



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



DANIELLE SPENCER HOLANDA

**AS CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS DE CONSUMO E SUA
NORMATIZAÇÃO PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

Recife
2019

DANIELLE SPENCER HOLANDA

**AS CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS DE CONSUMO E SUA
NORMATIZAÇÃO PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como parte parcial dos requisitos para obtenção do título de doutor em Direito

Área de Concentração: 2. Transformações no Direito Privado

Orientadora: Prof^ª Dra. Larissa Leal

Recife
2019

Catálogo na fonte

Bibliotecária Ana Cristina Vieira, CRB-4/1736

H734c Holanda, Danielle Spencer.
As condições gerais dos contratos de consumo e sua normatização pelas agências reguladoras / Danielle Spencer Holanda. – Recife, 2019.
293 f.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Larissa Leal.
Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2019.

Inclui referências e Anexos.

1. Defesa do Consumidor - Brasil. 2. Agências Reguladoras.
3. Serviço Público. I. Leal, Larissa (Orientadora). II. Título.

343.81071 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ 2020-12)

DANIELLE SPENCER HOLANDA

**AS CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS DE CONSUMO E SUA
NORMATIZAÇÃO PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como parte parcial dos requisitos para obtenção do título de Doutor em Direito

Aprovada em : 31/05/2019

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Larissa Maria de Moraes Leal (Orientadora)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Dr. Mateus Costa Pereira (Examinador Externo)
Universidade Católica de Pernambuco

Prof. Dr. Alexandre Henrique Tavares Saldanha (Examinador Externo)
Universidade de Pernambuco

Prof. Dr. Roberto Paulino de Albuquerque (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Dr. Venceslau Tavares Costa Filho (Examinador Externo)
Universidade de Pernambuco

Profa. Dra. Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega (Examinadora Interna)
Universidade Federal de Pernambuco

Às Professoras, Doutoradas e Amigas, Larissa Leal e Renata Andrade. O apoio de vocês, durante o longo e árduo caminho percorrido para o ingresso no PPGD, fez, sem dúvida, toda uma diferença para a aprovação no programa.

Dedico

AGRADECIMENTOS

Hoje, meu nome é GRATIDÃO e várias são as razões para agradecer por esta conquista, uma vez que ela representa uma VITÓRIA! Foram diversas as tentativas para ingressar no programa e, muitas vezes, pensei até em desistir. Todavia, Papai do Céu colocou “anjos” em forma de pessoas que me deram o suporte necessário para persistir e acreditar que sonhos podem ser, sim, realizados.

Assim, agradeço, primeiramente, a Deus, por Ele ter-me concedido força, perseverança e fé durante todo o percurso, demonstrando que Ele é o senhor do tempo e que devemos ser pacientes, pois só Ele sabe o momento exato de alcançarmos nossos sonhos. Todo o caminho, de fato, foi necessário, contribuindo diretamente no meu aprendizado e amadurecimento como pessoa e profissional.

Aos meus familiares, o apoio de todos vocês foi fundamental através da transmissão de boas energias, como serenidade e tranquilidade, que são indispensáveis na construção deste estudo, o qual representa um somatório de sentimentos contraditórios.

Sou grata aos meus pais, grandes incentivadores da minha vida, pessoal e profissional. À minha mãe, Colly Holanda, minha razão de viver, meu ar, minha rocha, meu sol, minha grande amiga, minha guerreira, minha fonte de inspiração, enfim, meu tudo. Aquela que me compreende como ninguém, apenas com um olhar, sempre cheio de ternura e afeto a dar; aquela que me acalma e acalenta e que não me deixa desmoronar. A você, minha mãe, minha eterna gratidão por ser tão presente e ser um presente em minha vida. Ao meu pai, Dioval Spencer, o grande responsável pela escolha da minha profissão, como o admiro pela sua competência e garra no trabalho abraçado. Não tenho dúvida, meu pai, da sua influência sobre meus estudos, assistindo, de perto, como o senhor, durante anos, dedicou-se à advocacia, percebo, claramente, meu desejo em aperfeiçoar meu trabalho.

Agradeço ao meu amor e meu “anjo da guarda”, Evandro Moura. Sem você, tenho plena certeza, de que seria impossível realizar, do jeitinho como foi concretizado, meu sonho, o qual, por sinal, também, passou a ser seu, porque passamos a sonhar juntos desde que decidimos formar uma família. Você, de fato, é meu parceiro e companheiro, pois quando foi preciso, não pensou nem duas vezes, em cuidar sozinho dos nossos tesouros, só para que eu pudesse ter a tranquilidade que se faz imprescindível no desenvolvimento desse trabalho. Só você para compreender e tirar de letra minhas alterações de humor, tão comum, nesta fase. Obrigada, meu anjo, por ser, simplesmente, você e por lembrar que precisamos viver de forma

mais leve. Você não faz ideia de como meu amor e minha admiração por você só fez aumentar por tudo que representou nesta minha trajetória. Agradeço, ainda, demais aos meus três tesouros, vocês são presentes e bênçãos concedidas por Papai do Céu. É uma dádiva ser mãe de três crianças maravilhosas - Luise (Lulu), Caroline (Cacá) e Arthur (Thuco) – as quais me inspiram diariamente em ser e fazer o melhor, porque tudo é por eles e para eles. Espero que Nosso Pai Celestial permita a realização do sonho de cada um, pois estarei, sempre, na torcida pela felicidade de vocês, meus anjinhos, e vibrando, veemente, por cada conquista.

Meus agradecimentos a minha orientadora e amiga, Dra. Larissa Leal, sempre prestativa e solícita, pessoa de um coração ímpar, sensível aos nossos problemas. Ela me acompanha desde o ingresso na vida acadêmica, pois fui sua estagiária docente, na época do mestrado, em 2004, e foi ela que me incentivou, trazendo livros e mais livros para estudo, naquele mesmo ano, para prestar o concurso de professor substituto na UFPE, no qual tive a felicidade de ser aprovada e que, por isso, muitas foram as “portas” abertas na vida acadêmica, como a exemplo da Faculdade Damas. Durante todos esses anos, lá se vão 15 anos, minha admiração, meu respeito e meu carinho por você só fez aumentar. De fato, é uma felicidade tê-la como orientadora. Aprendi com você que para ser orientadora, não é, apenas, ser competente para discutir o assunto e fazer interferências pertinentes sobre ele, é compreender que o orientando é um ser humano que necessita de um apoio profissional e, acima de tudo, pessoal. Não tenho palavras para expressar todo esse suporte (profissional e pessoal) que me proporcionou durante a realização desse estudo. Tenho certeza de que seu olhar atento e seu coração gigante ao seu orientando é o seu diferencial. Minha eterna gratidão e admiração a você!

Aos amigos, que foram verdadeiros parceiros nesta jornada, disponibilizando do seu tempo, tão precioso, para me ajudar. A Renata Andrade, por sua generosidade, seja na hora de discutir os temas do pré-projeto e, posteriormente, ler, bem como emprestando diversos livros ao longo do desenvolvimento da tese. Sinto um carinho enorme por você, amiga querida! A Leonardo Siqueira que, mesmo não sendo da área, teceu diversas considerações, muito pertinentes, ao pré-projeto, antes mesmo de entregá-lo. À minha amiga-irmã, Elaine Buarque, agradeço por me socorrer em todas as horas de aflição, nesta reta final, especialmente, no tocante às pesquisas bibliográficas; por estar ao meu lado e vibrar com minhas conquistas. Que presentão o mestrado me deu: você, sua amizade. Como é bom tê-la como amiga e irmã do coração e saber, ainda, que posso contar com você, sempre! Amo você! Aos amigos, Angélica Veríssimo e Antônio Guerra por dedicarem um tempo dialogando comigo sobre o

objeto do meu Terceiro Capítulo, bem como cedendo diversos livros na área. Assim como a amiga Anna Priscylla Lima Prado, muito prestativa, que concedeu diversos livros de Bauman.

Aos Professores Dr. Roberto Paulino de Albuquerque Junior e Dr. Venceslau Tavares da Costa Filho pelas considerações e sugestões pertinentes feitas no momento da qualificação. Grata pela leitura atenta ao meu trabalho.

Às minhas amigas-irmãs Pati Castelão, Vivi Pessoa, Nanda Vasconcelos e Renata Lima, pelo apoio incontestável, pela torcida conjunta e organizada. Desfrutar da amizade de vocês durante todo esse tempo é, sem dúvida, um prazer que se faz imprescindível para amenizar o árduo estudo.

Por fim, meus agradecimentos às instituições de ensino, das quais faço parte, em especial à Faculdade Damas, por incentivar a qualidade do corpo docente, bem como aos meus alunos, porque é por e para vocês esse estudo, para servir de exemplo de que não podemos nos estagnar ou acomodar-nos, mas, sim, devemos buscar a aquisição e aprimoramento do conhecimento, sempre, através do estudo, pois quem se esforça o necessário para tê-lo, com certeza, não se arrepende!

Enfim, muitos foram os “anjos da guarda” concedidos a mim por Papai do Céu durante esse longo percurso e, por isso, sou grata a Ele e a essa torcida organizada, aqui no plano terrestre, por essa vitória alcançada!

Um Estado é “social” quando promove o princípio do seguro comunalmente endossado, coletivo, contra o infortúnio individual e suas consequências. É sobretudo esse princípio – declarado, posto em operação e objeto da confiança de que funcionará – que recicla a de outra forma abstrata ideia de “sociedade” como uma experiência de comunidade percebida e vivida, substituindo a “ordem do egoísmo” (para usar os termos de Jonh Dunn), fadada a gerar uma atmosfera de mútua desconfiança e de igualdade.¹

¹ BAUMAN, Zygmunt. **A ÉTICA É POSSÍVEL NUM MUNDO DE CONSUMIDORES?**, p. 144

RESUMO

O objeto do presente estudo é investigar se há uma atuação do Estado na elaboração das condições gerais do contrato de prestação de serviço público, notadamente telecomunicação e saúde, utilizando-se como parâmetro a tutela do consumidor. Assim, refletir-se-á acerca do conteúdo contratual das relações de consumo e sua intercessão com o mercado, com vistas à promoção da defesa do consumidor, conforme impõem a Constituição Federal/1988 e a Lei 8.078/1990. Necessária, portanto, foi a análise da Política Nacional das Relações de Consumo, dos Direitos Básicos do Consumidor e da Proteção Contratual, os quais integram o Segundo Capítulo, cujo objetivo primordial é a proteção integral do consumidor, esclarecendo se o novo perfil contratual, fruto das transformações do Estado, está de acordo com os contratos *standartizados* de consumo, bem como observando o papel do Estado na promoção da defesa do consumidor, especialmente, prevenindo o dano ao consumidor, quando da elaboração das condições gerais do contrato de prestação de serviços públicos. Por sua vez, será discutido, no Terceiro Capítulo, o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, quando se investigará a integração dos diversos órgãos públicos e entidades privadas na concretização dos serviços públicos com qualidade. No mais, será demonstrada a relação entre privatização e o modelo regulatório, bem como se analisará se aquela contraria os ditames da Política Nacional das Relações de Consumo e se este é adequado à racionalização e melhoria dos serviços públicos. Dessa forma, discute-se acerca de uma nova disciplina dos contratos de fornecimento de serviços públicos e, por isso, será feita uma análise dos contratos coligados, o principal realizado entre Poder Concedente (Estado) e Concessionária; e o acessório efetuado entre a Concessionária e o Consumidor. Outrossim, faremos um comentário sobre a saúde e telecomunicação, verificando o papel de suas agências reguladoras e se elas possibilitam ou não o fortalecimento do sistema, assim como se destacará a presença de seus atos normativos na elaboração dos contratos de prestação de serviços públicos, por meio da análise de alguns julgados. Por fim, no Quarto Capítulo, serão demonstradas, as formas de controle das condições gerais do contrato e esclarecidas as razões da sua imprescindibilidade na promoção de defesa do consumidor, em virtude da ideologia da legislação consumerista, demonstrando se as justificativas dos vetos presidenciais ao controle prévio e abstrato realizado pelo Ministério Público estão, também, em harmonia com o caráter da Lei 8078/90. No mais, procede-se a um exame sobre o Modelo Multiportas, a fim de demonstrar se o Termo de Ajustamento de Conduta elaborado pelas agências reguladoras pode ser ou não uma das “portas” deste sistema e se a sua utilização facilitará ou não o “acesso à justiça” do

consumidor, a fim de comprovar se esta ferramenta é (in)satisfatória no combate ao desequilíbrio contratual nas relações de consumo, ou seja, verificar se esta “porta” administrativa de controle prévio contratual, de fato, é (in) adequada prestação dos aludidos serviços. Convém destacar que a importância desse assunto reside não só na sua complexidade, como na riqueza de seu conteúdo, pelo fato de não estar, ainda, bem estruturada sua harmonização com a promoção da defesa do consumidor, estando pautado em parâmetros de segurança metodológica, especialmente na análise documental.

Palavras-chave: Serviços Públicos. Agências Reguladoras. Termo de Ajustamento de Conduta.

ABSTRACT

The purpose of the present study is investigate if there is any State action on the elaboration of the general conditions of the public service contract, especially on the telecommunication and health ones, using as a parameter the protection of the consumer. Thus, it will be reflected on the contractual content of consumer relations and their intercession with the market, looking towards to promotes the consumers protection, as required by the Federal Constitution / 1988 and the Law 8.078 / 1990. Necessary, therefore, was the analysis of the National Policy of Consumer Relations, the Basic Consumer Rights and the Contractual Protection, which are part of the Second Chapter, whose the main objective is the integral protection of the consumer, enlightening if the new contractual profile, results of the changes in the State, is in accordance with standard consumer contracts, as well as observing the aim of the State on promoting the consumer protection, especially by preventing a consumer harm, whereas the elaboration of the general conditions of the public service contract are drawn up. In its turn, the National Consumer Protection System will be discussed in the Third Chapter, when it will be investigated the integration of the various public agencies and the private entities in the implementation of the public services qualities. In addition, the relation between privatization and the regulatory model will be demonstrated, and it will be analyzed whether it contradicts the dictates of the National Consumer Relations Policy and if it is appropriate with the rationalization and improvement of public services. Thus, a new discipline of public service contracts will be discussed and, therefore, an analysis of coligated contracts will be made, the main one dealt between the Conceding Power (State) and the Concessionaire; and the accessory one accomplished between the Concessionaire and the Consumer. Furthermore, the health and telecommunication will be commented, verifying the duty of their regulatory agencies and whether or not they are able to reinforce the system, even as highlighting the presence of their normative acts in the elaboration of public service contracts, through the analysis of some jurisprudence. Finally, the Fourth Chapter will be demonstrated the ways to controlle the general contracts conditions and clarify the reasons for its indispensability in the promotion of consumer protection, due to the consumer legislation ideology, demonstrating whether the justification of presidential vetoes to control prior and abstract studies carried out by the Public Prosecutor's Office are also in harmony with the character of Law 8078/90. In addition, an examination of the Multiport Model will be carried out in order to prove whether or not the Conduct Adjustment Statement drawn up by the regulatory agencies may be one of

the "gates" of this system and whether or not the use of the system will facilitate consumer's "access to justice" in order to demonstrate whether this implement is (in) satisfactory in combating the contractual imbalance in consumer relations, ie to verify whether this administrative "door" of prior contractual control is, in fact, (in) adequate provision of such services. It should be emphasized that the importance of this subject resides not only in its complexity, but also in the richness of its content, but also because its harmonization with the promotion of consumer protection is not well structured yet, being ruled on parameters of methodological safety, especially in documentary analysis.

Keywords: Public Services. Regulatory Agencies. Term of Conduct Adjustment.

LISTA DE ABREVIATURAS

ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicação
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF/88	Constituição Federal de 1988
CONDOGS	Condições Gerais do Contrato
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
DPDC	Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor
Fust	Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações
LGT	Lei Geral de Telecomunicações
LPS	Lei dos Planos de Saúde
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento
PADO	Processo Administrativo de Apuração de Descumprimento de Obrigação
PFE	Procuradoria da Fazenda Especializada
PGO	Plano Geral de Outorga
PGMU	Plano Geral de Metas para Progressiva Universalização de Serviços Públicos
PLANDEC	Plano Nacional de Consumo e Cidadania
PRO-REG	Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação
PPP	Parceria Público Privado
RASA	Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas da Anatel
RR	Resolução Regimental
RTAC	Regulamento de Celebração e Acompanhamento de Termo de Ajustamento de Conduta
SCO	Superintendência de Controle de Obrigações
SefrainCOM	Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração
SENACON	Secretaria Nacional do Consumidor
SINDEC	Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor
SNDC	Sistema Nacional de Defesa do Consumidor
SRJ	Secretaria de Reforma do Judiciário
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TACS	Termo de Ajustamento de Condutas
TJMS	Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul
TJPR	Tribunal de Justiça do Paraná
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
VPL	Valor Presente Líquido
VR	Valor Referencial

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	17
2	DA TUTELA DO CONSUMIDOR: O DIRIGISMO CONTRATUAL NAS CONDIÇÕES GERAIS DO CONTRATO	28
	2.1 Do protagonista da relação do consumo: o consumidor e seu devido amparo legal...	28
	2.1.1 Consumidor: protagonista da relação de consumo	29
	2.1.2 Harmonização no ordenamento jurídico: ferramenta necessária ao devido amparo legal do consumidor	37
	2.1.3 A cooperação das esferas estatais de poder como meio de garantir a tutela do consumidor	46
	2.2 Direito à proteção contratual.....	50
	2.2.1 Nova teoria contratual: o contrato e sua dinamicidade	51
	2.2.2 Contrato de Adesão versus Condições Gerais dos Contratos.....	62
	2.3 Da Política Nacional das Relações de Consumo: instrumentos de promoção do consumidor	75
3	DO SISTEMA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR: NECESSIDADE DE COORDENAÇÃO DAS FUNÇÕES ENTRE OS AGENTES DE DEFESA DO CONSUMIDOR	81
	3.1 A Privatização dos Serviços Públicos contraria a Política Nacional das Relações de Consumo?	85
	3.2 Agências Reguladoras: estrutura fragilizada em razão da sua independência e autonomia	90
	3.2.1 Contextualizando as Agências Reguladoras: criação, características e funções de regulação.....	90
	3.2.2 Agências Reguladoras em atuação: há amparo ao consumidor?	97
	3.3. Das Normas Regulatórias e os Contratos de Serviços Públicos praticados no mercado de consumo	109
	3.3.1 Da Saúde.....	140
	3.3.2 Da Telecomunicação	149
	3.4 Da Análise Crítica dos Contratos de Adesão: reflexo na qualidade dos serviços públicos	156

4 DO MECANISMO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO: O TAC É (IN)ADEQUADO AO EQUILÍBRIO CONTRATUAL NOS CONTRATOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS	175
4.1 Da Ideologia da Técnica Legislativa: a relevante função da legislação consumerista e a teoria política do contratualismo	183
4.1.1 Análise dos Vetos Presidenciais ao §3º, do art. 51, e §5º, do art. 54.....	188
4.1.2 Caráter da Legislação de Consumo	194
4.2 Modelo Multiportas: possibilidade de função jurisdicional por órgãos administrativos	196
4.2.1 Modelo Multiportas como “acesso à justiça” do consumidor	198
4.2.2 Termo de Ajustamento de Conduta: é uma “porta” (in)adequada para resolução consensual do conflito de prestação de serviço público	205
4.3. Termo de Ajustamento de Conduta: ferramenta administrativa (in)satisfatória no combate ao desequilíbrio contratual nas relações de consumo	207
4.3.1 Irregularidades na Negociação dos TACS no âmbito da ANATEL.....	210
4.3.2 Irregularidades nos Dispositivos de Ajustamento de conduta e nos seus Adicionais aplicáveis a todos os TACS	214
4.3.3 Irregularidades e Deficiências no Acompanhamento e Fiscalização dos TACS pela ANATEL	222
4.3.4 Irregularidades no Procedimento de Declaração de Descumprimento do TAC e na Execução das multas e do Valor de Referência do TAC.....	227
4.3.5 Aspectos Teóricos do Instrumento TAC na Doutrina, na Legislação e no Regulamento de TACS da ANATEL	232
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	244
REFERÊNCIAS	268
ANEXO A - TJ-PR - APL: 13017099 PR 1301709-9	279
ANEXO B - Boletim Sindec 2012	2792
ANEXO C - Boletim Sindec 2017	2933

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo pretendeu analisar a atuação do Estado sobre o contrato de consumo de serviços públicos, notadamente, na elaboração das condições gerais do aludido contrato, utilizando-se como parâmetro a tutela do consumidor.

Inicialmente, coube refletir sobre o conteúdo contratual das relações de consumo e sua intercessão com o mercado, analisando aquele não só como uma ferramenta à aquisição de produtos e serviços, incidindo, assim, diretamente na economia e, conseqüentemente, no mercado, bem como instrumento dos valores éticos consubstanciados em nossa Lei Maior.

Convém ressaltar que não se trata de examinar a regulação de mercado, propriamente dita, assunto esse abordado pelo direito público, especificamente o direito administrativo econômico; mas, apenas, traçar um paralelo entre o contrato e o mercado, já que não se pode controlar diretamente aquele em razão dos ditames insculpidos na Constituição Federal de 1988. Buscou-se, então, regular este, para que, indiretamente, mas, incisivamente se possa influenciar no conteúdo de suas condições gerais, com o objetivo de prevenir possíveis danos aos consumidores, demonstrando-se, enfim, o papel intervencionista, e não controlador, do Estado nos contratos padronizados de consumo de serviços públicos, especialmente saúde e telecomunicação. Para tanto, fundamental foi esclarecer que a pessoa merecedora de amparo jurídico é a sociedade de consumo, ou seja, a população usuária de serviço público e, por isso, a lei adequada para regular a presente situação é a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, ou seja, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), e, por isso, foi necessário analisar o conteúdo dos dispositivos legais relativos ao Consumidor, à Política Nacional das Relações de Consumo, aos Direitos Básicos do Consumidor, e, por fim, à Proteção Contratual; uma vez que se constata a conexão desses assuntos com o trabalho, ora em análise, objeto do Segundo Capítulo.

Preliminarmente, é válido salientar que são os parâmetros constitucionais que permitem compreender que há o dirigismo nas condições gerais dos contratos de serviços públicos, pois o próprio constituinte define que os princípios são os fundamentos que norteiam e condicionam a atividade econômica para concretizar os ditames constitucionais (art. 3º, I, CF/88). Por sinal, o princípio da solidariedade, insculpido neste dispositivo constitucional, constitui um dever ético imposto a todos os membros da sociedade. Assim, a assistência estatal não deve restringir-se ao âmbito horizontal, ou seja, entre seus membros, mas também deve existir entre o Estado e os partícipes de uma relação jurídica, consagrando-se, ainda, no contexto vertical; afinal, tudo faz parte de um único todo social. No mais,

compete ao Estado, como garantidor maior dos ditames constitucionais, zelar pelos direitos fundamentais do cidadão, *in casu*, o direito do consumidor.

Urge, assim, observar o papel do Estado à luz da Constituição, esta não como um estatuto, mas como um projeto de transformação da sociedade, o que demonstra a intercessão da matéria com a linha de pesquisa transformações do direito privado, a qual, em síntese, impõe uma nova leitura dos institutos codificados, *in casu*, o contrato, possuindo como parâmetro nossa Lei Maior, estando essa no ápice do nosso sistema e servindo como tábua axiológica de todo ordenamento brasileiro, a qual traz como uma de suas características marcantes a ingerência do Estado na ordem econômica.

O Segundo Capítulo versou sobre o consumidor e sua tutela jurídica, pautando-se na ideia de sujeito de direito como um protagonista da relação de consumo, alicerçado em um direito fundamental, o qual está consagrado constitucionalmente (art. 5º, XXXII, CF/88) e, por isso, merecedor do devido amparo legal, utilizando-se de preceitos fundamentais, como princípios constitucionais (dignidade da pessoa humana, solidariedade e igualdade), para garantir a sua efetividade.

De fato, o capítulo objetivou demonstrar que é primordial o devido amparo legal do consumidor, guiando-se pelo Código de Defesa do Consumidor/1990 e pela Constituição Federal/1988, através de princípios constitucionais e específicos, como a vulnerabilidade, boa-fé objetiva e intervencionismo estatal, proporcionando a integração entre os ordenamentos civil e consumerista com nossa Lei Maior, bem como possibilitando a proteção integral deste sujeito de direito, protagonista da relação de consumo, em qualquer esfera do âmbito jurídico, em especial, na relação contratual, sem que se desrespeite a ordem pública e constitucional, assim exigida no art. 1º da Lei Consumerista.

No mais, a visão contemporânea de contrato institui o princípio da confiança do consumidor, o qual aponta dois desdobramentos, a saber: a) a proteção da confiança no vínculo contratual, que dará origem a normas cogentes do CDC, assegurando o equilíbrio do contrato de consumo, ou seja, apontando a reciprocidade de direitos e deveres entre as partes, por meio da vedação de cláusulas abusivas e de uma interpretação pró-consumidor; b) a proteção da confiança na prestação contratual, que fixarão as normas cogentes do CDC, procurando garantir ao consumidor a teoria da qualidade dos produtos e serviços, evitando-se, assim, riscos e prejuízos oriundos da aquisição destes.

Observou-se que não se deve tutelar exclusivamente o momento de criação do contrato, o qual repousa na vontade, no consenso, mas, sim, deve-se concentrar nos efeitos do contrato na sociedade, ou seja, no período de sua execução, buscando-se harmonizar os vários valores envolvidos e assegurando-se a justiça contratual. Isso porque “O modelo teórico estabelecido outrora se mostrasse francamente inadequado em face da estandarização da economia, a qual terminou por provocar um sério abalo na até então sólida e inabalável teoria contratual.”².

Intentou-se, portanto, esclarecer sobre um novo perfil contratual, fruto das transformações do Estado, e se ele se coaduna com os contratos *standartizados* de consumo e, por fim, observar se o papel do Estado na promoção da defesa do consumidor, está sendo desempenhado a contento, especialmente, no âmbito de sua atuação preventiva, quando da análise das condições gerais do contrato de serviços públicos.

