



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Responsabilidade das Agências Reguladoras na prestação dos Serviços Públicos

Flavia Guimarães de Castro

Rio de Janeiro  
2012

FLAVIA GUIMARÃES DE CASTRO

Responsabilidade das Agências Reguladoras na prestação dos Serviços Públicos

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Professores Orientadores:

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2012

## **RESPONSABILIDADE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS**

**Flavia Guimarães de Castro**

Graduada pela Universidade  
Estácio de Sá. Advogada

**Resumo:** O presente trabalho tem por objetivo analisar e apresentar sob mais um enfoque a Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras na Prestação dos Serviços Públicos. Para tanto, busca-se uma análise da doutrina balizada no assunto. É necessário discutir todos os aspectos da responsabilidade e a eficiência da regulação nos dias atuais, diante de tantas falhas na prestação dos serviços públicos, principalmente nas relações de consumo. O tema se torna relevante não só para os operadores do Direito, mas também para a sociedade.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Civil. Agências Reguladoras. Delegação de Serviços Públicos a Particulares. Falha ou Ausência de Fiscalização. Dever de Indenizar. Aplicação do CDC.

**Sumário:** Introdução. 1. Evolução Histórica. 2. Alcance da legislação consumerista às relações de prestação dos serviços públicos 3. Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras na prestação dos Serviços Públicos. Conclusão. Referências.

### **INTRODUÇÃO**

Há grande discussão doutrinária a respeito da responsabilidade civil das Agências Reguladoras.

As Agências Reguladoras foram criadas com a finalidade de exercer a regulação das prestadoras de serviços públicos. No entanto, se há falha na prestação dos serviços públicos, cumpre-se discutir se a responsabilidade será das Agências Reguladoras, que não estão cumprindo sua função de regulação ou se a responsabilidade será das próprias prestadoras de serviços públicos. Se houver responsabilização das Agências Reguladoras diretamente, se caberia direito de regresso em face da prestadora de serviço público.

Contextualizando, a implantação da chamada Administração Pública Gerencial propiciou que os serviços públicos fossem prestados pelos particulares em regime de colaboração com o Poder Público, que se reserva o direito de exercer sobre tais pessoas uma efetiva regulação, através das Agências Reguladoras de serviços públicos e atividades econômicas, entidades dotadas de independência e características eminentemente técnicas.

No entanto, hodiernamente diante de tantas falhas na prestação de serviços públicos, como por exemplo, as antenas de transmissão de telefonia celular dispostas em área residencial, podendo causar diversos males à saúde, bem como as explosões ocorridas nas redes subterrâneas de luz, causando diversos danos aos consumidores, ante a constatação dessas irregularidades constantes no sistema de controle das Agências Reguladoras, cumpre verificar não só a responsabilidade das mesmas, bem como repensar sua própria estrutura, com a finalidade de tornar sua regulação mais eficiente e sua responsabilização civil diante dos danos causados à terceiros.

Diante desses fatos, esse artigo visa a discutir a relevância das Agências Reguladoras e do sistema regulatório adotado pelo Estado, analisando a efetividade de atuação das Agências Reguladoras quanto ao cumprimento dos objetivos que embasaram e justificaram a sua criação, situando-as no campo da Responsabilidade Civil nos casos de omissão da sua atuação e na fiscalização dos delegatários dos serviços públicos, bem como sua influência no mercado de consumo.

Nesse sentido, o presente artigo busca uma forma mais direta de responsabilização das próprias Agências Reguladoras e das prestadoras de serviços públicos, em virtude da judicialização das demandas dos consumidores face à omissão da regulação, buscando, assim, caminhos mais possíveis e eficientes na prestação dos serviços públicos.

Para tanto, é fundamental a compreensão de como a doutrina contemporânea se posiciona acerca do tema, com foco, especialmente, em relação às posições atualmente adotadas no tocante à responsabilidade subsidiária das Agências Reguladoras, se efetivamente são compatíveis com os princípios constitucionais consagrados pela CRFB/88 e em prestígio ao Estado Democrático de Direito.

## **1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA**

A Regulação Estatal da Economia é matéria extremamente dinâmica e de constante evolução, sendo inclusive denominada de neofeudalismo.

