de aviação civil foi repassada do Departamento de Aviação Civil para a gestão civil da administração pública com a criação da ANAC

---

241 Importante ressalvar que a regulação da aviação civil não foi inteiramente transmitida para a ANAC. O Comando da Aeronáutica permaneceu como regulador de determinadas atribuições afetas à navegação aérea, nos termos do artigo 18, inciso II, da Lei Complementar n. 97/1992 (segundo o qual compete à Aeronáutica prover a segurança da navegação aérea) e do artigo 8.º, parágrafo 6.º, da Lei n. 11.182/2005 (segundo o qual "o Sistema de Controle do Espaço Aéreo Brasileiro será explorado diretamente pela União, por intermédio do Comando da Aeronáutica, ou por entidade a quem ele delegar") e afetas à investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos, nos termos do artigo 8.º, inciso XXI, da Lei n. 11.182/2005, que atribui à ANAC a atribuição para "regular e fiscalizar a infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, com exceção das atividades e procedimentos relacionados com o sistema de controle do espaço aéreo e com o sistema de investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos".

242 A Agência Espacial Brasileira é uma autarquia federal, criada pela Lei n. 8.854/1994, de natureza civil, e não militar (o que foi especialmente realçado pelo artigo 1º da citada Lei), atualmente vinculada ao Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI), instituída com a finalidade de promover o desenvolvimento das atividades espaciais de interesse nacional. Em síntese, suas atribuições cingem-se à formulação, à coordenação e à execução da Política Espacial Brasileira.

243 De acordo com o artigo 175 do Código Brasileiro de Aeronáutica, os "serviços aéreos públicos abrangem os serviços aéreos especializados públicos e os serviços de transporte aéreo público de passageiro, carga ou mala postal, regular ou não regular, doméstico ou internacional". A exploração dos serviços aéreos públicos, de acordo com o artigo 180 do citado Código, depende de prévia concessão, quando se tratar de transporte aéreo regular, ou de autorização no caso de transporte aéreo não regular ou de serviços especializados. A Lei n. 11.182/2005 estabelece que compete à ANAC conceder, permitir ou autorizar a exploração de serviços aéreos.

244 De acordo com o artigo 37 do Código Brasileiro de Aeronáutica, os aeródromos públicos são aqueles que podem ser usados "por quaisquer aeronaves, sem distinção de propriedade ou nacionalidade, mediante o ônus da utilização, salvo se, por motivo operacional ou de segurança, houver restrição de uso por determinados tipos de aeronaves ou serviços aéreos". O artigo 36 do referido Código estabelece que os aeródromos públicos serão construídos, mantidos e explorados diretamente, pela União, por empresas especializadas da Administração Federal Indireta ou suas subsidiárias, vinculadas ao Ministério da Aeronáutica, mediante convênio com os Estados ou Municípios ou por concessão ou autorização. Os aeródromos públicos diferem dos aeródromos privados, pois estes, conforme artigo 30, parágrafo 2º, do citado Código, "só poderão ser utilizados com permissão de seu proprietário, vedada a exploração comercial".

pela Lei n. 11.182/2005. Referida Lei estabeleceu, em seu artigo 8.º, competir à ANAC adotar medidas necessárias para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária do Brasil, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade, resguardado, em todos os casos, o interesse público.

Especificamente no que concerne à finalidade de proteção dos consumidores do setor de aviação civil, a Lei em questão não foi direta. Em um dos poucos trechos em que a Lei trata diretamente do usuário da atividade, o artigo 8.º, inciso XXXV, definiu que compete à ANAC "reprimir infrações à legislação, inclusive quanto aos direitos dos usuários, e aplicar as sanções cabíveis". Sabe-se que, em diversos trechos da Lei n. 11.182/2005, há normas destinadas, em última análise, à proteção dos usuários do setor, principalmente aquelas concernentes às obrigações de manutenção da segurança operacional e da segurança da aviação civil contra atos de interferência ilícita por parte dos entes atuantes no setor, à regulação econômica de aeroportos, ao acompanhamento do mercado de transporte aéreo e à participação da sociedade nas decisões, como no artigo 10, parágrafo 4.º, que define que *as sessões deliberativas da Diretoria que se destinem a resolver pendências entre agentes econômicos, ou entre estes e usuários da aviação civil, serão públicas*.

No entanto, diferentemente das Leis supracitadas, atinentes às demais agências, não há indicação clara e direta sobre o intuito de proteção aos usuários ou consumidores da atividade, muito embora a ANAC tenha sido a última agência reguladora criada, dentre as estudadas. Considerando-se o inequívoco amadurecimento crescente da consciência social sobre a importância do Direito do Consumidor na nossa sociedade, seria natural que a Lei em questão fosse, reveladamente, mais preocupada e protetiva quanto aos direitos dos consumidores, e não mais lacônica.

No que tange à temática da resolução extrajudicial de conflitos, referida Lei também apresentou timidez, esquecendo-se das lides que envolvam os entes regulados e os consumidores, destinatários finais da atividade. O artigo 8.º, inciso XX, da Lei sob comento previu apenas uma modalidade de composição consensual que abrange dois de seus entes regulados, definindo que compete à ANAC "compor, administrativamente, conflitos de interesses entre prestadoras de serviços aéreos e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária".

O Decreto n. 5.731/2006, que dispôs sobre a instalação, a estrutura organizacional da ANAC e aprovou o seu Regulamento, foi um pouco além e estabeleceu, em seu artigo 9.º, inciso VI, que compete à ANAC, no exercício do seu poder normativo e do

poder de coordenação, supervisão e fiscalização dos serviços aéreos e da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, disciplinar a outorga, a exploração, a administração e a utilização dos serviços aéreos e de infraestrutura, com vistas a assegurar os direitos dos usuários.

O Decreto em questão também deu um passo adiante, no que tange à atribuição da Agência para atuar na resolução extrajudicial de conflitos. Além de repetir a supracitada previsão constante da Lei de Criação da ANAC, o Decreto incluiu, em seu artigo 9.º, inciso VII, a previsão de que a ANAC deve "arbitrar conflitos de interesse". O Decreto instituiu também as competências da Ouvidoria da Agência, atribuindo-lhe, dentre outras funções, as incumbências de receber e apurar reclamações dos cidadãos e usuários da aviação civil, bem como de promover as ações necessárias à apuração da veracidade das reclamações, solicitando providências para o saneamento das irregularidades constatadas.

O Regimento Interno da ANAC, aprovado pela Resolução n. 381/2016,[245] possui importante previsão em seu artigo 32, inciso III, de que compete à Superintendência de Acompanhamento de Serviços Aéreos *promover a proteção e defesa coletiva dos direitos dos usuários dos serviços de transporte aéreo público.* ***Não há, no citado Regimento, contudo,*** de modo direto, a obrigação da Agência de atuar na resolução consensual de conflitos. No que concerne a essa temática, o referido Regimento limita-se a previsões alheias aos interesses dos consumidores, prevendo, em seu artigo 32, inciso III, alíneas "a" e "b", que compete à citada Superintendência de Acompanhamento de Serviços Aéreos compor, administrativamente, conflitos de interesse entre prestadoras de serviços aéreos entre si e entre prestadoras de serviços aéreos e prestadoras de serviços de infraestrutura aeroportuária. Em adição, o artigo 41, inciso V, alíneas "a" e "b", prevê a competência da Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos para compor, administrativamente, conflitos de interesses entre prestadoras de serviços de infraestrutura aeroportuária entre si e entre prestadoras de serviços aéreos e prestadoras de serviços de infraestrutura aeroportuária.

Localizou-se, ainda, no que concerne às atribuições da ANAC de atuar na resolução extrajudicial de conflitos, o artigo 11, parágrafo 2.º**, da Resolução n. 302/2014,**[246] que dispõe sobre critérios e procedimentos para a alocação

245 BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. Regimento Interno. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-3 81-14-06-2016-1/@@display-file/arquivo_norma/RA2016-0381%20-%20Retificada.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

246 BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. Resolução n. 302, de 05 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2014/resolucao-no-302-de-05-02-2014/@@display-file/arquivo_norma/RA2014-0302.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

e remuneração de áreas aeroportuárias. Segundo a citada Resolução, cabe à ANAC compor, administrativamente, conflitos de interesses não resolvidos por meio de acordos diretos estabelecidos entre as partes contratantes da alocação das áreas aeroportuárias.

Importante salientar, todavia, que a ANAC foi além de suas atribuições regimentais ao aderir ao sistema *Consumidor.gov.br.* Dentre as agências reguladoras estudadas, somente a ANAC aderiu a essa plataforma, por meio do Acordo de Cooperação Técnica n. 2/2016/ANAC/SENACON-MJ, firmado entre a referida Agência e a Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça e Cidadania (Senacon/MJC), publicado no Diário Oficial da União em 26 de dezembro de 2016.[247] Trata-se de um esforço da Agência com vistas a encampar instrumento de resolução extrajudicial consensual de conflitos entre consumidores e entes regulados. O procedimento de resolução consensual de conflitos chegou ao setor da aviação civil com a participação da Agência na plataforma eletrônica, visto que as companhias aéreas participantes sabem que há monitoramento contínuo da ANAC sobre os conflitos lá apresentados.

Ressalva-se, contudo, que o referido canal não dispõe de mediador ou de conciliador para auxiliar na busca pela solução pacífica do desentendimento. A autarquia não participa efetivamente do procedimento, deixando de contribuir com seu conhecimento técnico para elucidar questões junto às partes. Como proveito de sua participação no sistema, a Agência obtém acesso direto aos dados de solução de conflitos coletados pelo canal, o que pode auxiliar a ANAC, de forma remota, a estudar os indicadores e, com isso, aprimorar seus regulamentos, com vistas a transformar o mercado regulado em um ambiente menos sujeito a beligerâncias.

A atuação da ANAC no que se refere à resolução extrajudicial de conflitos também resta limitada pelo fato de que somente empresas aéreas aderiram à referida ferramenta, até o momento. Para que a atuação da agência seja contemplada de um modo mais amplo, vislumbra-se a possibilidade de que, futuramente, passageiros que estejam em trânsito em determinado aeroporto e que tenham problemas decorrentes de relação de consumo possam participar também do procedimento, desde que os operadores

247 "Espécie: Acordo de Cooperação Técnica nº 02/2016/ANAC/SENACON-MJ. Processo: 00058.049060/2012-15. Partícipes: Secretaria Nacional do Consumidor – SENACON, por intermédio do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC, e a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC; Objeto: adesão ao Sistema de Solução Alternativa de Conflitos CONSUMIDOR.GOV.BR, mantido pela Senacon por meio da plataforma tecnológica de informação, interação e compartilhamento de dados.; Vigência: 24 (vinte e quatro) meses, a contar da data de publicação; Signatários: Armando Luiz Rovai, Secretário Nacional do Consumidor – SENACON, e José Ricardo Pataro Botelho de Queiroz, Diretor-Presidente da ANAC; Data de Assinatura: 20/12/2016." (Diário Oficial da União n. 247, de 26 de dezembro de 2016, Seção 3, p. 130).

aeroportuários cadastrem-se no sistema, ao passo que a adesão ao canal Consumidor.gov.br é voluntária. Essa situação de desentendimento entre consumidor e aeroporto, atualmente, acarreta a necessidade de acionamento judicial do operador do aeródromo, caso o passageiro deseje pleitear eventual direito ou buscar uma reparação de danos.

Tendo em vista se tratar de uma iniciativa recente da ANAC, em vigor desde março de 2017, ainda não foram publicados pela Agência quaisquer resultados obtidos por meio do monitoramento do canal. No entanto, a plataforma online *Consumidor.gov.br* permite a extração de alguns dados específicos do setor "Transporte Aéreo", estabelecendo *rankings* das empresas aéreas, com base no índice de solução das reclamações, no índice de satisfação dos reclamantes, no prazo médio de resposta e no percentual de reclamações respondidas. É possível localizar, inclusive, por meio da aba "Relato do Consumidor", os casos narrados pelos consumidores do setor, as respostas apresentadas pelas companhias, e a posterior avaliação do usuário, inclusive com nota para o atendimento.[248]

Para os consumidores que prefiram contato direto com a ANAC, h***á possibilidade de utilização do*** sítio eletrônico da Agência, por meio do qual, em sua página inicial, é possível acessar o *link Fale com a ANAC*. O *link* em questão direciona o usuário para uma página que, em primeiro lugar, apresenta as situações que devem ser direcionadas para a ferramenta *Consumidor.gov.br* – "atendimento de reclamações sobre os serviços prestados pelas empresas aéreas nacionais, solicitação de ressarcimentos de dano e diálogo e negociação direta com as empresas aéreas". A página indica também os casos a serem registrados via canal *Fale com a ANAC* – "envio de elogios, críticas e sugestões sobre os serviços prestados pela ANAC, reclamações e denúncias contra entes regulados (empresas aéreas, escolas de aviação, aeroportos, pilotos etc.) e pedidos de informações sobre normas da ANAC".

2.3. A eficiência da atuação das agências reguladoras diante de conflitos que envolvam entes regulados e consumidores

O quadro fático explanado pela pesquisa de campo acima realizada acarreta a necessidade de se verificar, com base em uma análise pautada pelo princípio jurídico-constitucional da eficiência, se as agências reguladoras ora estudadas estão agindo de modo apropriado diante de conflitos que envolvam entes por elas regulados e os

248 Consumidor.gov.br. Indicadores. Disponível em: <https://www.consumidor.gov.br/pages/indicador/geral/abrir>. Acesso em: 20 mai. 2017.

consumidores dos respectivos setores.

A ideia de eficiência permeia a administração pública na atualidade, embora, como será demonstrado adiante, não haja consenso quanto à sua definição jurídica. A doutrina administrativista reconhece a importância da eficiência para o Direito Administrativo, especialmente em virtude do fato de que se trata de princípio constitucional expresso.

Importante observar, nesse sentido, que a realização de uma avaliação jurídico-acadêmica de determinado assunto com base no princípio da eficiência exige, como pressuposto, a demonstração da compreensão conceitual do referido princípio sob a ótica do Direito, conforme será apresentado adiante.

2.3.1. Delimitação técnica de eficiência para os fins jurídicos da presente análise

A delimitação técnica de eficiência para os fins do presente trabalho possui correlação direta com as noções relacionadas ao princípio jurídico homônimo previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal como um dos fundamentos norteadores da administração ***pública.*** O presente trabalho, conforme anteriormente demarcado, possui como escopo avaliar, por meio de um análise pautada no princípio da eficiência, a qualidade da atuação das agências reguladoras perante conflitos que envolvam consumidores e entes regulados. Dessa forma, uma consideração importante para o presente trabalho diz respeito à necessidade de traçar uma delimitação técnico-jurídica acerca desse princípio.