Constatou-se que o caráter volitivo do contrato se tornará menos relevante ante o comportamento declarativo e exteriorizado, com base na teoria da declaração, a qual traz o significado objetivo e socialmente recognoscível de exteriorização da vontade, uma vez que o “..., contrato moderno perfaz exigências objetivas de organização e funcionamento da economia moderna, e o fator que talvez mais contribua para tanto consiste na larga utilização de condições gerais e de contratos por adesão, ...”³.

Para tanto, tomou-se como referência a vulnerabilidade do consumidor frente às reiteradas cláusulas abusivas nas condições gerais dos contratos ou até mesmo ante a ausência de informação nas condições gerais dos contratos de serviços públicos, o que acarreta a má qualidade de sua prestação, prejudicando a população consumidora por equiparação.

Por isso, foi importante, neste Segundo Capítulo, diferenciar as condições gerais do contrato e os contratos por adesão, uma vez em que se encontram características comuns, como prestebelecimento, unilateralidade, abstração e rigidez de seu conteúdo. Por sinal, a Lei 8078/90 é a primeira lei brasileira a definir contrato de adesão em seu art. 54, *caput*. Aqui, foram apontadas algumas vantagens e desvantagens do novo perfil contratual, fazendo-se uma conexão com a Política Nacional das Relações de Consumo.

² LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. **CONTRATOS DE ADESÃO E CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS**, p. 45

³ BELMONTE, Claudio Petrini. **PRINCIPAIS REFLEXOS DA SOCIEDADE DE MASSAS NO CONTEXTO CONTRATUAL CONTEMPORÂNEO, DISPOSIÇÕES CONTRATUAIS ABUSIVAS.**, p. 160

Indagou-se sobre o novo perfil contratual, se ele constitui uma negociação igualitária, bem como se ele permite um contrato justo e em consonância com os ditames da Política Nacional das Relações de Consumo, consagrados no art. 4º do Código de Defesa do Consumidor.

Outrossim, percebe-se que o art. 4º, do CDC, estabelece norma narrativa, a qual representa as bases do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, o respeito à dignidade, à saúde e à segurança do consumidor que são os pilares da legislação consumerista. São normas usadas, portanto, para interpretar e guiar todas as outras normas deste sistema.

Por fim, no Segundo Capítulo, fez-se uma intercessão entre contrato e mercado, já que aquele sofrerá influência deste, perquirindo-se sobre a tutela do consumidor, usuário do serviço público, diante das novas regras de mercado, as quais, por sua vez, incidiram em novas técnicas contratuais. Corroborando com esse raciocínio de contrato e mercado, faz-se necessário colacionar a lição de Claudia Lima Marques⁴, a saber:

Hoje, essas novas técnicas contratuais, meios e instrumentos de contratação, são indispensáveis ao atual sistema de produção e de distribuição em massa, não havendo como retroceder o processo e eliminá-las da realidade social. Elas trazem vantagens evidentes para as empresas (rapidez, segurança, previsão dos riscos etc.), mas ninguém duvida de seus perigos para os contratantes vulneráveis ou consumidores. Estes aderem sem conhecer as cláusulas, confiando nas empresas que as pré-elaboram e na proteção que, esperam, lhes seja dada por um direito mais social. Esta confiança nem sempre encontra correspondente no instrumento contratual elaborado unilateralmente, porque as empresas tendem a redigi-lo da maneira que mais lhes convém, incluindo uma série de cláusulas abusivas e inequitativas.

E é, por isso, que se discutiu, no Terceiro Capítulo, sobre o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), investigando se os agentes que o integram estão desempenhando satisfatoriamente suas funções de forma a não comprometer a qualidade dos serviços públicos, notadamente na área da saúde e da telecomunicação.

Foi objeto, assim, deste Capítulo, analisar o espírito do Código, ou seja, a integração da atuação dos diversos órgãos públicos e entidades privadas na atividade de promoção da defesa do consumidor, componentes do aludido sistema, como órgãos que se vinculem de modo direto ou indireto à defesa do consumidor.

No caso de órgãos públicos subordinados à Administração, observaram-se as atribuições do órgão que podem atuar na formulação de políticas públicas de proteção ao consumidor, bem como na regulação e fiscalização do mercado de consumo e dos setores econômicos que o compõe, especificamente a ANS (Agência Nacional de Saúde

⁴ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, p. 77

Suplementar) e ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicação). Dessa forma, foi objeto de análise a transformação do perfil estatal, através da reforma da Administração Pública, a qual demonstrou a necessidade da privatização dos serviços públicos, cujos motivos que a ensejaram permeiam ordens pragmáticas, como mudanças políticas e econômicas, conforme se observará. Competiu, aqui, indagar se a privatização estava associada à distribuição de renda e se a equidade foi restabelecida.

Dessa forma, no Terceiro Capítulo, demonstrou-se a relação entre privatização e o modelo regulatório, bem como foi examinado se aquela contraria os ditames da Política Nacional das Relações de Consumo e se este é adequado com a racionalização e melhoria dos serviços públicos.

Verificou-se, portanto, se houve, de fato, uma relação de coordenação, em que todos os órgãos e entidades integrantes conservam ampla autonomia, estabelecendo espontaneamente iniciativas comuns de defesa dos consumidores.

Ainda, fez-se necessário averiguar o art. 6º, X, da Lei 8078/90, dispositivo legal que determina como direito básico do consumidor a adequação dos serviços públicos em geral e que impõe, aos essenciais, a continuidade, segundo o comando do art. 22 da mesma lei. Até porque “Como consequência do art. 3º do CDC, os contratos firmados entre os consumidores (destinatários finais) e os órgãos públicos e suas empresas também podem, em princípio, ser considerados de consumo.”⁵. No mais, embora sejam revestidos os aludidos contratos de caráter especial, não perdem a relação de verticalidade e, por isso, impõe o seu equilíbrio.

Válido salientar que o Código de Defesa do Consumidor inovou ao incluir as pessoas jurídicas de direito público entre os fornecedores, instituindo, explicitamente (art. 22), a competência destas para prestação de um serviço público adequado, eficiente, seguro e, ainda, contínuo, relativamente ao essencial. Constatou-se, então, uma nova disciplina dos contratos de fornecimento de serviços públicos, os quais deveriam conciliar as imposições do direito constitucional com a proteção do consumidor e as prerrogativas do consumidor⁶.

Dessa forma, impôs-se a análise de contratos coligados, o principal realizado entre Poder Concedente (Estado) e Concessionária; e o acessório efetuado entre a Concessionária e o Consumidor, destacando, em cada um, o papel e a responsabilidade do Estado. Imprescindível, ainda, foi discorrer sobre a qualidade dos serviços públicos, demonstrando que esses, por não conterem uma conceituação constitucional, foram admitidos diversos

⁵ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, p. 272

⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, pp. 643-644

contextos, os quais foram abordados; assim como a adjetivação de adequação ao serviço público mereceu uma análise mais precisa, uma vez que a terminologia legislativa permite interpretá-la como um conceito indeterminado.

Devido à essencialidade dos serviços públicos, como a saúde e a telecomunicação, para a vida da população, discutiu-se acerca deles, bem como foi verificado o papel das agências reguladoras no tocante a eles, adotando como ponto de partida a ideia de universalização, até porque, após o processo de privatização, será tido como propósito alcançar um resultado econômico e socialmente desejável, o qual não seria obtido espontaneamente por agentes econômicos privados.

Enfim, foi importante elucidar se o serviço público pode ou não ser objeto da relação de consumo, incidindo ou não as normas do Código de Defesa do Consumidor sobre o tema, bem como se debateu acerca do conceito de usuário, se ele é ou não consumidor e, ainda, se há a necessidade ou não de uma lei específica para regular os direitos dos usuários do serviço público.

Relativamente às agências reguladoras, foram discutidas suas características e se elas possibilitam ou não o fortalecimento do sistema, bem como suas funções e seus objetivos e se eles estão sendo realizados satisfatoriamente e se, quando da sua atuação, está sendo amparado o consumidor, temas que foram enfrentados no Terceiro Capítulo; assim como se destacou o reflexo de suas normas regulatórias na elaboração dos contratos de prestação de serviços públicos, a fim de observar se está sendo satisfatória a prestação do serviço de saúde e telecomunicação, através da análise de alguns julgados. Por conseguinte, elaborou-se uma discussão sobre a captura dos contratos de prestação dos serviços de saúde e telecomunicação, expondo os fatores que a ensejam, os quais foram reflexos, indubitavelmente, do modelo regulatório adotado no Brasil, e, ainda, perquirindo acerca dos desafios a serem enfrentados em virtude da aludida situação.

No tocante, ao Quarto Capítulo, foram demonstradas, inicialmente, as formas de controle das condições gerais do contrato e esclarecidas as razões da sua imprescindibilidade na promoção de defesa do consumidor, em virtude da ideologia da legislação consumerista, demonstrando se as justificativas dos vetos presidenciais ao controle prévio e abstrato realizado pelo Ministério Público estão, também, em harmonia com o caráter da Lei 8078/90.

Verificou-se que como as condições gerais dos contratos (CONDOGS) representam um fenômeno novo e complexo, o simples controle formal e o recurso à interpretação não serão capazes para demonstrar a equidade e a justiça contratual, valores que deveriam nortear

qualquer relação jurídica, pois, aqui, a vontade e a superioridade jurídica, econômica e técnica de um contratante impõem-se ao outro⁷.

Igualmente, fez-se um exame sobre o Modelo Multiportas, a fim de demonstrar se o Termo de Ajustamento de Conduta elaborado pelas agências reguladoras pode ser ou não uma das “portas” deste sistema e se a sua utilização facilitará ou não o “acesso à justiça” do consumidor. Por isso, será analisado o Termo de Ajustamento de Conduta, com base em alguns elementos apontados no TC 022.280/2016-2, realizado pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM), em face de possíveis irregularidades na potencial celebração de Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), a fim de demonstrar se essa ferramenta é (in)satisfatória no combate ao desequilíbrio contratual nas relações de consumo, ou seja, verificar se esta “porta” administrativa de controle prévio contratual, de fato, é (in) adequada a prestação dos aludidos serviços. Implementou-se, portanto, uma ponderação desse mecanismo de controle prévio com a ideologia da legislação consumerista, por meio do modelo multiportas, o qual permite o exercício da função jurisdicional por outros órgãos administrativos, sob o fundamento do art. 3º do Novo Código de Processo Civil e o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, temas que foram abordados no Quarto Capítulo.

Dessa forma, observou-se a relevância social deste trabalho, uma vez que se impõe uma proteção contratual dos consumidores, usuários dos serviços públicos, especialmente diante de cláusulas preestabelecidas unilateralmente, com intenção uniformizante, pelo predisponente/fornecedor/concessionário, que atua como verdadeiro legislador, em face de autonomia que lhe é concedida pelo próprio Estado, haja vista a potencialidade de serem gerados danos a um número indeterminado de pessoas.

Válido ressaltar o posicionamento de Cláudio Petrini Belmonte⁸ acerca da importância deste assunto, *in verbis*:

No que diz especificamente com o uso de condições gerais, em contratos de consumo, ou não, a abusividade e conseqüente ilegalidade existirão sempre que, por meio dessas disposições, seja proporcionado, de qualquer forma ou medida, excessivo ou injustificado ônus ao aderente. É indiferente se essa violência se dá pela imposição unilateral do utilizador (independentemente se a outra parte tem pleno conhecimento do que está contratando), ou por proporcionar o

⁷MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, p. 95

⁸ BELMONTE, Claudio Petrini. **PRINCIPAIS REFLEXOS DA SOCIEDADE DE MASSAS NO CONTEXTO CONTRATUAL CONTEMPORÂNEO, DISPOSIÇÕES CONTRATUAIS ABUSIVAS**, p. 175

desconhecimento pleno ou parcial (desde que significativo) do conteúdo contratual (poder técnico que se traduz na informação e no conhecimento acerca do conteúdo contratual apresentado ao aderente). Ora, ao apossar-se de toda a competência reguladora, o predisponente deve tomar com conta os interesses legítimos da outra parte contratante, sob pena de exercício abusivo da liberdade contratual.

Portanto, torna-se justificável a presente hipótese a partir da reflexão sobre o papel do Estado junto ao mercado, conectando esse, através da livre iniciativa, e o contrato *standartizado*, na formação de suas condições gerais, o que acarreta um sistema de regulação realizado pela agência reguladora que, diga-se de passagem, não é órgão de defesa do consumidor e sim órgão econômico e, por isso, será investigado se é possível proteger, efetivamente e satisfatoriamente, a população consumidora desses serviços públicos, as quais são consideradas consumidoras pela legislação consumerista, no que se apoia a presente tese.

Até porque, é sabido que o conteúdo das condições gerais do contrato, normalmente, se presta a atender aos anseios individualistas daqueles que a elaboram, ou seja, do Estado, não se observando, ao que parece, a nova visão contratual, a qual tem por objetivo proporcionar uma justa relação jurídica obrigacional, devendo espelhar uma conformidade aos interesses maiores da sociedade, ocasionando, assim, uma violação ao direito que o consumidor faz jus no art. 6º, X c/c art. 22, ambos do Código de Defesa do Consumidor.

Entrementes, considera-se como hipótese a atuação do Estado na elaboração das condições gerais do contrato de prestação de serviço público, a fim de amparar preventivamente o consumidor de possíveis e/ou futuros danos e, por isso, deve-se esclarecer se os contratos padronizados estão nos moldes do novo perfil contratual, ou seja, se eles estão cumprindo sua função social. Relativamente ao problema ou tese, ora em debate, consiste na hodierna compreensão do contrato diante da necessária participação estatal, de forma incisiva, na formação das condições gerais, através do poder concedido às agências reguladoras, controlando, assim, indiretamente a economia de mercado, e investigando a (in)adequação do mecanismo administrativo denominado Termo de Ajustamento de Conduta no esforço pelo equilíbrio contratual na prestação de serviços públicos.

Urge, portanto, uma atitude mais enérgica do Estado, afinal é seu dever, diante de tal situação, para que se façam valer os ditames da nossa Lei Maior (v.g. arts. 1º, III; 3º, I e III; 5º, XXXII; 170, *caput*, V, e 174). Outrossim, convém esclarecer que o objetivo primordial da iniciativa econômica privada é o progresso coletivo, que, necessariamente, deve sobrepor-se e não se confundir com os propósitos privados do fornecedor, poder público.

No mais, é oportuno afirmar que, atualmente, o contrato tornou-se instrumento de exercício de poder, sob o enfoque da economia globalizada, visto que

As condições gerais dos contratos, verdadeiros códigos normativos privados são predispostos pela empresa a todos os adquirentes e utentes de bens e serviços, constituindo em muitos países o modo quase exclusivo das relações negociais. A legislação contratual clássica é incapaz de enfrentar adequadamente esses problemas, o que tem levado todos os países organizados, inclusive os mais ricos, a editarem legislações rígidas voltadas à proteção do contratante juridicamente vulnerável, apensar da retórica neoliberal.⁹

Ou, em outras palavras,

Na modificação do contrato está a garantia da sua preservação, atendendo aos interesses de um sistema econômico também modificado. A mudança estrutural e funcional do contrato se faz para que este mecanismo jurídico possa se adequar bem ao atendimento de novas finalidades, de novos rumos sócio-econômicos.

[...]

Modernamente, pode-se afirmar que o contrato é não mais o instrumento a serviço da propriedade, mas sim a serviço da empresa, para atendimento de suas finalidades.

[...]

O contrato está modificado, de forma a permanecer no universo jurídico, agora como instrumento configurado estrutural e funcionalmente para atender às necessidades do instituto econômico da empresa.¹⁰

As passagens acima transcritas demonstram bem a viabilidade da presente tese, restando clara a problemática da intervenção estatal nas condições gerais do contrato, com o fito de promover a tutela do consumidor.

Em virtude do exposto acima, o presente trabalho tem o escopo, de forma geral, de traçar os contornos e limites das condições gerais, previstas nos contratos de adesão, relativamente aos contratos de prestação de serviço público, saúde e telecomunicação, bem como seus efeitos sobre o consumidor, além de investigar a possibilidade de atuação do Estado por meio de um controle prévio sobre elas, a fim de garantir efetivamente a promoção do consumidor, evitando-se possíveis danos provenientes das abusividades inseridas pelo fornecedor estatal, nos aludidos contratos.

Em síntese, o objetivo geral do presente estudo consiste em analisar o conceito e alcance dos efeitos do contrato contemporâneo, notadamente os do serviço público de saúde e telecomunicação; e os objetivos específicos podem ser representados da seguinte forma: examinar, detalhadamente, o conceito de contrato na relação de consumo; analisar as condições gerais dos contratos de consumo; identificar os limites do conteúdo das condições gerais do contrato; discorrer sobre as cláusulas dos contratos de prestação de serviço público de saúde e telecomunicação e suas repercussões na vida do consumidor; determinar os meios

⁹MARQUES, Claudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, p. 252

¹⁰SELEME, Sérgio. **Contrato e empresa: notas mínimas a partir da obra de Enzo Roppo**, pp.267-268, 270

utilizados pelos fornecedores para elaborar as aludidas condições; delimitar o alcance das condições gerais, com o propósito de demonstrar que o fornecedor age como um verdadeiro “legislador”; comparar o comportamento do fornecedor, no tocante à elaboração das condições gerais do contrato, antes e após o Código de Defesa do Consumidor; equilibrar o princípio da livre iniciativa com o do direito do consumidor; discutir sobre a necessidade da intervenção estatal na formação das condições gerais, a fim de prevenir o consumidor de futuro dano; e, por fim, refletir sobre situações que podem minimizar, atenuar ou, até mesmo, elidir as controvérsias oriundas do tema, a exemplo de um controle preventivo na elaboração das condições gerais ou da adoção do modelo multiportas, em busca da efetiva promoção da defesa do consumidor.

Válido ressaltar que para o cumprimento desses objetivos, foi primordial compreender que a atividade do fornecedor, poder público, deverá deixar de perquirir a produção de efeitos puramente individualistas e conservadores, a fim de pretender realizar, também, seu conteúdo social, preocupado com o ser, figura marcante do Estado social, *in casu*: o consumidor.

Convém salientar que, estando diante de um trabalho acadêmico, faz-se necessário pautá-lo em parâmetros de segurança metodológica. Entretanto, essa segurança não pretende tornar a temática desta tese definitiva, mas conceder-lhe a imprescindível prova de que tanto as premissas utilizadas, baseadas nas diversas posições doutrinárias, quanto a conclusão estão sedimentadas em pesquisas sérias e orientadas por critérios de coerência e plausibilidade.

A tese, portanto, deverá ser provada pela apresentação dos enunciados legais sobre relação de consumo, ao serem analisados em conjunto, os quais almejam a tutela do consumidor. Pretendeu-se abordar o tema não só sob o ponto de vista dogmático, mas também com o enfoque zetético de caráter social inspirador da Constituição Federal de 1988, o que fez com que o direito do consumidor fosse revitalizado, dando-se uma nova roupagem a este ramo do direito, tornado-se, pois, a Lei Maior a tábua axiológica do Direito, posto que se verificaram transformações nas relações jurídicas privadas e sociais. Portanto, a concentração na área das Transformações do Direito Privado mais se adéqua à temática deste trabalho.

Fez-se necessária, por conseguinte, a leitura da bibliografia geral coletada em direito do consumidor e sobre sua regulação, além da investigação de textos específicos sobre a matéria em confronto com os dispositivos acerca do tema, no ordenamento jurídico nacional.

Por fim e enfim, é válido mencionar que a importância deste assunto reside não só na sua complexidade, como também na riqueza de seu conteúdo, diga-se inovador, e pelo fato de não estar, ainda, bem estruturada sua harmonização com a promoção da defesa do consumidor.

Até porque

O ordenamento jurídico deve ser compreendido como sistema aberto de normas jurídicas, capazes de garantir uma sociedade plural, que inclua os desiguais, mas sem o paternalismo característico do Estado Social. A consciência dos direitos difusos se insere no Direito pós-moderno, ultrapassando a noção de coletividade, para agregar direitos de futuras gerações¹¹.

¹¹ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O DIREITO CIVIL PELA PERSPECTIVA DA AUTONOMIA PRIVADA: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na pós-modernidade**, p. 103

2 DA TUTELA DO CONSUMIDOR: O DIRIGISMO CONTRATUAL NAS CONDIÇÕES GERAIS DO CONTRATO

É preciso tutelar a pessoa, especialmente os mais fracos, *in casu*, o consumidor, pois, como titular de um sujeito de direito, é merecedor de amparo legal. Ocorre que a preocupação com sua tutela foi tardia porque nem todo ser humano era sujeito de direito, como esclarece Tiago Bitencourt de David¹²:

Até não muito tempo atrás, nem todo ser humano era sujeito de direitos. O escravo foi coisa até meados do Século XIX e a mulher era incapaz até a segunda metade do Século XX. A criança e o adolescente deixaram de ser relegados ao esquecimento somente com o ECA (1990).

2.1 Do protagonista da relação do consumo: o consumidor e seu devido amparo legal

O presente trabalho envolve o tema sobre o **consumidor e sua tutela jurídica**, o qual se pauta na ideia de **sujeito de direito** como um protagonista da relação de consumo, pautado em um **direito fundamental**, que está amparado constitucionalmente (art. 5º, XXXII, CF/88) e, por isso, merecedor do **devido amparo legal**, utilizando-se de preceitos fundamentais, como princípios constitucionais (dignidade da pessoa humana, solidariedade e igualdade), para garantir a sua efetividade.

Importa salientar que, na análise da proteção da pessoa humana, *in casu*, o consumidor, faz-se necessário tutelar seu patrimônio, ou seja, na relação de consumo, um produto ou um serviço de qualidade para que os pilares da Política Nacional das Relações de Consumo estejam, também, amparados pelo nosso ordenamento jurídico brasileiro, a saber: saúde, segurança e dignidade do consumidor. É o que se depreende da interpretação da transcrição abaixo:

Não se pode duvidar que, a princípio, a concepção de direito subjetivo constitui-se em uma etapa importante na busca de meios de proteção da pessoa humana. A individualização da tutela jurídica decorrente da ideia de direito subjetivo, representa não somente a individuação, mas também o reconhecimento da pessoa humana. Contudo, não se pode deixar de recordar que o perfil pré-concebido de direito subjetivo é de caráter patrimonial. Assim, ao proteger o patrimônio, dá-se a realização da tutela da pessoa humana, enquanto proprietária ou adquirente de certo bem.¹³

¹² DAVID, Tiago Bitencourt de. **O sujeito(ado) como objeto de proteção do direito: breves comentários a respeito do direito privado à luz da função promocional da constituição federal de 1988**, pp. 70-71

¹³ COSTA FILHO, Venceslau Tavares. **Direitos fundamentais e Relações Privadas: crítica à interpretação patrimonializante**, p. 36

De fato, o tema objetiva demonstrar que é primordial o devido amparo legal do consumidor, guiando-se pelo Código de Defesa do Consumidor/1990 e pela Constituição Federal/1988, através de princípios constitucionais e específicos, como a vulnerabilidade, boa-fé objetiva e intervencionismo estatal, proporcionando a integração entre os ordenamentos, civil e consumerista, com nossa Lei Maior, bem como possibilitando a proteção deste sujeito de direito, protagonista da relação de consumo, em qualquer esfera do âmbito jurídico, sem que se desrespeite a **ordem pública e constitucional**, assim exigida no art. 1º da Lei Consumerista.

2.1.1 Consumidor: protagonista da relação de consumo

Inicialmente, consoante dispõe o art. 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), a defesa do consumidor é considerada um direito fundamental, pelo que se infere da transcrição abaixo, *in litteris*:

Art. 5º 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; (sem destaque no original)

É ampla, portanto, a proteção constitucional do consumidor, pois o termo “Estado” está representando os três poderes, ou seja, tanto o Legislativo quanto o Executivo e Judiciário devem promover a defesa do consumidor, conforme estabelece o princípio do dever governamental, ou seja, observa-se a possibilidade, e, até mesmo, a necessidade, do intervencionismo estatal na relação de consumo, para que se concretize a dignidade do consumidor, fundamento da nossa Lei Maior, no art. 1º, III.

Dessa forma, a intervenção estatal na relação de consumo se faz imprescindível, em razão de ser o direito do consumidor considerado: primeiro, um direito fundamental (art. 5º, XXXII); e segundo, um princípio de ordem econômica (art. 170, V, c/c art. 174, *caput*), conforme se depreende da transcrição abaixo:

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:

I – *omissis*;

II - *omissis*;

III - *omissis*;

IV - *omissis*;

V - defesa do consumidor;VI - *omissis*;VII - *omissis*;VIII - *omissis*;IX - *omissis*;

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.

[...]

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.

(sem realces no original)

Interessante trazer à baila a lição de Venceslau Tavares Costa Filho¹⁴ acerca dos direitos fundamentais, *in verbis*:

A ideia segundo a qual os direitos fundamentais são oponíveis apenas ao Estado repousa na doutrina publicística dos “direitos públicos subjetivos”, construída pelos juspublicísticas do século XIX, e que reduz a eficácia dos direitos fundamentais à uma relação jurídica vertical, qual seja a que se dá entre o cidadão e o Estado. Pode-se dizer, inclusive, que este é um desdobramento da concepção do Estado de Direito, que aparece no direito público como um conjunto de limitações e garantias do indivíduo em face dos poderes públicos. Contudo, é de se indagar se o momento atual permite que esta perspectiva trazida pelo Estado de Direito alcance também ao direito privado; especialmente em face da realidade dos “poderes privados” e do problema dos limites da autonomia privada.

[...]

Chama-se de “fenômeno do poder privado” o reconhecimento no âmbito do direito privado do fato da autoridade, do poder, enquanto capacidade de “determinar ou condicionar, juridicamente ou de fato, as decisões de outros; de influir eficazmente no comportamento de outros, de impor a própria vontade”. Destarte, multiplicam-se os centros de “poder privado”, alcançando uma grandeza que os leva a influir não somente na vida privada, mas nas próprias estruturas de poder de pequenos ou de grandes Estados. O poder já não se encontra mais concentrado no Estado, mas disperso na sociedade em geral. Inclusive, apresenta-se em toda organização social o fenômeno do poder enquanto expressão de uma desigualdade comum às relações humanas.