Os mecanismos regulatórios não se substituíram uns aos outros ao longo do tempo, tendo, ao revés, se somado e se influenciado mútua e sucessivamente, conforme explicitado por Alexandre Santos de Aragão<sup>1</sup> na evolução histórica da atividade regulatória do Estado. É expressivo o fato da teoria da regulação ter suporte na urgência dos entes intermediários entre o Estado e a Sociedade, entes que tiveram a sua fase de ouro na Idade Média.

A queda do Império Romano fez com que surgisse na Europa o feudalismo, uma vez que a sua desintegração não sucedeu à constituição de um novo centro de poder político.

O feudalismo propiciou o crescimento demográfico das cidades e o conseqüente desenvolvimento das técnicas agrícolas, necessários para que a crescente demanda pudesse ser suprida, surgindo assim corporações organizadas para cada tipo de atividade, fora dos domínios feudais, mas controladas pelo Rei, que concentrava a

---

<sup>1</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 39.

regulação da Sociedade de maneira absoluta e soberana, ainda que com caráter patrimonial.

Surge, então no final do século XVI o Estado Unitário em conjunção com a soberania se impondo e reunindo em uma única instância o monopólio da força e do Direito.

No entanto, os paradigmas da regulação continuaram os mesmos na essência, fundados no patrimonialismo e no personalismo do exercício do poder de ordenação social.

No Brasil, como ensina Aragão<sup>2</sup>, esta regulação patrimonialista se percebeu na transferência de terras feita pela Coroa Portuguesa a particulares, nas concessões régias e nas companhias de comércio, que permitiam que particulares desempenhassem atividades sob monopólio pela Coroa.

No século XVIII houve uma transformação do feudalismo das reuniões de vassalos pela introdução dos seus representantes ao lado dos senhores feudais e do clero. Surgem então o início dos parlamentos modernos, as chamadas “assembléias de estados”, ou seja, o desempenho das funções econômicas e sociais pelos membros da coletividade, havendo aí o rompimento com o feudalismo, marcado pelas Revoluções Francesa e Americana, trazendo novos paradigmas como liberdade, igualdade e fraternidade, firmando o surgimento do Estado Moderno.

Com o surgimento desses “Estados-Nação” e a necessidade de se firmarem no contexto mundial, surge também o fortalecimento do nacionalismo e concomitantemente com as crises econômicas que se expandiam por várias nações, eclodiu em mais uma Guerra Mundial.

---

<sup>2</sup> Ibid., p.45.

Antes do fim da Segunda Guerra Mundial, vários países se reuniram na Conferência de *Bretton Woods*, que se firmou na criação de mecanismos de ajuda às nações em crise. Como ensina Antônio Carlos Efig<sup>3</sup>, [...] Aguillar considera que nesta reunião foram lançadas as bases de um novo capitalismo (que perdura até os dias de hoje – e é desafiado pela nova com a crise americana de 2008).

Em meados da década de 80, a economia estatal mostrou sinais de cansaço, com a máquina estatal inchada em razão do acúmulo de atribuições encampadas. O Estado interventor não conseguia mais cumprir com suas atribuições, sendo praticamente decretada sua falência, havendo a necessidade da criação de um Estado mais liberal. Houve uma tendência mundial em adotar medidas que levassem a uma desconcentração regulatória, sendo a palavra de ordem o enxugamento da máquina estatal, só se consolidando, no Brasil apenas no período republicano.

Em relação aos serviços públicos, no período do Segundo Reinado, tais como iluminação pública (a gás) e os serviços de água e esgoto, estes eram desempenhados por particulares através da concessão contratual, bem como foram regulamentados por Decreto, o direito de exploração dos portos.

O período republicano trouxe a Constituição da República de 1891, muito marcada pela influência de Rui Barbosa, e baseada na Constituição Norte Americana. No entanto, somente em 1926 foi inserida cláusula constitucional dispondo sobre a regulação da economia através de limitações impostas de acordo com o bem público.