Grande parte dos autores considerados como *constitucionalistas clássicos* não entende a eficiência como um princípio jurídico, em razão de, segundo eles, ostentar viés meramente econômico. José Afonso da Silva, exemplificativamente, afirma de modo direto que a eficiência não consiste em um conceito jurídico, mas econômico, pois orienta a Administração a obter melhores resultados com o menor custo possível. Segundo o autor, a eficiência administrativa decorre do melhor emprego de recursos e meios para atender, de modo isonômico, às necessidades da coletividade.[249]

Em obra conjunta, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, no mesmo sentido, definem que o princípio da eficiência consubstancia a exigência de que os gestores públicos busquem otimizar a utilização dos recursos disponibilizados pela sociedade para a satisfação de suas variadas

249 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 671-672.

necessidades.[250]

Alexandre Mazza, por sua vez, entende que classificar a eficiência como um princípio jurídico-administrativo não faria sentido, pois "a busca de uma ação estatal eficiente será legítima apenas se respeitados os procedimentos determinados no ordenamento jurídico", De acordo com esse entendimento, não seria possível ao gestor público, sob a escusa de busca pela eficiência, praticar ato administrativo que não estivesse determinado no ordenamento jurídico.[251]

Pretende-se demonstrar, entretanto, para corroborar os objetivos finais da presente dissertação, que o princípio da eficiência, previsto pela Constituição Federal como um dos preceitos básicos da administração p**ública,** não se limita às definições retromencionadas, possuindo conteúdo de cunho jurídico, e, por conseguinte, deve ser entendido como um princípio referente ao Direito, e não às ciências econômicas.

Veja-se, inicialmente, que a Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, alterou o artigo 37 da Constituição Federal, para incluir a eficiência como um dos princípios que regem a administração p**ública, ao lado de outros** quatro, também de caráter eminentemente jurídicos, quais sejam o da legalidade, o da impessoalidade, o da publicidade e o da moralidade.

O princípio da legalidade vincula a administração pública a praticar atos fundamentados em norma; o da impessoalidade atrela a administração à busca pelo interesse público de modo isonômico, isento de preconceitos ou influências pessoais; o da publicidade determina que a administração deve divulgar amplamente seus atos, com vistas a torná-los legítimos e eficazes; já o princípio da moralidade coloca a boa-fé e a probidade como referenciais a serem seguidos pelos administradores públicos.[252] Note-se que, decerto, os princípios em questão foram enumerados pelo citado artigo 37 com conotação eminentemente jurídica. As correlações conceituais relativas a cada um dos princípios citados suscitam elementos intrínsecos ao Direito, como a normatividade, a isonomia, a legitimidade, a eficácia, a boa fé e a probidade. O princípio da eficiência, por sua vez, inserido no mesmo contexto, pode ser tratado sob uma ótica jurídica.

Os princípios jurídicos são ordenações das quais derivam os microssistemas

---

250 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 834.

251 MAZZA, Alexandre. *Agências Reguladoras*. São Paulo: Malheiros, 2005. Coleção Temas de Direito Administrativo, v. 13, p. 144.

252 MAZZA, Alexandre. *Agências Reguladoras*. São Paulo: Malheiros, 2005. Coleção Temas de Direito Administrativo, v. 13, p. 128-143.

normativos, são *núcleos de condensações* dotados de diversos valores e bens constitucionais.[253] Os princípios contêm a ideia central do sistema jurídico, apta a conferir-lhe sentido lógico-racional, mas os princípios prestam-se também, em sentido jurídico-pragmático, ao balizamento do profissional do Direito para que consiga solucionar problemas concretos que se apresentem, funcionando como verdadeiras normas jurídicas.[254]

Os princípios jurídicos que norteiam a administração p**úblicа têm como estrela-guia o interesse público**, referência fundamental e inarredável a todo estudo administrativo-constitucional. O interesse público é o norte de todas as atividades da administração pública, em um Estado Democrático de Direito, haja vista que, por essência, este deve prezar pelos direitos fundamentais e pelo bem-estar coletivo, e não apenas por direitos subjetivamente considerados caso a caso.[255] Adianta-se, assim, que a definição do princípio da eficiência pretendida pelo presente estudo deve ter como propósito o atingimento do interesse público.

A violação ou o não atendimento a um princípio constitucional possui sérias consequências para o ordenamento jurídico como um todo, ao passo que a construção deste sistema deve considerar, necessariamente, a premissa de atendimento aos princípios previstos pela Constituição.[256] Nesse sentido, é necessário averiguar a medida exata do significado jurídico do princípio da eficiência, sem que comprometam quaisquer das outras noções a ele inerentes, a fim de evitar que ocorra a sua transgressão por desconhecimento.

O princípio da eficiência, em sentido jurídico refere-se à necessidade de que um ente ou de **órgão da** administração p**úblicа** atenda ao seu propósito existencial, segundo sua definição jurídica. O Direito disponibiliza, por meio de uma lei ou por meio de um sistema normativo mais complexo com várias fontes infralegais, uma razão de ser para o ente, um núcleo valorativo, dispondo também sobre suas atividades. A

---

253 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 91-92.

254 SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 133-135.

255 De acordo com Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, "a noção de bem-estar coletivo apresenta-se primordial, porquanto a história do Estado de Direito e de sua intrínseca ligação com as dimensões dos direitos fundamentais revelam que os interesses individuais se coletivizam ou se tornam transindividuais para as sociedades contemporâneas" (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 826).

256 Marcelo Harger explica que "a afronta a um princípio faz ruir todo o sistema causando a desestruturação de todo o ordenamento jurídico" (HARGER, Marcelo. Reflexões iniciais sobre o princípio da eficiência in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 152, mar. 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47421>. Acesso em: 20 mai. 2017).

partir desse marco, a eficiência refere-se à obrigatoriedade de que o ente empreenda esforços, estabeleça instrumentos jurídicos que tenham como escopo alcançar aquele seu desígnio legal.

Note-se que, como acima explanado, por se tratar de um princípio jurídico que norteia a administração pública, essa compreensão acerca da eficiência deve ser vinculada ao atendimento do interesse público, norteador de todas as atividades da administração pública. A supracitada definição jurídica do princípio da eficiência possui vinculação direta com o interesse público em virtude do pressuposto de que a lei que estabelece a finalidade e as atribuições de um ente público deve ter sido elaborada, necessariamente, com embasamento e propósito voltados ao interesse público, fundamento imprescindível também à atividade legislativa.

As normas emanadas pelo Poder Legislativo, caso não estejam eivadas de vícios de inconstitucionalidade capazes de invalidá-las, são indissociáveis do interesse público, tendo em vista a concepção estrutural democrático-representativa adotada pelo Estado Brasileiro, fundada na tripartição de poderes (artigo 2.º da Constituição Federal), em que o Legislativo é composto pela Câmara dos Deputados, representante do povo, e pelo Senado Federal, representante dos interesses de cada Estado da Federação (artigos 45 e 46 da Constituição Federal).[257]

De acordo com as normas de processo legislativo dispostas nos artigos 59 a 69 da Constituição Federal, todos os atos normativos expedidos pelo Congresso Nacional, impreterivelmente, passam pelo crivo da Câmara dos Deputados, sendo teoricamente inadmissível a conjectura de que uma hipotética lei de criação de uma agência reguladora seja editada sem que o interesse público tenha sido considerado. Nessa situação, o legislador define quais ações devem ser adotadas pela instituição para a plena satisfação de seus desígnios, em atendimento aos interesses da coletividade, cabendo a ela estabelecer instrumentos destinados ao atendimento normativo, sob pena de ineficiência.

Nesse sentido, entende-se por juridicamente eficiente, com base na supracitada definição de eficiência, que determinado ente ou órgão público adote mecanismos ou instrumentos para cumprir integralmente os seus propósitos e afazeres legalmente constituídos. A *contrario sensu*, é juridicamente inaceitável, com base no princípio

257 José Afonso da Silva explica que a democracia representativa foi configurada no Brasil nos termos do artigo 1.º da Constituição Federal, segundo o qual *todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos*. Os representantes eleitos, por sua vez, devem atuar em prol do interesse público que os elegeu, conforme políticas governamentais prometidas em campanha e tidas como legítimas por parcela expressiva da população (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 137-138).

da eficiência, que determinado ente ou órgão público deixe de criar mecanismos ou instrumentos com vistas a atender aos seus deveres fixados em norma.

No caso das agências reguladoras, especificamente, é importante realçar que a hipótese de eficiência é ligada ainda à necessidade de que a atuação da autarquia se dê de modo autônomo. Conforme anteriormente comentado, a autonomia é indissociável das atividades das agências reguladoras. Assim, os procedimentos adotados por elas devem ser atrelados a um ambiente livre de influências externas, sob pena de contaminação finalística capaz de tornar todo o instrumento ineficiente, porquanto afastado de seu desígnio originário.

Vislumbram-se três conjecturas: na situação hipotética de determinada entidade pública ter sido incumbida de certa atividade, mas não ter adotado mecanismos ou instrumentos voltados ao atendimento do comando normativo, haveria ineficiência absoluta. Por outro lado, a adoção de mecanismos insuficientes para o atendimento cabal da função instituída por lei, seja por se mostrarem incompletos em seus propósitos, frente ao que a lei exigiu, seja pela ocorrência de vícios jurídicos no procedimento, como a ausência de autonomia na tomada de decisões que deveriam ser autônomas, resultaria em ineficiência parcial, em maior ou menor grau. A terceira hipótese seria a de eficiência jurídica da agência reguladora, fundada, no presente caso, na plena adoção de mecanismos ou de instrumentos, pelas supostas instituições, com vistas à satisfação de suas incumbências legalmente impostas.

No caso ora em estudo, o encadeamento lógico-procedimental adequado para atender ao princípio da eficiência, em sentido jurídico, seria o seguinte: o Poder Legislativo cria a agência reguladora, estabelecendo seus propósitos e incumbências, conforme avaliação cabalística de interesse público; em seguida, em decorrência do comando legal, podem ser estabelecidas outras obrigações específicas para as agências, por meio de normas infralegais, como Decretos e até mesmo Resoluções internas às agências; no âmbito de sua autogestão, a agência estabelece instrumentos destinados a atenderem aos citados compromissos; caso não tenham sido criados mecanismos para a satisfação de algum dever normativo, haverá ineficiência jurídica total; caso referidos instrumentos tenham sido estabelecidos com destinações insuficientes para o cumprimento literal das obrigações normativas, ou caso haja vícios como a ausência de autonomia de vontade da agência na condução dos procedimentos, haverá ineficiência parcial.

Importante ressaltar, nesse contexto, que, quanto maior for a especialidade de um ente para desempenhar determinado propósito, maior a probabilidade de que ele seja

eficiente para alcançar o objetivo. O fato de que as agências reguladoras atuam em área específica de conhecimento possibilita que suas equipes desenvolvam um *know-how* dificilmente imaginável para outras entidades ou órgãos da administração p***ública.***[258] Associando-se esse conhecimento aos mecanismos de que a atividade regulatória dispõe, as agências apresentam um alto potencial para alcançarem seus objetivos legalmente definidos e, com isso, serem consideradas juridicamente eficientes.

Portanto, no que tange ao presente estudo e considerando-se esses preceitos, tem-se que as agências reguladoras, ao passarem a atuar de modo proativo na resolução de conflitos entre consumidores e entes regulados, tenderiam ao atendimento do princípio da eficiência, haja vista a maior aproximação com suas destinações legalmente definidas e anteriormente demonstradas. Importante ressalvar que o conceito de eficiência para o presente trabalho não adentra nos meandros da potencialidade de cada procedimento adotado para o pleno atendimento da obrigação normativa, o que exigiria uma avaliação afeta a instrumentos de gestão. A concepção jurídica em tela diz respeito apenas à criação de mecanismos destinados à satisfação de incumbências normativas. Como se verá no subitem seguinte, há agências reguladoras que incorrem em ineficiência pelo fato de que desatendem a obrigações normativamente constituídas.

2.3.2. Conferência entre a apuração realizada sobre o modo de atuação das agências reguladoras diante de conflitos que envolvam entes regulados e consumidores e o conceito de eficiência considerado para os fins jurídicos da presente análise

Dado o quadro fático acima, concernente à situação de cada agência reguladora, e considerando o conceito jurídico de eficiência aplicado ao presente estudo, passa-se à conferência de compatibilidade entre ambas as constatações, com vistas à obtenção de uma conclusão acerca da eficiência (ou ineficiência) do modo de atuação das agências diante de conflitos que envolvam entes regulados e seus consumidores.

As agências reguladoras estabelecem em seus normativos regras destinadas à adequa***ção d***o mercado por ela regulado, como anteriormente visto. Referidos regramentos são o palco de desentendimentos e lides em massa envolvendo consumidores e fornecedores de bens ou serviços. Some-se a isso o fato de que as agências reguladoras objetos do presente estudo possuem obrigações normativas de atuar com vistas à resolução administrativo-consensual dos conflitos, conforme demonstrado acima.

258 SILVA NETO, Orlando Celso da. Noções gerais sobre o controle das agências regulatórias no Direito norte-americano. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Direito Regulatório*: temas polêmicos. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009., p. 394.

Importante ressaltar, inclusive, o fato de que, essencialmente, as referidas autarquias especiais não têm como opção se omitirem quanto à participação na resolução desses problemas, sob pena de tolerar a existência de um mercado em conflito, o que vai de encontro ***à*** demonstrada razão de existir das entidades em questão. Aceitar dita omissão equivaleria a consentir com o não atendimento dos propósitos normativos para os quais referidas autarquias foram criadas. Juridicamente, portanto, seria ineficiente a criação de entidades voltadas à higidez dos mercados que se omitem no momento em que seus normativos possibilitam problemas às partes protagonistas daqueles mercados regulados.[259]

O conceito jurídico de eficiência anteriormente delimitado e a pesquisa de campo realizada no subitem anterior possibilitarão, nesse contexto, a avaliação sobre o grau de eficiência – ineficiência absoluta, ineficiência parcial ou eficiência – da ANATEL, da ANEEL, da ANTT, da ANTAQ e da ANAC, no que se refere à obrigação normativa que possuem de atuar na resolução consensual de conflitos entre entes regulados e consumidores.

A ANATEL, conforme demonstrado no item 2.2.1, possui claras diretrizes legais no sentido de que a Agência tem como finalidade o bem-estar da população. No que se refere à resolução extrajudicial de conflitos, o anteriormente citado Decreto n. 2.338/1997 atribui à Agência, de modo inequívoco, o dever de compor ou arbitrar conflitos de interesse que envolvam usuários do setor, ou seja, consumidores.[260] O Regimento interno da ANATEL, todavia, diferencia as atividades de mediação, arbitragem e reclamação administrativa, de modo que os dois primeiros procedimentos aplicam-se apenas a solicitações ou a conflitos que envolvam prestadoras de serviços.[261]

---

259 A sobredita omissão traz à reflexão o ensinamento de Edgar Morin, segundo o qual, explicando a crise da modernidade, aponta que o "quadrimotor constituído por ciência, técnica, economia e lucro, que supostamente produziria o progresso", hoje encaminha o planeta a incertezas e aos perigos que produziram, como as explosões nucleares e a inviabilização da vida terrestre. O autor critica o método de funcionamento da sociedade contemporânea, que pensa de modo fragmentado, ficando alheia ao problema global das necessidades humanas. Assim, haveria uma falsa racionalidade, que levaria a humanidade a raciocinar a curto prazo, desprezando as consequências de seus atos. (MORIN, Edgar. *Rumo ao abismo?* Ensaio sobre o destino da humanidade. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011, p. 40-53). No mesmo sentido, Ulrich Beck entende que a racionalidade (no caso do presente estudo, a regulação) despida do pensamento social (neste caso, a existência de harmonia entre os atores do mercado regulado) é vazia de significado (BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade, São Paulo: Editora 34, 2010, p. 36).