É exatamente o que ocorre com a relação de consumo, consubstanciando uma relação desigual, notadamente quando da prestação de serviço público. De fato, há o fenômeno do poder privado.

Outrossim, o art. 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988, remete à normatividade infraconstitucional a competência para a aludida função integrativa (Legislativo, Executivo e Judiciário), caracterizando como norma jurídica de eficácia limitada a instituir a proibição de serem editadas leis discriminatórias contra ou entre os consumidores e à revogação de legislação antecedente ou subsequente que implique direta ou indiretamente discriminação ao sujeito mais fraco da relação de consumo – o consumidor, o que constituiria

¹⁴ COSTA FILHO, Venceslau Tavares. **Direitos fundamentais e Relações Privadas: crítica à interpretação patrimonializante**, pp. 38-39

inconstitucionalidade por descumprimento da programação constitucional, garantindo, enfim, o princípio da isonomia.

No mais, a norma infraconstitucional que ampara, de forma enfática, o consumidor é o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei 8.078/90, o qual reza em seu art. 4º que

A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, **o respeito à sua dignidade, saúde e segurança**, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a **transparência** e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

[...]

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na **boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;**

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

[...]

(sem destaques no original)

Esse dispositivo, supratranscrito, trouxe a baila o objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo, trazendo no *caput* o seu conteúdo, a saber: a proteção da segurança, saúde e dignidade do consumidor. Em seguida, consagra que é fundamental a transparência na aludida relação para alcançar tal desiderato. Sendo necessário, por isso, educar o consumidor, o que se faz por meio de uma informação sobre seus direitos e deveres, com vistas à harmonização do mercado de consumo. Dessa forma, o conteúdo dessa informação deve ser o mais transparente possível, conforme se constata do art. 6º, II e III, CDC, *in verbis*:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

[...]

(sem realces no original)

Visível é, portanto, o direito à informação que faz jus o consumidor. Por sinal, ele deve ser analisado sob dois enfoques¹⁵: como direito da comunicação, é direito fundamental

¹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A informação como direito fundamental do consumidor**, p. 61

da liberdade de expressão, oponível *erga omnes*, não havendo impedimento ao seu acesso e a sua transmissão, tanto para quem comunica quanto para quem a recebe (direito à prestação negativa); como direito do consumidor, direito oponível ao fornecedor no mercado de consumo (direito à prestação positiva). Oportuno mencionar os dois significados de direito à prestação positiva, a saber: **o mediato, é o dever geral de proteção, competindo ao Estado, como editar leis de proteção efetiva, instalar órgãos administrativos voltados à prevenção, fiscalização e resolução de conflitos e garantir o acesso facilitado ao Poder Judiciário**; o imediato, é dever direcionado ao fornecedor informar sobre o produto ou serviço atendendo aos requisitos de adequação, suficiência e veracidade, considerando-se, assim, uma publicidade lícita.

Convém, por fim, destacar que a ausência de norma regulamentadora de direitos e liberdades constitucionais e de prerrogativas inerentes à cidadania, a exemplo da promoção da defesa do consumidor, envolve inconstitucionalidade por omissão e, por isso, autoriza a pretensão ao mandado de injunção (CF, art. 5º, LXXI), em virtude do não-diligenciamento dos órgãos estatais, como o Poder Legislativo e Executivo.

Dessa feita, demonstrado que o consumidor tem proteção constitucional garantida pelo próprio Estado, por ser sujeito de direito, vulnerável da relação de consumo, e, portanto, protagonista da aludida relação, válido, agora, dissecar, brevemente, acerca do mesmo.

O conceito de consumidor encontra-se disciplinado nos arts. 2º, *caput* e Parágrafo Único; 17 e 29, todos do Código de Defesa do Consumidor, a saber:

Art. 2º. **Consumidor** é toda **pessoa** física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como **destinatário final**.

Parágrafo único. Equipara-se a **consumidor** a coletividade de **pessoas**, ainda que **indetermináveis**, que haja intervindo nas relações de consumo.

[...]

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos **consumidores** todas as **vítimas** do evento.

[...]

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos **consumidores** todas as **pessoas** determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas. (destaques de hoje)

É possível verificar que, no seu conceito, pode haver as acepções: individual, mais concreta, prevista no *caput* do art. 2º, bem como coletiva, mais abstrata, estabelecida no art. 29. Por sinal, sob a ótica coletiva, incide em interesses difuso, coletivo e/ou individual homogêneo, conforme art. 81, I a III, CDC, *in verbis*:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos **consumidores e das vítimas** poderá ser exercida em juízo **individualmente**, ou a título **coletivo**.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos **difusos**, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos **coletivos**, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos **individuais homogêneos**, assim entendidos os decorrentes de origem comum. (sem realces no original)

Convém ressaltar que o consumidor que ora será analisado integra o art. 81, parágrafo único, II, ou seja, é o coletivo *stricto sensu*, uma vez que a população é consumidora usuária do serviço público por se encontrar ligada com a parte contrária, o Estado, através de uma relação jurídica base, conforme se observará no capítulo subsequente.

Outrossim, independentemente de ser individual ou coletivo, deve ser pessoa.

Oportuno, assim, trazer à baila a compreensão sobre pessoa como aquele que tem a possibilidade de ser sujeito de direito, estando na posição de titular de direito. Conforme preleciona Pontes de Miranda¹⁶:

Se alguém não está em relação de direito não é sujeito de direito: é pessoa; isto é, o que *pode* ser sujeito de direito, além daqueles direitos que o ser pessoa produz. O ser pessoa é fato jurídico: com o nascimento, o ser humano entra no mundo jurídico, como elemento do suporte fático em que o nascer é o núcleo. Êsse fato jurídico tem a sua irradiação de eficácia. [...] A personalidade é a possibilidade de se encaixar em suportes fáticos, que, pela incidência das regras jurídicas, se tornem fatos jurídicos; portanto, a possibilidade de ser sujeito de direito. [...] Para se ser pessoa, não é preciso que seja possível ter *quaisquer* direitos; basta que possa ter *um* direito. [...] O conceito de pessoa surgiu no sistema lógico acima do sistema jurídico, que contemplava a êsse: de lá se viu que A *podia* ser sujeito de direito; e viu-se isso, porque, no sistema jurídico, de algum fato jurídico emanou efeito, direito ou pretensão, ou direito e pretensão, ou direito, pretensão e ação, em que A apareceu como sujeito de direito, isto é, termo ativo de relação jurídica. (realces no original)

Entrementes, válido ressaltar que nem sempre todos os seres humanos foram considerados pessoa, *in verbis*:

Nem sempre todos os homens foram pessoas, no sentido jurídico: os escravos não eram pessoas; e sistemas jurídicos houve que não reputavam pessoas as mulheres. Foi a evolução social que impôs o princípio da personalidade de todos os entes humanos. Por outro lado, para que haja pessoa jurídica, no sentido de pessoa que não é ente humano (pessoa natural, pessoa física), é sempre preciso que haja elemento humano, que sirva de *dado fácto*, como teremos de ver oportunamente.¹⁷
(sic)

Seguindo essa linha de raciocínio, historicamente, os conceitos de pessoa e de homem nem sempre tiveram conexão. “No período da escravidão, despia-se o homem da condição de

¹⁶ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**, pp. 153-154

¹⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**, p. 156

sujeito de direito para considerá-lo coisa, desprovido da faculdade de ser titular de direitos, ocupando na relação jurídica a situação de objeto”¹⁸.

Consoante entendimento de Tiago Bitencourt de David¹⁹, apenas no século XX, a ideia de igualdade e dignidade passou a permear nosso Estado, considerando-se pessoa, agora, todos os seres humanos, pelo que se constata do trecho abaixo:

No Século XX, a emancipação das mulheres, dos negros e das crianças foi um fruto tardio da igualdade formal. Todos iguais perante a lei, mas, dessa vez, todos os seres humanos, na medida de suas desigualdades, vedadas as distinções de raça, cor ou crença religiosa. Os negros e as mulheres foram aceitos pela sociedade branca e machista somente porque o sistema escravagista implodiu e os homens foram para as guerras, deixando filhos para suas mulheres sustentarem. A Economia levou à movimentação necessária para que em nome da produtividade houvesse maior liberdade. Esse seria o início do abandono da interpretação abstracionista de que apenas quem tem propriedade possui direitos para que o direito privado assumir-se como uma área permeável pela ideia de igualdade e consideração pela dignidade humana, mesmo sem ainda defender-se a ideia de Estado Social e Democrático de Direito.

Portanto, admitir e reconhecer que todo homem é um ser humano e, por isso, merecedor de tutela pelo Estado foi uma batalha árdua só alcançada após a II Guerra Mundial e com o julgamento dos militares pelo Tribunal de Nuremberg. Dessa forma, constata-se que a superação de paradigma hermenêutico estava relacionada com a evolução dos direitos fundamentais e consagrada pela teoria econômica, a qual permitia a intervenção do Estado numa economia de mercado.

No mais, a expressão “ser humano” ressalta o entendimento de estar diante de uma criatura que existe (ser) e é cognoscível, real ou concreto (humano), composto, portanto, de corpo e alma. Em outras palavras:

O ser humano constrói um seu mundo interior absolutamente peculiar, próprio e original, do qual dimanam inclusive seus atos externos. Os outros animais, pelo fato de serem compostos de *morfos*, não são capazes de construir um seu mundo interior, recheado de intimidade e amor. [...] O *ser humano é natureza humana*. A *natureza* alude à dinâmica ou vida do ser. A *natureza*, dizemos pensadores clássicos, é a mesma substância como princípio de operações. O *ser humano* opera, atua, vive em conformidade com a dinâmica de sua *natureza humana*. [...] O pensamento clássico – já o temos dito – conhece o ser humano como distinto das coisas e dos outros animais, pois reconhece sua alma espiritual comum dos princípios de sua composição. [...] O Direito – e deve ser dito em alto e bom som – nunca diferenciou entre *ser humano, natureza e pessoa*.²⁰ (com destaques no original)

Outrossim, a palavra pessoa vem do latim *persona*, cujo significado é máscara, ou mesmo, o papel atribuído a ela. Caracteriza-se, portanto, como personagem, no qual cada

¹⁸ BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade: de acordo com o Novo Código Civil**, p. 20

¹⁹ DAVID, Tiago Bitencourt de. **O sujeito(ado) como objeto de proteção do direito: breves comentários a respeito do direito privado à luz da função promocional da constituição federal de 1988**, p.71

²⁰ ALONSO, Felix Ruiz. **Pessoa, intimidade e o direito à privacidade**, pp. 12-16

homem tem sua representação. Entretanto, no sentido jurídico, “é para a pessoa que o direito foi feito, conceituando-se pessoa todo ser humano capaz de direito e obrigações. O direito atribui à pessoa a qualidade de sujeito de direito como conteúdo fundamental e finalístico da ordem jurídica”²¹, e, por todo o exposto, pode-se, agora, compreender o consumidor como pessoa e protagonista da relação jurídica de consumo, merecedor de toda proteção jurídica.

Após esse breve comentário acerca da pessoa, convém esclarecer algumas dificuldades oriundas da definição escolhida pelo legislador quando da interpretação da doutrina ou jurisprudência.

Consumidor (*stricto sensu*) é, portanto, pessoa natural como jurídica, qualquer que seja ela, que adquire, a título oneroso ou gratuito, pois não há distinção no modo de aquisição, ou utiliza, mesmo que não tenha adquirido, o produto ou o serviço como destinatário final.

A dificuldade reside na expressão destinatário final, pois o legislador não esclareceu se pode ser destinatário final quem adquire bens como de produção ou de consumo. Consoante posicionamento de Rizzatto Nunes²²:

Em casos nos quais se negociam e adquirem bens típicos de produção, o CDC não pode ser aplicado por dois motivos óbvios: primeiro, porque não está dentro de seus princípios ou finalidades; segundo, porque, dado o alto grau de protecionismo e restrições para contratar e garantir, o CDC seria um entrave nas relações comerciais desse tipo, e que muitas vezes são de grande porte.

[...]

O Código de Defesa do Consumidor regula situações em que produtos e serviços são oferecidos ao mercado de consumo para que qualquer pessoa os adquira, como destinatária final. Há, por isso, uma clara preocupação com bens típicos de consumo, fabricados em série, levados ao mercado numa rede de distribuição, com ofertas sendo feitas por meio de dezenas de veículos de comunicação, para que alguém em certo momento os adquira.

[...]

Dessa maneira, repita-se, toda vez que o produto e/ou serviço puderem ser utilizados como bem de consumo, incide na relação as regras do CDC.

No mais, urge demonstrar que a pessoa jurídica também pode ser destinatária final ao consumir produtos e/ou serviços que fossem tecnicamente possíveis e lhe servissem tanto como bens de produção e, simultaneamente, como de consumo. Dessa feita, importa mencionar que há teorias que explicam a aludida situação.

De acordo com a teoria **finalista (subjativa)**, destinatário final é aquele fático e econômico do bem ou serviço, seja pessoa física ou jurídica, que o retira da cadeia de produção, utilizando para uso próprio e de sua família, ou seja, seria o não profissional, análise, portanto, de forma restritiva. Por sua vez, a teoria **maximalista (objetiva)** estabelece que deve a legislação consumerista ser aplicada o mais extensamente possível, atingindo um

²¹BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade: de acordo com o Novo Código Civil**, pp. 20-21

²²NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**, pp. 125-128

número maior de relações de mercado, não importa se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim lucrativo na aquisição do produto e/ou serviço, ou seja, basta ser destinatário fático, retirar, portanto, do mercado de consumo e o utilizar/consumir. No mais, em 2004, como esclarece Claudia Lima Marques²³,

... o STJ manifestou-se pelo finalismo e criou o finalismo aprofundado, baseado na utilização da noção de vulnerabilidade, exame *in concreto* e uso das equiparações a consumidor conhecidas pelo CDC.

[...]

Esta nova linha, em especial do STJ, tem utilizado, sob o critério finalista e subjetivo, expressamente a equiparação do art. 29 do CDC, em se tratando de pessoa jurídica que comprove ser vulnerável e atue fora do âmbito de sua especialidade, como hotel que compra gás. Isso porque o CDC conhece outras definições de consumidor. O conceito-chave aqui é o de vulnerabilidade.

É chamada teoria do **finalismo aprofundado**.

Por fim, o Parágrafo Único, do art. 2º, estabelece normas de extensão mais geral (*lato sensu*), permitindo que a coletividade de pessoas possa ser equiparada a consumidor, não necessitando a pessoa ser destinatária final, mas, apenas, que seja atingida por um acidente de consumo em razão de defeito do produto e do serviço que ocasionar um dano, conforme está consagrado no teor do art. 17, CDC. Convém, ainda, pontuar que toda pessoa exposta a qualquer prática comercial é um consumidor em potencial, espécie de consumidor difuso, segundo entendimento do art. 29, CDC.

Outrossim, em que pese o consumidor ser o protagonista dessa relação jurídica e o reconhecimento de sua vulnerabilidade está consagrado no art. 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor, bem como na cláusula geral da dignidade da pessoa humana, art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, observa-se que, infelizmente, na prática, a supremacia do “ser” sobre o “ter”, ainda, não ocorreu, eis que

Não obstante as aspirações dos civilistas por uma superação do patrimonialismo; pela valorização da pessoa humana enquanto tal; por uma “repersonalização” (ou personalização) do direito civil; a fim de elevar a pessoa humana à condição de “epicentro dos epicentros”; o que se observa de fato é uma expansão da análise econômica do direito, não somente para a doutrina, como também para a jurisprudência e legislação, “tomando, nesse campo, a eficiência o mote prioritário das atuações jurídicas”.²⁴

No mais, verifica-se que a opção feita pelo legislador por trazer o conceito de consumidor, em vez de deixar tal tarefa à doutrina e jurisprudência, gerou problemas na

²³ BENJAMIN, Antonio Herman V. MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**, pp. 102-103

²⁴ COSTA FILHO, Venceslau Tavares. **Direitos fundamentais e Relações Privadas: crítica à interpretação patrimonializante**, p. 61

interpretação, correndo risco de delimitar o sentido do termo e, por isso, faz-se necessária sua harmonização no ordenamento jurídico.

2.1.2 Harmonização no ordenamento jurídico: ferramenta necessária ao devido amparo legal do consumidor

É sabido que a proteção aos direitos do consumidor, na seara nacional, é oriunda da necessidade de tentar reduzir ou minimizar o desequilíbrio na relação de consumo entre fornecedores e consumidores, a fim de realizar a isonomia garantida constitucionalmente. Isso ocorre porque os consumidores são considerados vulneráveis, especialmente no tocante aos meios de comunicação e outras ferramentas tecnológicas de publicidade, a exemplo do *marketing*, que impulsionam e induzem descontroladamente ao consumo, tornando mais frágil, ainda, o consumidor, o que consubstancia a vulnerabilidade informacional.

Dessa forma, a Lei 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor) nasceu com o objetivo de harmonizar os interesses entre os consumidores e os fornecedores, disponibilizando normas protetivas àquele, a fim de reduzir o desequilíbrio frente a este. A título de esclarecimento, esta lei é uma resposta aos anseios constitucionais, uma vez que a nossa Constituição sentiu a necessidade de elevar esse direito à categoria de direito fundamental (art. 5º, XXXII), bem como a princípio de ordem econômica (art. 170, V). Todavia, isso não foi suficiente, pois que, na prática, ainda se aplicava um diploma (Código Civil/1916) que não era o adequado ou até não correspondia à realidade, pois ele mesmo observava sujeitos que estavam no mesmo patamar de igualdade, o que não se apresentava na relação entre consumidor e fornecedor, uma relação visivelmente desequilibrada.

Por isso, o art. 48 do ADCT (Atos das Disposições Constitucionais transitórias) exigiu a promulgação de uma lei para tal situação, respeitando, assim, os ditames constitucionais. Essa lei é, portanto, o Código de Defesa do Consumidor, que, na realidade, não deve ser considerada um código, apenas em razão da sua relevância pode ser assim entendido; é sim um verdadeiro sistema, que surgiu na chamada Era dos Estatutos. Podem-se destacar, segundo Gustavo Tepedino²⁵, como características marcantes desse Estatuto: **tecnicismo legislativo** (objetivos são definidos concretamente e sua concretização por meio de cláusulas gerais), linguagem menos jurídica e mais setorial; lei de incentivo (propostas de vantagens ao destinatário da norma, é a função promocional do direito), disciplinamento de relações extrapatrimoniais (realização da dignidade do consumidor, com vistas à melhoria de sua

²⁵ TEPEDINO, Gustavo. **Normas Constitucionais e Relações de Direito Civil na experiência brasileira**, pp. 331-332

qualidade de vida), **caráter contratual** (legislador-negociador, com vocação para a contratação, produzindo normatização para determinados grupos).

Convém ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor é baseado, portanto, em tais características, possuindo princípios e cláusulas gerais que permitem considerá-lo como uma lei principiológica e, talvez, por isso, possam seus dispositivos serem considerados eficientes e suficientes para a adequada abordagem da nova visão contratual e suas implicações nas condições gerais do contrato. É o que se constata na lição de Sergio Cavalieri Filho²⁶, eis que

Princípios são valores éticos e morais abrigados no ordenamento jurídico compartilhados por toda a comunidade em dado momento e em dado lugar como a liberdade, a igualdade, a solidariedade, **a dignidade da pessoa humana**, a boa-fé e outros tantos.

[...]

os princípios são pois enunciações normativas de valor genérico, contêm relatos com maior teor de abstração, não especificam a conduta a ser seguida, e **incidem sobre uma pluralidade de situações**. (sem realces no original)

Dessa forma, urge demonstrar que a adoção de normas principiológicas na relação consumerista foi fruto da nossa Constituição Federal de 1988. Por sinal, para a consagração e realização desses valores, se faz necessária, reitere-se, a intervenção do Estado, assegurando-se a ética no mercado e conjugando-se a eficiência econômica e os direitos fundamentais. É o que se constata do trecho abaixo:

A consideração da pessoa humana como um todo, a prevalência do valor da personalidade sobre as situações patrimoniais, o respeito dos deveres inderrogáveis de solidariedade permitem tecer um sistema jurídico-econômico-social que não dá espaço nem para uma intervenção forte do Estado, com um dirigismo exasperado das atividades da empresa, nem para uma absoluta liberdade de mercado.²⁷

Outrossim, o tema traz algumas inquietações que permeiam a aludida harmonização para melhor e devido amparo do consumidor, entre as quais, passa-se a tecer breves comentários a seguir.

Em primeiro lugar, indaga-se sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e, conseqüentemente, se sua proteção atinge qualquer pessoa que retire o produto e/ou serviço do mercado de consumo.

Consoante demonstrado no item anterior, a opção do legislador por conceitos amplos e indeterminados acerca do consumidor, protagonista da relação de consumo, trouxe diversas interpretações doutrinárias e jurisprudenciais, com base na análise, ora já realizadas, das

²⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumido**, p. 25

²⁷ DE CICCIO, Maria Cristina. **A pessoa e o mercado**, p. 114

teorias: finalista, maximalista e finalista aprofundada. Importa trazer à baila o posicionamento de Larissa Leal²⁸, o qual corrobora com a explanação aqui sustentada, *in verbis*:

O CDC conhece os consumidores stricto sensu, assim definidos em seu artigo 2º, como também os consumidores-equiparados, que, igualmente, mereceram a proteção especial. Os primeiros, os consumidores finais, retiram do mercado o produto adquirido ou por si utilizado, encerrando a cadeia de produção. Assim, não podem ser confundidos com as pessoas, físicas ou jurídicas, que utilizam o produto para continuar a produzir, transformando-o para oferecê-lo novamente aos seus clientes, seus próprios consumidores. Essa é a perspectiva da corrente doutrinária finalista quanto ao campo de aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

O trecho acima transcrito consagra, apenas, o consumidor padrão. Todavia, merece, ainda, proteção o consumidor equiparado, como destaca a aludida doutrinadora²⁹, *in litteris*

As hipóteses de equiparação servem para reconhecer que os direitos dos consumidores são garantidos também, e especialmente, no campo difuso e coletivo, para proteger todas as pessoas vitimadas por acidente provocado por produto ou serviço fornecido no mercado de consumo, ainda que não tenham participado da relação de consumo e para estender a tutela consumerista a todas as pessoas expostas às práticas comerciais praticadas pelos fornecedores, desde a oferta até a realização dos contratos de consumo.

No mais, na aplicação da teoria maximalista, analisa-se a legislação consumerista como um código geral aplicável a toda sociedade de consumo, trazendo um posicionamento amplo do conceito de consumidor, o que não reflete o objetivo da norma em proteger o vulnerável da relação de consumo, ou seja, “Esse alargamento demasiado, certamente, iria concorrer para a refração da própria ideia de proteção do consumidor, pessoa considerada juridicamente vulnerável, por sua própria condição, perante os fornecedores”³⁰.

Dessa forma, urge, pois, interpretar o conceito de consumidor amoldando-o aos objetivos da norma que o disciplina e, por isso, a teoria do finalismo aprofundado ou atenuado tem ganhado adeptos, pois reconhece a vulnerabilidade do consumidor-profissional quando da aquisição de produto e/ou serviço que não faça parte da sua atividade específica.

²⁸ LEAL, Larissa Maria de Morais. **Relação de Consumo**. AgRg no AREsp 471.670-SP (Rel. Min. João Otávio de Noronha). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2015_240_1_capRelacaoJuridicadeConsumo.pdf. Acesso em 25/10/2016

²⁹ LEAL, Larissa Maria de Morais. **Relação de Consumo**. AgRg no AREsp 471.670-SP (Rel. Min. João Otávio de Noronha). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2015_240_1_capRelacaoJuridicadeConsumo.pdf. Acesso em 25/10/2016.

³⁰ LEAL, Larissa Maria de Morais. **Relação de Consumo**. AgRg no AREsp 471.670-SP (Rel. Min. João Otávio de Noronha). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2015_240_1_capRelacaoJuridicadeConsumo.pdf. Acesso em 25/10/2016

Além disso, observa-se uma verdadeira estratégia legislativa quando da análise da relação de consumo possa ser identificado um dos seus sujeitos, determinando-lhe proteção. A Constituição Federal determina, portanto, proteção ao consumidor, um novo sujeito pós-moderno de direitos.

Em segundo lugar, questiona-se se o amparo ao consumidor é decorrência, apenas, de sua vulnerabilidade fática.

Sabe-se que a razão de normas protetivas ao consumidor se faz necessária em função da sua situação de fragilidade, a qual enfraquece e desequilibra a relação de consumo e, por isso, o torna protagonista da aludida relação, merecedor de um tratamento diferenciado que busca o equilíbrio entre seus partícipes.

Tem-se, portanto, a vulnerabilidade como: princípio reconhecido no art. 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor e objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo; podendo compreender a: técnica, jurídica, fática e informacional. Na primeira, não tem o consumidor conhecimento específico acerca do objeto adquirido. Na segunda, há uma ausência de conhecimento jurídico, contábil ou econômico, bem como de seus reflexos. Por sua vez, na terceira, encontra-se o consumidor em situações de desigualdade frente ao fornecedor como a insuficiência econômica, física ou psíquica. Convém ressaltar que

A doutrina brasileira defende, igualmente, que os consumidores desfavorecidos (ou pobres) podem ser chamados de hipossuficientes, criando assim uma graduação (econômica) da vulnerabilidade em direito material. A jurisprudência brasileira reconhece a hipervulnerabilidade de alguns consumidores, por idade (idosos, crianças, bebês, jovens), condições especiais de saúde (doentes, contaminados com o vírus HIV) e necessidades especiais, como especificam os arts. 37, § 2º e 39, IV, do CDC³¹.

Por fim, na quarta, os dados insuficientes sobre o objeto da relação são capazes de influenciar no momento da aquisição.

Dessa forma, merece o consumidor o devido amparo legal em todas as suas formas de vulnerabilidade.

Em terceiro lugar, indaga-se sobre a incidência de institutos codificados na legislação consumerista e, conseqüentemente, sobre a aplicação de outras fontes mais benéficas na proteção ao consumidor.