No tocante aos serviços públicos, o Estado se manteve presente em determinados setores, mas de forma indireta, como já atuava anteriormente e, em outros

---

<sup>3</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico*, p. 49. *apud* EFING, Antônio Carlos. (Coord.). *Agências Reguladoras e a Proteção do Consumidor Brasileiro*. Curitiba, Juruá, 2009, p. 22.

continuou fazendo parceria com a iniciativa privada, no entanto, limitando seus lucros, o que levou a uma insuficiente prestação de serviços, fazendo com que diversos deles fossem estatizados. Tal regime foi considerado como responsável pelo maior endividamento com a consequente inflação, seguido de diversos planos econômicos, acarretando a necessidade do reaparelhamento do Estado, que não conseguia mais prestar serviços eficientes e capazes de atender ao interesse público.

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho Estatal de 1995 e o Plano Nacional de Desestatização de 1990 se focaram na regulação normativa e na descentralização das atividades econômicas, inclusive quanto aos serviços públicos sendo um importante marco na criação das Agências Reguladoras. No entanto, anteriormente à criação desses planos, vários órgãos e entidades reguladoras já haviam sido criados até então, como o Conselho Monetário Nacional, o Banco Central do Brasil, o Instituto do Alcool e do Açúcar, o Instituto Brasileiro do Café e a Comissão de Valores Mobiliários. Contudo, nenhum deles possuía o mesmo perfil de independência que as Agências Reguladoras hoje existentes.

Como diz Efig<sup>4</sup>,

Foi no contexto de valorização da regulação (que deixa as atividades econômicas fundamentalmente a cargo da iniciativa privada impondo-lhe padrões desejáveis de qualidade no fornecimento de produtos e serviços) que se editou a Lei 8.078/90, mais conhecida como Código de Defesa do Consumidor.

A normatização das relações de consumo compõe o novo plexo de regulação moderna na economia, referindo-se a todo o mercado de consumo e atuando concomitantemente à regulação específica levada a cabo em cada setor pela respectiva agência reguladora.

---

<sup>4</sup> EFING, Antônio Carlos. (Coord.). *Agências Reguladoras e a Proteção do Consumidor Brasileiro*. Curitiba : Juruá, 2009, p. 31.

De acordo com Aragão<sup>5</sup>, as Agências Reguladoras independentes podem ser conceituadas como

[...] as autarquias de regime especial, dotadas de considerável autonomia frente à Administração centralizada, incumbidas do exercício de funções regulatórias e dirigidas por colegiado cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo Presidente da República, após prévia aprovação pelo Senado Federal, vedada a exoneração *ad nutum*.

As Agências Reguladoras possuem como características: Autonomia, Atividade Normativa, Atividade Fiscalizadora, Atividade Sancionatória, Atividade Julgadora e adoção de Arbitragem, Possível Flexibilidade e Consensualidade no Exercício de suas Funções, Caráter Técnico, Regime de Pessoal e Regime Licitatório.

## **2. ALCANCE DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA ÀS RELAÇÕES DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

Em relação aos serviços públicos, o Estado estabelece as condições a serem preenchidas pelos agentes para que possam prestar determinadas atividades, pois os serviços públicos só podem ser prestados por particulares mediante concessão ou permissão. Portanto, há uma mitigação à livre concorrência, regra para o exercício de qualquer atividade privada, já que limitada a liberdade de acesso, fazendo com que o Estado se torne mais responsável ainda, pela fiscalização e controle dos serviços a serem prestados pelos particulares.

Como entendimento de Efig<sup>6</sup>,

Por fim, ressalte-se a necessidade de se encontrar formas de superação do já citado *déficit* verificado nas discrepâncias entre o controle normativo exercido pelas Agências e aquele, plasmado no Sistema Nacional de Defesa

---

<sup>5</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 275.

<sup>6</sup> EFING, Antônio Carlos. (Coord.). *Agências Reguladoras e a Proteção do Consumidor Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 32-33.

do Consumidor, sem olvidar que seria desejável certo grau de comunicação e integração institucional entre as esferas de regulação, o que representaria indubitáveis ganhos de eficiência e promoção do bem-estar dos usuários.