260 "Art.16. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, e especialmente:
(...)
XIX – atuar na defesa e proteção dos direitos dos usuários, reprimindo as infrações e compondo ou arbitrando conflitos de interesses, observado o art. 19;"

261 "Art. 93. As prestadoras de serviços de telecomunicações poderão requerer à Anatel a instauração do Procedimento de Mediação, visando à solução consensual de questões relativas ao reconhecimento ou atribuição de direitos.

A reclamação administrativa, como visto, embora seja regimentalmente descrita como um procedimento de resolução consensual de conflitos, inclusive com reuniões presenciais de conciliação, não foi instituído, na prática, em conformidade com esse modelo.

A ANATEL, na realidade, apenas encaminha reclamações de consumidores para os entes regulados envolvidos, a fim de que estes apresentem, diretamente ao consumidor, uma solução. Esse mecanismo possibilita a resolução do conflito, caso as partes assim se manifestem, e existem também outros mecanismos no *site* da Agência capazes de estimular o ente regulado a evitar conflitos, como o *ranking* de reclamações, mas não há atuação proativa da Agência com vistas à resolução consensual de conflitos, diferentemente do que preceituam normas da ANATEL, como seu Decreto de Regulamentação e seu Regimento Interno. Por essa razão, entende-se haver ineficiência parcial da Agência no que concerne à resolução extrajudicial de conflitos.

A ANEEL, conforme explanado no item 2.2.2, possui, em sua Lei de Criação[262] e em seu Decreto de Regulamentação,[263] a competência legal para dirimir conflitos entre entes regulados e consumidores. No Regimento Interno da Agência, indica-se que a Superintendência de Mediação Administrativa, Ouvidoria Setorial e Participação Pública é responsável pela mediação entre agentes econômicos do setor elétrico e entre esses e seus consumidores.[264] A despeito dessas previsões, verificou-se que o procedimento de mediação não é regulamentado por norma específica da Agência e que são aceitáveis para o procedimento de resolução consensual de conflitos apenas

---

(...)
Art. 95. O conflito de interesses entre prestadoras de serviços de telecomunicações poderá ser submetido à arbitragem por meio de requerimento dirigido à Agência."

262 "Art. 3.º Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1o, compete à ANEEL:
(...)
V – dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores;"

263 Art. 18. A atuação da ANEEL para a finalidade prevista no inciso V do art. 3º da Lei nº 9.427, de 1996, será exercida direta ou indiretamente, de forma a:
I – dirimir as divergências entre concessionários, permissionários, autorizados, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e os consumidores, inclusive ouvindo diretamente as partes envolvidas;

264 "Art. 23. Constituem atribuições específicas das Superintendências a execução das atividades relacionadas aos processos a seguir discriminados:
(...)
III – Mediação Administrativa, Ouvidoria Setorial e Participação Pública – mediação entre os agentes econômicos do setor elétrico e entre esses e seus consumidores; ouvidoria setorial e atendimento a reclamações; participação da sociedade, mediante os mecanismos de audiência e consulta pública; apoio e orientação aos conselhos de consumidores de energia elétrica; acompanhamento da qualidade do atendimento presencial e telefônico ao consumidor; e realização de pesquisas de satisfação dos consumidores;"

os casos eventuais que envolvam assuntos não regulados pela Agência (uma média próxima a um caso por mês).

O consumidor dos serviços regulados pela ANEEL, portanto, fica quase sempre limitado à utilização do tradicional procedimento de reclamação. Portanto, considerando as barreiras existentes para a atuação proativa da Agência com vistas à resolução consensual de conflitos, em relativa contrariedade ao que determina a Lei de Criação da ANATEL, seu Decreto de Regulamentação e seu Regimento Interno, entende-se haver ineficiência parcial da Agência.

A ANTT, nos termos expostos no item 2.2.3, possui o dever de garantir, em prol dos consumidores dos serviços por ela regulados, padrões mínimos de qualidade e de segurança, conforme artigo 20 de sua Lei de Criação. Referido artigo prevê, também, que compete à Agência regular ou supervisionar as atividades de prestação de serviços e de exploração da infraestrutura de transportes exercidas por terceiros com vistas a harmonizar os objetivos dos usuários e dos entes regulados, preservado o interesse público,[265] o que, posteriormente, foi ratificado pelo artigo 2.º, inciso II, alíneas "b" e "c", do seu Decreto de Regulamentação.[266] O Decreto foi ainda mais direto no artigo 3.º, incisos XXVIII e XXX,[267] os quais aclararam o dever da Agência de atuar na

---

265 "Art. 20. São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário:
I - implementar, nas respectivas esferas de atuação, as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, pelo Ministério dos Transportes e pela Secretaria de Portos da Presidência da República, nas respectivas áreas de competência, segundo os princípios e diretrizes estabelecidos nesta Lei;
II – regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infraestrutura de transportes, exercidas 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, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica."

266 "Art. 2º A ANTT tem por finalidade:
(...)
II – regular, supervisionar e fiscalizar as atividades de prestação de serviços e de exploração da infraestrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a:
(...)
b) harmonizar os interesses dos usuários com os das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, preservado o interesse público; e
c) arbitrar conflitos de interesses e impedir situações que configurem competição imperfeita ou infração contra a ordem econômica."

267 "Art. 3º À ANTT compete, em sua esfera de atuação:
(...)
XXVIII – dirimir administrativamente conflitos de interesses entre o Poder Concedente e os prestadores de serviços de transporte e arbitrar disputas que surgirem entre os referidos prestadores de serviços e entre estes e os usuários;
(...)
XXX – atuar na defesa e proteção dos direitos dos usuários, reprimindo as infrações e compondo ou arbitrando conflitos de interesses;"

resolução extrajudicial de conflitos entre entes regulados e consumidores. O Regimento Interno da ANTT ratificou a obrigação em questão, ao atribuir à Superintendência de Serviços de Transporte de Passageiros e à Superintendência de Infraestrutura e Serviços de Transporte Ferroviário de Cargas atribuições afetas à mediação de conflitos.

Apesar de todos os preceitos normativos acima, não foram identificados quaisquer regulamentos ou procedimentos instituídos na ANTT, que visem à resolução extrajudicial de conflitos. Tendo em vista inexistir atuação proativa da Agência com vistas à resolução consensual de conflitos, diferentemente do que preceituam normas, como seu Decreto de Regulamentação e seu Regimento Interno, entende-se haver ineficiência absoluta da Agência no que se refere à temática.

A ANTAQ, conforme apresentado no item 2.2.4, compartilhou sua Lei de Criação com a ANTT, sendo-lhes comum a aplicação do citado artigo 20. O Decreto de Regulamentação da ANTAQ seguiu estrutura afeita ao da ANTT, ressaltando-se seu artigo 2.º, inciso II, alíneas "b" e "c",[268] e o artigo 3.º, incisos XLII e XLIV,[269] que previu as competências do regulador para arbitrar disputas entre os prestadores de serviços e os usuários e para atuar na defesa e proteção dos direitos dos usuários, inclusive arbitrando eventuais conflitos de interesses. O Regimento Interno da ANTAQ definiu, em seu artigo 4.º, inciso XLIII, a competência da Agência para "atuar na defesa e proteção dos direitos dos usuários, reprimindo as infrações e compondo ou arbitrando conflitos de interesses".

A despeito dos normativos citados, não foram identificados, no âmbito da ANTAQ, regulamentos internos ou procedimentos instituídos que visem à resolução extrajudicial de conflitos, em desatendimento às atribuições definidas pelas normas supracitadas, razão pela qual entende-se haver ineficiência absoluta da Agência no que

---

268 "Art. 2.º A ANTAQ tem por finalidade:
(...)
II - regular, supervisionar e fiscalizar as atividades de prestação de serviços de transporte aquaviário e de exploração da infraestrutura portuária e aquaviária, exercidas por terceiros, com vistas a:
(...)
b) harmonizar os interesses dos usuários com os das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, preservado o interesse público; e
c) arbitrar conflitos de interesses e impedir situações que configurem competição imperfeita ou infração contra a ordem econômica."

269 "Art. 3º À ANTAQ compete, em sua esfera de atuação, adotar as medidas necessárias ao atendimento do interesse público e ao desenvolvimento das atividades portuária e de transporte aquaviário e, em especial:
(...)
XLII – dirimir administrativamente conflitos de interesses entre o Poder Concedente e os prestadores de serviços de transporte e arbitrar disputas que surgirem entre os referidos prestadores de serviços e entre estes e os usuários;
(...)
XLIV – atuar na defesa e proteção dos direitos dos usuários, reprimindo as infrações e compondo ou arbitrando conflitos de interesses, observado o § 6º deste artigo;"

se refere ao assunto em comento.

A ANAC, por sua vez, conforme elucidado no item 2.2.5, possui, em sua Lei de Criação, normas voltadas à proteção dos usuários do setor de aviação civil. No que tange ao dever de resolução extrajudicial de conflitos, os normativos da Agência enfocaram mais nos problemas envolvendo entes regulados do naqueles afetos aos consumidores. No entanto, ressalta-se o art. 9º, inciso VI, do Anexo ao Decreto de Regulamentação,[270] segundo o qual a ANAC tem o dever de arbitrar conflitos de interesses. O dispositivo em questão suscita a necessidade de que haja atuação proativa da Agência na resolução de conflitos, em geral. A fim de atender a essa necessidade, a ANAC aderiu ao sistema *Consumidor.gov.br*, plataforma que propicia a livre celebração de acordos entre empresas aéreas e consumidores, mas não há participação proativa da Agência como facilitadora da avença, seja como mediadora, seja como conciliadora.

Tendo em vista que, com relação à atividade de composição administrativa de conflito entre entes regulados e consumidores, a ANAC limita-se a verificar dados produzidos pelo canal, não adentrando propriamente na tentativa de buscar uma solução conciliatória, e o fato de que há restrição subjetiva no procedimento, aplicável apenas a empresas aéreas – excluindo-se outras entidades sujeitas à regulação da ANAC, como operadores aeroportuários e centros de instrução –, entende-se haver ineficiência parcial da Agência no que se refere à obrigação normativa de resolução extrajudicial de conflitos.

Resta claro que as agências reguladoras estudadas não atendem plenamente suas obrigações concernentes à resolução de conflitos entre entes regulados e consumidores, menosprezando, com isso, a ferramenta do consensualismo para dirimir problemas, notadamente nos casos em que se identificam atos capazes de causar danos face a consumidores, situação que, usualmente, desemboca na provocação do Poder Judiciário para decidir um litígio.

A atuação das referidas entidades, no que tange à proteção consumerista, volta-se, em geral, ao objetivo tradicional de mera repressão de atos ilícitos praticados por entes regulados, mediante a aplicação de multas. Nesse contexto, apesar do efeito educativo inerente à aplicação de sanção, nota-se que não foram estabelecidas como regra, dentre as agências reguladoras brasileiras, ações efetivas no sentido de promover a solução

270 Art. 9.º No exercício de seu poder normativo e de coordenação, supervisão e fiscalização dos serviços aéreos e da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, cabe à ANAC disciplinar, dentre outros aspectos, a outorga, a exploração, a administração e a utilização dos serviços aéreos e de infraestrutura, com vistas a:
(...)
VII - arbitrar conflitos de interesses;

consensual de conflitos. Assim, faz-se necessário refletir sobre um mecanismo de resolução de conflitos capaz de produzir efeitos positivos, mormente no que se refere às benesses da administração concertada.

Capítulo 3: Modelo sugerido de mecanismo de administração consensual e vantagens decorrentes

3.1. Mecanismo de administração consensual implementável pelas agências reguladoras

Faz-se necessário, por fim, diante da demonstrada ineficiência das agências reguladoras no que tange à atuação diante de conflitos que envolvam entes regulados e seus respectivos consumidores, apresentar uma sugestão de mecanismo de administração consensual implementável pelas autarquias especiais em questão, demonstrando-se, em seguida, os benefícios a serem colhidos como consequência de sua implantação.

A reflexão acerca do tipo de mecanismo de resolução consensual de conflitos a ser implementado pelas agências reguladoras deve levar em consideração os potenciais benefícios decorrentes. A conciliação e a mediação são instrumentos que, por depender da predisposição das partes para celebrarem o acordo, não necessariamente lograrão êxito na resolução do conflito, diferentemente da arbitragem, por meio da qual uma decisão vinculante é prolatada por um árbitro. É importante salientar, no entanto, que as ações do Estado obtêm resultados superiores quando atuam pautadas no consensualismo, em comparação com as pautadas na imposição,[271] o que se verifica ainda com maior relevância no caso em questão, diante da possibilidade de utilização da regulação por resultados, como será explicado adiante.

A solução consensual, portanto, possibilita a utilização de dois instrumentos principais de autocomposição, quais sejam, a conciliação e a mediação. Ambos os mecanismos contam com um terceiro intermediador do diálogo. Pelo instrumento da mediação, as próprias partes definem a fórmula transacional, de modo que o terceiro interventor atua em menor escala, facilitando o diálogo entre as partes. Por meio da conciliação, as partes avençam que uma terceira pessoa, dotada da confiança de ambas, atue de modo mais ativo na resolução do conflito, podendo, inclusive, apresentar sugestão de uma solução que considera possível para solucionar o conflito

271 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 124.

de modo satisfatório, muito embora essa sugestão seja de livre aceitação pelas partes.[272] Trata-se de procedimentos pautados na oralidade, na busca pelo entendimento, sendo aptos a produzirem resultados positivos para ambas as partes envolvidas, haja vista a possibilidade de se lograr um meio termo, mediante concessões mútuas. A resolução consensual do conflito viabiliza que as partes optem por uma mudança de paradigma: sobrevindo, por algum motivo, um conflito, as partes, em vez de optarem por levar a questão à decisão do Poder Judiciário, podem buscar a conciliação pela via administrativa.

Entende-se que, para os fins do presente trabalho, que o mecanismo da mediação, por não contar com a presença ativa de um terceiro intermediário, não se mostra a melhor fórmula a ser aplicada à resolução consensual de conflitos que envolvam relações de consumo, por dois motivos: primeiramente, em virtude do desequilíbrio de forças entre as partes contratantes, por se tratar de relação de consumo; em segundo lugar, pela perda que seria deixar de aproveitar a presença de um representante da agência reguladora para conduzir de modo mais ativo a tentativa de acordo.

Nesse sentido, o instrumento da conciliação mostra-se particularmente interessante no caso das agências reguladoras, haja vista que o terceiro intermediador do conflito, que empreenderá esforços para oferecer uma solução capaz de compor satisfatoriamente a desavença poderia ser um especialista no assunto objeto do litígio. Desse modo, a agência reguladora poderia esclarecer dúvidas das partes durante o procedimento e auxiliá-las tecnicamente na obtenção da avença.