³¹ BENJAMIN, Antonio Herman V. MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**, p. 111

Conforme já exposto, o diploma que regulava a relação de consumo antes da Lei 8078/90 era o Código Civil de 1916, o qual sofreu influência de certos princípios morais, aos quais foram incorporados conteúdo jurídico com interpretações liberais, a fim de fortalecer os institutos e reduzir os choques com o sentimentalismo nacional, à época. Representou os ideais de uma sociedade agrária e conservadora, cuja preocupação central era o patrimônio e não a pessoa, estando a situação amparada pelo Estado, à época, liberal, como se constata da transcrição³² abaixo:

Até ter sido abolida a escravidão, pouco antes, por conseguinte, de ser iniciada a elaboração do Código Civil, a estrutura de nossa sociedade, no conceito de Sérgio Buarque de Holanda, tem a sua base fora das cidades. A influência da organização social do Brasil Colônia faz-se sentir até ao fim do século XIX, e é nos primeiros anos do século XX que começa a discussão do projeto de Código Civil elaborado por Clóvis Beviláqua. Natural, assim, que repercutisse, na sua preparação, aquele primitivismo patriarcal que caracterizou o estilo de vida da sociedade colonial.

[...]

O autor do Projeto de Código Civil, Clóvis Beviláqua, qualificou o nosso Direito como um “direito afetivo”, em vista de suas disposições se inspirarem, não raro, em causas sentimentais. E Pontes de Miranda, discorrendo sobre as características do Direito brasileiro e os traços próprios do Código Civil, dá-lhes, como elemento distintivo, a tolerância, a afetividade, cercadas, embora de sugestões patriarcais e capitalistas.

[...]

O Código Civil é obra de homens da classe média, que o elaboraram nesse estado de espírito, isto é, na preocupação de dar ao país um sistema de normas de Direito privado que correspondesse às aspirações de uma sociedade em afirmar a excelência do regime capitalista de produção.

Assiste-se a Era da Codificação, cujas vantagens, entre outras, era proporcionar a segurança jurídica e apresentar clareza em seu conteúdo, como destaca Caenegem³³, a seguir:

Entre as vantagens estão, em primeiro lugar, a segurança jurídica, já que um código contém todo o direito. Qualquer norma que não figure no código, ou que o contradiga, é inválida. O texto do código tem precedência sobre a doutrina jurídica (que muitas vezes está dividida) e sobre a jurisprudência.

[...]

Em segundo lugar, está a clareza: a capacidade de assegurar o conteúdo do direito. Um código trata sistematicamente da totalidade de um assunto, numa linguagem acessível aos leigos.

[...]

Em terceiro lugar, a unidade na escala de um Estado, reino ou império. Esse aspecto deve ser contrastado com o emaranhado inextricável de ordenações e costumes locais do antigo direito.

Percebe-se, portanto, que a aludida legislação aplicável à relação de consumo era incompatível com as características que permeavam tal relação, como uma sociedade de consumo decorrente de um processo de urbanização, no qual era primordial a produção em série e que para suprir toda demanda, atingindo o maior número de pessoas, se fazia

³² GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**, pp. 18, 21, 30-31

³³ CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**, pp. 18-19

necessário estabelecer um contrato padrão, cujo conteúdo fosse elaborado por uma das partes sem possibilidade de discussão pela outra. Aqui, não mais reinava a codificação, como único diploma aplicável a qualquer tipo de situação, perdia, portanto, sua força, surgindo a Era da Descodificação, na qual foram elaboradas diversas legislações especiais que poderiam ser aplicadas, excepcionalmente, a determinadas circunstâncias.

A essa nova realidade se exigia, também, uma nova postura do Estado, agora, social que foi consagrada com os ditames constitucionais de 1988, na nossa atual e, ainda vigente, Lei Maior, impondo-se ao Estado o dever de promover a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII) e intervir nas relações em que este for sujeito (art. 170, V), em respeito a sua dignidade (art. 1º, III), fundamento da nossa Constituição Federal. E, assim, após a vigência da Carta Magna, aplicar, ainda, o Código Civil de 1916 ao consumidor, estaria fora de cogitação e, até mesmo, seria inconstitucional, o que contribuiu, substancialmente, para o surgimento da Lei 8078/90, por força do art. 48, dos Atos e Disposições Constitucionais Transitórias, iniciando-se a Era dos Estatutos, pois esses, além de serem mais céleres em sua elaboração, poderiam refletir a real situação da nossa sociedade e permitiriam a adequação da norma ao fato social, uma vez que o principal problema da codificação pode ser apontado como sua imobilidade, já que corresponde ao posicionamento jurídico em um dado momento e fixa-o de maneira que não caiba mais modificá-lo. É o que se depreende da leitura do trecho³⁴ abaixo:

Toda codificação coloca, portanto, um dilema: o código não é modificado, perde todo o contato com a realidade, fica ultrapassado e impede o desenvolvimento social; mas, se os componentes do código são constantemente modificados para adaptar-se às novas situações, o todo perde sua unidade lógica e começa a mostrar divergências crescentes e até mesmo contradições. Os perigos reais, pois a experiência mostra que a complicação de um novo código é uma tarefa difícil que raramente alcança êxito.

No mais, segundo Filomeno³⁵, a legislação consumerista é um verdadeiro sistema jurídico, ou seja, um pequeno sistema, o qual contém, de forma eficaz, a proteção do consumidor, pois está permeado por:

(a) *princípios que lhe são peculiares* (isto é, a *vulnerabilidade do consumidor*, de um lado, e a *destinação final de produtos e serviços*, de outro); (b) por ser *interdisciplinar* (isto é, por relacionar-se com inúmeros ramos de direito, como *constitucional, civil, processual civil, penal, processual penal, administrativo* etc); (c) por ser também *multidisciplinar* (isto é, por conter em seu bojo normas de caráter também variado, de cunho civil, processual civil, processual penal, administrativo etc.) (realces no original)

³⁴ CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**, p. 19

³⁵ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**, p. 12

Convém esclarecer que a Lei 8078/90, ao ser analisada como um pequeno sistema especial, cujo contexto está construído, codificado e organizado e, por isso, denominado de microssistema (expressão de Natalino Irti, em 1979), não carrega em si a ideia de completude, pois não trata totalmente uma matéria, mas sim reúne ordenadamente algumas normas sobre um tema especial, auxiliando o intérprete e retirando esta matéria do código geral, o que consubstancia a base da Era da Descodificação, pois ela representou uma fuga do Código Civil através de microssistemas, deixando aquele de possuir o papel central e único de regulador das relações jurídicas no ordenamento³⁶.

Outrossim, se o Código de Defesa do Consumidor não traz consigo a ideia de totalidade, é possível aplicar simultaneamente, de maneira coerente e coordenada, diversas fontes legislativas, especiais e gerais, sob o comando da nossa Lei Maior, a fim de melhor amparar o consumidor, funcionalizando nosso sistema jurídico plural e complexo. É o que se denomina de Diálogo das Fontes, que constitui uma visão atualizada e coerente do antigo conflito de leis no tempo. Opta-se pela conveniência de paradigmas, harmonizando e coordenando as normas do ordenamento jurídico do que excluindo-as, apoiando-se em valores constitucionais e de direitos fundamentais³⁷.

Todavia, em que pese o posicionamento doutrinário acerca do Código de Defesa do Consumidor, ora como um microssistema, ora possibilitando o diálogo das fontes, válido ressaltar que ele será analisado como um sistema, conforme se observará no Terceiro Capítulo, sendo, portanto, um conjunto de regras especiais em matéria de consumo.

Em quarto lugar e por fim, discute-se sobre a atuação do Estado na promoção da defesa do consumidor.

A esta última indagação, convém trazer à baila o posicionamento de Bruno Miragem³⁸, o qual esclarece que a atividade estatal na proteção ao consumidor é decorrência da sua análise como direito fundamental, identificando este como espécie de direitos de proteção, *in verbis*:

Com relação ao direito do consumidor, tomando por base a doutrina dos direitos fundamentais de Robert Alexy, podemos identificá-los como espécies de *direitos de proteção*, pelos quais o titular do direito exerce-o frente ao Estado para que este o proteja da intervenção de terceiros. Neste sentido, o direito do consumidor se compõe, antes de tudo, em *direito à proteção do Estado contra a intervenção de terceiros*, de modo que a qualidade de consumidor lhe atribui determinados direitos

³⁶ BENJAMIN, Antonio Herman V. MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**, p. 61

³⁷ BENJAMIN, Antonio Herman V. MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**, pp. 130 e 131

³⁸ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**, pp. 51-52

oponíveis, em regra, aos entes privados, e em menor grau (com relação a alguns serviços públicos), ao próprio Estado (e.g. o artigo 22 do CDC).

Esta proteção conferida ao consumidor corresponde, ao mesmo tempo, a um dever do Estado de *promover* este direito. E a forma determinada na Constituição para a realização do dever se dá por intermédio da atividade do legislador ordinário (a locução “*na forma da lei*”, do preceito constitucional). A Constituição, deste modo, assinala o *dever do Estado* de promover a proteção, indicando a decisão de como realizá-la ao legislador ordinário. (realces no original)

Observa-se, portanto, que

O Constitucionalismo atual impõe a consideração do mínimo existencial e exige a atuação do Estado na efetivação dos direitos fundamentais de segunda geração/dimensão. O projeto constitucional brasileiro constitui a ação do Estado no sentido de limitar a concentração de riqueza³⁹.

Riqueza, por sinal, gerada através de contrato, instrumento que faz circular bens e serviços.

Além dos dispositivos constitucionais (art. 5º, XXXII, c/c art. 170, V) que impõem ao Estado o dever de promover a defesa do consumidor, o art. 4º, II, da Lei 8078/90, reforça este dever governamental, *in verbis*:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

- a) por iniciativa direta;
- b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;
- c) pela presença do Estado no mercado de consumo;
- d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

(realce de hoje)

No mais, embora o Código de Defesa do Consumidor seja formalmente uma lei ordinária, é essencialmente uma lei de função social, além de ser, claramente, de origem constitucional. É norma de ordem pública que estabelece valores básicos fundamentais da nossa ordem jurídica e, assim, estas normas de direito privado com forte interesse público são indisponíveis e inafastáveis através de contratos. É o que se depreende do trecho⁴⁰ abaixo transcrito:

No caso do CDC, esta lei de *função social* intervém de maneira imperativa em relações jurídicas de direito privado, antes dominadas pela ideia de autonomia da vontade (autonomia privada ou das partes). Para tanto, inicia estabelecendo uma política nacional para as relações de consumo (Capítulo II), onde vai consolidar (e

³⁹ DAVID, Tiago Bitencourt de. **O sujeito(ado) como objeto de proteção do direito: breves comentários a respeito do direito privado à luz da função promocional da constituição federal de 1988**, p. 78

⁴⁰ BENJAMIN, Antonio Herman V. MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**, p. 71

esclarecer ou narrar) seus objetivos (art. 4º), impondo justamente princípios (normas superiores e abertas, sobrenormas) que devem ser obedecidas no mercado de consumo.

Dessa forma, por tudo o que foi colacionado, não há como negar o dever do Estado em intervir nas relações de consumo, por meio de qualquer um dos seus poderes, a fim de proporcionar o devido amparo legal do consumidor. Exige-se uma atuação positiva do Estado (protetiva, tutelar, afirmativa) em favor dos consumidores.

Do exposto, conclui-se que o consumidor, protagonista da relação de consumo, é merecedor do devido amparo legal, que está garantido constitucionalmente como um direito fundamental, insculpido no art. 5º, XXXII, da Lei Maior, e consubstanciando em dever estatal.

Por fim, não se pode olvidar, que para tal objetivo deixar de ser ideal e passar a ser real, faz-se necessária harmonização no ordenamento jurídico acerca da exata compreensão do conceito de consumidor, reconhecendo-se sua vulnerabilidade (fática, técnica, jurídica ou informacional), bem como permitindo a intercessão entre as diversas fontes do direito, para que, enfim, esteja o consumidor devidamente amparado pelo Estado, conforme dispõe os arts. 5º, XXXII, c/c art. 170, V, ambos da Constituição Federal de 1988, e art. 4º, II, do Código de Defesa do Consumidor.

Outrossim, o desiderato constitucional acerca do devido amparo legal do consumidor está repisado no art. 4º, do Código de Defesa do Consumidor, pois este representa a

verdadeira **alma**, no sentido de que se visa a atender não apenas às **necessidades dos consumidores e respeito à sua dignidade – de sua saúde e segurança, proteção de seus interesses econômicos, melhoria de sua qualidade de vida**, como também à imprescindível **harmonia das relações de consumo**⁴¹. (destaques no original)

É merecedor o consumidor, portanto, do devido amparo legal pelo Estado, como sujeito de direito pós-moderno e protagonista da relação de consumo, respeitando-se sua dignidade, a qual, na realidade, está indissociável da sua condição de direito fundamental, além de realizar a satisfação de suas necessidades, proporcionando-lhe uma qualificada forma de sobrevivência.

⁴¹ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**, p. 13

2.1.3 A cooperação das esferas estatais de poder como meio de garantir a tutela do consumidor

Consoante exposto anteriormente, a defesa do consumidor é considerada um direito fundamental (art. 5º, XXXII, CF/88), competindo ao Estado promovê-la.

É ampla, portanto, a proteção constitucional do consumidor, pois o termo “Estado” está representando suas três esferas de poder, ou seja, tanto o Legislativo quanto o Executivo e Judiciário devem propiciar a defesa do consumidor; devendo, portanto, existir uma cooperação entre os aludidos poderes em prol do consumidor. Significa dizer que o Estado deverá viabilizar a defesa do consumidor, consubstanciando o princípio do dever governamental, isto é, observar-se-á a possibilidade, e, até mesmo, a necessidade, de atuação estatal na relação de consumo, para que se concretize a tutela do consumidor. Todavia, se faz necessária, repita-se, uma ação coordenada entre tais esferas estatais.

Por conseguinte, o que se objetiva, no presente trabalho, é demonstrar que, em face deste dever governamental sobre a relação consumerista, insculpidos nos arts. 5º, XXXII, 170, V e 174, da Constituição Federal de 1988, bem como no art.4º, II, do Código de Defesa do Consumidor, todos, por sinal, já descritos previamente, é visível a atuação estatal na formação das condições gerais dos contratos de consumo, presentes, principalmente, nos contratos de adesão e, *in casu*, nos contratos padronizados de serviços públicos, como a saúde e a telecomunicação, conforme se demonstrará no próximo capítulo.

Outrossim, sabe-se que não é permitida a participação direta do Estado na ordem econômica, o que constituiria uma ditadura sobre a economia, mas, também, não é mais possível o liberalismo absoluto. Impõe-se, assim, regular indiretamente, mas incisivamente, a aludida situação, de forma a encontrar o equilíbrio entre as partes da relação de consumo, uma vez que, ao que parece, não se visualiza a autonomia da vontade do consumidor diante das condições gerais do contrato constantes dos contratos de adesão, estas elaboradas **unilateralmente** pelo fornecedor (e, neste cenário, pelo Estado) atuando esse como verdadeiro “legislador” de seus interesses, demonstrando-se, muitas vezes, no conteúdo das mesmas, um comportamento abusivo e, portanto, prejudicial ao consumidor. Situação essa não compatível com a nova acepção de contrato e nem mesmo com seu próprio dever estatal.

Importa ressaltar que, de fato, o Estado se faz presente na **reparação** do dano, pois, quando existe uma cláusula abusiva, é permitido ao próprio prejudicado, consumidor, ou mesmo ao Ministério Público e até, de ofício, o juiz declarar a sua nulidade; mas observe: essa atuação indireta do Estado, através do Judiciário, ocorre após o prejuízo ao consumidor, ou seja, mesmo intentando-se uma ação de indenização ou até de nulidade para reparar o

dano, este, o dano, já ocorreu e retornar ao *status quo* parece algo improvável, na maioria das vezes, não se garantindo, efetivamente, a tutela do consumidor. Assim sendo, urge, pois, perquirir pela prevenção do dano ao consumidor e, para isso, competirá ao Estado conceder mecanismos que viabilizem tal desiderato, a exemplo do Termo de Ajustamento de Conduta, tema a ser enfrentado no último capítulo.

Outrossim, cabe pontuar que existem consumidores que não conhecem os seus direitos, pois que já são tão comuns comportamentos realizados pelo fornecedor, de maneira desleal, que a nossa sociedade de consumo se encontra submetida a essas atitudes abusivas; ou até mesmo há aqueles que conhecem seus direitos, mas não vão atrás para efetivá-los, quando de sua violação, em razão dos óbices burocráticos constantes no acesso à justiça, Administrativa ou Judicial. Razões estas, talvez, que levem o fornecedor a não alterar as suas ações ou omissões em relação ao consumidor. Em outras palavras, pode-se afirmar que há mais vantagens do que desvantagens ao fornecedor quando da sua insistência nessas condutas desleais para com o consumidor. Dessa forma, ao fornecedor compensa assumir o risco de sua atividade, pois o bônus é maior do que o ônus dessas ações que visam a reparar o dano. Quiçá esses sejam fundamentos suficientes para o Estado, com o seu dirigismo contratual nas condições gerais do contrato de consumo de serviços públicos, permanecer dificultando, ao invés de facilitar, a realização do direito do consumidor.

Questiona-se, assim, se há, realmente, a promoção da defesa do consumidor diante de tal situação. Por isso, o que se pretende aqui demonstrar é que a atuação do Estado nas condições gerais dos contratos de serviços públicos, longe está de prevenir o dano ao consumidor (por sinal, direito consagrado no art. 6º, VI, CDC), evitando-se o prejuízo ao consumidor e fazendo-se, sim, sua defesa, de forma digna. Portanto, o que se impõe é um controle prévio do conteúdo das cláusulas gerais, relativamente às condições gerais dos contratos de serviços públicos, especialmente saúde e telecomunicação, garantindo, então, a proteção ao consumidor.

Dessa forma, a intervenção estatal na relação de consumo se faz necessária e indispensável, em razão de ser o direito do consumidor considerado: primeiro, um direito fundamental (art. 5º, XXXII); e, segundo, um princípio de ordem econômica (art. 170, V, c/c art. 174, *caput*). Por sinal, convém ressaltar que, exatamente, no art. 170, *caput*, e V, visualiza-se a ligação entre os temas contratos e mercado, como ferramentas à justiça social. A intercessão entre os mesmos se faz sentir, ainda, nos arts. 1º, III e IV, bem como no art. 3º, I e III, todos da Lei Maior. *In litteris*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como **fundamentos**:

I - *omissis*;

II- *omissis*;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da **livre iniciativa**;

V - *omissis*.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

[...]

Art. 3º Constituem **objetivos** fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, **justa** e solidária;

II - *omissis*;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e **reduzir as desigualdades** sociais e regionais;

IV – *omissis*. (destaques de hoje)

No mais, a análise desses artigos isoladamente faz parecer incoerente, num mesmo ordenamento, a convivência harmônica entre a promoção da defesa do consumidor e a livre iniciativa. Mas esse conflito é só aparente, basta analisar o papel do princípio da transparência sobre a autonomia privada e o mercado. Eis que

A sua função é instrumental à realização da autonomia privada, dotando-a de condições de exercício que, pretendidamente, assegurem a auto-determinação e, com reflexo desta, a justiça procedimental.

[...]

Na verdade, para que o mecanismo da concorrência funcione eficazmente, não basta que haja alternativas disponíveis; é necessário que o consumidor ou utente possa tomar consciência delas, para as incluir no feixe de representações que determinam o seu cálculo de utilidade. Para isso, ele tem que possuir informação factual (sobre o preço e as características dos produtos) e jurídica (sobre os termos dos contratos), em relação a outras ofertas. Só assim ganha termos de comparação que o habilitem a tomar a decisão mais favorável, ...⁴²

Importante trazer à baila a lição de Ana Prata sobre autonomia privada e livre iniciativa, pois que, embora muitos as tratem como similares, são expressões distintas, mas com pontos em conexão, já que a segunda é gênero da qual a primeira é espécie, pelo que se constata da passagem abaixo,

A autonomia negocial qualifica actos jurídicos individualizados, enquanto a liberdade de iniciativa económica diz respeito a uma actividade que se desenvolve numa série de << actos e de operações orientados para um resultado final unitário, uns de natureza material, outros de natureza jurídica, e entre estes também actos de autotomia negocial>>

[...]

Um outro equívoco é frequente nesta matéria, como resultado da não distinção clara entre actividade económica privada e negócio jurídico privado: o de se entender que controlo da actividade económica dos sujeitos privados se traduz e se esgota no controlo dos contratos celebrados entre sujeitos privados.⁴³

⁴² RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Direito dos Contratos e Regulação do Mercado**, p. 208

⁴³ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**, pp. 199-200

Cabe pontuar, ainda, consoante entendimento de Pietro Perlingieri⁴⁴, que há as seguintes acepções do mercado:

como instituição produtora de regras próprias destinadas à determinação dos preços e dos comportamentos ... como área de liberdade idônea para estruturar consequentemente as ações dos indivíduos; e, enquanto auto-regulado, acaba por conter no seu âmbito as mesmas relações sociais, contribuindo para transformá-las, e para influenciá-las de forma consistente.

Verifica-se, assim, que o mercado permeia toda a sociedade, a qual só pode ser tida como livre quando garantir a mais ampla autonomia dos indivíduos participantes à troca na sua luta de preço e de concorrência.

Importa ressaltar que

Em los sistemas económicos que postulan la libertad de mercados, el orden público económico de dirección es llevado a su mínima expresión: el Estado deja a las partes que regulen a su arbitrio el contenido de los contratos y le otorga fuerza jurídica a tales estipulaciones.⁴⁵

Convém ressaltar que a regulação do mercado, como tarefa normativa, se fez presente com a superação do liberalismo clássico, no qual se vislumbrava, de forma absoluta, a autonomia da vontade das partes, possibilitando-lhes escolher o conteúdo e a forma contratual. Todavia, o forte intervencionismo estatal na ordem econômica ocasionou a superação parcial dessa visão contratual, florescendo as restrições à liberdade contratual. Em razão dessa alteração no corpo central dos contratos, surgiram direitos especiais, denominados de microssistemas (a exemplo do Código de Defesa do Consumidor), os quais caracterizam por valores e princípios próprios.⁴⁶

Segundo Joaquim de Sousa Ribeiro⁴⁷, destacam-se como condições para a convergência entre elas: a desterritorialização da economia, perda de capacidade dirigística dos poderes estatais, bem como a dominância do paradigma do mercado.

Outrossim, o art. 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988, remete à normatividade infraconstitucional a competência para a aludida função integrativa (Legislativo, Executivo e Judiciário), caracterizando, reitera-se, como norma jurídica de eficácia limitada a instituir a proibição de serem editadas leis discriminatórias contra ou entre os consumidores e a revogação de legislação antecedente ou subsequente que implique direta ou indiretamente discriminação ao sujeito mais fraco da relação de consumo – o consumidor, o que constituiria

⁴⁴ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, p. 501

⁴⁵ BRIZZIO, Cláudia Rita. **La teoría general del contrato y el derecho del consumidor**, p. 13

⁴⁶ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Direito dos Contratos e Regulação do Mercado**, pp. 204/206

⁴⁷ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Direito dos Contratos e Regulação do Mercado**, p. 206

inconstitucionalidade por descumprimento da programação constitucional, garantindo, enfim, o princípio da isonomia.

No mais, a norma infraconstitucional que ampara, de forma enfática, o consumidor, como já exposto anteriormente, é o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei 8.078/90, o qual reza em seu art. 4º que

A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, **o respeito à sua dignidade, saúde e segurança**, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a **transparência** e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995)

[...]

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

[...]

(sem destaques no original)

Esse dispositivo supratranscrito trouxe a baila o objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo, apresentando no *caput* o seu conteúdo, a saber: a proteção da segurança, saúde e dignidade do consumidor. Em seguida, consagra que é fundamental a transparência na aludida relação para alcançar tal desiderato. Sendo necessário, por isso, educar o consumidor, o que se faz por meio de uma informação sobre seus direitos, notadamente na qualidade dos serviços públicos, e deveres, com vistas à harmonização do mercado de consumo, como será examinado no item a seguir.

2.2 Direito à proteção contratual

É sabido que o consumidor faz jus aos seguintes direitos, a saber:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

(sem realces no original)

Acrescenta-se, ainda, para corroborar com o transcrito acima, o disposto nos arts. 30 e 31, da aludida lei, eis que

Art. 30. Toda **informação ou publicidade**, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, **obriga o fornecedor** que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar **informações** corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Parágrafo único. As informações de que trata este artigo, nos produtos refrigerados oferecidos ao consumidor, serão gravadas de forma indelével. (destaques de hoje)

Constata-se, a partir da exposição dos referidos artigos, a importância da transparência, por sinal, essa, também, constitui um dos objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo (art. 4º), a qual é determinante no conteúdo da informação, nas relações de consumo, exigindo-se, até, clareza nos contratos padronizados, a exemplo dos contratos de adesão, conforme se depreende da leitura do art. 54, *in verbis*:

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§ 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

§ 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior.

§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.
(destaques de hoje)

Todavia, são nesses que se apoiam, geralmente, as condições gerais dos contratos, indagando-se se a informação de seu conteúdo, de fato, promove a defesa do consumidor ou se, apenas, consagra a vontade de quem as elaborou, ou seja, do fornecedor, *in casu*, reiterar-se, o Estado, e, se assim for, questiona-se a postura do mesmo diante de tal situação e se a funcionalização do contrato, objetivo do novo modelo contratual, está sendo efetivada.

2.2.1 Nova teoria contratual: o contrato e sua dinamicidade

O surgimento do Código de Defesa do Consumidor ocorreu da superação do paradigma liberal pelo social, ou melhor, da passagem do Estado liberal para o Estado social e, conseqüentemente, observou-se uma alteração substancial na concepção de contrato, uma vez que este, segundo posicionamento de Judith Martins-Costa, designa “um instrumento jurídico-constutivo criado e recriado, incessantemente, na relação entre os homens e a realidade.”⁴⁸.