Se for verdade que a existência de mais de um âmbito de controle independente entre si apresenta vantagens pela pluralidade e especialização, é ainda mais verdadeiro que se perde eficiência na medida em que as Agências Reguladoras não possuem mecanismos jurisdicionais capazes de resolver as demandas dos usuários, e os órgãos de defesa do consumidor não possuem conhecimentos técnicos e mecanismos tão eficientes quanto aquelas para controlar e sancionar condutas abusivas.

A proteção aos consumidores constitui interesse primário das Agências Reguladoras e, muito embora não seja o seu único interesse, dentre outros, devem tutelar e compatibilizar essa pluralidade de interesses, com a finalidade de harmonizar de forma participativa, para que cumpram sua função de controlar e sancionar condutas abusivas de forma eficiente.

Com base nessa afirmativa, apesar do artigo 7º da Lei n. 8.987 de 15 fev. de 1995 conferir ao Código de Defesa do Consumidor uma delegação genérica à sua aplicabilidade aos serviços públicos, quando há uma delegação da prestação dos serviços públicos pelo Estado a particulares, espera-se que o usuário ou consumidor do serviço seja tratado de forma individualizada, atraindo, assim, as regras do CDC.

Portanto, apesar de a referida lei ser especial, por tratar do regime de concessão e permissão da prestação dos serviços públicos, e de ser posterior ao CDC, deve-se fazer uma interpretação conjunta das referidas leis, de forma a permitir um diálogo entre as fontes, Teoria do Diálogo das Fontes trazida do Direito Alemão por Cláudia Lima Marques<sup>7</sup>, em que as normas devem ser integradas, havendo uma solução mais flexível e aberta de interpretação das normas, concedendo, assim maior lógica-jurídica à aplicabilidade do CDC, no sentido de buscar a norma mais favorável ao consumidor.

---

<sup>7</sup> EFING, *op.cit.*, p. 129.

É necessário como salientou Efig, uma integração entre as Agências Reguladoras e os órgãos de proteção ao consumidor, para que as necessidades dos cidadãos possam ser atendidas e conseqüentemente, aqueles serviços que não estão sendo prestados de forma adequada, possam através do poder sancionatório e do poder fiscalizador das Agências Reguladoras, ser readequados às necessidades reais de seus usuários.

É importante conceituar serviço público, conforme Hely<sup>8</sup> “Serviço público é todo aquele prestado pela Administração Pública ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado.

No entanto, atualmente, diante do modelo de Estado Regulador, em que ocorre a transferência da execução de serviços a particulares não se exige a literalidade dos elementos que constam do conceito de serviço público. Como referência tem-se o artigo 175 da CRFB/88<sup>9</sup>, em que o Poder Público concede através do regime de concessão ou permissão a prestação de serviços públicos, com a obrigação de manter os serviços adequados.

Portanto, em regra, a competência para a descentralização do serviço público é do Ente Público titular do próprio serviço, de acordo como a Constituição da República.

Entretanto, se admite por meio de lei do Ente Público titular do serviço, que a própria Agência Reguladora atue como Poder Concedente, como é a hipótese da transferência da execução do serviço público à particulares, mediante a realização do devido processo licitatório (na modalidade de concorrência), cabendo-lhe a opção em

---

<sup>8</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.285.

<sup>9</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em : 03 jul. 2012.

celebrar contrato de concessão ou permissão para a execução do serviço. Cumprindo, é claro, ao particular a realização do serviço público de forma adequada e eficiente, tendo, como determina a Constituição da República, a obrigação de manter o serviço adequado.

### **3. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS**

Se assim o particular for visto como prestador do serviço público, nos parece razoável, como regra, entendermos que ao particular caberá o dever de indenizar direta e integralmente na ocorrência de dano e nexos de causalidade com a falha na prestação do serviço público, consoante os artigos 37, § 6º da CRFB/88 e artigo 25 da Lei Federal n. 8.987/95, de 15 fev. 1995. As empresas prestadoras de serviços públicos estão sujeitas ao regime de Direito Público, portanto, à responsabilidade objetiva prevista no artigo 37, §6º da CRFB/88 e artigo 43 do Código Civil de 10 jan. 2002, como salienta o prof. Cavalieri<sup>10</sup>,

[...] empresas prestadoras de serviços públicos – Metrô, Rede Ferroviária Federal, Transportes Aéreos, Telefonia, etc. – estão sujeitas ao regime do Direito Público, incidindo então o art. 175 da Constituição. É que o serviço público, embora prestado por entidade privada, preserva a sua natureza estatal; a titularidade continua sendo da entidade pública – União, Estado ou Município – que recebeu da Constituição competência para explorá-lo ( arts. 21, XI e XII; 25, § 2º; 30, V).