O terceiro alheio ao litígio buscaria aproximar as partes, com vistas a promover o entendimento entre elas, com base nos normativos técnicos aplicáveis, embora, vale ressaltar, seja necessária a manifestação de vontade das partes para que o acordo se

272 Conforme definição adotada pelo Conselho Nacional de Justiça, a "Mediação é uma forma de solução de conflitos na qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, facilita o diálogo entre as partes, para que elas construam, com autonomia e solidariedade, a melhor solução para o problema. Em regra, é utilizada em conflitos multidimensionais, ou complexos. A Mediação é um procedimento estruturado, não tem um prazo definido, e pode terminar ou não em acordo, pois as partes têm autonomia para buscar soluções que compatibilizem seus interesses e necessidades. A conciliação é um método utilizado em conflitos mais simples, ou restritos, no qual o terceiro facilitador pode adotar uma posição mais ativa, porém neutra com relação ao conflito e imparcial. É um processo consensual breve, que busca uma efetiva harmonização social e a restauração, dentro dos limites possíveis, da relação social das partes. As duas técnicas são norteadas por princípios como informalidade, simplicidade, economia processual, celeridade, oralidade e flexibilidade processual. Os mediadores e conciliadores atuam de acordo com princípios fundamentais, estabelecidos na Resolução 125/2010: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação". (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Conciliação e Mediação. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao>. Acesso em: 20 mai. 2017).

opere.[273] Além disso, o representante da agência não se limitaria ao resguardo dos interesses das partes envolvidas com o caso. A visão sistêmica do mercado regulado possibilitaria ao intermediário prezar também pelos interesses esparsos dos atores envolvidos com o setor.[274]

Sugere-se que, por meio do procedimento da conciliação, o consumidor registre sua solicitação perante a agência reguladora, requerendo sua intervenção conciliatória. A solicitação seria encaminhada ao ente regulado, por meio a definir, o qual deveria apresentar manifestação, inclusive eventual contraproposta de acordo. A agência poderia emitir pareceres parciais, diante das propostas apresentadas e, inclusive, agendar reuniões de conciliação, no caso de insucesso na tentativa de acordo voluntário. No caso de insucesso no acordo, a agência reguladora poderia emitir parecer sugestivo sobre os deveres e obrigações envolvidos na situação, com embasamento técnico, de modo a facilitar ou dissuadir eventual busca judicial pela solução do litígio. O parecer emitido pela agência serviria como forma de estímulo para que o ente regulado envidasse esforços reais no sentido da celebração do acordo. A propósito, outros meios podem ser utilizados para incentivar o ente regulado a celebrar acordos, conforme abordado no subitem seguinte.

Seria possível, pelo procedimento descrito, que as agências reguladoras utilizassem um modelo de conciliação pautado, principalmente, em metodologia de resolução *online* de conflitos. Com a evolução da tecnologia, um mecanismo eletrônico de resolução de conflitos apresenta simplicidade, celeridade, economicidade, dinamicidade e largo alcance de aplicabilidade. Ademais, os instrumentos cibernéticos apresentam facilidades, como a possibilidade de utiliz**ação de páginas explicativas** sobre questionamentos frequentes, de formulários digitais facilitados, de recebimento de comunicações por meio eletrônico, além da possibilidade de protocolização de peças a distância, inclusive com assinatura eletrônica, por meio de cadastro de senha na entidade ou por meio de certificação digital.

O mecanismo *online* em questão teria sua utilização facilitada no âmbito das agências reguladoras, tendo em consideração a implementação gradual de ferramenta de processo eletrônico nas ditas autarquias,[275] o que possibilitaria que a maior parte

273 OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67859>. Acesso em: 20 mai. 2017.

274 MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Agências reguladoras e o direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 169.

275 Há iniciativa do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, no sentido de implementar o

do procedimento acima descrito fosse realizado em escritório, ou até mesmo por meio de trabalho remoto para aquelas agências que adotarem o sistema de *home office*. As supracitadas reuniões presenciais de conciliação seriam designadas de modo excepcional, tendo em vista que, conforme abordado no subitem a seguir, haveria mecanismos de incentivo à celebração do acordo, o que comoveria os entes regulados a firmarem a avença já em fase anterior à reunião. Ademais, o instrumento online possibilita a centralização do tratamento das demandas, de modo a facilitar o reconhecimento de problemas sistêmicos existentes e a uniformizar os entendimentos acerca de situações análogas ocorridas nas diversas regiões do país.

Diversas são as consequências estatais benéficas oriundas da utilização do instrumento de administração consensual em questão pelas agências reguladoras, conforme abordado a seguir. O mecanismo sob comento é dotado de legitimidade, principalmente em decorrência da conhecida sobrecarga do Poder Judiciário, e, como se verá adiante, o procedimento acarreta vantagens sistêmicas para o setor e benefícios internos às agências reguladoras.

3.2. Consequências estatais decorrentes da utilização de mecanismos de administração consensual pelas agências reguladoras diante de conflitos que envolvam entes regulados e consumidores: benefícios e ponderações

3.2.1. Legitimidade da utilização de mecanismos de administração consensual pelas agências reguladoras em razão da sobrecarga do Poder Judiciário

O mecanismo consensual de resolução de conflitos acima explicado conferiria às partes a possibilidade de se satisfazerem por meio de uma tratativa prévia ao custoso ingresso na Justiça. Teria o condão, portanto, de servir como alternativa ao Poder Judiciário, assoberbado pelo grande volume de processos. O julgador brasileiro, na atualidade, não dispõe de recursos humanos e materiais para atender à demanda nele confiada, o que acarreta na população e nos operadores do Direito uma "experiência da infindável duração do processo", desestimulando os servidores do Poder Judiciário, o

processo eletrônico em todas esferas do Poder Executivo. O projeto denominado Processo Eletrônico Nacional (PEN) possui o "intuito de construir uma infraestrutura pública de processos e documentos administrativos eletrônicos, objetivando a melhoria no desempenho dos processos do setor público, com ganhos em agilidade, produtividade, transparência, satisfação do usuário e redução de custos." (BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Processo Eletrônico Nacional. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/pensei>. Acesso em: 20 mai. 2017).

qual acaba em descrédito.[276] O ***Índice de Confiança na Justiça Brasileira*** (ICJBrasil)[277] relativo ao primeiro semestre do ano de 2016 – ***último publicado até*** a presente data – demonstrou que os problemas envolvendo consumo são os que mais motivam o brasileiro a buscar seus direitos na Justiça, tendo 92% dos entrevistados afirmado que buscariam tal via de resolução de conflitos por problemas envolvendo consumo.[278]

O anuário Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)[279] ratificou a constatação acima, apontando que as demandas mais recorrentes propostas no âmbito dos Juizados Especial e das Turmas Recursais envolvem Direito do Consumidor. Ao se considerar, em somatória, toda a Justiça Estadual –Juizados Especiais, Turmas Recursais, Varas e 2ª instância dos Tribunais de Justiça –, a temática consumerista figura em segundo lugar dentre os assuntos mais demandados, ficando atrás apenas do assunto *Direito Civil – Obrigações/Espécies de Contratos*.

A constatação em questão torna-se mais alarmante quando se considera o tempo médio de tramitação desses processos nos Tribunais Estaduais, aferido pela mesma pesquisa: quase três anos (2,8 anos), em média, para a baixa dos processos nas Varas, desde o protocolo da exordial, e próximo a dois anos (2,2 anos) nos Juizados Especiais. Considerando-se somente as demandas pendentes de conclusão, incluídas as de conteúdo mais complexo, que ainda não puderam ser resolvidas, verificou-se que o tempo médio de tramitação nas Varas é de 3,2 anos, enquanto, nos Juizados Especiais, chega a 4,9 anos.[280]

Interessante confrontar, a propósito, essas informações com um outro dado obtido pelo supracitado ICJBrasil, de que somente 29% dos mesmos entrevistados confiam no Poder Judiciário, tendo a função estatal recebido da população menos crédito do que as Forças Armadas (59%), a Igreja Católica (57%), a imprensa escrita (37%), o Ministério Público (36%), as grandes empresas (34%) e as emissoras de televisão

---

276 NALINI, José Renato. O Juiz, a Justiça contemporânea e as formas alternativas de resolução de conflitos. *Revista Diálogos sobre Justiça*. Brasília: Centro de Estudos sobre o Sistema de Justiça, n. 3, ano 1, set./dez. 2014, p. 24-25.

277 O Índice de Confiança na Justiça Brasileira (ICJBrasil) consiste em levantamento estatístico, de natureza qualitativa, promovido pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) com o objetivo de acompanhar o sentimento da população em relação ao Poder Judiciário.

278 FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Relatório ICJBrasil – 1º semestre 2016. São Paulo, Escola de Direito de São Paulo da FGV. p. 14. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17204/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 mai. 2017.

279 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2016: ano base 2015. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>. Acesso em 20 mai. 2017.

280 A pesquisa atribuiu essa desproporção ao fato de que os Juizados tinham sido criados havia apenas 11 (onze) anos.

(33%). O Poder Judiciário obteve uma classificação melhor do que as polícias em geral (25%), os sindicatos (24%), as redes sociais, como *Facebook* e *Twitter* (23%), a Presidência da República (11%), o Congresso Nacional (10%) e os partidos políticos em geral (7%).[281]

A Ministra do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Fátima Nancy Andrighi, em entrevista concedida à revista Diálogos sobre Justiça, do Ministério da Justiça, explicou que a alta demanda pelo Poder Judiciário acarreta a necessidade de se repensar a ideia do monopólio da jurisdição. A Ministra explica que os mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos consistem em uma tendência, sendo ainda necessário, entretanto, um longo caminho até que sejam utilizados em todo seu potencial, com profissionalização dos envolvidos e a adequada disseminação na sociedade de que a composição é meio hábil à dissolução de litígios.

Na entrevista, a Ministra ressaltou ser possível verificar um amadurecimento do próprio Poder Judiciário no que tange à aceitação dos mecanismos em questão, o que seria algo positivo, pois até há pouco tempo, a aceitação dessa ideia era tida pelos juízes como um pensamento autodestrutivo, prejudicial às prerrogativas constitucionais intrínsecas ao poder jurisdicional. A Magistrada, valendo-se de interessante analogia, finalizou a entrevista declarando que "a mediação tem como alma, como essência, a diluição do conflito e, se o conflito é fruto indesejado da vida em sociedade, tenho a mediação como panaceia que sempre lhe será indicada".[282] Embora, na referida entrevista, a Ministra tenha realçado o mecanismo da mediação, certo é que o procedimento da conciliação lograria êxito semelhante, haja vista também se tratar de ferramenta de resolução extrajudicial de conflitos de natureza consensual.

O acesso ao Judiciário deve ser evitado, dentro do possível, por vários motivos, como o seu alto custo, a lentidão do trâmite processual e a sujeição do jurisdicionado a decisões insatisfatórias, decorrentes do pouco tempo hábil que possui cada julgador para examinar detidamente cada processo.[283] O Poder Judiciário pátrio encontra-se

---

281 FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Relatório ICJBrasil – 1º semestre 2016. São Paulo, Escola de Direito de São Paulo da FGV. p. 15. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17204/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 mai. 2017.

282 ANDRIGHI, Fátima Nancy. Mediação como a melhor forma de solução de litígios: entrevista. Entrevistadora: Andréa Fernanda Rodrigues Britto. *Revista Diálogos sobre Justiça*. Brasília: Centro de Estudos sobre o Sistema de Justiça, n. 3, ano 1, set./dez. 2014, p. 09-13.

283 De acordo com José Renato Nalini, "demandar em juízo é caro, lento e inseguro. O jurisdicionado está sempre sujeito a "decisionismos" ainda incapazes de contribuir com o aperfeiçoamento da jurisprudência. Mesmo que sua pretensão seja contemplada, ela poderá se submeter a um kafkiano grau quádruplo de jurisdição". (NALINI, José Renato. O Juiz, a Justiça contemporânea e as formas alternativas de resolução de conflitos. *Revista Diálogos sobre Justiça*. Brasília: Centro de Estudos sobre o Sistema de Justiça, n. 3, ano 1, set./dez. 2014,

em situação de conhecida sobrecarga, o que, possivelmente, pode ser mitigado por meio da reestruturação do modelo estatal de resolução de conflitos. Essa realidade é conhecida pelo Governo Federal, de modo que o Ministério da Justiça e Segurança Pública, no ano de 2014, lançou, em parceria com outros órgãos como a Advocacia-Geral da União e o Conselho Nacional de Justiça, a Estratégia Nacional de Não Judicialização (ENAJUD), com o objetivo de evitar que cheguem ao Poder Judiciário conflitos passíveis de resolução extrajudicial, por meio de métodos como mediação e conciliação.[284]

A atuação das agências reguladoras no âmbito da solução extrajudicial de conflitos serviria também como alternativa a outros entes também dedicados à defesa do consumidor, como os PROCON's, igualmente alvejados por críticas quanto à sua ineficiência. Uma das vantagens de se utilizar a supracitada alternativa administrativa de resolução de conflitos, portanto, é possibilitar ao consumidor de uma atividade regulada, caso se sinta lesado em um caso concreto, mais uma via para que possa optar pelo mecanismo que entenda mais interessante para buscar sua pretensão.

A multiplicidade de caminhos possíveis para a resolução de conflitos é conhecida como *sistema multiportas*, pautado, principalmente, na construção do consenso pelas partes.[285] A sociedade deve poder contar com várias vias para solucionar seus conflitos, desde o processo judicial, com todo seu formalismo, até os modos consensuais e menos formais, sendo o Estado responsável por fomentar essa diversidade, haja vista os benefícios dela decorrentes.[286]

As agências reguladoras podem atuar de modo mais eficiente, no âmbito da resolução de conflitos, até mesmo do que o Poder Judiciário, em razão do conhecimento técnico envolvido com a complexa atividade econômica objeto de regulação. Note-se que, ao verificar a existência de um comportamento nocivo, sistematicamente praticado no ***âmbito*** da atividade regulada, a agência pode implementar diversas contramedidas para tentar reequilibrar o mercado, sendo possível se programar para atuar, inclusive, de forma preventiva. A agência reguladora pode readequar a regulamentação vigente

---

p. 27).

284 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Ministério da Justiça lança estratégia para diminuir número de processos judiciais. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/ministerio-da-justica-lanca-estrategia-para-diminuir-numero-de-processos-judiciais>. Acesso em: 20 mai. 2017.

285 ANDRIGHI, Fátima Nancy; FOLEY, Gláucia. Sistema multiportas: o Judiciário e o consenso. *Caderno* Opinião – Tendências/Debates. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 24 jun. 2008. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2406200808.htm>. Acesso em 20 mai. 2017.

286 OLIVEIRA, Igor Lima Goettenauer de. A mediação como estratégia prática de cidadania participativa e o papel da Escola Nacional de Mediação e Conciliação (Enam). *Revista Diálogos sobre Justiça*. Brasília: Centro de Estudos sobre o Sistema de Justiça, n. 3, ano 1, set./dez. 2014, p. 78.

a uma nova realidade social, além da possibilidade de impor multas, nos casos em que haja previsão normativa aplicável.