Cabe, aqui, brevemente, repisar algumas considerações já feitas acerca do surgimento da lei consumerista, bem como sobre sua importância dentro do ordenamento jurídico, a fim

⁴⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **Contratos. Conceito e evolução**, p. 24

de demonstrar se há ou não uma correspondência de valores entre o modelo contemporâneo de contrato e o contrato padronizado fruto das sociedades de consumo. Assim, à época do descobrimento do Brasil, foi adotado pela nossa colônia o direito romano, o qual era aplicado em Portugal. O Código Civil Brasileiro de 1916 foi fruto, portanto, das influências romanas e do Código Napoleônico, exaltando-se a concepção da sociedade agrária, preservando-se, assim, o caráter individual e absolutista da pessoa, refletindo doutrinas individualistas e voluntaristas. O Estado, aqui, denominado liberal, permanecia com a função, tão somente, de garantidor dos direitos fundamentais, ordenador das condutas individuais, destituído de qualquer ingerência na esfera econômica e social, como a exemplo da relação de consumo. Era o chamado Estado provedor.

O Diploma Legal de 1916 embora não trouxesse uma definição de direito do consumidor, era aplicado às relações de consumo. Pode-se dizer que o Código Civil assumia, aqui, a figura de ordenador único das relações privadas e as leis extravagantes (legislação de emergência) eram adotadas de modo excepcional, casuística, de maneira que não abalasse o alicerce do direito civil.

Paralelamente, em razão da postura individualista adotada pelo Código Civil de 1916, o contrato, segundo Paulo Lôbo⁴⁹, “converteu-se em instrumento por excelência da autonomia da vontade, confundia com a própria liberdade, ambas impensáveis sem o direito de propriedade privada”; significou, ainda, o espaço de autorregulação dos interesses privados. Tinha-se, aqui, uma teoria contratual clássica pautada na oferta e aceitação, na qual o consentimento era livre e a igualdade entre as partes se fazia presente, e o que fosse pactuado obrigava as partes envolvidas (*pacta sunt servanda*), demonstrando a natureza inviolável do contrato. Ao Estado, como organizador da vida social, cumpre ratificar e assegurar o que foi pactuado entre as partes.

Corroborando com este entendimento, nos dizeres de Sérgio Seleme⁵⁰

O contrato pode ser considerado, sob uma certa perspectiva, como a formalização jurídica de uma operação econômica que ocorre no seio social.

[...]

A operação econômica assim formalizada tem como nota característica a patrimonialidade, ou seja, deve se destinar a realizar uma objetiva transferência de riqueza entre as partes que tomam lugar na operação econômica. Afinal, esta é a finalidade da figura contratual: possibilitar a realização jurídica de uma transferência de riqueza.

[...]

Ou seja, atividade econômica e direito contratual estão em permanente relação de interação e retroalimentação.

⁴⁹ LÔBO, Paulo Luis Netto. **Transformações Gerais do Contrato**, p. 244

⁵⁰ SELEME, Sérgio. **Contrato e empresa: notas mínimas a partir da obra de Enzo Roppo**, pp. 259-260

É de suma importância a lição de Eros Roberto Grau⁵¹ sobre a premissa básica em que se pauta um contrato, inclusive os oriundos de uma relação de consumo, a saber: certeza e segurança jurídica para as partes. Em razão deles, as partes se habituam ao vínculo contratual e ao ordenamento jurídico que as tutelam.

Em síntese, pode-se dizer que, nessa época, o contrato representou a união de pessoas que declaram uma vontade em consenso. Configurando-se, portanto, como seu elemento básico: uma vontade livre, criadora de direitos e deveres protegidos e reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Consagra, assim, a doutrina da autonomia da vontade, refletindo a liberdade contratual⁵², base da teoria clássica contratual. Por sinal, segundo Venceslau Tavares da Costa Filho⁵³, a análise dessa perspectiva contratualista consagra um ambiente harmonioso, *in verbis*:

Até mesmo porque, sob uma perspectiva contratualista tipicamente liberal, a formação da comunidade política decorre de um acordo de vontade entre indivíduos igualmente livres, os quais abdicam de sua liberdade “natural” de modo a garantir o exercício recíproco de seus direitos em ambiente de ordem e paz. Assim, a existência do Estado é explicada a partir de sua aptidão para assegurar, ainda que pelo uso da força, a efetividade dos direitos no seio da sociedade, diante dos ataques dos demais.

Dessa visão tradicional do contrato, convém trazer a lume as implicações da mesma. Ao considerar como fonte única da obrigação contratual a vontade das partes, tem-se a possibilidade de escolher o parceiro contratual, bem como o conteúdo e a forma que constarão no contrato, originando o princípio da liberdade de forma, da livre estipulação de cláusulas e da criação de novos tipos contratuais.

Segundo Cláudia Lima Marques⁵⁴, o dogma da liberdade contratual:

De um lado permitia que os indivíduos agissem de maneira autônoma e livre no mercado, utilizando assim de maneira *optimal* as potencialidades da economia, baseada em um mercado livre, e criando, assim, outra importante figura: a *livre concorrência*. De outro lado, nesta economia livre e descentralizada, deveria ser assegurado a cada contraente a maior independência possível para se auto-obrigar nos limites que desejasse, ficando apenas adstrito à observância do princípio máximo: *pacta sunt servanda*.

[...]

Na visão liberal, o Estado deveria abster-se de qualquer intervenção nas relações entre indivíduos. Assim, se o indivíduo era livre e tinha a possibilidade de se auto-obrigar, tinha direito também de defender-se contra a imputação de outras obrigações para as quais não tenha manifestado a sua vontade.

⁵¹ GRAU, Eros Roberto. **Um novo paradigma dos contratos?**, p. 1

⁵² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**, p. 42

⁵³ COSTA FILHO, Venceslau Tavares. **Direitos fundamentais e Relações Privadas: crítica à interpretação patrimonializante**, p. 41

⁵⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**, p. 49

Todavia, a partir da década de 30, houve uma sucessão de leis que disciplinavam matérias não reguladas pela codificação, não podendo mais aplicá-las de forma episódica, o que retirou a exclusividade do Código Civil às aludidas relações. Assim sendo, o Código Civil era aplicável ao direito comum e as leis extravagantes ao direito especial, paralelo àquele. Vislumbrava-se a chamada *Era de Descodificação*, na qual, segundo Ricardo Luis Lorenzetti⁵⁵, a tarefa do intérprete tornou-se decisiva, pois, aqui, o ordenamento codificado foi substituído pelo sistema de normas fundamentais.

Tornava-se evidente que era inadequada a aludida aplicação, pois as normas do Código Civil de 1916 foram concebidas para regular relações entre iguais, presumindo-se que os sujeitos (fornecedores x consumidores) tivessem capacidade negociadora equivalente. Destaca-se que foi com a expansão tecnológica que ocorreu a ruptura dessa aparente isonomia, encontrando-se o consumidor sob o impacto da publicidade, inclusive eletrônica, indutora de consumos supérfluos e desenfreados. Havia, portanto, um total descompasso da codificação civil com as transformações sociais. Justificou-se, por isso, a existência de um Estado regulador.

Com o advento do Estado social consolida-se a ingerência estatal em esferas econômicas e sociais, diferindo, assim, da atividade realizada pelo Estado liberal. Sabe-se que a relação de consumo incide na esfera econômica e é umas das formas de aquisição de propriedade; por isso, com o advento do Estado social, a propriedade perde, definitivamente, o seu caráter absoluto e egoísta.

Hoje é um direito renovado em sua essência e com conteúdo social. É o alvorecer de um direito de propriedade humanizado que encerra uma fase de superação do liberalismo e a implantação crescente do Estado social, eminentemente voltado para a consecução da justiça social e do bem estar⁵⁶.

Impõe-se, pois, analisar o direito do consumidor não mais sob o ângulo exclusivo do Código Civil de 1916, mas sim à luz da Constituição de 1988, cabendo ao intérprete ajustar seus preceitos sob a perspectiva constitucional e, ainda mais, com a consagração expressa do princípio da dignidade da pessoa humana na Carta Magna de 1988 (art. 1º, III). Não havendo mais razões sólidas, pois, que justifiquem a continuidade do pensamento liberal por parte dos operadores jurídicos na concretização da promoção da defesa do consumidor.

Outrossim, pode-se afirmar que a visão tradicional de contrato não resistiu ao Estado social e nem à sociedade de consumos, passou-se por uma intervenção profunda nas relações

⁵⁵LORENZETTI, Ricardo Luis. **A descodificação e a possibilidade de ressystematização do direito civil**, p. 221

⁵⁶ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Direito de propriedade e meio ambiente**, p. 52

contratuais, buscando-se não apenas uma justiça distributiva, mas social. Assim, “A regulação da atividade econômica afeta diretamente o contrato, que por sua vez se delimita pela função social”⁵⁷. Em outras palavras:

Com o advento do Estado de índole social, marcado pela intervenção no domínio econômico como forma de regular o mercado, começaram a ser abertas exceções aos princípios fundamentais da autonomia e da igualdade.

[...]

A massificação se fez sentir também na matéria contratual, através do surgimento dos chamados contratos de adesão (ou contratos-formulários ou contratos standard).

[...]

Em suma, opta-se por uma configuração muito mais seriada e impessoal dos contratos, em substituição ao apego à individualidade e relevância do querer humano que caracteriza a clássica teoria obrigacional.⁵⁸

Percebe-se que a concepção tradicional de contrato, na qual os indivíduos se encontram em igualdade para discutir livremente as cláusulas de seu acordo de vontade (ao que denomina de contratos paritários), não se amolda à sociedade de consumo, na qual se exige um sistema de produção e de distribuição em grande quantidade, fazendo com que o comércio jurídico se despersonalize e se desmaterialize, em razão dos métodos de contratação padronizada (ao que se denomina de contratos padronizados), a exemplo dos contratos de adesão, das condições gerais dos contratos ou cláusulas gerais contratuais, inseridas nos serviços públicos disponibilizados à população/usuária/consumidora. Cabe pontuar que sua característica consiste na homogeneidade de seu conteúdo, o qual se destina a uma série ainda indefinida de contratantes.

Outrossim, válido ressaltar alguns exemplos de Ricardo Luis Lorenzetti⁵⁹ sobre a superação dessa visão tradicional do contrato, eis que

O Direito Civil estabeleceu o princípio do efeito relativo do contrato. O direito do consumidor o destruiu, ao sugerir a responsabilidade por danos ao fabricante, ao distribuidor, ao atacadista, ao titular da marca, que não celebraram nenhum contrato com o consumidor, como ocorre na Lei brasileira, n. 8.078/90. Da mesma forma se concedem ações aos consumidores, ao usuário, a membros do grupo familiar, às associações de consumidores, que tão pouco tiveram vínculos convencionais prévios.

A responsabilidade pré-contratual por abandono intempestivo das tratativas prévias tem por objeto evitar o recuo imotivado, arbitrário, danoso. Esta concepção de Direito Civil modifica-se no âmbito do Direito do Consumidor, ao facilitar-se a desistência rápida, intempestiva, do consumidor nas vendas em domicílio, ...

Em razão do exposto, há quem propugne a morte do contrato, posicionamento não perfilhado no presente estudo. Ocorre que o modelo clássico contratual (forma e estrutura) se

⁵⁷ LÔBO, Paulo Luis Netto. **Transformações Gerais do Contrato**, p. 249

⁵⁸ SELEME, Sérgio. **Contrato e empresa: notas mínimas a partir da obra de Enzo Roppo**, p. 266

⁵⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **A descodificação e a possibilidade de ressystematização do direito civil**, p. 224

amolda aos contratos paritários, mas é inadequado para os contratos de adesão e contratos de consumo, os quais permeiam, praticamente, a nossa sociedade. A preocupação do contrato, atualmente, não é mais o *pacta sunt servanda*, é, sim, a concretização do princípio da equivalência, não devendo o contrato acarretar desvantagem excessivamente onerosa para uma das partes, *in casu* o consumidor. Assim sendo, o contrato não morreu, mas ganhou uma nova roupagem, em razão das transformações do direito privado.

Oportuno mencionar o entendimento de Roberto Paulino de Albuquerque Junior⁶⁰ sobre o tratamento jurídico do contrato na relação de consumo, *in verbis*:

Em que pese a aproximação e o diálogo de fontes entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, o tratamento jurídico do contrato nos dois sistemas ainda apresenta distinções relevantes. Por mais que os princípios da função social, da boa-fé objetiva e da equivalência material sinalizem a ruptura com o individualismo e o liberalismo contratual clássicos no direito civil, o direito das relações de consumo sempre se mostra mais intervencionista. Essa característica decorre do princípio da vulnerabilidade do consumidor, de fundamento constitucional.

No mais,

Os deveres de lealdade e de informação tem uma estrutura unitária nos diversos quadrantes por que se manifestam e, assentes na boa-fé, tem natureza legal. O art. 46 do CDC determina que o fornecedor deve “dar oportunidade” ao consumidor “de tomar conhecimento” do contrato. Caso viole esse dever sua sanção será ver a desconsideração da vontade manifestada pelo consumidor, não se realizando o principal efeito mínimo do contrato, qual seja, a vinculação das partes.⁶¹

Importante ressaltar que a característica marcante do contrato de consumo, diante do conteúdo uniformizado através de condições gerais, é o caráter protetivo. E, segundo Eros Graus⁶², deve-se superar a sua teoria clássica (declínio do dogma da vontade das partes) e reconstruir teorias que expliquem uma realidade social inteiramente renovada (ascensão dos “contratos fato”), pressupondo uma interpretação contratual. Seu discurso, portanto, é a favor da vida contrato! Deve-se compreender sua morte como sinônimo de superação da sua teoria tradicional, tendo em vista o exame dos seus interesses substanciais, como a objetivação e a despatrimonialização do contrato, os quais correspondem à consagração da responsabilidade objetiva aliada a vedação do enriquecimento sem causa, sujeição à noção de direito subjetivo bem como a criação da norma pelo intérprete autêntico.

Por outro lado, tem-se, atualmente, que o contrato se tornou instrumento de exercício de poder, sob o enfoque da economia globalizada, visto que

⁶⁰ ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino. **Arrependimento do consumidor na ausência de vício: o prazo de reflexão e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. p. 5

⁶¹ ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino. AZEVEDO, Rafael Vieira. **O consumidor com deficiência: hipervulnerabilidade, decisão apoiada e deveres anexos nas relações de consumo**, p. 60

⁶² GRAU, Eros Roberto. **Um novo paradigma dos contratos?**, pp. 2-4

As condições gerais dos contratos, verdadeiros códigos normativos privados são predispostos pela empresa a todos os adquirentes e utentes de bens e serviços, constituindo em muitos países o modo quase exclusivo das relações negociais. A legislação contratual clássica é incapaz de enfrentar adequadamente esses problemas, o que tem levado todos os países organizados, inclusive os mais ricos, a editarem legislações rígidas voltadas à proteção do contratante juridicamente vulnerável, apesar da retórica neoliberal.⁶³

Ou em outras palavras:

Na modificação do contrato está a garantia da sua preservação, atendendo aos interesses de um sistema econômico também modificado. A mudança estrutural e funcional do contrato se faz para que este mecanismo jurídico possa se adequar bem ao atendimento de novas finalidades, de novos rumos sócio-econômicos.

[...]

Modernamente, pode-se afirmar que o contrato é não mais o instrumento a serviço da propriedade, mas sim a serviço da empresa, para atendimento de suas finalidades.

[...]

O contrato está modificado, de forma a permanecer no universo jurídico, agora como instrumento configurado estrutural e funcionalmente para atender às necessidades do instituto econômico da empresa.⁶⁴

As passagens acima transcritas demonstram bem a viabilidade do presente trabalho, restando clara a problemática da atuação estatal nas condições gerais do contrato, notadamente nos serviços públicos, com o fito de esclarecer se a ferramenta administrativa de controle (TAC) está cumprindo o seu papel de forma satisfatória e promovendo, assim, a tutela do consumidor.

Por sinal, a Constituição Federal de 1988 marcou a denominada *Era dos Estatutos*, bem como com o texto constitucional teve uma “maior eficácia aos institutos codificados, revitalizando-os, mediante uma nova tábua axiológica”⁶⁵, mediante a adoção de princípios constitucionais nas vicissitudes das situações jurídicas subjetivas, encontrando a dignidade da pessoa humana no ápice do ordenamento; assumindo, portanto, a Constituição o papel central da unificação do ordenamento jurídico. A esse fenômeno há o que se denomina Constitucionalização do Direito Civil.

Cabe trazer à baila o ensinamento de Gustavo Tepedino⁶⁶, *in verbis*:

A vigência do Código de Defesa do Consumidor, de 1990, em particular, tem sido fecunda na experiência brasileira: os princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio das prestações, que não encontravam lugar, nem expressa nem implicitamente, no Código Civil, remodelam a atuação da vontade individual, em obediência aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e

⁶³ GRAU, Eros Roberto. **Um novo paradigma dos contratos?**, p. 252

⁶⁴ SELEME, Sérgio. **Contrato e empresa: notas mínimas a partir da obra de Enzo Roppo**, pp.267-268, 270

⁶⁵ TEPEDINO, Gustavo. **Normas Constitucionais e Relações de Direito Civil na experiência brasileira**, p. 340

⁶⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Normas Constitucionais e Relações de Direito Civil na experiência brasileira**, pp. 341-342

da igualdade substancial, que integram o conteúdo do Estado social de Direito delineado pelo constituinte.

Por tudo que foi exposto da passagem do Estado liberal para o social, tem-se a superação de alguns paradigmas e, no tocante ao contrato, pode-se dizer que o seu caráter patrimonial (ter), como instrumento de satisfação dos interesses privados, é relativizado pela sua função social (ser), como objeto de realização da dignidade humana, *in casu* a dignidade do consumidor. Mas será que, de fato, os interesses privados do Estado são relativizados nos contratos padronizados dos serviços públicos? É o que se analisará no Capítulo seguinte.

No mais, observa-se uma completude entre os sistemas contratuais, onde, no clássico, o contrato corresponde essencialmente a troca dos bens e dos serviços, mas que deve ser pautado pela sua utilidade (traduzida na segurança jurídica e cooperação) e justiça contratual (representada pela retidão do procedimento contratual, cujo instrumento essencial é a boa-fé), objetivos do contemporâneo⁶⁷.

Assim sendo, pode-se dizer que há uma tentativa de equilibrar o convívio harmônico entre os dois modelos, uma vez que: o primeiro (teoria clássica) enfatiza o ato de autonomia privada, avesso às intervenções externas, permitindo-as, apenas, como atos de exceção; enquanto o segundo (visão moderna) analisa o contrato como fato que pode ser criado e esculpido pelo Poder Judiciário ou pelo Legislador. Em outras palavras:

A concepção do contrato como “encontro de vontades” cuja disciplina está fundada na *liberdade das partes* pressupõe a limitação da atuação do Poder Judiciário em relação a ele; o Judiciário não pode intervir para questionar o conteúdo do contrato, devendo limitar-se a confrontar o comportamento das partes com o que a lei prescreve; em outras palavras: não pode fazer o contrato pelas partes.

[...]

Mas, na medida em que o ordenamento jurídico atribui maior força vinculante ao contrato, porque impõe sanções ao seu descumprimento e passa a intervir para tutelar a parte pretensamente mais fraca, faz com que o contrato continue a desempenhar, exatamente, a mesma função que sempre lhe foi reservada⁶⁸. (*sic*)

Como se depreende da transcrição acima, é visível a atuação do Estado na relação de consumo, só que posteriormente ao prejuízo do consumidor, ao impor sanções ao descumprimento contratual, reduzindo o seu papel à comparação entre o comportamento das partes e o preceito legal. Assim sendo, a problemática do presente trabalho é exatamente buscar um ponto de equilíbrio na atividade estatal frente a esta situação, permitindo que o Estado cumpra seu dever de tutelar preventivamente o consumidor, e não apenas repressivamente.

⁶⁷ GHESTIN, Jacques. **Perspectives pour l’avenir le droit des contrats**, pp. 187, 189, 194

⁶⁸ GRAU, Eros Roberto. **Um novo paradigma dos contratos?**, p. 3

Dessa forma, urge analisar o contrato na contemporaneidade frente às condições gerais do contrato, a fim de demonstrar que ele se tornou uma ferramenta de realização de valores sociais, como a dignidade do consumidor, uma vez que o nosso ordenamento jurídico objetiva atender valores e finalidades traçadas como fundamentos no texto constitucional.

Do exposto, percebe-se que o contrato resulta da compilação entre sua estrutura e sua função e, dessa conexão, assegura-se a eficácia geradora da vinculabilidade das partes à manutenção do que pactuaram e tal qual pactuaram, se a pactuação foi conforme a vigência do contrato. Na segunda, representa circulação de riquezas por ato voluntário e lícito entre patrimônios, segundo arranjos de interesses modelados com relativa liberdade de conformação, pelos sujeitos privados. Na primeira, é um acordo contratual, o qual gera uma expectativa de confiança, pois os arranjos devem ser cumpridos segundo sua função e sua finalidade concreta⁶⁹.

Pode-se concluir que o contrato está sempre se transformando em razão de sua base se pautar em práticas sociais, a moral e o modelo econômico da época. Hoje, o contrato é não só o instrumento de circulação das riquezas da sociedade, bem como de proteção dos direitos fundamentais, realizando os paradigmas de qualidade, de segurança, de adequação dos serviços e produtos no mercado. Assim, atualmente, os bens economicamente relevantes não dizem respeito à materialidade, mas ao imaterial, os fazeres e serviços complexos (v.g. serviços do lazer, da segurança, da educação, da saúde, da telecomunicação).

Em razão das transformações contratuais, é possível perceber que a obrigação e, conseqüentemente, o contrato que resulta dessa, deve ser analisado como um processo complexo e duradouro em razão dos efeitos contratuais, aqui representado pela confiança (princípio da boa-fé objetiva), do que uma simples prestação contratual momentânea entre parceiros contratuais teoricamente iguais, conhecidos e escolhidos livremente. Corroborando com esse posicionamento, segue o texto abaixo:

Evoluiu-se de um estágio em que a relação jurídica obrigacional era *simples e estática*, voltada tão-somente ao cumprimento da prestação principal, para uma nova concepção, em que a situação subjetiva obrigacional revela-se *complexa e dinâmica*, no sentido de comportar, além das prestações principais, outras secundárias, acessórias ou anexas. São esses deveres, decorrentes da boa-fé, que atribuem à relação o caráter de *complexidade* entrevisto pela doutrina contemporânea. Sob o mesmo influxo, justifica-se o atributo do *dinamismo*, isto é, a visão da “obrigação como processo” a caminhar para o cumprimento das obrigações. (*sic*)⁷⁰

⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **Contratos. Conceito e evolução**, p. 60

⁷⁰ MONTEIRO FILHO. Carlos Edison do Rêgo. **Rumos cruzados do direito civil pós-1988 e do constitucionalismo de hoje**, p. 270

Por sinal, a boa-fé objetiva assume as seguintes funções na nova teoria contratual: fonte de deveres anexos (informar, cuidar e cooperar), causa limitadora do exercício abusivo dos direitos subjetivos e concreção e interpretação dos contratos. Fonte, portanto, criadora, limitadora e interpretadora, preenchendo as lacunas do sistema, pois identifica outras proibições e obrigações além daquelas previstas na lei. Configura um padrão de comportamento, que interfere na autonomia privada, moldando a liberdade de ação. Significa dizer que a boa-fé objetiva atua ora na construção do sistema jurídico ora na aplicação efetiva dos princípios e normas jurídicas na sociedade capitalista contemporânea.⁷¹ No mais, como fonte de deveres laterais, importa registrar o dever de esclarecimento quanto ao adequado uso do serviço público, o qual deve permear o contrato de prestação de serviço público, seja no tocante à saúde ou à telecomunicação. Impõe-se a aplicação do aludido princípio não apenas entre particulares, como também ao Estado, se esse for parte da relação contratual, como é nos contratos de prestação de serviço público, como assevera Rodrigo Campos⁷²

Realmente, a boa-fé, concebida como dever das partes em proceder corretamente, com lealdade e lisura, confere conteúdo ao princípio da segurança jurídica, notadamente quando nas relações firmadas está presente o Estado, sendo vetor que assegura uma certa previsibilidade da ação estatal, garantindo-se o respeito pelas situações constituídas em consonância com as normas impostas ou reconhecidas pelo poder público, de modo a resultar em relações jurídicas estáveis e na possibilidade de identificação de uma certa coerência na conduta do Estado. Das asserções doutrinárias referidas, deduz-se que decorre da Constituição Federal uma diretriz que preconiza ao Estado não só atuar como guarda da segurança jurídica e da boa-fé objetiva nas relações firmadas entre os particulares, mas também que, quando o Estado seja parte de uma relação contratual, haja estrito respeito a estes valores, atendendo a um modelo de conduta leal, honesta, estimada.

A fim de corroborar com o exposto, relativamente à aplicação do princípio da boa-fé objetiva aos contratos de prestação de serviço público, faz-se necessário colacionar o entendimento de José Ricardo Teixeira Alves⁷³, o qual aponta a teoria da confiança como dever anexo de conduta, atribuindo-a ao ente público, eis que

O alcance da teoria da confiança na interpretação dos negócios jurídicos celebrados pela Administração Pública é incontestado, eis que preconiza o art. 54 da Lei nº 8.666/93 o socorro subsidiário das normas comuns do Direito Contratual para os contratos regidos pela aludida legislação. Além disso, o art. 7º, *caput*, da Lei das Concessões Públicas (Lei nº 8.987, de 1995), invoca a utilização do Código de

⁷¹ RIZZATTO, Nunes. **A boa-fé objetiva como paradigma da conduta na sociedade capitalista contemporânea**, p. 13

⁷² CAMPOS, Rodrigo Augusto de Carvalho. **O princípio da boa-fé objetiva nos contratos administrativos**. Disponível em: http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/004_052_Rodrigo_Augusto_de_Carvalho_Campos_06082009-14h41m.pdf. Acesso em 16 de abril de 2018

⁷³ ALVES, José Ricardo Teixeira. **A tutela da boa-fé objetiva no Direito Administrativo**. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1917, 30 set. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11783>. Acesso em: 16 abr. 2018.

Defesa do Consumidor, impregnado da ideia de boa-fé objetiva, nas relações por ela regidas.