Todavia, a grande discussão sobre o tema está na responsabilização das Agências Reguladoras por falha ou ausência na fiscalização da prestação do serviço público. Cumpre salientar que nesse caso, seria hipótese de ausência de fiscalização, estaremos diante de uma conduta omissiva, sendo nesse caso, a responsabilidade das

---

<sup>10</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ed. São Paulo: Atlas. 2012. p. 272.

Agências Reguladoras objetiva, exigindo que o lesado prove todos os requisitos elencados, conforme lição de Willeman<sup>11</sup>, que a omissão é específica e decorrente da inércia, em que o dever de agir está previsto em lei; que o dano é direto, imediato e específico e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

No entanto, se o dano causado foi praticado pela própria empresa prestadora do serviço público, sem que tenha ocorrido ausência na fiscalização pela Agência Reguladora, não nos resta dúvida de que a própria empresa responda objetivamente pelos danos causados. Porém, se o dano foi causado pela empresa prestadora do serviço público, mas houve falha ou ausência de fiscalização por parte da Agência Reguladora, parece razoável o entendimento acima esposado por Willemann que ambas respondem objetivamente, a empresa diretamente e a Agência Reguladora subsidiariamente.

O artigo 43 do Código Civil de 10 jan. de 2002 prevê a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público interno, bem como o artigo 37, §6º da CRFB/88, e fez com que houvesse uma unificação no sistema de responsabilidade do Estado. Nesse diapasão, se os atos e fatos causadores de danos, sejam eles comissivos ou omissivos, foram provocados pela ação ou omissão dos agentes públicos, serão responsabilizados objetivamente.

No entanto, há entendimento doutrinário contrário, em que se sustenta que a responsabilidade da Administração Pública é subjetiva sempre que o dano ocorrer por omissão do Estado, por ser decorrente de responsabilidade por ato ilícito, e dispondo que haverá distinção entre omissão genérica e omissão específica do Estado<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> WILLEMANN, Flávio Araújo. *Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.122.

<sup>12</sup> CAVALIERI FILHO, *op.cit.*, p. 266-271.

Outra questão a ser enfrentada é que o artigo 25 da Lei Federal n. 8.987 de 15 fev.1995, veda a exclusão ou a atenuação do dever direto da concessionária de indenizar em caso de ausência de fiscalização pela Agência Reguladora, e por isso no entendimento do prof. Willemann<sup>13</sup> seria hipótese de responsabilidade subsidiária da Agência Reguladora, e não solidária, para que a empresa concessionária não pudesse se elidir da responsabilidade e se beneficiar da sua própria torpeza.

Todavia, *concessa máxima venia*, parece-nos o melhor entendimento que na hipótese de ausência de fiscalização pela Agência Reguladora e em decorrência dessa ausência o consumidor sofreu dano, havendo nexos de causalidade entre o dano sofrido e a conduta omissiva da Agência Reguladora, nesse caso específico seria hipótese de responsabilidade solidária de ambas. Por ser a prestação de serviços públicos, quando verificada uma relação contratual entre o prestador de serviço e o consumidor/usuário, caracterizada uma relação de consumo, atrai para si as regras do CDC, e por consequência, as regras atinentes aos acidentes de consumo que admitem a solidariedade dos entes públicos e privados fornecedores de serviços prestados, entendimento esse de Tepedino<sup>14</sup>.

Esse entendimento não resultaria em elisão da responsabilidade da prestadora do serviço público, tendo em vista a possibilidade do direito de regresso a ser exercido pela Agência Reguladora em face da concessionária ou permissionária.