Em entrevista prestada à Revista do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) sobre a temática pertinente à correlação entre as agências reguladoras e o Direito do Consumidor, Joaquim Falcão asseverou que ditas autarquias vêm demonstrando incapacidade para resolver conflitos entre os consumidores e as entidades reguladas. Realçou ainda que a conciliação e a mediação de conflitos fazem parte de suas funções, não fazendo sentido terceirizar ao Poder Judiciário os custos dos conflitos que suas normas geraram.[287]

Relevante destacar, nesse contexto, a pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), encomendada pela Secretaria da Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, com o título "Resolução Extrajudicial de Conflitos dos Serviços Regulados por Agências Governamentais".[288] Referida pesquisa foi elaborada com os objetivos de apreender o conhecimento dos consumidores sobre seus direitos, de descrever os meios de resolução extrajudicial de conflitos no âmbito de serviços regulados por agências governamentais nos setores de saúde, telecomunicações e energia elétrica, de apreender a percepção dos consumidores que já acionaram as agências reguladoras analisadas – ANS, ANATEL e ANEEL – para resolver seus problemas de consumo e de propor diretrizes gerais para o aprimoramento dos meios de resolução extrajudicial de conflitos nos setores analisados.

O estudo em questão, finalizado em 2013, obteve resultados que vão, em grande parte, ao encontro das constatações apresentadas na presente dissertação. A pesquisa concluiu que grande parte da população brasileira desconhece os serviços que as agências reguladoras podem prestar. Inclusive, em sua conclusão, a citada pesquisa atribuiu a responsabilidade por tal fato às próprias autarquias, tendo em consideração a falta de informações acessíveis em suas páginas da *internet,* tais como um tutorial para os consumidores entenderem como deveriam fazer para reivindicar seus direitos.

A pesquisa, que ouviu de modo amostral 1.294 pessoas em 131 Municípios, constatou que os consumidores, no caso de reclamações afetas a serviços inseridos sob a competência de agências reguladoras, procuram, primeiramente, a própria empresa

---

287 FALCÃO, Joaquim. Agências Reguladoras e o Direito do Consumidor: entrevista. *Revista do IDEC*. São Paulo, nº 171, nov., 2012, p. 10-12.

288 BRASIL. Ministério da Justiça. Estudo sobre Resolução Extrajudicial de Conflitos dos Serviços Regulados por Agências Governamentais. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/reforma-do-judiciario/cejus/publicacoes/publicacoes/dialogossobrejustica_resolucao-extrajudicial-de-conflitos.pdf/@@download/file/Di%C3%A1logossobreJusti%C3%A7a_Resolu%C3%A7%C3%A3o%20Extrajudicial%20de%20Conflitos.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

causadora do problema (63%); em segundo lugar, procuram os PROCON's (15%); seguido do Poder Judiciário (3%); enquanto somente 1% procura uma agência reguladora para resolver seus problemas, tendo apenas a ANATEL sido citada pelo público entrevistado.

Relevante apontar também que 90% dos entrevistados gostariam que o problema fosse resolvido sem que houvesse necessidade de se acionar o Poder Judiciário, haja vista a conhecida morosidade do processo judicial. A maior parte dos consumidores que afirmaram nunca reclamar quando têm problemas com serviços afetos a agências reguladoras – que chegam a 19% do total entrevistado – apresentou desânimo com relação aos mecanismos conhecidos de resolução de conflitos, alegando que a reivindicação de seus direitos não compensaria ou que demoraria demais para produzir algum resultado.

O público em questão, quando questionado sobre o conhecimento acerca da existência do PROCON e das agências reguladoras envolvidas na pesquisa, bem como sobre a confiança que depositam em cada uma dessas entidades, respondeu que, sobre o PROCON, 96% dos entrevistados o conhecem, sendo que 97% dos que conhecem confiam; sobre a ANATEL, 47% dos entrevistados a conhecem, sendo que 54% dos que conhecem confiam; dos 18% que já haviam contatado a agência por algum motivo, 64% se declararam satisfeitos com o atendimento; sobre a ANS, 17% dos entrevistados a conhecem, sendo que 43% dos que conhecem confiam; dos 6% que já haviam contatado a agência por algum motivo, 54% se declararam satisfeitos com o atendimento; e sobre a ANEEL, 29% dos entrevistados a conhecem, sendo que 62% dos que conhecem confiam; dos 7% que já haviam contatado a agência por algum motivo, 47% se declararam satisfeitos com o atendimento.

Um dos aspectos extraídos da pesquisa possui suma importância para o presente trabalho, visto que, de acordo com as conclusões consignadas em seu relatório, a busca pelo Poder Judiciário não figura como opção principal entre os entrevistados que se declararam dispostos a reivindicar seus direitos de consumo. Os entrevistados declararam, em geral, preferência por mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos, tendo em vista a possibilidade de obtenção de uma solução do caso mais rapidamente do que se conseguiria com uma solução judicializada. Referidos consumidores afirmaram, em sua maioria, que a solução célere é mais relevante do que a possibilidade de ganhos materiais adicionais na Justiça.

O estudo deixou clara também a evidência de que os consumidores dificilmente pensam nas agências reguladoras quando buscam a resolução extrajudicial de problemas

e conflitos de consumo. De acordo com a pesquisa, as referidas autarquias podem ser mais mobilizadas pelos consumidores como instância de resolução de problemas, e essa "ampliação do espaço para a resolução extrajudicial de conflitos pode ser realizada com medidas relativamente simples, envolvendo maior comunicação com o consumidor e maior interação entre cidadãos, empresas, agências e órgãos como o PROCON".

Portanto, verifica-se que a satisfação da pretensão dos consumidores de reivindicarem seus direitos pode se dar, legitimamente, por meio de instrumentos extrajudiciais. Com base nos argumentos e na pesquisa acima realçados, entende-se ser socialmente aceitável e até mesmo desejável, que as agências reguladoras atuem no âmbito dessa atividade.

3.2.2. Benefícios decorrentes da utilização de mecanismos de administração consensual pelas agências reguladoras diante de conflitos que envolvam entes regulados e consumidores

A utilização do supracitado mecanismo de resolução consensual de conflitos que envolvam entes regulados e seus consumidores pelas agências reguladoras ora estudadas, atenderia plenamente ao interesse público, ao passo que, conforme explicado adiante, seria capaz de gerar diversos benefícios para a sociedade como um todo, para o setor regulado e para a própria agência coordenadora do instrumento.

A solução consensual de conflitos é dotada de um elemento importante, consistente no pressuposto de que as partes não desejam permanecer em situação de conflito, mas desejam solucioná-lo de forma amigável. Esse efeito *pacífico-intencional* inerente à opção de se utilizar uma forma alternativa de resolução de conflitos é uma das grandes virtudes da metodologia. A partir do momento em que uma das partes envolvidas em um conflito recebe uma citação para responder a um processo judicial, internaliza, como pressuposto, a existência de uma demanda morosa, cara e de desfecho incerto. Diferentemente, quando uma das partes recebe um convite para participar de uma reunião para resolver conjuntamente um desentendimento, internaliza como pressuposto, desde o início do procedimento, que existe uma intenção da outra parte de realizar um acordo construído em conjunto, mediante a utilização de um procedimento mais informal, **célere** e de desfecho voluntário.

Tendo em vista os princípios de administração consensual expostos anteriormente, entende-se que uma solução conciliatória poderia ser mais profícua e legitimamente acatada pelas partes do que a utilização de um mecanismo de heterocomposição, pelo qual a opinião de um terceiro é imposta às partes. A autocomposição não possui como

pretensão encontrar uma solução correta para o Direito, mas sim uma solução livre, consensual, que as partes reputam justas.[289]

O mecanismo consensual de resolução de conflitos em questão presta-se a aprimorar também aspectos de cidadania e de democracia inerentes à administração pública,[290] tendo em vista a inclusão social inerente à proposta. Entende-se como favorável a possibilidade de uma participação da população mais próxima ao setor público, visto que, comumente, a administração **é vista por olhares externos, como uma realidade apartada, maculada por corrupção, burocracia e ineficiência.**

O modo como a regulação é desempenhada gera reflexos diretos para valores democráticos e para o avanço do bem estar social, em geral. Mecanismos de transparência e de participação social no processo regulatório atribuem legitimidade às normas produzidas e, por consequência, maior aderência voluntária (*compliance*). Além disso, proporcionam maior qualidade às normas editadas e contribuem para o exercício da supervisão por órgãos de controle – incluído aqui, até mesmo, o Poder Judiciário – sobre a aderência das agências aos seus propósitos finalísticos.[291]

A utilização do mecanismo supracitado, conforme adiantado a título introdutório, é capaz de gerar efeitos benéficos para a administração pública, em especial para as agências reguladoras. Vislumbra-se a possibilidade de se proporcionar uma gestão mais harmoniosa com os anseios da sociedade, por alinhar as pretensões entre ente regulador e setor regulado, o que se pretende demonstrar no item abaixo.

A atuação das agências reguladoras como conciliadoras também permitirá que elas, controladoras de determinado nicho do mercado econômico, aprimore suas normas a partir dos *inputs* recebidos pelo procedimento. Os casos concretos enquadrados no processo de resolução extrajudicial de conflitos entre entes regulados e consumidores propiciarão o conhecimento, por parte das agências, de possíveis lacunas normativas, de dificuldades de entendimento sobre as regras estabelecidas ou, até mesmo, de ausência de aderência voluntária às normas editadas, por variados motivos.

As falhas regulatórias ocorrem no momento em que as instituições falham em atingir seus objetivos ou pior, quando as consequências posteriores à intervenção mostram-se

---

289 AMARAL, Alexandra da Silva. *Princípios estruturantes das agências reguladoras e os mecanismos de controle*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 15.

290 MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Agências reguladoras e o direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 163-164.

291 COGLIANESE, Cary. KILMARTIN, Heather. MENDELSON, Evan. *Transparency and public participation in the federal rulemaking process: recommendations for the new administration*. George Washington Law Review, vol. 77, n. 4, jun. 2009, p. 925-927.

mais prejudiciais do que as que teriam ocorrido sem a ação estatal, o que pode ocorrer devido a problemas de política regulatória, como falhas de comunicação, excesso de burocracia.[292] A participação das agências como conciliadoras em procedimentos alternativos de resolução de conflitos contribuiria com a consciência sobre a causa de eventuais falhas regulatórias, em especial no que concerne à hipótese de falhas de comunicação.

As agências poderão utilizar esse conhecimento como *input* para revisar a regulação referente a determinado assunto, antes mesmo de haver qualquer proposta de elaboração ou alteração normativa. Os processos normativos das agências reguladoras, como anteriormente especificado, submetem-se a audiências públicas, com vistas a obter contribuições sobre propostas já minutadas. No entanto, a referida participação popular em momento anterior à própria formulação do rascunho de norma possui especial importância para o processo regulatório. Inclusive, essa foi a ideia constante de duas das conclusões logradas pelo anteriormente citado *Task Force on Transparency and Public Participation*.[293] Dadas as dificuldades notórias em se obter insumos junto à sociedade quanto à edição de novas normas, antes mesmo que estas tenham sido

---

292 GUERIN, Kevin. *Encouraging Quality Regulation: Theories and Tools*. Working Paper 03/24, New Zealand Treasury, set. 2003, p. 06. Disponível em: <http://www.treasury.govt.nz/ publications/research-policy/wp/2003/03-24>. Acesso em: 20 mai. 2017.

293 ***Recommendation P3****. The new administration should strive to create an agency culture in which administrators understand that it is good practice to communicate with external actors, so long as communications that have an impact on the development of a proposed rule are disclosed in agency dockets* (tradução livre: Recomendação P3. A nova administração deve se esforçar para criar uma cultura referente às agências, em que os administradores entendem ser uma boa prática se comunicar com atores externos, desde que as comunicações que tenham impacto no desenvolvimento da norma proposta sejam divulgadas nos registros da agência).

• *Significant communications with external actors should be documented even when those contacts occur prior to the issuance of a notice of proposed rulemaking* (tradução livre: As comunicações significativas com atores externos devem ser documentadas, mesmo que esses contatos ocorram previamente à emissão de um aviso público da proposta normativa).

• *Such disclosures need not be extremely detailed but should contain information as to the identity and affiliation of the parties to the communication, as well as the general topics discussed* (tradução livre: Essas divulgações não precisam ser extremamente detalhadas, mas devem ostentar informações sobre identidade e afiliação das partes envolvidas, bem como os tópicos gerais discutidos).

(…)

Recommendation P5*. Agencies should be encouraged to take affirmative steps to ensure that more external interest groups are given an opportunity to participate meaningfully in the early stages of a rulemaking* (tradução livre: Recomendação P5. As agências devem ser incentivadas a adotar ações afirmativas no sentido de garantir que mais grupos de interesse externos tenham a oportunidade de participar de maneira significativa nas etapas iniciais do procedimento de elaboração normativa).

• *At a minimum, agencies should maintain an "open door" policy, whereby agencies make themselves available for contact to all interest groups in an even-handed manner* (tradução livre: No mínimo, as agências devem manter uma política de "portas abertas", em que estejam disponíveis para contato com todos os grupos de interesse, de forma imparcial).

• *Alternatively, agencies should be encouraged to adopt other mechanisms to ensure broad-based public involvement* (tradução livre: Alternativamente, as agências devem ser incentivadas a adotar outros mecanismos para garantir um envolvimento público amplo).

minutadas, verifica-se que o mecanismo extrajudicial de resolução de conflitos sugerido prestaria importante contribuição nesse sentido.

A atividade regulatória, assim como a atividade econômica, é dotada de dinamicidade, de modo que a busca pelo aperfeiçoamento no que tange à transparência e à participação pública deve ser contínua.[294] Nessa linha, entende-se que a resolução extrajudicial de conflitos com o intermédio das agências reguladoras terá muito a contribuir, haja vista que os conflitos sociais também são dotados de dinamicidade e refletem, em grande parte, efeitos das normas vigentes. Trata-se, portanto, de atividade perene, cujos resultados serão obtidos como um reflexo da qualidade regulatória vigente em cada momento. As agências reguladoras, por meio da resolução consensual de conflitos entre entes regulados e consumidores, lograrão conhecimento de mercado bastante para detectar inconsistências em seus regulamentos, readequá-los, e, com isso, regular o setor com maior eficiência, obtendo-se, por esse mecanismo, uma participação social constante e dinâmica.