Outrossim, para examinar as implicações da atividade estatal sobre os contratos padronizados de serviços públicos, tem-se que observar não só a base principiológica do Código de Defesa do Consumidor, bem como os valores estabelecidos pela nossa Carta Magna, uma vez que

*É a dignidade da pessoa humana, em suma, que leva à consagração de regras especiais, seja quanto actua na veste de trabalhador, seja quando actua na veste de consumidor. Num caso e no outro, trata-se de defender a pessoa humana de modo eficaz, através de regras específicas e adequadas.*⁷⁴

Assim sendo, a visão contemporânea do contrato se traduz numa relação de cooperação entre as partes, processualmente polarizada por sua finalidade, qual seja realizar a função social estabelecida pelo nosso ordenamento jurídico, isto é, concretizar os imperativos constitucionais. Portanto, pode-se afirmar que o contrato, ferramenta de transformação da ordem econômica, é o veículo apropriado que possibilita o fluxo de riquezas e impulsiona a cadeia produtiva, e consubstancia as necessidades humanas, efetivando, assim, os princípios aplicáveis à matéria, insculpidos no art. 170, da Lei Maior⁷⁵. Assume o contrato, pois, as funções econômica, regulatória e social, conforme seu hodierno conceito.

Outrossim, é importante não confundir função e finalidade quando associadas às terminologias social e econômica, uma vez que estão vinculadas a um mesmo fenômeno, que é o estudo dos modelos jurídicos, *in casu*, o contrato, a partir das consequências que podem ser produzidas, ou seja,

*...a diferença entre o estudo da função social e o da finalidade econômica e social está na perspectiva do jurista na análise do fenômeno jurídico em relação aos resultados práticos: o jurista que estuda a função tem seu foco sobre o instrumento para alcançar determinados fins, verificar se o instrumento está servindo para fins predeterminados, sua validade e eficácia condicionada pela funcionalidade; o jurista que estuda os fins tem seu foco sobre os efeitos, não pela contraposição ao instrumento, mas em relação à norma que predetermina os fins a serem alcançados pelo instrumento.*⁷⁶

Dessa forma, o conceito contemporâneo do contrato envolve tanto sua função, pois o descreve como modelo instrumental, como sua finalidade, já que expõe os próprios fins que devem ser utilizados pelo aludido modelo. Significa dizer que o contrato deve ser instrumento de circulação de bens e serviços, bem como proporcione, entre seus fins almejados, bens e

⁷⁴ MONTEIRO, António Pinto. **Harmonização legislativa e proteção do consumidor (a propósito do anteprojecto do código do consumidor português)**, p. 136

⁷⁵ CATALAN, Marcos Jorge. **Descumprimento Contratual: modalidades, consequências e hipóteses de exclusão do dever de indenizar**, p. 67

⁷⁶ BRANCO, Gerson. **Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil**, p. 278

serviços de utilidade e qualidade. Assim, será analisado, no próximo tópico, se as condições gerais dos contratos cumprem a função e a finalidade exigidas por este atual entendimento de ajuste.

Neste contexto, convém colacionar o posicionamento de Enzo Roppo⁷⁷, o qual reflete as modificações do contrato diante do tipo de organização econômica, eis que

...o contrato pode continuar a desempenhar aquela que é – e continua a ser – a sua *função fundamental* no âmbito das economias capitalistas de mercado: isto é, a *função de instrumento da liberdade de iniciativa económica*...as tendências objectivistas do direito moderno não vão necessariamente contra o princípio da autonomia privada, porque este – como já se tinha advertido – não se identifica com o <<dogma da vontade>>. (com destaque no original)

E é neste novo perfil contratual que se verifica uma das mais significativas e graves formas de restrição da liberdade contratual, conforme se observará no item a seguir.

2.2.2 Contrato de Adesão versus Condições Gerais dos Contratos

Impõe-se, inicialmente, distinguir estes dois tipos de contrato de massa, embora tenham característica em comum sobre o seu conteúdo, não são expressões sinônimas. E, por isso, tem-se como ponto de partida a autonomia privada, onde ocorre o acordo de vontade, por meio da oferta e da aceitação, ambiente apropriado para discutir o tema, uma vez que essa estrutura de contrato clássico (oferta e aceitação) predominou no liberalismo individualista do século XIX até o surgimento do Estado social, momento em que aparecem as condições gerais do contrato, as quais convivem lado a lado com intervencionismo estatal. É o que se depreende da transcrição abaixo⁷⁸:

As condições gerais têm da legislação intervencionista a mesma função: são ambas hipóteses de dirigismo contratual, uma privada, outra pública. Ambas provocam o apoucamento da autonomia privada. O Estado reduz a autonomia privada quando intervém, pretendendo tutelar a igualdade real dos figurantes das relações jurídicas negociais ...

[...]

As condições gerais reduzem a autonomia privada quando dela se valem para exercício unilateral da vontade do figurante predisponente para heteroregulação das relações que se constituem.

De acordo com a Comissão das Comunidades Europeias há uma diferenciação entre contratos de adesão e contratos submetidos a condições gerais:

⁷⁷ ROPPO, Enzo. **O CONTRATO**, pp. 310-311

⁷⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições Gerais dos contratos e cláusulas abusivas**, p. 11

Como contratos de adesão entenderemos restritivamente os contratos por escrito, preparados e *impressos* com anterioridade pelo fornecedor, nos quais só resta preencher os espaços referentes à identificação do comprador e do bem ou serviços, objeto do contrato. Já por contratos submetidos a condições gerais dos negócios entenderemos aqueles, escritos ou não escritos, em que o comprador aceita, tácita ou expressamente, que cláusulas, pré-elaboradas unilateral e uniformemente pelo fornecedor para um número indeterminado de relações contratuais, venham a disciplinar o seu contrato específico.⁷⁹

Segundo Orlando Gomes⁸⁰, as terminologias fazem parte de uma mesma relação contratual, levando-se em consideração dois momentos distintos: no primeiro, tem-se o da formulação das cláusulas por uma só das partes, denominando-se condições gerais dos contratos, o qual deve ser examinado sob o ponto de vista principiológico; no segundo, tem-se o da efetividade, ou seja, o da produção de efeitos é designado de contrato de adesão, sendo ele considerado em relação ao modo de formação das relações jurídicas bilaterais. Representam, portanto, o mesmo fenômeno de uma mesma categoria, com dois momentos lógica e cronologicamente diversos.

Há quem os considere como semelhantes, uma vez que a expressão condições gerais é gênero, na qual o contrato de adesão é espécie. Eis que:

Segundo a doutrina e a lei alemã, porém, a expressão condições gerais pode englobar todos os contratos de adesão com formulários impressos, contratos modelo e os contratos autorizados ou ditados pelos órgãos públicos, pois estes também são compostos por cláusulas pré-elaboradas unilateral e uniformemente pelos fornecedores, com a única diferença que nestes casos as condições gerais estão inseridas no próprio texto do contrato e não em anexo.⁸¹

Desta feita, pode-se conceituar as condições gerais dos contratos como uma predisposição unilateral, destinada a fazer parte, de maneira uniforme, compulsória e inalterável a cada contrato de adesão que vier a ser concluído entre o predisponente e o respectivo aderente. Caracterizam-se, portanto, pela: predisposição (ato de fazer existir), unilateralidade (posta, imposta), uniformidade (em razão da pluralidade de contratantes destinatários), inalterabilidade (caso contrário, convertem-se em simples cláusulas contratuais) e abstração (não regulam relações concretas). No mais, sua eficácia concreta depende da adesão a um contrato individual.

⁷⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**, pp. 56-57

⁸⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**, pp. 128-129

⁸¹ GOMES, Orlando. **Contratos**, p. 57

No tocante à unilateralidade, Paulo Lôbo⁸² esclarece que, mesmo as condições gerais sendo editadas pela administração pública, existiria, ainda, predisposição unilateral, pois não é a origem privada ou pública que lhes retira a natureza, mas, sim, o fato de um lado predispor voluntariamente ou sob compulsão da autoridade. E explica que

O Código de Defesa do Consumidor foi omissivo à respeito das condições gerais impostas.

Entendemos que, em não havendo exclusão expressa da lei, há de ser aplicado o regime próprio às condições gerais aprovadas ou impostas pela autoridade administrativa.

No ordenamento jurídico brasileiro, a administração pública não edita preceitos com efeito de lei. Pode regulamentar a lei, mas não pode criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações.

A Constituição brasileira, no seu art. 37, estabelece que a administração pública observará, entre outros, o princípio da legalidade, não podendo ir além do expressamente previsto em lei.

Poderá o juiz entender que determinada condição geral imposta pela administração pública é inválida por configurar alguma das hipóteses de cláusulas abusivas previstas no Código de Defesa do Consumidor

[...]

Condições Gerais dessa natureza geram presunção *juris tantum* de validade, porque a administração pública atua segundo os princípios de imparcialidade, impessoalidade e finalidade, voltando-se ao interesse coletivo. Contudo, provando-se o contrário, podem ser invalidadas como abusivas.⁸³

Por sinal, atualmente, observa-se uma preferência pela terminologia nas condições gerais do contrato, pelo que se depreende da lição de Orlando Gomes⁸⁴, eis que

A principal razão da preferência encontra-se na amplitude da locução, visto que abrange todos os casos de pré-constituição de cláusulas uniformes que devem ser insertas no conteúdo do contrato, sejam estabelecidas por um dos contraentes ou por outrem.

A expressão *contrato de adesão* tem sentido mais estrito, sendo empregada para designar a predeterminação unilateral do conteúdo de contratos similares, neles insertas as cláusulas uniformes que não podem ser rejeitadas. Outros lhes atribuem significando ainda mais restrito, reservando-a para as relações jurídicas nas quais há imposição de cláusulas atentatórias do equilíbrio normal do contrato, por um das partes. (com destaque no original)

Relativamente ao contrato de adesão, esse é o veículo que materializa as consequências das condições gerais. Mas não contém, apenas, as condições gerais, podendo, ainda, haver cláusulas negociadas e, por isso, há um espaço, por menor que seja, insuscetível à predisposição, sendo, portanto, submetidos ao regime jurídico comum do negócio jurídico.

⁸² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições Gerais dos contratos e cláusulas abusivas**, p. 26

⁸³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições Gerais dos contratos e cláusulas abusivas**, pp. 73 e 75

⁸⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**, p. 130

Dessa forma, o contrato de adesão é constituído por cláusulas preestabelecidas unilateralmente pelo sujeito mais forte (fornecedor) sem que o outro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito. Consoante entendimento do Orlando Gomes⁸⁵, de acordo com a tese contratualista, contrato de adesão é um novo meio de estipulação contratual determinado pelas necessidades da vida econômica e que apresentam as seguintes características: uniformidade; predeterminação; e rigidez. Para ele

A uniformidade é uma exigência da racionalização da atividade econômica que por seu intermédio se desenvolve.

[...]

A predeterminação das cláusulas caracteriza, com maior vigor, o contrato de adesão, por ser o modo objetivamente idôneo para atingir sua finalidade.

[...]

A rigidez das condições gerais caracteriza ainda o contrato de adesão mas é, antes, um desdobramento dos outros traços distintivos. As cláusulas são rígidas porque devem ser uniformes e não seria possível flexibilidade, porque desfiguraria a *specie*. (com destaque no original)

Todavia, em razão de suas características (pré-elaboração unilateral; oferta uniforme e de caráter geral; e consentimento por simples adesão) eliminarem a fase de discussão pré-contratual, discute-se sobre o seu caráter contratual. O vínculo contratual nasce, apenas, com a declaração de vontade do consumidor, sem a qual se terá uma oferta geral e potencial, impondo-se uma redação que possibilite sua compreensão pelo destinatário, consagrando o dever de transparência. Tanto é que sua interpretação diante de cláusulas dúbias deve ser a favor do aderente. Insta salientar que não se trata de um novo contrato, mas de um novo método de contratação, o qual é mais célere e facilita na transferência de bens de consumo.

No mais, é importante trazer à baila o entendimento de Enzo Roppo⁸⁶ acerca da contratação *standartizada*, a qual constitui um fenômeno da despersonalização das relações contratuais e do automatismo das atividades econômicas,

Através do emprego de condições gerais, módulos e formulários, predispostos antecipadamente, por uma parte, para uma massa homogênea e indiferenciada de contrapartes (contratos de massa): aqui a aceitação – do consumidor, do utente, do inquilino, etc. – resume-se, no máximo, a um simples acto de *adesão* mecânica e passiva ao esquema pré-formulado, muito longe do significado que, na época clássica do liberalismo contratual, se atribuía ao conceito de <<declaração de vontade>>: também aqui a declaração contratual se traduz num *comportamento socialmente tipicizado*. No fenômeno dos contratos standard, há, pois, um outro

⁸⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**, p. 140

⁸⁶ ROPPO, Enzo. **O CONTRATO**, pp. 302-303

aspecto saliente, que consiste no abuso de poder econômico que a parte <<forte>> (predisponente) exerce em prejuízo das partes <<débeis>>, a si contrapostas no mercado (<<aderentes>>): ... (destaques do original)

Percebe-se, assim, a relação existente entre contratos padronizados e os contratos de prestação de serviço público, pois ambos são funcionalizados para assegurar ao máximo a estabilidade e a continuidade das relações contratuais, garantindo o dinamismo típico da sociedade econômica de massa, transformando, o contrato, em instrumento objetivo e impessoal, adequando-se ao sistema moderno de relações econômicas.

Todavia, embora apresente essa vantagem – estabilidade e continuidade –, é mais susceptível a inclusão de cláusulas abusivas, as quais asseguram vantagens unilaterais e excessivas para aquele que as elabora, impondo-se, repise-se, a participação do Estado de forma a coibi-las, não de forma repressiva, como já se faz ao declará-las nulas, mas impedindo sua elaboração, prevenindo um futuro dano ao consumidor, bem como se fazendo um controle efetivo da equidade contratual, uma vez que se está em jogo a proteção da pessoa.

De fato, a equidade traz algumas implicações jurídicas, como nos planos da reparação (corrigindo a rígida abstração da norma, cuja aplicação restrita conduziria a injustiças notórias) e da contratação (permitindo reequilibrar durante a execução qualquer situação, total ou parcial, que por razões externas às partes, implicaram desequilíbrio em termos de valor), operando como princípio fundamental da segurança jurídica e econômica dos consumidores, devendo ser resgatada e valorizada. É o que se constata do trecho abaixo:

La reparación nunca puede ser un negocio, porque el daño tiene, además, una dimensión social; cuando la reparación es baja sus efectos sociales se multiplican, económicamente deja de cumplir con su rol preventivo y solo sirve para modelar una sociedad donde resulta más rentable dañar.

[...]

El contrato como institución jurídica es la consecuencia de un sistema económico; [...] destinado a obtener la tasa de beneficio de las unidades productivas para que El sistema como tal realice su lógica y continúe evolucionando.⁸⁷

Ainda no plano da contratação, faz-se necessário comentar sobre seus reflexos na estrutura da contratação de adesão que, para Celia Weingarten⁸⁸, é gênero da qual as condições gerais são espécies. A predisposição da totalidade ou de grande parte de seu conteúdo retira o

⁸⁷ WEINGARTEN, Celia. **La equidad como principio de seguridad económica para los contratantes**, p.33

⁸⁸ WEINGARTEN, Celia. **La equidad como principio de seguridad económica para los contratantes**, p. 34

poder de negociação, resultando em iniquidades socioeconômicas que impõe a intervenção do Estado para reestabelecer o equilíbrio econômico. *In verbis*:

Como el contrato de adhesión se crea com base em um acto de imposición (el asentimiento sustituye a consentimiento), es posible penetrar em el contenido negocial incluso antes de la ejecución del contrato para posibilitar su reestablecimiento econômico.

Ello nos lleva al terreno de la ineficácia, que tene que ver com el contenido impropio del contrato, y no com los requisitos de su formación, ya que en el contrato de adhesión, como desde su inicio hay um poder desigual, la estructura del acto jurídico, base de la conformación contractual (discernimiento, intención y voluntad) está irremedialmente afectada.⁸⁹

Outrossim, os contratos, escritos ou não, submetidos às condições gerais, estão constituídos por uma lista de cláusulas contratuais pré-elaboradas unilateralmente para um número múltiplo de contratos, guardam similitude com os contratos de adesão, pois possuem as seguintes características em comum: cláusulas pré-elaboradas unilateralmente por um dos contratantes, para um número múltiplo e indeterminado de contratos, exigindo-se a aceitação do outro, a qual, por sinal, deve verificar-se quando da análise do princípio da transparência, pois as aludidas condições só integrarão o contrato se o consumidor tiver conhecimento delas ou pelo menos tiver tido a oportunidade de ter conhecimento de sua inserção no contrato, antes, ou durante a sua celebração; caso contrário, o silêncio não é interpretado como manifestação de vontade, consoante 46 do CDC, *in verbis*:

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Dessa forma, produção de efeitos das condições gerais está condicionada à cognoscibilidade do aderente, a qual corresponde ao dever de informar do predisponente, de forma clara, precisa e suficiente, esclarecendo a garantia de acessibilidade e levando em consideração o aderente típico médio, ou seja, vedado o uso de termos técnicos, quando não seja rigorosamente necessário, o que caracterizaria presunção de negativa de informação completa, não obrigando, portanto, o aderente, com fulcro no art. 46 do CDC, mesmo quando incorporadas aos instrumentos contratuais. Eis que,

Um dos maiores sintomas de abuso, tradicionalmente citado na doutrina e na jurisprudência, é a impressão das condições gerais em letras minúsculas, de leitura

⁸⁹ WEINGARTEN, Celia. **La equidad como principio de seguridad económica para lós contratantes**, pp. 37-38

difícil, com redação prolixa. O comportamento comum das pessoas é o de não as ler, atingindo o predisponente seu objetivo. Não cumpre o dever de informar quem usa desse artifício, fortalecendo-se a convicção de abuso do poder contratual.⁹⁰

Considerar-se-á nula a condição geral impressa em letra minúscula, ou que tenha cláusula restritiva de direito que não seja redigida em destaque, por não estar em: negrito, letras maiúsculas, tipos gráficos maiores, cor diferente. Enfim, que não usam caracteres que chamem a atenção do aderente-consumidor, conforme reza o art. 54, § 3º, CDC.

Urge pontuar que a cognoscibilidade envolve não apenas o conhecimento, como também a compreensão, pois conhecer não se confunde com compreender, investigando-se se o aderente teve facilitados o conhecimento e a compreensão das condições gerais.

Assim sendo, as condições gerais dos contratos podem englobar os próprios contratos de adesão, os contratos com formulários impressos, contratos-modelos e contratos autorizados ou ditados pelo Poder Público, pois estes também são compostos de cláusulas pré-elaboradas unilateral e uniformemente pelos fornecedores. Aliás, “No que concerne ao campo de aplicação *ratione materiae*, as condições gerais estão presentes nas principais atividades econômicas, a saber: a) *omissis*; b) *omissis*; c) fornecimento de serviços públicos (água, luz, telefone, gás, correios)”⁹¹, como ocorre na situação ora analisada.

No mais, é possível constatar a normatividade dos contratos de adesão e das condições gerais do contrato; o primeiro, expressamente, no art. 54; e o segundo, implicitamente, no art. 30, ambos do Código de Defesa do Consumidor e já transcritos anteriormente.

Todavia, há uma peculiaridade: as condições gerais podem estar inseridas no texto do documento contratual ou numa parte externa ao contrato (anexo), bem como em um cartaz afixado no estabelecimento; portanto, não importa a sua extensão, o modo como estão escritas, a sua autoria ou, mesmo, a forma e tipo de contrato⁹², igualmente não se podendo dizer da informação sobre elas através do princípio da transparência, bem como do seu conhecimento por parte do consumidor e, enfim, da aceitação por parte deste, os quais são requisitos indispensáveis à inclusão das aludidas condições. É o que se denomina de controle formal do contrato.

⁹⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições Gerais dos contratos e cláusulas abusivas**, pp. 110-111

⁹¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições Gerais dos contratos e cláusulas abusivas**, pp.48-49

⁹² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**, p. 68

Paralelamente ao controle formal (presença dos requisitos para sua inclusão), tem-se uma interpretação pautada em princípios como: da primazia das cláusulas pactuadas individualmente sobre as condições gerais do contrato (arts. 34, 48 e 30, CDC); da *interpretatio contra proferentem* (art. 47, CDC); da boa-fé (art. 4º, III c.c. 51 e 47, CDC), com o fito de preservar a confiança e os legítimos interesses dos consumidores que aceitaram estas cláusulas pré-redigidas. É o que se depreende da lição de Paulo Lôbo⁹³, *in verbis*:

A boa-fé, assim, utilizada ora como requisito de integração das condições gerais ao contrato individual, ora como instrumento delimitador de seu exercício, através da interpretação.

[...]

A interpretação segundo a boa-fé promove o encontro dos valores das condições gerais com os valores típico-sociais.

[...]

A cláusula de boa-fé não é apenas um cânion de interpretação das condições gerais; é requisito de integração e de validade. Havendo incompatibilidade, a consequência é a nulidade.

Contudo, o controle formal e os critérios para sua interpretação são insuficientes para estabelecer a equidade e a justiça contratual. Eis que

Em se tratando de contratos submetidos a CONDGs não há verdadeira liberdade contratual, liberdade de determinar o conteúdo do contrato, pois as CONDGs são rígidas e pré-elaboradas unilateralmente. Pode também não haver suficiente liberdade de contratar, liberdade de escolher o parceiro contratual, pois os bens ou serviços oferecidos pelo fornecedor podem ser daqueles de extrema necessidade, ou pode estar o fornecedor em uma situação de monopólio. Mas mesmo que o fornecedor esteja apenas oferecendo o melhor preço, se não há uma livre concorrência em matéria de CONDGs, isto é, se todas as CONDGs oferecidas pelos vários fornecedores do mercado são praticamente as mesmas, como ocorre normalmente, o consumidor por uma questão de economia e praticidade se vê dirigido a aceitar as CONDGs impostas, confiando que nenhum problema ocorrerá.⁹⁴

Convém ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor não disciplinou em norma específica as condições gerais do contrato, o que dificulta a verificação de seus requisitos e consequente inclusão nos contratos. Isso porque houve o veto ao §3º do art. 51, cuja análise se fará no Quarto Capítulo, que previa um controle abstrato e prévio de todas as condições gerais pelo Ministério Público, restando, apenas, ao art. 30 incluí-las na oferta feita pelo fornecedor. Assim sendo, o consumidor, ao aceitar a oferta, estará, também, aceitando as suas condições, que passam a integrar o contrato; e se a oferta for descumprida, cabe ao consumidor as seguintes opções: exigir seu cumprimento forçado, aceitar outro produto ou

⁹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições Gerais dos contratos e cláusulas abusivas**, pp. 145-147

⁹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições Gerais dos contratos e cláusulas abusivas**, p. 77

prestação equivalente ou, mesmo, rescindir o contrato, conforme o art. 35. Pelo que se constata, isso pode vir a prejudicar o consumidor, uma vez que

No sistema do CDC brasileiro, em caso de abuso deste método, sem informação para o consumidor das obrigações que está assumindo, dos direitos que está renunciando, será possível ao consumidor desvincular-se das *condições gerais* impostas, desvinculando-se do *contrato como um todo*, através do art. 46, ... Outra possibilidade é manter o vínculo contratual e a inclusão das condições gerais, restando aos consumidores o recurso ao controle a *posteriori* dessas cláusulas pelo Judiciário.

Mesmo assim, melhor teria andado o legislador brasileiro, se tivesse previsto normas especiais sobre a inclusão das “condições gerais dos contratos”, pois com uma regra específica poderia o sistema do CDC permitir que se mantivesse o contrato, o vínculo, a obrigação principal, e somente se afastasse a lista de cláusulas impressas no recibo, isto é, negar a inclusão das CONDGs como conteúdo contratual. No sistema atual do CDC ou todo o contrato não vincula (art. 46), ou somente uma cláusula é declarada nula (art. 51), faltando a solução intermediária observada no direito comparado, a qual, no Brasil, só poderá ser alcançada por um esforço de interpretação sistemática da jurisprudência, baseado mais no princípio da transparência das relações de consumo do que no texto legal instituído pelo CDC. *(sic)*⁹⁵

Portanto, as condições gerais do contrato surgiram das necessidades organizativas de técnicas contratuais das empresas em face dos novos processo e volume de produção, como instrumento para a planificação econômica, dinamizando e facilitando o consumo. Consistem suas duas fases na predisposição de condições gerais dos contratos, de forma geral e abstrata, e no ato individual que as incorpora; que, por sinal, não se coaduna com a visão tradicional do contrato, no qual se visualizam negociações e concessões prévias de ambas as partes, o que transforma esse sistema num problema jurídico, dando azo aos desequilíbrios e abusos.⁹⁶

E é nesse âmbito que ganham destaque as cláusulas abusivas, oriundas da unilateralidade e anterioridade de sua elaboração, que geram um desequilíbrio significativo, em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações resultantes das partes do contrato, que devem ser declaradas como nulas e estão previstas num rol exemplificativo do art. 51, CDC. *In litteris*:

Esta es una manifestación de que el régimen tuitivo se establece preferentemente em favor de una parte – el no predisponente -, a cujo fin la ley fija un mínimo y um máximo de protección que puede ser dejado de lado siempre que sea a favor de la parte protegida. Esta parte protegida pasa a ser “dueña del contrato” em tanto la outra es forzada a cumplir aunque el contrato le resulte desventajoso, y no puede exigir el cumplimiento a pesar de que tenga interes em él.⁹⁷

⁹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições Gerais dos contratos e cláusulas abusivas**, pp. 642-643

⁹⁶ BELMONTE, Cláudio. **Proteção contratual do consumidor: conservação e redução do negócio jurídico no Brasil e em Portugal**, pp. 44-45

⁹⁷ BRIZZIO, Cláudia Rita. **La teoría general del contrato y el derecho del consumidor**, p. 19

Portanto, compete ao direito não se esquecer de seus aspectos éticos, como os definidos no art. 1º, da Lei Maior. Não pode ficar a serviço da exploração do homem, ou ao aproveitamento de suas necessidades, passando-se por cima da vulnerabilidade do consumidor. A título, apenas, de esclarecimento, age, aqui, o fornecedor como um verdadeiro legislador ao elaborar o conteúdo das cláusulas contratuais, só que sem precisar passar pelo formalismo de um processo legislativo, que se traduz nas fases de iniciativa, constitutiva (deliberação parlamentar e executiva) e complementar (promulgação e publicação), e, por isso, visualiza-se tanto um abuso de seu direito quando da elaboração das condições gerais, que, por vezes, desrespeitam a dignidade do consumidor.