Tendo em vista o objetivo da regulação estatal ser a descentralização dos serviços públicos para que possam ser prestados de forma eficiente, proporcionando

---

<sup>13</sup> WILLEMANN, Flávio Araújo. *Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005. p.125.

<sup>14</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Revovar. 1999. p.197. *apud* CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ed. São Paulo: Atlas. 2012. p. 276.

tanto ao Estado quanto aos consumidores uma maior segurança na prestação do serviço público, não se pode admitir, nem compactuar com a inércia de tais entes.

Em decorrência das recorrentes omissões das Agências Reguladoras e da insuficiente prestação dos serviços públicos, o Poder Judiciário tem enfrentado uma sobrecarga de ações dos consumidores em busca de solução para seus conflitos e a reparação para seus danos, substituindo, assim o ente regulador na sua finalidade.

As Agências Reguladoras possuem competência decisória, com o poder de dirimir conflitos nos quais o Poder Concedente, o Estado, figura como parte, possibilidade em que se instaura um procedimento administrativo com possibilidade de Recurso perante o Poder Judiciário.

Com base na competência decisória das Agências Reguladoras e suas competências sancionatórias, as próprias Agências têm o dever de fiscalizar e aplicar sanções às concessionárias ou permissionárias prestadoras de serviços públicos, como se pode verificar na história recente, em que a ANATEL, Agência Reguladora responsável pela fiscalização do setor de telecomunicações, suspendeu a venda de novas linhas telefônicas pelas Operadoras Tim, Claro e Oi por tempo indeterminado em decorrências das inúmeras falhas na prestação dos serviços de telefonia, tendo em vista que as três empresas são responsáveis por setenta por cento do mercado de telefonia no País.

Tal postura da Agência Reguladora deve ser considerada como um marco importante nas relações de consumo. No entanto, foi necessário um verdadeiro colapso no setor de telecomunicações, que ocasionou uma verdadeira enxurrada de ações propostas perante o Poder Judiciário, contra todas as Operadoras de telefonia, para que a Agência Reguladora pudesse exercer diretamente as funções que lhe foram concedidas originariamente.

Apesar de louvável iniciativa, é um pouco tardia, pois as Agências Reguladoras foram criadas exatamente para evitar-se o colapso nas relações de consumo, o que possibilita uma prestação de serviço mais eficiente e adequada aos consumidores e usuários dos serviços públicos, tendo em vista seu papel de extrema relevância no setor econômico-privado, sendo uma nova forma de intervenção Estatal. As Agências Reguladoras devem atuar de forma não contrariar o próprio fim a que foram criadas.

Apesar de grande parte da doutrina pátria<sup>15</sup> entender que a atuação do Poder Judiciário não poder adentrar a questões referentes ao mérito administrativo, em decorrência do binômio conveniência e oportunidade, alguns doutrinadores, como ensina Efig<sup>16</sup>, entendem que tal realidade não pode persistir por mais tempo, pois atuando dentro do mérito administrativo, tal atuação repercute no interesse público, possibilitando que a atuação do Poder Judiciário influenciasse diretamente no mérito da decisão proferida.

Conforme lição de Barroso<sup>17</sup>,

O conhecimento convencional no sentido de não ser possível exercer o controle de mérito sobre os atos administrativos tem cedido passo a algumas exceções qualitativamente importantes, geradas no âmbito do pós-positivismo e da normatividade dos princípios. Nesta nova realidade, destacam-se princípios com reflexos importantes no direito administrativo, dentre os quais o da razoabilidade, da moralidade e da eficiência. À luz desses novos elementos, já não é mais possível afirmar, de modo peremptório, que o mérito administrativo não é passível de exame. Isso porque verificar se alguma coisa é, por exemplo razoável – ou seja, se há

---

<sup>15</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 15.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.109-110.

<sup>16</sup> EFING, Antônio Carlos. (Coord.). *Agências Reguladoras e a Proteção do Consumidor Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2009, p.71.

<sup>17</sup> *Agências Reguladoras: constituição, transformação do Estado e legitimidade democrática*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3209&p=2>>. Acesso em: 09 dez. 2008. *apud* Efig, Antônio Carlos. (Coord.). *Agências Reguladoras e a Proteção do Consumidor Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2009, p.71.

adequação entre meio e fim, necessidade e proporcionalidade – constitui, evidentemente, um exame de mérito.