A administração concertada almejada pelo presente estudo residiria nesse contexto. Por meio do mecanismo de conciliação proposto, seria possível às agências reguladoras implementar um ciclo constante de obtenção de informações junto ao setor regulado, com vistas à manutenção da harmonia no segmento, afastando-se assim da possibilidade de ação autoritária. A instituição do anteriormente descrito mecanismo alternativo de resolução de conflitos gera como efeito positivo um aperfeiçoamento sistêmico do funcionamento da máquina administrativa e, inclusive, da máquina judicial, acarretando melhora qualitativa na relação entre o Estado e a população.[295]

Trata-se de um mecanismo que, inclusive, dispensa controle externo institucional proativo, porquanto seu produto pauta-se no consenso, na satisfação dos interesses das partes envolvidas. O controle exercido seria o social, dada a inevitabilidade atual de que um serviço mal ou bem desempenhado por algum ente seja divulgado em páginas na *internet* ou até mesmo em redes sociais. A satisfação dos entes envolvidos, isto é, a própria sociedade e o setor regulado, revelaria a qualidade desse serviço prestado pelas agências.

O mecanismo de resolução de conflitos em tela, ademais, possibilita a criação de instrumentos de incentivo ao consenso, isto é, de meios de estímulo à pacificação

294 COGLIANESE, Cary. KILMARTIN, Heather. MENDELSON, Evan. *Transparency and public participation in the federal rulemaking process: recommendations for the new administration*. George Washington Law Review, vol. 77, n. 4, jun. 2009, p. 958.

295 AMARAL, Alexandra da Silva. *Princípios estruturantes das agências reguladoras e os mecanismos de controle*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 18-19.

social, atingindo, com isso, a já citada finalidade das agências reguladoras, qual seja, o bom funcionamento do mercado regulado. A regulação excessivamente prescritiva vem sendo preterida pelas agências, em favor de uma regulação mais voltada para a performance do mercado, ou seja, para resultados desejáveis. A regulação prescritiva **é aquela que** define pormenorizadamente como as atividades devem ser realizadas, o que pressupõe o conhecimento da agência sobre todos os riscos envolvidos na hipótese de se deixar a cargo dos agentes econômicos envolvidos a possibilidade de inovação e de gestão de custos. Já a regulação voltada para a performance ou para os resultados preocupa-se com os frutos almejados, independentemente dos procedimentos empregados pelos agentes econômicos para atingir suas metas.[296]

Uma modalidade de regulação não exclui a outra, mas é importante refletir sobre qual delas é mais compatível com cada situação regulada. Considerando que as agências reguladoras possuem sua razão de existir atrelada à proteção consumerista, conforme anteriormente abordado, entende-se que a atividade regulatória deve produzir como resultado um ambiente econômico pacífico, no bojo do qual os direitos dos consumidores são adequadamente respeitados.

Vários são os mecanismos possíveis de regulação voltada para resultados, cabendo apontar, no presente trabalho, dois dos que vão ao encontro da sugestão de resolução consensual de conflitos. Primeiramente, há que se ressaltar a possibilidade de que o mecanismo em questão alimente uma base de dados capaz de produzir um ranking de empresas amig**áveis** ao consumidor, considerando-se, para tanto, aquelas mais propensas à celebração do acordo, com base em amostragem estatística a ser levantada pelas agências. Nesse sentido, a existência de indicadores demonstrativos da reputação de cada empresa, com base no mecanismo de resolução de conflitos em questão, propiciaria ao mercado conhecimento sobre quais empresas se mostram mais amigáveis aos pleitos de seus consumidores, favorecendo ou não a imagem de cada ente regulado perante o mercado, de modo que aquelas melhores classificadas poderiam obter reconhecimento público da agência, gerando com isso uma competição saudável entre as empresas, na qual o maior beneficiado é o consumidor.

O segundo mecanismo de estímulo ao ambiente consensual pretendido derivaria de um diálogo do instrumento em questão com a atividade sancionatória desempenhada pela agência. O ente regulado possui relações concomitantes com a agência, sobre

296 GUERIN, Kevin. *Encouraging Quality Regulation: Theories and Tools*. Working Paper 03/24, New Zealand Treasury, set. 2003, p. 8-9. Disponível em: <http://www.treasury.govt.nz/publications/research-policy/wp/2003/03-24>. Acesso em: 20 mai. 2017.

variados assuntos, em diversos setores paralelos. Os bons resultados obtidos por determinado ente regulado no âmbito da resolução consensual de conflitos poderia possibilitar em seu favor, no âmbito da atividade sancionatória, o abatimento de multas ou a facilitação de seu pagamento, de modo que ele teria um incentivo financeiro direto para evitar ou solucionar conflitos com seus consumidores.

Há que se falar ainda, com relação ao procedimento proposto, das vantagens residentes na possibilidade, anteriormente descrita, de emissão de um parecer pelas agências reguladoras, no caso de ausência de consenso. O consumidor, de acordo com essa dinâmica, já teria, na hipótese mais desfavorável – isto é, caso a empresa regulada opte por não celebrar um acordo ou por não acatar uma recomendação da agência reguladora, na qualidade de conciliadora – um parecer técnico sobre seu caso, emitido pelo ente público responsável pela regulação da temática, para fins de instrução processual relativa a eventual acionamento judicial.

O Poder Judiciário, ainda que não se vincule ao citado parecer com a recomendação da agência, já possuiria uma instrução prévia, em âmbito administrativo, para facilitar a análise do caso, produzida no âmbito de uma instituição dotada de atribuições legais para atuar na resolução de conflitos.[297] A propósito, não se vislumbra grande probabilidade de que o Poder Judiciário venha a se defrontar com eventual parecer emitido pelo ente público responsável pela regulação da temática, visto que a jurisdição, nesse caso, exerceria papel semelhante ao das agências: interpretar e aplicar as normas jurídicas ao caso concreto, com o intuito de solucionar a lide e, com isso, restabelecer a paz social.[298]

3.2.3. Ponderações sobre a utilização de mecanismos de administração consensual pelas agências reguladoras diante de conflitos que envolvam entes regulados e consumidores

A despeito dos benefícios acima apontados, é importante suscitar algumas ponderações relativas à hipótese de utilização do citado mecanismo de resolução

297 Luís Roberto Barroso, inclusive, ao comentar as competências decisórias das agências reguladoras no que se refere à resolução extrajudicial de conflitos, ressalta a importância da análise técnica feita pela autarquia, capaz de limitar até mesmo o Poder Judiciário: "no tocante às decisões das agências reguladoras. a posição do Judiciário deve ser de relativa autocontenção, somente devendo invalidá-las quando não possam resistir aos testes constitucionalmente qualificados, como os de razoabilidade ou moralidade, já mencionados, ou outros, como os da isonomia e mesmo o da dignidade da pessoa humana. Notadamente no que diz respeito a decisões informadas por critérios técnicos, deverá agir com parcimônia, sob pena de se cair no domínio da incerteza e dos subjetivismo." (BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras: constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 229, p. 308, fev. 2015).

298 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 6ª ed., vol. 1, 1990, p. 37.

consensual de conflitos pelas agências reguladoras, diante de conflitos que envolvam entes regulados e consumidores.

A primeira ponderação a ser suscitada diz respeito ao fato de que a participação mais ativa das agências reguladoras no que se refere à resolução extrajudicial de conflitos demandaria o direcionamento de recursos para essa nova atuação. As agências possuem limitação de recursos humanos e materiais, de modo que a incorporação da atividade de conciliadora de conflitos entre entes regulados e consumidores e a da consequente avaliação de cada contribuição para o aprimoramento do processo normativo exigiriam destinação de força de trabalho específica para desempenhar o mister. Caso não haja o correto dimensionamento das atividades, poderia haver atrasos ou omissões no âmbito de outras obrigações finalísticas das agências, como a fiscalização dos entes regulados.

Entende-se que os quadros funcionais da agência precisariam ser fortalecidos a fim de tornar factível a atividade sob comento.[299] No entanto, entende-se que a simples afirmativa de que as agências não desempenham a atividade em questão por falta de pessoal não merece guarida, haja vista que, conforme anteriormente demonstrado, as instituições em questão possuem obrigação normativa (por previsão em Lei, em Decreto ou em outro instrumento infralegal) de atuar no sentido da resolução extrajudicial de conflitos. Considerando-se os supracitados benefícios decorrentes da implementação do mecanismo de resolução consensual de conflitos, entende-se que o custo estatal inerente ao fortalecimento do quadro funcional das agências seria devidamente compensado pelo proveito obtido – o qual, conforme demonstrado, geraria inclusive economia de recursos em favor do Poder Público, no que se refere à máquina judiciária.

A despeito da necessidade de fortalecimento dos quadros funcionais, ressalva-se que a resolução das demandas apresentadas obterá uma facilitação a longo prazo, tendo em vista a grande repetitividade das questões geradoras de litígios e da relativamente reduzida amplitude temática inserida sob o âmbito de competência de cada agência reguladora. Entende-se que alguns temas como corte indevido de fornecimento de energia, cobranças indevidas, inclusão de nome de consumidor em cadastro de proteção

299 Floriano de Azevedo Marques Neto afirma ser imprescindível que o Estado garanta meios e recursos para o funcionamento das agências. De acordo com Marques Neto, "é necessário assegurar às agências não só os meios para atuar (recursos financeiros, pessoal etc.), como também dotá-las de garantias de que não serão esvaziadas na sua independência administrativa e de gestão." Ele acrescenta que "é na seara administrativa que vem residindo a maior ameaça ao funcionamento das agências", em razão de "contingenciamento de verbas, corte de pessoal, políticas de redução salarial, indefinição dos critérios de contratação de funcionários" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes*: fundamentos e seu regime jurídico. 1. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 138).

ao crédito, atraso de voos, entre outros, tenderão a ser facilmente solucionados pela via do consenso. Muitas dessas causas repetitivas, inclusive, já possuem jurisprudência consolidada a respeito da necessidade de pagamento de indenização, razão pela qual pode se mostrar mais interessante ao ente regulado celebrar um acordo extrajudicial, ou acatar uma recomendação da agência, em vez de responder judicialmente à questão.

Outra ponderação a ser suscitada diz respeito à *teoria da captura*, segundo a qual as agências reguladoras seriam facilmente contaminadas por grupos de interesses, visto que seus corpos diretores são compostos por indicados políticos, e não necessariamente por membros técnicos do setor.[300] Entende-se que, para o mecanismo de resolução consensual de conflitos em questão, não haveria incidência nem mesmo de desconfiança quanto à possibilidade de captura dos agentes públicos inseridos no procedimento, tendo em vista se tratar de instrumento essencialmente voltado à proteção dos consumidores e que se trata de procedimento cujo resultado depende de manifestação de vontade mútua. Ademais, mesmo aqueles interessados que, hipoteticamente, estivessem inicialmente desconfiados quanto ao trabalho das agências no escopo da resolução consensual de conflitos não sofreriam prejuízos ao tentar utilizar o mecanismo em questão, haja vista a possibilidade, até mesmo, de ajuizarem ação judicial em paralelo. Assim, as partes em questão poderiam vir a se submeter à conciliação extrajudicial e, em seguida, poderiam desistir da ação judicial, caso fiquem satisfeitas com o procedimento alternativo, que deverá ser mais célere.

Relevante apontar, ainda, uma última ponderação com relação ao instrumento sob comento. A despeito de o Estado Brasileiro ter optado por um modelo de agências reguladoras para exercerem a supervisão e o controle de determinadas atividades, certo é que a procedimentalização dessa sistemática no contexto nacional sofre ingerência constante do Poder Judiciário, cuja *prevalência opinativa* acaba por relativizar a autonomia técnica das agências.[301]

Nesse sentido, os potenciais interessados no mecanismo consensual de resolução de conflitos em tela podem entender que a utilização do instrumento seria ineficaz, porquanto despido de definitividade. Eventual tentativa infrutífera de conciliação geraria, conforme anteriormente explanado, apenas um parecer da agência reguladora

---

300 GUERRA, Sérgio. *Introdução ao Direito das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p. 56-57.

301 Floriano de Azevedo Marques Neto explica que a realização de composição de interesses pelas agências reguladoras vai ao pleno encontro da Constituição, e que as decisões tomadas nessa seara são dotadas de exigibilidade. Realça, no entanto, não haver possibilidade de que esses "poderes quase judiciais" interditem o controle judicial dos atos do regulador (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes*: fundamentos e seu regime jurídico. 1. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 109).

sobre o caso, com caráter meramente indicativo, não vinculante. Nesse sentido, tendo em vista que os assuntos inseridos sob competência das agências reguladoras consistem, grande parte, em temas com alto grau de especificidade sobre aspectos técnicos, seria importante que o Poder Judiciário, a fim de conferir legitimidade ao trabalho desempenhado pelas agências reguladoras, atribu***ísse*** presunção de veracidade aos pareceres que viessem a ser produzidos nesse contexto, cabendo à parte eventualmente prejudicada comprovar a existência de eventual vício ou incorreção.

As agências reguladoras, caso desempenhem, nessa seara, um trabalho reconhecido pela sociedade como satisfatório, com celeridade e presteza, podem se prestar, indiretamente, como ferramenta de resolução para outros problemas com os quais o Poder Judiciário tem lidado nos últimos anos, como a chamada *indústria do dano moral*. A banalização do instituto do dano moral tem feito com que diversas ações infundadas sejam ajuizadas com vistas à obtenção de enriquecimento ilícito travestido de reparação por danos morais, movendo a máquina judiciária de maneira desnecessária.[302] Portanto, a opção de utilização das agências reguladoras como alternativa para a resolução de conflitos auxiliaria a evitar o excesso de ações judiciais infundadas propostas com finalidade de obtenção de reparação por danos morais.

302 Maria Celina Bodin de Moraes explica que a expressão *indústria do dano moral* deve-se ao grande número de ações judiciais propostas com esse pedido e à concessão, pelo Poder Judiciário, de reparações por danos morais sem critérios determinados (MORAES, Maria Celina Bodin. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 29, 2014, p. 241-242. Disponível em: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/295>. Acesso em: 20 mai. 2017).

Conclusão

A apuração realizada no presente trabalho conduz ao entendimento de que as cinco agências reguladoras ora estudadas atuam aquém de suas obrigações normativas, no que concerne à resolução extrajudicial de conflitos. Embora cada agência reguladora seja individualmente regida por sua lei de criação, e apesar de cada uma delas possuir seus propósitos regulatórios específicos, tem-se que as autarquias ora estudadas possuem duas características finalísticas em comum: o desígnio de intervir na proteção dos direitos dos consumidores e a obrigação de atuar na resolução extrajudicial de conflitos porventura existentes entre entes regulados e os usuários de serviços.

Entende-se juridicamente ineficiente que as agências reguladoras sejam criadas com o objetivo de garantir o funcionamento adequado do mercado, com relação a determinado serviço público ou a uma atividade econômica e, no entanto, tolerem o resultado inverso, devido à alta incidência de conflitos entre as partes envolvidas no ambiente regulado – fornecedores e consumidores de serviços – ***e à falta de iniciativas das autarquias em questão capazes de auxiliar na busca pela solução desses desentendimentos***.

Verifica-se, nesse contexto, que a condição de paz social, almejada em todos os níveis do Estado Democrático de Direito, resta sistemicamente prejudicada, e as agências reguladoras estudadas no presente trabalho possuem sua parcela de responsabilidade, por conta de sua inação. A responsabilização adquire contornos mais graves pelo fato de que, em todos os casos avaliados na pesquisa de campo realizada, verificou-se o desrespeito, por parte das agências, à literalidade normativa.