Cabe, assim, destacar a importância do dirigismo contratual, através não só dos controles formal (presença dos requisitos) e material (interpretações de suas condições com base nos princípios), mas também por meio dos controles legislativo, administrativo e judiciário, sendo estes os mecanismos utilizados pelo Estado para evitar os abusos ocasionados por essas condições e, assim, promover a defesa do consumidor. Importante destacar que

No direito econômico, o dirigismo contratual é visto como um dos aspectos do intervencionismo, como técnica de atuação do Estado no domínio econômico e sobre ele, após a substituição do mercado livre - típico do Estado liberal - por um mercado administrado, ordenado e organizado.⁹⁸

Exige-se, portanto, um controle dessas condições, objeto de análise no Quarto Capítulo, em razão de sua projeção socioeconômica que permeia o cotidiano das pessoas. Deve o nosso ordenamento ser uma resposta adequada tanto aos interesses individuais quanto aos sociais, a fim de se alcançar um direito mais justo e equitativo. É o que se depreende da passagem: “el análisis económico del Derecho debe ser sometido por el jurista a la crítica axiológica partiendo de los valores fundamentales, humanidad y dignidad, y atendiendo a la justicia, equidad, seguridad, orden y paz social.”⁹⁹

Ou em outras palavras:

Protegem-se assim, em busca do equilíbrio contratual, determinados interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas e a boa-fé das partes contratantes... “Haverá um *intervencionismo* cada vez maior do Estado nas relações contratuais, no intuito de relativizar o antigo dogma da vontade com as

⁹⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições Gerais dos contratos e cláusulas abusivas**, p. 69

⁹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições Gerais dos contratos e cláusulas abusivas**, pp. 22-23

novas preocupações de ordem social, com a imposição de um novo paradigma, o princípio da boa-fé objetiva. É o contrato, como instrumento à disposição dos indivíduos na sociedade de consumo, mas, assim, como o direito de propriedade, agora limitado e eficazmente regulado para que alcance a sua *função social*".¹⁰⁰

São, portanto, as condições gerais do contrato “entendidas como regulação contratual predisposta unilateralmente e destinada a se integrar de modo uniforme, compulsório e inalterável a cada contrato de adesão que vier a ser concluído entre o predisponente e o respectivo aderente”¹⁰¹.

E é exatamente neste cenário, por não funcionar nem o instrumento de autotutela de interesses, já que é vedada a participação do aderente, diga-se consumidor, na discussão sobre o conteúdo das condições gerais do contrato; e nem o mecanismo da concorrência, dada a falta de garantias estruturais de seletividade das melhores condições, que se verifica a sujeição do aderente-consumidor a conformações abusivas e desequilibradas.

Visível é, portanto, o direito à informação que faz jus o consumidor. Por sinal, o mesmo deve ser analisado, reitere-se, sob dois enfoques¹⁰²: como direito da comunicação, é direito fundamental da liberdade de expressão, oponível *erga omnes*, não havendo impedimento ao seu acesso e a sua transmissão, tanto para quem comunica quanto para quem a recebe (direito à prestação negativa); como direito do consumidor, direito oponível ao fornecedor no mercado de consumo (direito à prestação positiva). Oportuno reforçar os dois significados de direito à prestação positiva, a saber: **o mediato, é o dever geral de proteção, competido ao Estado, como editar leis de proteção efetiva, instalar órgãos administrativos voltados à prevenção, fiscalização e resolução de conflitos e garantir o acesso facilitado ao Poder Judiciário**; o imediato, é dever direcionado ao fornecedor informar sobre o produto ou serviço atendendo aos requisitos de adequação, suficiência e veracidade, considerando-se, assim, uma publicidade lícita.

É possível, enfim, constatar que podem existir falhas do mercado em razão de insuficiência informativa do consumidor, quando o fornecedor desrespeita o princípio da transparência, o qual impõe deveres de conduta que são incompatíveis com as práticas desleais, como é o caso do conteúdo abusivo das condições gerais do contrato, uma vez que se retira a possibilidade de formação consciente e informada da vontade negocial, a qual é

¹⁰⁰ NANNI, Giovanni Ettore. **A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada**, p. 188

¹⁰¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições gerais dos contratos e o novo Código Civil brasileiro**, p.

¹⁰² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A informação como direito fundamental do consumidor**, p. 61

condição básica da liberdade contratual. Urge, pois, a necessidade de um controle material (no conteúdo) das cláusulas contratuais gerais, o qual requer uma intervenção constitutiva e reguladora do direito nas estruturas das negociações através de uma linguagem própria, sem desprezar seus valores. Assim, o Estado “desempenhará, com eficácia, a sua função de instância mediadora entre exigências sociais contraditórias”¹⁰³. Só a título de esclarecimento, esta situação é também uma preocupação no direito comunitário, que foi possível sentir a partir da Diretiva Europeia n° 93/13/CEE, de 5 de abril, a qual versou sobre cláusulas abusivas em contratos, estreitando-se as conexões entre o direito contratual e os parâmetros do mercado.

Válido ressaltar o posicionamento de Tereza Paiva de Abreu Trigo de Negreiros¹⁰⁴ sobre o assunto, eis que

Assim, se é certo que não se podem ignorar as mudanças incidentes sobre o direito contratual, tampouco se pode duvidar de sua complexidade, ou seja, da possibilidade de serem observadas sob diferentes – e às vezes colidentes – aspectos. Com efeito, sob uma perspectiva – tal como a de Roppo – segundo a qual o contrato mais não é do que uma expressão jurídica conjuntural de adaptação às “leis” do mercado, tais transformações não chegam a implicar uma mudança substancial, já que os princípios e conceitos jurídicos por elas afetados podem e devem ser flexibilizados ante as novas circunstâncias históricas.

Portanto, convém a análise da atuação estatal face à conexão entre o mercado, através da livre iniciativa, e o contrato, *in casu*, contratos de adesão, e se é possível constatar carência de proteção ao consumidor, quanto às condições gerais do contrato de serviços públicos, uma vez que essas se prestam a atender aos anseios individualistas daqueles que a elaboram, não se observando a nova visão do contrato, a qual objetiva proporcionar uma justa relação jurídica obrigacional, devendo espelhar uma conformidade aos interesses maiores da sociedade. Dessa forma, faz-se necessária uma interpretação contemporânea do contrato e, aqui, das condições gerais dos contratos de consumo de serviços públicos a fim de verificar se estas condições se adequam ao novo modelo contratual.

Do exposto, impõe-se uma atitude, mais enérgica e adequada do Estado diante de tal situação para que se façam valer os ditames da nossa Lei Maior (v.g. arts. 1° , III; 3° , I e III; 5° , XXXII; 170, *caput*, V), até porque impõe-se ao próprio Estado propiciar a defesa do consumidor, não competindo ao mesmo criar barreiras que inviabilizariam tal desiderato e, por isso, ele oferecerá mecanismos de execução da Política Nacional das Relações de

¹⁰³ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Direito dos Contratos e Regulação do Mercado**, p. 223

¹⁰⁴ NEGREIROS, Tereza Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**, p. 211

Consumo. Para tanto, será suscitada ferramenta de controle prévio do conteúdo dos aludidos contratos, a partir da análise do Termo de Ajustamento de Conduta disponibilizado pela Agência Nacional de Saúde e Agência Nacional de Telecomunicação, a fim de demonstrar se o dirigismo contratual está cumprindo de forma satisfatória com sua função. Por sinal, o objetivo primordial da iniciativa econômica privada é o progresso coletivo, que necessariamente deve sobrepor-se e não se confundir com os propósitos privados do fornecedor.

Cabe, por fim, destacar que a ausência dos órgãos do Poder Legislativo e Executivo no tocante ao esclarecimento dos consumidores acerca dos seus direitos, incide em inconstitucionalidade por omissão e possibilita o mandado de injunção (art. 5º, LXXI, CF/88).

Mais uma vez, repita-se, é imprescindível a cooperação entre as esferas estatais de poder, como apontado anteriormente.

Após a análise entre as condições gerais dos contratos e os contratos de adesão, é oportuna a seguinte indagação: enfim, a padronização do contrato acarretou ou não a superação da teoria clássica contratual? Seus pressupostos são (in)adequados à visão contemporânea de contrato? Questionamentos que podem ser respondidos através da seguinte reflexão:

deve acrescentar-se que grande parte das vezes, as empresas predisponentes fazem deste seu poder de determinação unilateral e arbitrário do conteúdo das relações contratuais, um *uso vexatório em prejuízo dos aderentes*; as cláusulas uniformes impostas a estes últimos são, em regra, conformadas de modo a realizar exclusivamente os interesses da empresa, garantindo-lhe vantagens a que correspondem, a cargo da contraparte, riscos, ônus e sacrifícios, bem mais gravosos do que aqueles que lhes deveriam caber, com base nas normas dispositivas, que como sabemos, tendem a actuar uma composição justa e equilibrada dos interesses em conflito ...¹⁰⁵

Diante dessa situação, buscar-se-á, especialmente, traçar os contornos e limites das condições gerais, previstas nos contratos de adesão, relativamente aos serviços públicos, bem como seus efeitos sobre a população consumidora e, portanto, consumidora desse serviço, além de investigar se há a atuação prévia estatal sobre elas, a fim de tutelar efetivamente o consumidor, é satisfatória de forma a prevenir possíveis danos provenientes das abusividades inseridas no conteúdo deste contrato, pelo fornecedor, *in casu*, o próprio Estado.

Até porque o

¹⁰⁵ ROPPO, Enzo. **O CONTRATO**, p. 317

contrato standard constitui o único meio de adquirir bens ou serviços essenciais e indispensáveis à vida de todos os dias, trata-se, na realidade, de uma escolha obrigada; e, muitas vezes, por fim, não é livre, nem mesmo na individualização do parceiro com quem contratar: isto acontece todas as vezes que tais bens ou serviços são oferecidos ao público por uma empresa em posição de monopólio.¹⁰⁶

Por conseguinte, verificou-se, aqui, a imprescindibilidade da análise contratual, uma vez demonstrada a mudança de paradigma do Estado liberal ao social, da teoria clássica ou tradicional, pautada na teoria da vontade, a teoria contemporânea, conduzida pela teoria da declaração, e, conseqüentemente, do perfil contratual: antes, de índole individualista; hoje, de caráter social, do qual o contrato standartizado é seu produto, sendo mais objetivo e impessoal, assegurando celeridade e estabilidade nas relações econômicas.

Ocorre que essa alteração de valores nas relações contratuais ficou só na ideologia, o contrato padronizado, embora fruto do Estado social e da moderna teoria contratual, ainda, está impregnado dos anseios individualistas da sociedade capitalista, não permitindo o justo equilíbrio entre as partes contratantes. Portanto, embora tenha havido uma modificação no modelo de contratação, o mesmo não acompanhou e nem atendeu à nova realidade do processo contratual e, muito menos, da Política Nacional das Relações de Consumo, conforme se verificará adiante.

2.3 Da Política Nacional das Relações de Consumo: instrumentos de promoção do consumidor

Conforme já mencionado anteriormente, a Lei 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor) nasceu com o objetivo de harmonizar os interesses entre os consumidores e os fornecedores, disponibilizando normas que agasalham aquele, a fim de minimizar o desequilíbrio frente a este. Essa lei, reitere-se, representa uma resposta aos ditames constitucionais, já que nossa Lei Maior elevou o direito do consumidor à categoria de direito fundamental (art. 5º, XXXII), bem como o estabeleceu como princípio de ordem econômica (art. 170, V). Ocorre que, ainda assim, aplicava-se, na prática, um diploma (Código Civil/1916) que não era satisfatório e não correspondia à realidade, pois o mesmo regulava sujeitos que se encontravam no mesmo patamar de igualdade, o que não se vislumbrava na relação entre consumidor e fornecedor, relação visivelmente desequilibrada.

¹⁰⁶ ROPPO, Enzo. **O CONTRATO**, p. 317

Dessa maneira, surge o art. 48 do ADCT, o qual exigiu a promulgação de uma lei para tal situação, a fim de se respeitarem os comandos constitucionais. Nasce, assim, o Código de Defesa do Consumidor, um verdadeiro sistema, que surgiu na chamada Era dos Estatutos. Por sinal, é possível destacar, consoante Gustavo Tepedino¹⁰⁷, características marcantes desse Estatuto, como o **tecnicismo legislativo**, linguagem mais setorial; lei de incentivo, disciplinamento de relações extrapatrimoniais e o **caráter contratual**.

Convém ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor baseado, portanto, em tais qualidades, possui princípios e cláusulas gerais, que o torna uma lei principiológica e, talvez, por isso, possam seus dispositivos ser considerados eficientes e suficientes para a adequada abordagem da nova visão contratual e suas implicações nas condições gerais do contrato. É o que se constata na lição de Sergio Cavalieri Filho¹⁰⁸, eis que

Princípios são valores éticos e morais abrigados no ordenamento jurídico compartilhados por toda a comunidade em dado momento e em dado lugar como a liberdade, a igualdade, a solidariedade, **a dignidade da pessoa humana**, a boa-fé e outros tantos.

[...]

.... os princípios são pois enunciações normativas de valor genérico, contêm relatos com maior teor de abstração, não especificam a conduta a ser seguida, e **incidem sobre uma pluralidade de situações**. (sem realces no original)

Portanto, a adoção de normas principiológicas na relação consumerista foi fruto da nossa Constituição Federal de 1988. Por sinal, para a consagração e realização desses valores, faz-se necessária a intervenção do Estado, assegurando-se a ética no mercado e conjugando-se a eficiência econômica e os direitos fundamentais. É o que se constata do trecho abaixo:

A consideração da pessoa humana como um todo, a prevalência do valor da personalidade sobre as situações patrimoniais, o respeito dos deveres inderrogáveis de solidariedade permitem tecer um sistema jurídico-econômico-social que não dá espaço nem para uma intervenção forte do Estado, com um dirigismo exasperado das atividades da empresa, nem para uma absoluta liberdade de mercado.¹⁰⁹

Todo esse conteúdo ético e valorativo, típico da natureza principiológica da legislação consumerista, pode ser encontrado no art. 4º do Código de Defesa do Consumidor, bem como os instrumentos para efetivação dos aludidos desideratos através do art. 5º do mesmo Diploma. Assim, em face da importância do conteúdo insculpidos nestes artigos, faz-se necessário, mais uma vez, colacioná-los, agora, integralmente. *In verbis*:

¹⁰⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Normas Constitucionais e Relações de Direito Civil na experiência brasileira**, pp. 331-332

¹⁰⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**, p. 25

¹⁰⁹ DE CICCIO, Maria Cristina. **A pessoa e o mercado**, p. 114

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.

Verificam-se normas narrativas, que são utilizadas para interpretar e nortear todas as demais que se encontram neste sistema. São normas, portanto, que inspiram e apontam o percurso para atingir seu objetivo, a saber: proteção à saúde, segurança e dignidade do consumidor.

Todavia, embora o art. 4º do CDC traga as orientações necessárias para alcançar o desiderato da legislação consumerista, através da Política Nacional das Relações de Consumo, não significa dizer que será uma tarefa fácil, diante dos rumos que possam ser tomados por aquele que deveria ser o primeiro a zelar por esta meta, ou seja, como se observará no Terceiro Capítulo, o Estado, cujo dever, insculpido constitucionalmente (art. 5º, XXXII c/c art. 170, V, ambos da CF/88), é promover a defesa do consumidor, é o primeiro a descumprir aludido comando, uma vez que seus agentes públicos, os quais representam as agências reguladoras, editam atos normativos, por sua vez utilizados nos contratos de prestação de serviço público, incompatíveis com a proposta estabelecida neste dispositivo, ora em comento, eis que “Planejar um curso de ação e se manter fiel ao plano, esta é uma empreitada cheia de riscos, porque a ideia de planejamento a longo prazo parece ser muito perigosa.”¹¹⁰

¹¹⁰ BAUMAN, Zygmunt. **A ÉTICA É POSSÍVEL NUM MUNDO DE CONSUMIDORES?**, p. 8

Outrossim, pode-se afirmar que os pilares consumeristas (saúde, segurança e dignidade) estão apoiados na transparência, confiança e harmonia que devem estar presentes nas relações entre consumidor e fornecedor, é o que se constata da transcrição abaixo:

O CDC institui no Brasil o princípio da proteção da confiança do consumidor. Este princípio abrange dois aspectos: 1) a proteção da confiança no vínculo contratual, que dará origem às normas cogentes do CDC, que procuram assegurar o *equilíbrio* do contrato de consumo; isto é, o equilíbrio das obrigações e deveres de cada parte, através da proibição do uso de cláusulas abusivas e de uma interpretação sempre pró-consumidor; 2) a proteção da confiança na prestação contratual, que dará origem às normas cogentes do CDC, que procuram garantir ao consumidor a adequação do produto ou serviço adquirido, assim como evitar riscos e prejuízos oriundos destes produtos e serviços.¹¹¹

Ante os enfoques apontados no traslado acima acerca do princípio da proteção da confiança, o segundo ponto de vista merece ser destacado, uma vez que está consagrado no art. 6º, X, como já exposto, a adequação dos serviços públicos, sendo objeto de discussão, *in casu*, se a saúde e a telecomunicação estão cumprindo o aludido princípio, ou seja, como os mesmos são prestados mediante contrato de concessão, será analisado, no próximo Capítulo, se eles estão sendo fornecidos acertadamente. Outrossim, no inciso III do retromencionado dispositivo se percebe a nova concepção social do contrato, consagrando que o amparo deste direito não é mais apenas no momento de sua criação, mas sim, e principalmente, quando da sua execução, verificando se seus efeitos estão em conformidade com os diversos interesses e preceitos gravados constitucionalmente e reforçados nesta Política Nacional das Relações de Consumo, propiciando a realização do primeiro aspecto descrito na transcrição retro, a saber: justiça contratual ou o equilíbrio nas relações de consumo.

Por sua vez, constitui um dos objetivos do intervencionismo estatal a realização do escopo político de promoção de defesa do consumidor, seja no tocante à sua saúde, segurança ou dignidade, como observado no inciso II do art. 4º, ora em comento, o que é uma tarefa árdua e, para isso, se faz necessária a utilização de vários e abrangentes instrumentos, os quais são retratados no art. 5º, reproduzido abaixo:

Art. 5º Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o poder público com os seguintes instrumentos, entre outros:
 I - manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente;
 II - instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público;
 III - criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo;
 IV - criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo;

¹¹¹ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, p. 260

V - concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor.
§ 1º (Vetado).
§ 2º (Vetado).

Convém esclarecer que o intervencionismo estatal nas relações contratuais ocorreu, notadamente, entre os anos 80 e 90 e importou-se na mitigação da autonomia da vontade diante da nova realidade contratual, marcada pela boa-fé objetiva, analisando o contrato não apenas como instrumento à disposição dos indivíduos mas também limitando-o para que alcance sua função social.

Entre os mecanismos relacionados acima, oportuno comentar sobre o papel do Ministério Público, atuando seja como órgão conciliador, assim como as defensorias públicas, ou como legitimado para ação civil pública, junto aos Procons e as defensorias, ou, ainda, ação de controle em abstrato das cláusulas gerais, segundo o parágrafo quarto do art. 51. Esta última atribuição, por sinal, será objeto de exame no Quarto Capítulo.

Do exposto, constata-se que a nova ordem contratual está subordinada à utilidade social na circulação de bens e serviços, o que pode ser observado nos contratos massificados, como é o caso dos contratos de prestação de serviço público, os quais estão sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor e aos valores nele consagrados.

Por fim, convém reiterar e reforçar que o principal propósito deste Segundo Capítulo foi trazer uma perspectiva atual do contrato e esclarecer se os ditames do novo perfil contratual se encontram nos contratos padronizados, através de suas condições gerais.

Após análise dos objetivos contemporâneos do contrato e constatação de que eles não se compatibilizam com o conteúdo das condições gerais, faz-se necessário examinar se os serviços públicos, de saúde e de telecomunicação, oferecidos através de contratos massificados e fiscalizados por agências reguladoras estão cumprindo satisfatoriamente o direito do consumidor/usuário no tocante à sua qualidade, conforme impõe o art. 6º, X, do Código de Defesa do Consumidor, o que será objeto do próximo capítulo.

Mas não se pode olvidar que, mesmo não existindo uma coincidência entre os objetivos, deve-se, sempre buscar uma harmonização de interesses, considerando o contrato “meio, instrumento ou até mesmo *processo* para que sejam alcançados determinados fins”¹¹², pois “a funcionalização significa que o Estado se preocupa com a eficácia social de

¹¹² BRANCO, Gerson. **Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil**, p. 271

determinado instituto jurídico, que, no caso dos contratos, representa seu condicionamento à utilidade social que a circulação de bens pode representar”¹¹³.

¹¹³ BRANCO, Gerson. **Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil**, p. 271

3 DO SISTEMA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR: NECESSIDADE DE COORDENAÇÃO DAS FUNÇÕES ENTRE OS AGENTES DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Segundo Andrea Zanetti¹¹⁴, “Sistema, do grego *systema*, possui o sentido de reunião, método, conjunto de regras e princípios incidentes sobre determinado assunto e que se relacionam entre si, formando uma ordem para a consecução de um fim”, podendo o sistema jurídico ser dividido em: fechado e aberto. Para o primeiro, o ordenamento jurídico é completo e coerente. Já para o segundo, admite-se sua imperfeição, em face da nossa realidade híbrida, a qual expõe tanto uma dimensão normativa como fática e/ou valorativa, analisando o assunto de maneira dinâmico, ou seja, aperfeiçoa-se continuamente, acompanhando as modificações da sociedade, sem ensejar sua aniquilação.

Compreende-se por sistema jurídico uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais, a qual deve ser analisada dentro do contexto de valores materiais e históricos de uma sociedade, utilizando-se o método indutivo, cuja finalidade é construir conceitos sempre mais gerais. E é exatamente o que sucede com a Lei 8078/90, a qual é considerada uma lei principiológica¹¹⁵, uma vez que ingressa no ordenamento jurídico fazendo um corte horizontal, atingindo toda e qualquer relação jurídica que possa se caracterizar como de consumo, permeando-se por princípios constitucionais e específicos, além de permitir a incidência e aplicação de outras leis infraconstitucionais sobre sua relação, com o objetivo de promover a defesa do consumidor. No mais,

E mais e principalmente: o caráter principiológico específico do CDC é apenas e tão somente um momento de concretização dos princípios e garantias constitucionais vigentes desde 5 de outubro de 1988 como cláusulas pétreas, não podendo, pois, ser alterados.¹¹⁶

Isso ocorre porque a concepção sistemática não ignora outras ideias ou métodos, uma vez que a realidade pós-moderna opta pelo “pluralismo político e ideológico, das estratificações sociais, da proliferação das legislações especiais”¹¹⁷, como é o caso da Lei 8078/90.

Outrossim, é válido repisar o entendimento exposto no item 2.1.2, ou seja, independentemente do posicionamento doutrinário acerca do Código de Defesa do Consumidor, analisando-o como um microssistema ou permitindo o diálogo das fontes, será a Lei 8078/90 compreendida como um sistema, com vida própria, criada “como subsistema

¹¹⁴ ZANETTI, Andrea Cristina. **Princípio do equilíbrio contratual**, pp. 39-41

¹¹⁵ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**, p. 114

¹¹⁶ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**, p. 114

¹¹⁷ *Apud* NALIN, Paulo. **Do Contrato: Conceito Pós-Moderno**, p. 69

autônomo e vigente dentro do sistema constitucional brasileiro.”¹¹⁸ Portanto, o CDC é um sistema próprio, desfrutando de autonomia em relação às demais normas de mesma hierarquia que com ela colida.

Por sinal, insta comentar brevemente sobre o posicionamento de Marcelo Neves acerca da principiologia, uma vez que nossa legislação de consumo é considerada uma lei principiológica, bem como uma norma geral de ordem social, pautada em um princípio de ordem econômica (art. 170, V, CF/88) e, portanto, princípio constitucional. No mais, sendo a legislação consumerista considerada um sistema, é, de fato, imprescindível a discussão terminológica, pois essa só faz sentido quando há uma reflexão do sistema jurídico. Ao analisar sua obra *Entre Hidra e Hércules – princípios e regras constitucionais*, percebe-se uma comparação entre o Juiz Hidra, como um princípio, e o Juiz Hércules, como uma regra, levando-se a um ciclo vicioso de difícil distinção entre os termos, eis que:

Nessa hipótese, as regras, embora sejam balizadas ou mesmo construídas a partir de princípios, servem à domesticação desses, viabilizando, em caráter definitivo, o fechamento da cadeia argumentativa que torna a interpretação e aplicação concreta do direito. É nesse sentido que as regras são hercúleas. Enquanto os princípios abrem o processo de concretização jurídica, instigando, à maneira de Hidra, problemas argumentativos, as regras tendem a fechá-lo, absorvendo a incerteza que caracteriza o início do procedimento de aplicação normativa.

[...]

São dois polos normativos fundamentais no processo de concretização jurídica, cada um deles se realimentando circularmente na cadeia argumentativa orientada à decisão do caso. Não há hierarquia linear entre eles.

[...]

A distinção entre princípios e regras poderia ser apresentada como uma diferença no sentido estrito da teoria sistêmica, ou seja, uma “forma-de-dois-lados”, como sistema/ambiente, igual/desigual, validade/invalidade, lícito/ilícito. ... Mas a diferença entre princípio e regra é construída e operacionalizada mediante dois conceitos de conteúdo, não sendo propriamente uma *forma-de-dois-lados*.

[...]

Princípios e regras funcionam na prática argumentativa como normas jurídicas, mas são definidos conceitualmente de forma precisa pela dogmática jurídico-constitucional, entendida como instância do próprio sistema jurídico.