Portanto, diante de tal posição, pode-se concluir que a realidade nas demandas propostas hoje no Poder Judiciário, até mesmo por força do Princípio da Universalidade de Jurisdição, positivado no artigo 5º, inciso XXXV da CRFB, impõe ao Poder Judiciário o controle, em face do reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais, das atividades das Agências Reguladoras ou pelo menos das atividades para quais foram criadas e que deveriam exercer, mas em razão de sua omissão não o fazem, possibilitando, assim, que o Poder Judiciário adentre na análise do mérito administrativo, havendo, uma relativização na inalterabilidade do mérito administrativo.

Ao contrário do que se pode depreender de tal entendimento, o controle exercido pelo Poder Judiciário não retira a autonomia conferida às Agências Reguladoras, apenas atende as demandas propostas que refletem os anseios e necessidades da Sociedade, que não tem visto os reflexos de uma atuação mais efetiva das Agências Reguladoras, coibindo, assim, as práticas cada vez mais abusivas das concessionárias e permissionárias prestadoras dos serviços públicos.

Como exemplo de prática abusiva e descaso das concessionárias e permissionárias prestadoras de serviços públicos, não só em face dos consumidores, bem como em face das decisões proferidas pelo próprio Poder Judiciário o não cumprimento das multas cominatórias por parte das Empresas prestadoras de serviço público, fazendo com que muitas vezes o valor da multa cominatória supere em muito o valor da obrigação de fazer ou da prestação do serviço, dificultando, assim, a efetividade da atuação do Poder Judiciário e o consequente cumprimento das decisões judiciais.

Parece razoável o entendimento de que diante da autonomia, fiscalização e do poder sancionatório das Agências Reguladoras, que tal multa fosse por elas aplicadas às

Empresas que não estiverem cumprindo com suas atividades de forma eficiente e adequada.

São desafios propostos aos reguladores, que atuando de forma objetiva, tal qual a forma de atuação das próprias Agências Reguladoras, devem estar aparelhados para enfrentá-los da melhor e mais eficiente maneira, a fim de conduzir as relações entre as empresas reguladas e os agentes reguladores.

Como ensina Willemann,<sup>18</sup> no que se refere à responsabilidade civil das Agências Reguladoras perante as empresas que compõem o segmento regulado, nos casos de omissão regulatória específica, em realizar a revisão ou reajuste do contrato de concessão, principalmente quanto à fixação de tarifas, entendimento esse em que restando provado que Agência Reguladora não procedeu ao seu dever de deliberar sobre tal reajuste do contrato de permissão ou concessão dos serviços públicos por atos imputados ao Poder Público, deste será o dever de indenizar, excluída a obrigação da Agência, por ausência de nexo causal direto e imediato.

Pois bem, diante do entendimento de Willemann acima disposto e do dever de fiscalização por parte do Poder Público, como Poder Concedente da forma como os serviços públicos estão sendo prestados, se estiverem os mesmos a beira de um colapso e com a conseqüente omissão das Agências Reguladoras diante da situação cotejada, não parece irrazoável a responsabilização do Poder Público de forma objetiva, em razão da sua omissão em exigir que as Agências Reguladoras cumpram o papel a que se destinam.

---

<sup>18</sup> WILLEMANN, Flávio Araújo. *Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.132-133.

Ao adotar esse entendimento, não estaria violada a autonomia das Agências Reguladoras, pois como afirma Lúcia Valle Figueiredo<sup>19</sup>, exercício das funções normativas pelas agências, consoante o texto constitucional vigente, estaria resumido a regular as relações entre os prestadores de serviços e os usuários dos serviços públicos regulados, e todo o resto seria reserva exclusiva de lei.

No que se refere à aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos, há que se delimitar quais serviços públicos estão sujeitos às regras consumeristas.