As agências reguladoras devem dirigir suas ações de modo dinâmico, de modo a acompanhar constantemente as necessidades dos mercados regulados. Eventual falta de dinamismo atribuível às autarquias especiais em questão seria capaz de conduzi-las ao descrédito e à obsolescência, tendo em vista a possibilidade de perda do diferencial ideológico que as embasa, qual seja, a eficiência. Uma agência reguladora incapaz de atender aos seus propósitos normativos poderia acabar vista como mais um braço ineficiente da hipertrofiada máquina estatal brasileira.

As agências reguladoras, conforme anteriormente considerado, possuem a virtude de atuarem com uma maior proximidade do mercado, em comparação com os órgãos estatais da administração direta, tradicionalmente menos envolvidos com as questões cotidianas. ***É imprescindível que*** as agências reguladoras fortaleçam e aperfeiçoem,

constantemente, seu diálogo com o setor regulado, com vistas a mantê-lo em contínuo equilíbrio.[303]

Os instrumentos em questão são aptos ainda para o objetivo das agências reguladoras de atuarem de modo dinâmico, em constante diálogo com o setor regulado. A dificuldade de sobrecarga de demandas experimentada pelo Poder Judiciário na atualidade, inclusive, reforça a necessidade de que as agências cumpram seus desígnios legais referentes à resolução administrativa desses conflitos, contribuindo, assim, de modo sistêmico, com o bom funcionamento do Estado.

Entende-se que a proposta do supracitado mecanismo extrajudicial de resolução de conflitos teria o condão de mitigar e corrigir os efeitos de ineficácia oriundos da má regulação e mostra-se alinhada ***às políticas públicas inerentes ao setor, bem como*** aos anseios da sociedade brasileira contemporânea. Ademais, verifica-se que a proposta de um mecanismo *online* mostra-se atualizado, tendo em vista a irrefreável expansão da informatização, e consoante com as anteriormente indicadas obrigações das entidades em questão.

Os mecanismos alternativos de resolução de conflitos mostram-se ferramentas eficientes para a busca dos propósitos existenciais das agências reguladoras. Por meio dessas ferramentas, ditas autarquias podem promover a proteção dos direitos dos consumidores, além de, notadamente, propiciar meios alternativos de atendimento ao direito de acesso à Justiça.

A utilização do mecanismo proposto de resolução consensual de conflitos é capaz, ainda, de dar ensejo à harmonia pretendida pela administração concertada. Trata-se de instrumento capaz de alinhar as pretensões entre as agências reguladoras e o setor regulado, tendo em vista que, por meio de um diálogo constante e dinâmico, possibilita às autarquias em questão conhecimento de mercado suficiente para apurar eventuais inconsistências existentes em seus normativos, viabilizando-se, com isso, sua readequação.

---

303 Floriano de Azevedo Marques Neto sugere que haja constante incremento da transparência e da participação popular na atividade das agências reguladoras, o que pode ser feito por meio de procedimentos capazes de trazer a sociedade para perto das autarquias em questão ou pela adoção de uma postura mais ativa por parte das agências, de modo a estimular a participação de grupos interessados nas temáticas reguladas. Propõe, ainda, que sejam introduzidos "mecanismos de institucionalização dos consumidores na atividade regulada (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes*: fundamentos e seu regime jurídico. 1. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 136-137). Lea Cuéllar acrescenta que "somente por meio de uma participação efetiva da sociedade é que será garantido o controle social sobre a atuação das agências" e que "somente através de um controle mais intenso sobre as agências é que se conseguirá atenuar a ausência de legitimação democrática existente na composição e no funcionamento desses entes reguladores (CUÉLLAR, Lea. Introdução às agências reguladoras brasileiras. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.145).

Referências

ABRANCHES, Sérgio Henrique. *Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro*, Dados: Revista de Ciências sociais, Rio de Janeiro, 31, 1988.

AGUIAR, Jean Menezes de. Crítica ao marco regulatório do Brasil consumista: por uma regulação cidadã. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (Coord.). *Desafios atuais da regulação econômica e concorrência*. São Paulo: Atlas, 2010.

ALAK, Júlio César. Onde há uma necessidade, nasce um direito. *Revista Diálogos sobre Justiça*. Brasília: Centro de Estudos sobre o Sistema de Justiça, n. 3, ano 1, set./dez. 2014.

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

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Mediação como a melhor forma de solução de litígios: entrevista. Entrevistadora: Andréa Fernanda Rodrigues Britto. *Revista Diálogos sobre Justiça*. Brasília: Centro de Estudos sobre o Sistema de Justiça, n. 3, ano 1, set./dez. 2014.

ANDRIGHI, Fátima Nancy; FOLEY, Gláucia. Sistema multiportas: o Judiciário e o consenso. *Caderno* Opinião – Tendências/Debates. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 24 jun. 2008. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/ fz2406200808.htm>. Acesso em 20 mai. 2017.

ARANTES, Eduardo Espíndola e. *A Mediação na Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL*. Brasília, Agência Nacional de Energia Elétrica, 2014. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Monografia_Pos_Graduacao_Eduardo_Arantes.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

AUAD, Denise. Autoridades administrativas independentes na França. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Direito Regulatório*: temas polêmicos. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras: constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 229, fev. 2015.

BBC Brasil. Educação básica ruim joga Brasil no grupo dos 'lanternas' em ranking de capital humano. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/brasil-36660930. Acesso em: 20 mai. 2017.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco:* rumo a uma outra modernidade, São Paulo: Editora 34, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BETTER REGULATION TASK FORCE. *Principles of Good Regulation*. Disponível em: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20100407162704/http:/archive.cabinetoffice.gov.uk/brc/upload/assets/www.brc.gov.uk/principlesleaflet.pdf>. Acesso em 20 mai. 2017.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais. In: *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Ato Regimental AGU n. 5, de 27 de setembro de 2007. Disponível em <www.agu.gov.br/page/download/index/id/4107659>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Agência Nacional de Aviação Civil. Regimento Interno. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-381-14-06-2016-1/@@display-file/arquivo_norma/RA2016-0381%20-%20Retificada.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Agência Nacional de Aviação Civil. Resolução n. 302, de 05 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2014/resolucao-no-302-de-05-02-2014/@@display-file/arquivo_norma/RA2014-0302.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Agência Nacional do Cinema – ANCINE. Apresentação. Disponível em http://www.ancine.gov.br/ancine/apresentacao. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Agência Nacional de Energia Elétrica. Espaço do consumidor. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/bprt1997349mme.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Agência Nacional de Energia Elétrica. Ranking da Continuidade. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/ranking-da-continuidade?inheritRedirect=true>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Agência Nacional de Telecomunicações. Consumidor. Direitos. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/consumidor/telefonia-celular/direitos>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Agência Nacional de Telecomunicações. Consumidor. Reclamações por serviços. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/consumidor/reclamacoes-na-anatel2/servicos>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Agência Nacional de Telecomunicações. Consumidor. Reclamações por grupos econômicos. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/consumidor/reclam acoes-na-anatel2/grupos-economicos>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Agência Nacional de Telecomunicações. Consumidor. Reclamações por motivos. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/consumidor/reclamacoes-na-anatel2/motivos>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Agência Nacional de Telecomunicações. Focus – atendimento aos usuários. Disponível em: <https://sistemas.anatel.gov.br/sis/cadastrosimplificado /pages/acesso/login.xhtml?i=0&codSistema=649>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Agência Nacional de Telecomunicações. Consumidor. Desempenho no Atendimento – IDA. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/consumidor/desempenho-do-atendimento-ida/>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Ouvidoria. Disponível em: <http://portal.antaq.gov.br/index.php/ouvidoria/>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Direitos e deveres dos passageiros. Disponível em: <http://portal.antaq.gov.br/index.php/direitos-e-deveres-dos-passageiros/>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Cadastro de manifestação. Disponível em: <http://web.antaq.gov.br/Portal/OuvidorV2/Manifestacao Cadastrar.aspx>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. ANTAQ Juris. Regimento Interno. Disponível em: <https://antaq.wordpress.com/2015/10/02/3585-14-2/>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Agência Nacional de Transportes Terrestres. Passageiros. Disponível em: <http://www.antt.gov.br/passageiros/index.html>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Agência Nacional de Transportes Terrestres. Entre em contato. Disponível em: <http://www.antt.gov.br/passageiros/Entre_em_contato.html>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Agência Nacional de Transportes Terrestres. Fale conosco. Disponível em: <http://www.antt.gov.br/faleConosco/index.html>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Agência Nacional de Transportes Terrestres. Regimento Interno. Disponível em: <http://www.antt.gov.br/textogeral/Regimento_Interno.html>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Código de Defesa do Consumidor. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Conciliação e Mediação. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliac ao>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2016: ano base 2015. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao1988.html>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão da Advocacia-Geral da União, aprova o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão da Procuradoria-Geral Federal e remaneja cargos em comissão para a Advocacia-Geral da União e para a Procuradoria-Geral Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7392.htm>. A-cesso em: 20 mai. 2017.

_____. Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427cons.htm>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Lei n. 9.478, de 06 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9478.htm>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Lei n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782.htm>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9984.htm>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Lei n. 10.233, de 05 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10233.htm>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Lei n. 11.182, de 27 de setembro de 2005. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Lei/L11182.htm>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011. Dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado; altera a Medida Provisória n. 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e as Leis n. 11.437, de 28 de dezembro de 2006, 5.070, de 7 de julho de 1966, 8.977, de 6 de janeiro de 1995, e 9.472, de 16 de julho de 1997; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Ministério da Justiça. Estudo sobre Resolução Extrajudicial de Conflitos dos Serviços Regulados por Agências Governamentais. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/reforma-do-judiciario/cejus/publicacoes/publicacoes/dialogossobrejustica_resolucao-extrajudicial-de-conflitos.pdf/@@download/file/Di%C3%A1logossobreJusti%C3%A7a_Resolu%C3%A7%C3%A3o%20Extrajudicial%20de%20Conflitos.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Ministério da Justiça lança estratégia para diminuir número de processos judiciais. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/ministerio-da-justica-lanca-estrategia-para-diminuir-numero-de-processos-judiciais>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Processo Eletrônico Nacional. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/pensei>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Relatório Anual de 2016 – Ouvidoria. Brasília: Agência Nacional de Transportes Aquaviários, 2017, p. 11. Disponível em: <http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2016/10/relat%C3%B3rio-anual-de-ouvidoria-2016.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 2448-DF, Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, julgado em 23 abr. 2003, publicado no DJU em 13 jun. 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 1980-PR, Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 16 abr. 2009, divulgado no DJe em 06 ago. 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*: por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe dar a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 34, n. 133, jan./mar., 1997.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic Choices*: The conflicts society confronts in the alocation of tragically scarce resources. 1 ed. Nova Iorque: WW Norton & Company, 1978.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CARNAES, Mariana. *Compromisso de ajustamento de conduta e eficiência administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

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

CARVALHO, Ricardo Lemos Maia L. de. As agências de regulação norte-americanas e sua transposição para os países da *civil law*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.), *Direito Regulató*rio: temas polêmicos. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CASAGRANDE FILHO, Ary. *Estado regulador e controle judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

CASTRO, Newton de. Privatização do setor de transportes no Brasil, *in A privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 2000.

COGLIANESE, Cary. KILMARTIN, Heather. MENDELSON, Evan. *Transparency and public participation in the federal rulemaking process: recommendations for the new administration*. George Washington Law Review, vol. 77, n. 4, jun. 2009.

CONSELHO DE ESTADO. *Responsabilidade e socialização dos riscos.* Brasília: UniCeub, Conseil d'État e EuropeAid, 2006.

CORDEIRO, Carolina Souza. A efetividade do sistema nacional de defesa do consumidor e as agências reguladoras. 2013. 236f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília.

CRISTO, Alessandro. AGU experimenta na prática vantagens da conciliação. *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo, 6 fev. 2010. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-fev-06/sucesso-conciliacoes-convence-agu-resolver-conflitos-longe-justica>. Acesso em: 20 mai. 2017.

CUÉLLAR, Leila. Introdução às agências reguladoras brasileiras. Coleção Luso-Brasileira de Direito Público, v. 2, Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Direito Regulatór*io: temas polêmicos. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FALCÃO, Joaquim. Agências Reguladoras e o Direito do Consumidor: entrevista. *Revista do IDEC.* São Paulo, n. 171, nov., 2012.

FERRAZ, Luciano. *Controle consensual da administração pública e suspensão do processo administrativo disciplinar (SUSPAD)*: a experiência do Município de Belo Horizonte. Disponível em: http://controladoria.gov.br/Eventos/SDD/Painel%20VI%20-%20Transação%20Administrativa%20-%20Luciano%20Ferraz.pdf. Acesso em: 20 mai. 2017.

FERREIRA, Carlos Kawall Leal. Privatização do setor elétrico no Brasil, *in A privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 2000.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Relatório ICJBrasil – 1º semestre 2016. São Paulo, Escola de Direito de São Paulo da FGV. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17204/Relatorio-ICJBra sil_1_sem_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 mai. 2017.

G1 ECONOMIA. *Dívida da Oi com a Anatel é de R$ 20,2 bilhões, informa agência*. Brasília, 14 out. 2016. Disponível em <http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/10/divida-da-oi-com-anatel-e-de-r-202-bilhoes-informa-agencia.html>. Acesso em 20 mai. 2017.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOVERNO FEDERAL. *Agências reguladoras fiscalizam a prestação de serviços públicos*. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/governo/2009/11/agencias-reguladoras>. Acesso em: 20 mai. 2017.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, v. 32, 2000.

_____, Eros Roberto. Princípio da livre concorrência – função regulamentar e função normativa. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, vol. 4, 1993.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERIN, Kevin. *Encouraging Quality Regulation: Theories and Tools*. Working Paper 03/24, New Zealand Treasury, set. 2003. Disponível em: <http://www.treasury.govt.nz/publications/research-policy/wp/2003/03-24>. Acesso em: 20 mai. 2017.

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

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

HARGER, Marcelo. Reflexões iniciais sobre o princípio da eficiência in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, mar. 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47421>. Acesso em: 20 mai. 2017.

HESSE, Konrad. *Derecho constitucional e derecho privado*. Madri: Civitas, 1999.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. *Agências Reguladoras e Tutela dos Consumidores*. Série Pensando o Direito. Brasília: SAL/ Ministério da Justiça, n. 21, 2017. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/21Pensando_Direito3.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

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

KARAM, Fabiana Silveira. *As agências Reguladoras no Cenário Brasileiro*: os mecanismos de proteção do consumidor considerando os respectivos efeitos sociais e ambientais. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2008.

KHOURI, Paulo Roque. *Direito do Consumidor*: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. São Paulo: Perspectiva, 1996.

LEURQUIN, Pablo Georges Cícero Fraga; LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. A regulação autônoma no Brasil: um diálogo com a experiência francesa. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 2, jul. 2016.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*, Barcelona: Ariel, 1979.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes*: fundamentos e seu regime jurídico. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado/ Associação dos Advogados de São Paulo (AASP).* São Paulo, ano XXIX, n. 107, 2009.

_____, Floriano de Azevedo. CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 27, ago.-out. 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-27-AGOSTO-2011-FLORIANO-AZEVEDO-TATIANA-MATIELLO.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

MAZZA, Alexandre. *Agências Reguladoras*. São Paulo: Malheiros, 2005. Coleção Temas de Direito Administrativo, v. 13.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 16ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENEGUIN, Fernando B.; SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. Eficiência e legalidade. *Correio Braziliense*, Brasília, 26 de maio de 2014. Caderno Direito e Justiça.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. Agências reguladoras e o direito brasileiro. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____, Alexandre de. Agências Reguladoras. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. vol. 791. ano 90. set./2001.

MORAES, Maria Celina Bodin. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 29, 2014. Disponível em: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article / view/295>. Acesso em: 20 mai. 2017.

MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE).* Salvador, n. 12, nov./dez./jan., 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-12-NOVEMBRO-2007-DIOGO%20 DE%20FIGUEIREDO. pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. *Mutações do Direito Administrativo,* 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____, Diogo de Figueiredo. Coordenação gerencial na administração pública, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 214, mar. 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47265/45374>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____, Diogo de Figueiredo. Direito Regulatório. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____, Diogo de Figueiredo. Natureza jurídica, competência normativa, limites de atuação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 215, p. 71-83, jan./mar. 1999.

MORIN, Edgar. *Rumo ao abismo?* Ensaio sobre o destino da humanidade. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

NALINI, José Renato. O Juiz, a Justiça contemporânea e as formas alternativas de resolução de conflitos. *Revista Diálogos sobre Justiça*. Brasília: Centro de Estudos sobre o Sistema de Justiça, n. 3, ano 1, set./dez. 2014.

NOVAES, Ana. Privatização do setor de telecomunicações no Brasil, *in A privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 2000.

NUNES, Tatiana Mesquita. *O segredo das escolhas trágicas da administração p*ública: uma análise crítica da influência do Poder Judiciário nas decisões de políticas públicas de seguridade social. São Paulo: Poiesis, 2015.

OLIVEIRA, Igor Lima Goettenauer de. A mediação como estratégia prática de cidadania participativa e o papel da Escola Nacional de Mediação e Conciliação (Enam). *Revista Diálogos sobre Justiça*. Brasília: Centro de Estudos sobre o Sistema de Justiça, n. 3, ano 1, set./dez. 2014.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67859>. Acesso em: 20 mai. 2017.

ONTARIO ENERGY BOARD. Consumer Protection: Make a Complaint. Disponível em: <https://www.oeb.ca/consumer-protection/make-complaint>. Acesso em: 20 mai. 2017.

PINHEIRO, Armando Castelar. GIAMBIAGI, Fabio. Os antecedentes macroeconômicos e a estrutura institucional da privatização no Brasil, *in A privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 2000.

SANTANA, Hector Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. *Políticas públicas, coletânea*. Brasília: Escola Superior de Administração Pública, vol. 1, 2007.

SCHWANKA, Cristiane. A processualidade administrativa como instrumento de densificação da administração pública democrática: a conformação da administração pública consensual. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.* Belo Horizonte, v. 80, n. 3, ano XXIX, jul./ago./set. 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1996.

SILVA NETO, Orlando Celso da. Noções gerais sobre o controle das agências regulatórias no Direito norte-americano. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Direito Regulatório*: temas polêmicos. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. A administração pública na era do Direito Global. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

_____, Carlos Ari. Fundamentos de direito público. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____, Carlos Ari. O Direito Administrativo entre os clips e os negócios. In: ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SUREL, Yves. *Las políticas públicas como paradigmas*. Trad.: Javier Sánchez Segura. Medellín: Estudios Políticos, n. 33, jul.-dez. 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 6a ed., vol. 1, 1990.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perceptions Index 2013*. Disponível em: <http://cpi.transparency.org/cpi2013/results/>. Acesso em: 20 mai. 2017.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Transigibilidade na administração pública*: uma faceta da consensualidade no direito administrativo do século XXI. Fórum Administrativo. Belo Horizonte, ano 11, n. 123, mai. 2011.

VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. Coleção Temas de Direito Administrativo, vol. 8, São Paulo: Malheiros, 2003.

Anexo A – Questionamento ANATEL

FALE CONOSCO - ATENDIMENTO ELETRÔNICO

N. DO PROTOCOLO: 1636975 - 2017

DATA DE REGISTRO: 12/06/2017

QUESTIONAMENTO: A Agência possui instrumento voltado à resolução consensual de conflitos entre entes regulados e consumidores? Em caso positivo, qual a abrangência do mecanismo implementado? Em quais casos a Agência realiza o procedimento de mediação, conciliação ou outro afim? Há regulamento da Agência sobre o assunto? Há descrição dos procedimentos no site da Agência? Há resultados publicados?

RESPOSTA: Há previsão expressa na Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013, em seu art. 103, de que o consumidor de serviço de telecomunicações que tiver seu direito violado poderá reclamar contra a prestadora perante a Superintendência de Relações com os Consumidores. Nesse sentido, para o correto tratamento de sua reclamação, recomenda-se que sejam observados os seguintes passos:

1) Fale primeiro com a sua operadora. Anote e guarde o protocolo de atendimento que ela lhe fornecer: A sua operadora é obrigada a lhe fornecer qualquer informação sobre o serviço que você contratou. Também é obrigada a resolver os problemas técnicos ou de cobrança que possam ocorrer – e têm prazos para fazer isso. Assim, em caso de dúvida ou reclamação, sempre fale primeiro com a operadora. Importante: exija e anote o número do protocolo de atendimento da sua operadora. Ele é a prova de que a operadora sabe de seu problema e lhe deve uma resposta.

2) Se a operadora não responder, ou se a resposta não for adequada, entre em contato com a Anatel. Anote e guarde o número que lhe será fornecido: Caso precise registrar uma reclamação na Anatel, tenha em mãos o número de protocolo da operadora. Você pode entrar em contato com a Anatel por meio da Internet (http://goo.gl/TgwZtC); da Central de Atendimento Telefônico, no número 1331 (ou 1332, para deficientes auditivos); do aplicativo para smartphones e tablets Anatel Consumidor (sistemas Android {https://goo.gl/YMBdQS}, iOS {https://goo.gl/d5RYtF} e Windows Phone {http://goo.gl/SwMFEk}). Importante: a Anatel lhe fornecerá um número da

solicitação. Anote e tenha essa informação sempre em mãos. Ela será útil sempre que você entrar em contato com a Agência. Apenas as reclamações registradas nos canais acima relatados são encaminhadas para a prestadora e são, portanto, passíveis de receber uma posição concreta dela.

3) Aguarde e acompanhe o prazo de cinco dias úteis para resposta: Assim que recebe sua reclamação, a Anatel a encaminha para a sua operadora de serviços, que terá cinco dias úteis para dar uma resposta ou solução. Será a operadora, e não a Anatel, quem irá lhe responder. Você pode acompanhar o andamento da solicitação pela internet, no site da Anatel, ou ligando para o numero 1331. Neste último caso, você não precisa nem esperar o atendente. Basta digitar o número da solicitação, quando indicado.

4) A operadora não respondeu ou a resposta não foi adequada? Volte a entrar em contato com a agência. Caso a operadora tenha respondido, mas a resposta não tiver sido adequada, você tem o prazo de até 15 dias (contados a partir da resposta) para voltar a entrar em contato com a Anatel e solicitar a reabertura da reclamação original.

A Anatel trabalha para facilitar e auxiliar a sua interação com as operadoras de serviços de telecomunicações. Ela não trata individualmente cada reclamação recebida em seus canais de atendimento, mas toma iniciativas que melhoram a qualidade do setor como um todo. Assim, quando você reclama contra sua operadora, é importante saber que a Anatel exigirá que ela lhe dê uma resposta, mas não abrirá um processo tratando do seu caso em particular.

A Anatel monitora a quantidade e o motivo das reclamações contra cada operadora, o tempo que levam para responder e a qualidade das respostas em geral para cobrar delas um nível de atendimento cada vez melhor. Entre outros pontos, a sua reclamação, somada às reclamações dos outros consumidores, nos ajuda a:

a) Calcular e divulgar o Índice de Desempenho no Atendimento, que possibilita à sociedade conhecer e comparar as empresas que melhor atendem às demandas do consumidor;

b) Identificar os principais problemas das operadoras e atuar de forma preventiva ou mesmo aprimorar as regras existentes;

c) Realizar, quando necessário, ações de fiscalização e de acompanhamento e controle, que podem resultar em multas contra as operadoras, medidas cautelares ou celebrações de termos de ajustamento de conduta.

A Anatel acompanha as prestadoras pelo Índice de Desempenho no Atendimento (IDA) – índice que ajuda o usuário a comparar prestadoras e que tem por finalidade incentivar as empresas a aperfeiçoar o tratamento de reclamações, tornando-se mais eficazes na resolução de problemas apontados pelos consumidores dos serviços. O IDA leva em consideração a capacidade da prestadora atender os consumidores no prazo de cinco dias úteis, diminuir a quantidade de reclamações, reduzir pendências e evitar reincidências. Assim, quanto melhor o desempenho no atendimento às metas estabelecidas pela Anatel, maior o índice obtido pela prestadora. As metas do IDA encontram-se no portal da Anatel: www.anatel.gov.br, aba Dados, menu Qualidade, submenu Reclamações na Anatel e aba Consumidor, menu Compare as Prestadoras, submenu Desempenho no Atendimento – IDA.

Ainda está com dúvidas? A Anatel Explica! Acesse www.anatel.gov.br/consumidor na aba "seus direitos" e saiba mais sobre o trabalho desenvolvido pela Anatel.

Anexo B – Questionamento ANTT

OUVIDORIA

N. DO PROTOCOLO: 3999679

DATA DE REGISTRO: 12/06/2017

QUESTIONAMENTO: A Agência possui instrumento voltado à resolução consensual de conflitos entre entes regulados e consumidores? Em caso positivo, qual a abrangência do mecanismo implementado? Em quais casos a Agência realiza o procedimento de mediação, conciliação ou outro afim? Há regulamento da Agência sobre o assunto? Há descrição dos procedimentos no site da Agência? Há resultados publicados?

RESPOSTA: Prezado(a) Senhor(a) Yuri Cesar Cherman,

Em atenção à mensagem de V. Sª., registrada sob o protocolo n. 3999679 temos a informar:

Constituem a esfera de atuação da ANTT:

I – o transporte ferroviário de passageiros e cargas ao longo do Sistema Nacional de Viação;

II – a exploração da infra-estrutura ferroviária e o arrendamento dos ativos operacionais correspondentes;

III – o transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

IV – o transporte rodoviário de cargas;

V – a exploração da infra-estrutura rodoviária federal;

VI – o transporte multimodal;

VII – o transporte de cargas especiais e perigosas em rodovias e ferrovias.

Essas informações estão no art. 22 da Lei n.º 10.233/2001, que cria a Agência Nacional de Transportes Terrestres, dentre outras providências. Mais informações podem ser consultadas diretamente no texto da Lei, no site: http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/7727/Lei_N10_233.html

Obs: Assim sugerimos que V. S.ª deve procurar os órgãos com competência sobre

a questão, PROCON e/ou Juizado de Pequenas Causas. Ainda que fosse aberto um processo administrativo nesta Agência, ele versaria sobre os aspectos operacionais da prestação do serviço, não sobre as indenizações por danos.

Finalmente, informamos que os cidadãos podem colaborar com o aprimoramento da atuação da ANTT por meio de contribuições apresentadas presencialmente ou por e-mail nos eventos de participação e controle social realizados pela Agência, tais como audiências e consultas públicas. Sua sugestão é muito importante. Acompanhe os eventos já realizados e os que estão em andamento pelo link: http://www.antt.gov.br/index. php/content/view/5125.html

Permanecemos à disposição.

Atenciosamente,

Ouvidor da ANTT

Anexo C – Questionamento ANTAQ

OUVIDORIA

N. DO PROTOCOLO: 18292/2017-46

DATA DE REGISTRO: 12/06/2017

QUESTIONAMENTO: A Agência possui instrumento voltado à resolução consensual de conflitos entre entes regulados e consumidores? Em caso positivo, qual a abrangência do mecanismo implementado? Em quais casos a Agência realiza o procedimento de mediação, conciliação ou outro afim? Há regulamento da Agência sobre o assunto? Há descrição dos procedimentos no site da Agência? Há resultados publicados?

RESPOSTA: Referindo-nos à sua demanda, cabe informar que a Lei 10.233, de 2001, que criou a ANTAQ, estabelece a possibilidade de utilização de mecanismos de resolução consensual de conflitos na sua área de regulação. Cite-se os seguintes dispositivos:

Art. 20. São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário:

II – regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes, exercidas 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, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica.

Art. 35. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais, ressalvado o disposto em legislação específica, as relativas a:

XVI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem;

Art. 39. O contrato de permissão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais as relativas a:

XI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, incluindo conciliação e arbitragem;

Já o Decreto 4.122/2002, que traz o Regulamento de funcionamento da ANTAQ, estabelece:

Art. 3º À ANTAQ compete, em sua esfera de atuação, adotar as medidas necessárias ao atendimento do interesse público e ao desenvolvimento das atividades portuária e de transporte aquaviário e, em especial:

XLII - dirimir administrativamente conflitos de interesses entre o Poder Concedente e os prestadores de serviços de transporte e arbitrar disputas que surgirem entre os referidos prestadores de serviços e entre estes e os usuários;

XLIV - atuar na defesa e proteção dos direitos dos usuários, reprimindo as infrações e compondo ou arbitrando conflitos de interesses, observado o § 6º deste artigo;

O Termo "arbitrar" utilizado pela legislação vem sendo entendido no seu sentido amplo, de resolução consensual de conflitos, já que a arbitragem técnica (Lei 9.307) é decorrente da escolha dos árbitros e do procedimento pelas próprias partes, e desde que envolva direitos disponíveis.

Esta ANTAQ, embora tenha essa previsão legal, foi acionada em poucas oportunidades. Uma delas envolvendo requisição de mão de obra pelo Terminal de Portonave - OGMO do Porto de Itajaí - porém o conflito acabou judicializado. Noutra disputa, envolvendo autoridade portuária APPA (Paranaguá e Antonina) as partes acabaram resolvendo o conflito por meio de concessões mútuas.

Então, como se vê, não se tem propriamente um histórico de solução de conflitos com a utilização do referido instrumento.

Há iniciativa desta ANTAQ em publicar regulamento (com procedimento) para sua atuação com a utilização do instrumento. Porém, a ausência do mesmo não tem impedido de realizar tentativas para a solução consensual dos conflitos. Vale dizer que, sempre que houver transgressão do marco regulatório, de ofício a ANTAQ poderá iniciar procedimento sancionatório ou determinar a correção, em face do seu poder legal, independentemente de eventual solução consensual do conflito.

A Ouvidoria da ANTAQ agradece sua colaboração para a melhoria dos serviços prestados por esta instituição e coloca-se a disposição para novos contatos.

Atenciosamente,

Ouvidor da ANTAQ