Parte da doutrina, Spadoni<sup>20</sup>, defende a incidência da Lei n. 8.078/90 somente aos serviços *uti singuli*, por ser a atividade administrativa em que configura a relação de consumo entre Estado e o administrado. Portanto às atividades prestadas pelo Estado em face de toda coletividade, como não se pode identificar o destinatário final do serviço, nesse caso em particular não seria possível a aplicação do CDC. Nos serviços *uti universe*, em que o Estado atua como entidade reguladora, fiscalizadora, na há que se falar em aplicação do CDC.

No entanto, Efig<sup>21</sup> entende que qualquer serviço público passível de execução por particular está sujeito ao CDC, não se exige que remuneração seja ou não prestada pelo particular.

Todavia, parece ser o melhor entendimento que os serviços públicos prestados por particulares, remunerados é que se sujeitam ao regramento do Código de Defesa do

---

<sup>19</sup> EFING, Antônio Carlos. (Coord.). *Agências Reguladoras e a Proteção do Consumidor Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2009, p.67.

<sup>20</sup> SPADONI, Joaquim Felipe. *Apontamentos sobre a disciplina dos Serviços Públicos no Código de Defesa do Consumidor*. In: *Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá*. Cuiabá: EdUNIC, v.2, n.1, p.119. jul. 2000, *apud* Efig, Antônio Carlos, p. 119.

<sup>21</sup> EFING, *op.cit.*, p.119-121.

Consumidor, aqueles serviços gratuitos prestados pelo Estado, como, por exemplo a saúde, não se submeteriam às regras consumeristas.

## **CONCLUSÃO**

Por todo o exposto, é de se esperar que o tema acarrete vários desdobramentos doutrinários por se tratar de tema atual com imensa repercussão em Sociedade, diante das inúmeras falhas na regulação dos serviços públicos praticadas não só pelas Agências Reguladoras, bem como pelas concessionárias e permissionárias prestadoras dos serviços públicos.

A Constituição Federal traça como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil o desenvolvimento nacional. Portanto, as Agências Reguladoras foram criadas se pautando pelos Princípios constitucionais do artigo 37 da CRFB/88, com a finalidade precípua de regular os serviços prestados, auxiliando o Estado na prestação de serviços mais eficientes e adequados aos cidadãos. Porém, para que isso ocorra, é necessária a atuação direta e efetiva por parte das Agências Reguladoras, de forma mais preventiva do que repressiva, evitando assim o colapso dos setores regulados, como tem ocorrido regularmente nos dias atuais. Tal fiscalização deve se efetuar de forma integrativa com os sistemas protetivos à defesa dos consumidores, e também por parte destes, que juntamente com o Estado são os maiores interessados na prestação de serviços mais eficientes e adequados à realidade atual.

Diante da urgência de soluções eficazes por parte das Agências Reguladoras, há que se enfrentar o tema diante da realidade em que vivemos, rediscutindo não só sua atuação, bem como a responsabilidade a ser atribuída em face às suas omissões e a

função social que exercem, a fim de prestigiar o Estado Democrático de Direito, bem como primarem por sua consecução.

## REFERÊNCIAS

Agências Reguladoras: constituição, transformação do Estado e legitimidade democrática. *In*: Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3209&p=2>. Acesso em: 09 dez. 2008. *apud* Efling, Antônio Carlos. (Coord.). *Agências Reguladoras e a Proteção do Consumidor Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2009.

AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico*, p. 49. *apud* EFING, Antônio Carlos. (Coord.). *Agências Reguladoras e a Proteção do Consumidor Brasileiro*. Curitiba, Juruá, 2009.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em : 03 jul. 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 15.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10.ed. São Paulo: Atlas. 2012.

EFING, Antônio Carlos. (Coord.). *Agências Reguladoras e a Proteção do Consumidor Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SPADONI, Joaquim Felipe. Apontamentos sobre a disciplina dos Serviços Públicos no Código de Defesa do Consumidor. *In*: *Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá*. Cuiabá: EdUNIC, v.2, n.1, p.119. jul. 2000, *apud* EFING, Antônio Carlos. (Coord.). *Agências Reguladoras e a Proteção do Consumidor Brasileiro*. Curitiba, Juruá, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Revovar. 1999. p.197. *apud* CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ed. São Paulo: Atlas. 2012.

WILLEMANN, Flávio Araújo. *Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.