[...]

Com base no pressuposto de que a distinção entre princípios e regras constitucionais é uma diferença interna do sistema jurídico, configurando duas categorias jurídico-dogmáticas, pode-se observar que regras são normas (gerais) de primeiro grau, estando no plano de observação da primeira ordem em relação ao caso a ser decidido e à norma de decisão.

[...]

Os princípios, ao contrário, permanecem, na dimensão estrutural, sempre no plano da observação de segunda ordem, não oferecendo critérios definitivos para a solução do caso. ... Os princípios importam observação de segunda ordem no nível das estruturas, a saber, das expectativas normativas estabilizadas como normas jurídicas. De fato, a distinção entre princípios e regras só se torna relevante no plano da argumentação.¹¹⁹

¹¹⁸ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*, p. 113

¹¹⁹ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*, pp. XVIII, XIX, 101, 119, 120 e 125

Dessa forma, percebe-se uma preferência pela aplicação do princípio à regra, já que aquele permite sua flexibilização e adequação mais com a realidade, uma vez que o direito e a Constituição, segundo Marcelo Neves, mantêm certa “distância da realidade”. É o que se depreende da transcrição abaixo:

A consistência jurídica (legalidade, constitucionalidade) é assegurada na relação recíproca entre prática e dogmática jurídica ou teoria do direito. Se há inconsistência jurídica na prática, a reflexão jurídica (da dogmática jurídica e da teoria do direito) fica fragilizada. Mas ela tem duas alternativas: atuar de forma reativa, reproduzindo e contribuindo para a manutenção de uma prática jurídica inconsistente, aberta às pressões concretas de particularismos sociais diversos; ou oferecer aparato conceitual sólido para induzir transformações da prática jurídica. A prática inconsistente rejeita as regras. Estas podem chegar a um ponto de definitividade que torna manifesto o desvio. Os princípios, ao contrário, como estrutura de flexibilidade, que nunca, em si mesmo, alcança definitividade, podem mais facilmente ser articulados para encobrir soluções que minam a consistência da ordem jurídica a favor de interesses particulares que pressionam a solução do caso.¹²⁰

Assim sendo, como a legislação consumerista, através de sua Política Nacional das Relações de Consumo, como destacado no Segundo Capítulo, apresenta normas de natureza aberta, já que constitui uma lei principiológica, sujeitando-se a influências jurídicas e metajurídicas, tem-se um ambiente propício à funcionalização dos institutos jurídicos, a exemplo dos contratos, a fim de proporcionar uma melhor acomodação do seu conteúdo à sociedade que se destina, consubstanciando no reconhecimento social da aplicação da lei e assumido proposições ideológicas.

Nessa linha de raciocínio, é salutar a lição de Juarez Freitas¹²¹ acerca do sistema jurídico como

...uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.

Até porque quando o sistema é informado com valores como: a dignidade do homem, a busca pela redução da pobreza e das diferenças regionais, a tutela dos hipossuficientes e vulneráveis; a justiça passa a ser social, o que encontra respaldo nos arts. 1º, III; 3º, I; 5º, XXXII; 170, V, todos da Constituição Federal de 1988, bem como no art. 4º, *caput*, I, do Código de Defesa do Consumidor.

¹²⁰ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**, p. 190

¹²¹ FREITAS, Juarez. **INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO DIREITO EM FACE DAS ANTINOMIAS NORMATIVAS, AXIOLÓGICAS E PRINCIPIOLÓGICAS**, p. 26

Relativamente ao Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), dispõe o art. 105 que é igualmente integrado por “órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor” e deve ser coordenado, segundo o art. 106, pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC). Dessa forma, o objetivo desse sistema é a harmonização entre os órgãos público e privado, aos quais incumbe o dever de tutelar o consumidor, concretizando-se a eficácia social da lei¹²².

Outrossim, analisando a abertura sistemática teleológica do contrato, faz-se necessário esclarecer, mais uma vez, sua funcionalização, a qual já foi objeto do Segundo Capítulo. No modelo codificado, fruto do Estado liberal, estava relacionado ao princípio da autonomia da vontade, ou melhor, da liberdade econômica, como instrumento translativo de domínio ou de atribuição de propriedade; sua função, portanto, era translativa-circulatória. Por sua vez, na perspectiva constitucional de 1988, resultado do Estado social, significa vivificar as estruturas essenciais do Direito com fatores externos à sua própria ciência, rompendo-se a autossuficiência do Direito, fechado em sua base e preocupado com questões formais e técnicas; interessa, pois, agora, sua eficácia social; sua função, dessa forma, é social. Por sinal, em sede constitucional, aludida função situa-se no art. 170, *caput*, ao restringir a Lei Maior a livre-iniciativa à justiça social.

Neste contexto, funcionalizar o contrato, atualmente, é atribuir uma utilidade e/ou impingir-lhe um papel social, como atender à dignidade do consumidor e reduzir desigualdades culturais e materiais, quando, por exemplo, da aquisição de um serviço público de qualidade, consolidando a solidariedade e estreitando a relação entre Estado e sociedade.

Sintetizando e fortalecendo o entendimento aqui manifestado, convém trazer à baila a visão de Paulo Nalin¹²³, para o qual

São amplas e, logo, imprecisas as bases conceituais da função social do contrato, ora amarradas à cláusula geral de solidariedade, ora à quebra do individualismo, tendo em vista a igualdade substancial, ora à tutela da confiança dos interesses envolvidos e do equilíbrio das parcelas do contrato. A falta de unidade científica na definição e caracterização é natural para o estágio de desenvolvimento do tema, ao menos no Brasil, impulsionado que foi, recentemente, pela Carta de 1988, com a expressa funcionalização da propriedade. Mas os valores constitucionais e princípios infraconstitucionais privados, dos quais destaco a solidariedade (valor) e a boa-fé objetiva (princípio), o segundo fundado no primeiro, mostram-se como a melhor âncora teórica para se descrever a função social do contrato.

Outrossim, importa refletir sobre a (in)eficácia do contrato de prestação de serviço público relativo à saúde e à telecomunicação, no tocante a sua funcionalização, uma vez que

¹²² KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**, p. 251

¹²³ NALIN, Paulo. **Do Contrato: Conceito Pós-Moderno**, p.221

caberá ao operador jurídico, diante da agressão à ordem constitucional, determinar a sua abrangência, a despeito da ausência de previsão legal sobre o assunto; ensejando, ao que parece, sua invalidade jurídica, eis que

O contrato que não cumpre a sua função social, em um primeiro momento, como negócio jurídico já foi reconhecido por meio da valoração social, gera efeitos jurídicos (atributivos, circulatorios e existenciais), de modo a ter suplantado o estrato da inexistência. Todavia, os efeitos que proporciona acabam sendo nocivos aos operadores contratuais, ou, ao menos, a uma das partes contratantes ou, ainda, à coletividade, esquadrinhando-se no campo da invalidade jurídica (nulidade ou anulabilidade).¹²⁴

Do exposto, considerações serão feitas sobre a funcionalização do contrato de prestação de serviço público em face da regulação que os permeia, como se observará no item 3.4. Sendo certo afirmar, segundo Claudia Lima Marques, Antonio Herman Benjamin e Bruno Miragem, que

O regime, porém, dos contratos concluídos com a administração é especial, mesmo se regidos por leis civis, e não perde tal relação seu caráter dito de “verticalidade”, reservando-se à administração faculdades que quebram o equilíbrio do contrato.¹²⁵

3.1 A Privatização dos Serviços Públicos contraria a Política Nacional das Relações de Consumo?

Primeiramente, será possível demonstrar que a resposta a essa indagação deve ser analisada com base na regulação, já que ela é um instrumento da realização do interesse público, a exemplo da saúde, segurança ou meio ambiente, bem como da competência, integridade e capacidade funcional dos reguladores, em razão da qual serão feitas maiores considerações.

Conforme exposto no Segundo Capítulo, a dicotomia Estado e Sociedade tem raiz no Estado Absoluto (século XIX), época liberal, na qual é clara a demarcação entre as esferas de atuação pública reservada ao Estado (atuação policial como Estado Guardião) e de atuação privada destinada aos cidadãos (direitos, liberdades e seus limites). Com o advento do Estado Democrático Social (século XX), a velha bipartição foi substituída por uma atitude de cooperação para a realização dos interesses coletivos, que foi estreitada nos fins do século XX e, por isso, transformada em Estado e Mercado, nascendo a figura do Estado Provedor. Outrossim, nas duas últimas décadas do século XX, com a adoção das medidas de liberalização e de privatização da economia, tem-se o Estado de Garantia, que equilibra o

¹²⁴ NALIN, Paulo. **Do Contrato: Conceito Pós-Moderno**, pp. 233-234

¹²⁵ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, p. 272

modelo de Mercado e o de Estado, designando-se como modelo de regulação, com vistas à realização do interesse público. O modelo pressupõe que as tarefas e incumbências de caráter executivo e operacional migrem para esfera do Mercado e das empresas, ocupando-se o Estado da função de assegurar ou de garantir que o funcionamento do Mercado e a atuação das empresas se desenvolvam em conformidade com determinados objetivos e finalidades previamente definidos (Estado Garantidor).

Antes de analisar os objetivos do processo de privatização dos serviços públicos, faz-se necessário apontar alguns fatores que contribuíram para o seu surgimento. Segundo Diogo R. Coutinho¹²⁶, há muitas teorias que tentam explicar esse fenômeno, apontando-se como possíveis causas geradoras do mesmo:

uma resposta à crise fiscal do Estado, a busca de eficiência, a inovação nas técnicas de administração pública, a ação de coalizões políticas e grupos de interesse, a despolitização de arenas econômicas, a ocorrência de mudanças cíclicas nas formas de ação do Estado são algumas das diversas hipóteses suscitadas.

No mais, consoante pesquisa deste autor¹²⁷, os países que fazem parte da Organização para Cooperação e Desenvolvimento (OCDE) optaram pela privatização, pois essa pode ser uma resposta à: política funcional, por meio de argumento econômico, pois há uma relação causal com o aumento da eficiência; política internacional, pois os países da OCDE tentam modernizar suas economias para competir entre si; ideologia, manifestada por vantagens políticas a serem comparadas diante da relação custo-benefício, refletindo o ímpeto dos políticos em adquirir mais poder; razões mundanas e egoístas, como:

(a) Empresas privatizadas ou empresas atuando como intermediárias nos processos de privatização podem oferecer oportunidades mais lucrativas de *lobby* e emprego do que as empresas públicas para políticos que se encontram “entre mandatos” ou aposentados; (b) a privatização oferece ao político um meio de “comprar” votos e simpatia de eleitores; (c) a privatização pode ser um meio de levantar fundos de campanha, de modo a se “comprar” votos indiretamente; e (e) a privatização pode, por fim, ser uma forma de minimizar a *accountability* (isto é, controle social e prestação de contas) do governo ou do regulador.

Em resumo, podemos afirmar que o aludido processo foi motivado tanto pelo resultado de uma reavaliação do papel do governo como pela intenção de reduzir as perdas do bem-estar social associadas à influência política.

Todavia, independentemente das razões que motivaram os países desenvolvidos à privatização, o modelo regulatório é diverso e deve ser analisada sua intensidade, forma e conteúdo das justificativas dos países em desenvolvimento, como o Brasil, que resolveram empreender reformas do Estado através da privatização. Igualmente, ao que parece, observou-

¹²⁶ COUTINHO, Diogo R. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**, pp. 53-54

¹²⁷ COUTINHO, Diogo R. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**, pp. 56-61

se o contexto da aplicação das políticas de ajuste estrutural, ou seja, o desenvolvimento seria subsidiado privativamente e os haveres seriam distribuídos conforme recuperação da economia.

Assim sendo, é possível afirmar que a privatização representou para os países subdesenvolvidos o “ingresso de novos *players* capitalizados e, portanto, aptos a realizar os pesados investimentos privados em infraestrutura pública”¹²⁸.

Dessa forma, o processo de privatização das tarefas públicas, principalmente através das concessões, tem por objetivo: 1) garantir que certos serviços existam e o acesso dos cidadãos a eles em condições de universalidade; 2) proteger e promover mercado e concorrência; 3) conjugar e preservar as vantagens e as mais-valias das racionalidades próprias do setor público (Estado) e do setor privado (Sociedade Civil ou Mercado); 4) garantir e proteger valores de ordem mais geral, como a segurança, a saúde e o trabalho, bem como proteger os interesses das gerações futuras, impedindo que o bem-estar futuro seja posto em causa pelas conveniências de curto prazo.

A fim de alcançar tais desideratos, faz-se necessária a utilização de múltiplos instrumentos com o estabelecimento de regras gerais e abstratas (atos legislativos e regulamentos da Administração Pública reguladora), bem como atos próprios da função administrativa (decisões administrativas, contratos, operações materiais, atos informais), como, por exemplo, termo de ajustamento de conduta.

Por sinal, válido ressaltar o posicionamento de Marçal Justen Filho¹²⁹ sobre o assunto, eis que

Somente se admite a privatização (em sentido próprio ou impróprio) se tal se revelar como alternativa mais adequada e satisfatória de atendimento às necessidades coletivas.

O Estado tem o dever de assegurar que as necessidades individuais e coletivas continuem a ser satisfeitas, depois de produzida a privatização. A empresa privada que assumir a atividade correspondente ao serviço público, ainda que o faça sob regime de Direito privado, terá o dever de fazê-lo em termos universais, com observância dos princípios da igualdade, da continuidade e da modicidade de tarifas.

Outrossim, válido ressaltar que, a partir da segunda metade da década de 1990, houve a implantação de um novo modelo de regulação da atividade econômica brasileira, distinguindo-se, a partir de então, entre uma política pública voltada para um setor econômico, atribuída ao Ministério setorial, o qual deveria atuar com autonomia e independência (política dos gestores, técnica decisional, normativa,

¹²⁸ COUTINHO, Diogo R. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**, p. 63

¹²⁹ JUSTIN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**, p. 65

gerencial/financeira/orçamentária), e as funções de regulação da atividade econômica dos agentes privados atuantes no setor. Todavia, observando as diretrizes da política setorial, características fundamentais para o modelo prosperar, essas constituirão, também, o maior ponto de fragilidade deste modelo, podendo-se apontar como problemas à regulação: custos de regulação, os quais são maiores que os custos de oportunidade de uso dos recursos públicos; os reguladores, por não serem perfeitos, podem introduzir distorções que levem a lucros extraordinários ou subinvestimentos; e a corrupção, à medida que os servidores encarregados da regulação sejam capturados pelos agentes. Ou seja, tais problemas podem permitir a quebra dessa autonomia e independência dos agentes reguladores em prol das partes envolvidas no processo regulatório e, conseqüentemente, interferir tanto no acesso quanto na qualidade dos serviços prestados aos cidadãos, em condições de universalidade como acontece nos setores de saúde e telecomunicação, desrespeitando, assim, o primeiro e quarto objetivos do processo de privatização das tarefas públicas, a saber, repise-se, garantir: que certos serviços existam e o acesso dos cidadãos a eles em condições de universalidade; e proteger valores de ordem mais geral, como a segurança, a saúde e o trabalho, bem como amparar os interesses das gerações futuras, impedindo que o bem-estar futuro seja posto em causa pelas conveniências de curto prazo.

Oportuno mencionar que a privatização esteve, também, associada à distribuição de renda, reforçando a concentração econômica, de modo que, paralelamente, a acentuada disparidade de renda, alterações na riqueza foram agravadas. Convém trazer à baila a lição de Diogo R. Coutinho¹³⁰, que segue a linha deste raciocínio, *in verbis*:

Em suma, as privatizações não modificaram a má distribuição de renda no Brasil. Ao contrário, podem tê-la agravado. Isso leva à conclusão final de que a equidade não foi, indubitavelmente, uma prioridade na privatização brasileira.

Em síntese, a ideia de privatização está relacionada com o objetivo de diminuir o tamanho do Estado, fortalecendo a iniciativa privada, compreendendo, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹³¹,

- a. a **desregulação** (diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico);
- b. a **desmonopolização** de atividades econômicas;
- c. a **venda de ações de empresas estatais ao setor privado** (desnacionalização ou desestatização);
- d. a **concessão de serviços públicos** (com a devolução da qualidade de concessionário à empresa privada e não mais a empresas estatais, como vinha ocorrendo);

¹³⁰ COUTINHO, Diogo R. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**, p. 87

¹³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**, pp. 5-6

- e. os **contracting out** (como forma pela qual a Administração Pública celebra acordos de variados tipos para buscar a colaboração do setor privado, podendo-se mencionar, como exemplos, cós convênios e os contratos de obras e prestação de serviços); é nesta última fórmula que entra o instituto da **terceirização**. (realces no original)

O processo de privatização representa, portanto, a transformação do Estado, monoclassem para pluriclasse, de modo a satisfazer às demandas crescentes, seja no âmbito econômico ou social, da totalidade da população que se colocam perante ele.

Dessa forma, pode-se dizer que os objetivos da privatização dos serviços públicos, aqui apontados, não contrariam a proposta da Política Nacional das Relações de Consumo, explicitada ao final do Segundo Capítulo; mas a fragmentação da autonomia e independência dos agentes reguladores em prol das partes envolvidas no processo regulatório, bem como os instrumentos disponibilizados para efetivação dos fins da aludida privatização através da regulação são frágeis e, por isso, incompatíveis com a concretização dos propósitos da Política Nacional das Relações de Consumo, insculpidos no art. 4º, CDC.

Além disso, em virtude da privatização não ter representado a igualdade almejada no tocante à distribuição de renda, e a regulação ser reflexo da mesma, pode-se concluir que o modelo regulatório adotado no Brasil foi precipitado e, por isso, não gerou informações suficientes e capazes a uma adequada regulação, o que repercute, portanto, indiretamente, nos ditames estabelecidos na aludida Política de Consumo, a saber: racionalização e melhoria dos serviços públicos, conforme norma insculpida no inciso VII do art. 4º, do CDC, a saber, reitere-se:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

[...]

Portanto, com o propósito de evitar essa fragilidade e, assim, concretizar a proposta da legislação consumerista, impõe-se que uma agência reguladora preencha seis requisitos, a saber: ser independente (exigindo uma mudança da cultura de centralização administrativa que prevalece no país desde os gabinetes do Império); atuar com máxima transparência; prestar contas à sociedade, exercendo um controle social (essencial para o controle democrático desses organismos); definir com precisão os limites de sua competência;

assegurar autonomia financeira e gerencial e, por fim, garantir perfil de excelência técnica dos quadros reguladores.

No mais, interessante trazer oportunamente a lição de Marçal Justen Filho¹³² sobre a inserção do modelo regulatório, que solidifica a tese da estrutura fragilizada deste sistema adotado pelo ordenamento brasileiro, já fadado ao insucesso quando da sua própria essência, *in verbis*:

A demagogia regulatória, a propósito das concessões de serviço público, manifesta-se especificamente por uma postura bipolar e oposta ao longo do tempo.

No primeiro momento, o poder concedente manifesta atenção em face dos interesses de potenciais investidores, acenando com vantagens marcantes e muito atraentes. Nessa etapa, são ignorados pleitos da comunidade e não são adotadas cautelas para prever o desenlace futuro do empreendimento.

A segunda etapa desencadeia-se com a formalização da outorga. A partir daí, adota-se o discurso da *defesa* da comunidade, imputando ao concessionário a responsabilidade por defeitos e práticas – que foram explícita ou implicitamente legitimadas ao longo da licitação, tendo inclusive gerado benefícios para os cofres públicos.

Utiliza-se a expressão *demagógica regulatória* para indicar a ausência de seriedade de ambas as posturas acima referidas.

3.2 Agências Reguladoras: estrutura fragilizada em razão da sua independência e autonomia

3.2.1 Contextualizando as Agências Reguladoras: criação, características e funções de regulação

As agências reguladoras, pessoas jurídicas de Direito Público, estão no âmbito da Administração Pública *formal*, subjetiva, orgânica, com múltiplas atividades no âmbito da Administração *material*, objetiva, funcional. Essas autarquias especiais inserem-se na Administração Pública em sentido estrito, indireta, descentralizada.

Em outras palavras, esclarece Sérgio Guerra¹³³ que

Cumpra assinalar que no Brasil a Administração Pública centralizada é aquela exercida diretamente pela União, Estados e Municípios que, para tal fim, utilizam-se de ministérios, departamentos ou outros órgãos. Por outro lado, a Administração Pública descentralizada ou indireta é exercida por outras pessoas jurídicas criadas pelos próprios entes federados, a saber: *autarquias*, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Pela necessidade de as entidades reguladoras serem titulares de interesses públicos, as *Agências Reguladoras brasileiras tem natureza jurídica de autarquia especial*, integrante da administração indireta do ente político titular da competência descentralizada.

¹³² JUSTIN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**, p. 67

¹³³ GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras e a Supervisão Ministerial**, pp. 480 e 481

De acordo com a Constituição Federal, somente por lei específica poderá ser criada autarquia, daí ela surge para o direito por força de lei que poderá diretamente incorporar, no seu ativo, bens móveis e imóveis ou autorizar a incorporação desse complexo de bens. Dessa maneira, obedecendo ao princípio do paralelismo das formas, só poderá ser extinta por lei de igual espécie, quando, então, o acervo patrimonial retornará à matriz. Seus bens e rendas acompanham a natureza jurídica dessas pessoas de Direito Público. Logo, são definidos como bens públicos de uso especial. Daí, resulta que são tutelados por ação popular contra atos lesivos, são impenhoráveis e imprescritíveis, respondendo todo o patrimônio pelas sucumbências processuais, e estando sob o controle patrimonial do Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

Outrossim, os administradores das autarquias são investidos na forma da lei ou do regimento interno (decreto). Com efeito, obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo. As autarquias são, portanto, civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte desses, culpa ou dolo (art. 43, art. 47, CC). Ademais, a Constituição adotando expressamente a responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco simples, determinou que as pessoas jurídicas de Direito Público – e as de direito privado prestadoras de serviços públicos – responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (ar. 37, § 6º).

A ideia da Administração Pública é retirar do seu centro determinadas atividades econômicas e serviços públicos e executá-las não diretamente, mas por *longa manus* pessoas com notória especialização técnica. Concedeu-lhes, para isso, prerrogativas públicas, independência administrativa e financeira, poderes administrativos, estabilidade aos seus dirigentes.

Tem-se ensinado que a palavra “autarquia” deriva da composição grega *autós + arquia* com sentido de “*governo próprio*”. No Brasil, somente pelo Decreto-lei nº 6.013/1943 definiu-se, pela primeira vez, como sendo o serviço estatal descentralizado com personalidade de direito público expressa ou implicitamente reconhecida por lei. Posteriormente, o Decreto-lei nº 200/1967 a consignou impropriamente de uma pessoa com o “serviço autônomo” criado por lei com personalidade jurídica e patrimônio próprio para executar atividade típica da Administração Pública. Só, mais recentemente, a partir de uma tentativa tardia de modernizar

o aparelho estatal, deu-se uma nova roupagem para conferir maior independência a determinadas autarquias.

O processo de modernização do Estado Brasileiro é, portanto, tardio e incompleto. Com efeito, a partir do afastamento do Estado de certas atividades, surgiu a necessidade, então, de se criarem entes reguladores. Trata-se de figuras importadas do *Administrative Law* norte-americano, que, independentemente da denominação, têm por objetivo o exercício do poder de polícia e de regulação sobre a prestação de serviços públicos e de atividades econômicas, conforme se depreende da lição de Paulo Roberto Roque Antonio Khouri ¹³⁴

O poder regulamentar das Agências Reguladoras é uma tendência mundial e, no caso do Brasil, o formato foi inspirado no modelo norte-americano, ou seja, incorporou-se a ideia de “descentralização administrativa na prestação de serviços públicos e consequentemente gerenciamento e fiscalização pelas Agências Reguladoras.”

[...]

O fato é que, mesmo que o ato normativo da autoridade reguladora goze de maior liberdade que os demais atos regulamentares, em função da própria natureza das agências, as agências não podem regular em confronto com o que dispõe a lei, como o próprio CDC, mas em sintonia com ela, sob o guarda-chuva da Constituição. Pode até o ato da autoridade reguladora, dentro de suas funções administrativa e fiscalizadora, regular onde o legislador nada disse, mas não pode dizer diferente onde a lei já o diz.

Com efeito, significa dizer que as agências representaram uma nova forma de atuação do Estado no domínio econômico, com a substituição do modelo de gestão, o qual se pautava “em controles formais (legalidade e motivação fundamentada) e na intervenção direta (Estado empresário), pelo modelo gerencial, com base em avaliação de desempenho (eficiência) e intervenção condicionante da eficiência (regulação e regulamentação).”¹³⁵.

Relativamente ao princípio da eficiência, um dos fundamentos a ser observado pelo modelo gerencial, na verdade, ocasiona uma obrigação para a Administração, a qual deve ser incorporada ao poder público, a saber: “evitar as assimetrias de informação que funcionem como um incentivo para o comportamento oportunista dos agentes privados, levando o mercado a uma disfunção (responsabilidade pelo êxito).”¹³⁶. Até porque o princípio da eficiência “tem por característica disciplinar a atividade administrativa *nos seus resultados* e não apenas na sua consistência interna (legalidade estrita, moralidade, impessoalidade)”¹³⁷.

¹³⁴ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**, pp. 258-259

¹³⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras à Luz do Princípio Da Eficiência**, p. 271

¹³⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras à Luz do Princípio Da Eficiência**, p. 287

¹³⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras à Luz do Princípio Da Eficiência**, p. 287

Constatou-se uma verdadeira transformação dos modelos de administração pública com a descentralização administrativa, o que foi inevitável para atender aos valores consagrados constitucionalmente e imputados ao próprio Estado, cabendo a esse atuar, simultaneamente, de forma coordenada e descentralizada, e, por isso, surgiram as agências executivas e reguladoras, as quais têm em comum apenas o primeiro nome e a ideia de autonomia. Todavia, é preciso distingui-las. As primeiras possibilitam a gestão autônoma de entidades ou órgãos públicos, possuindo maior autonomia gerencial, orçamentária e financeira, sob a criação do Poder Executivo. As segundas são entidades atípicas com independência decisória e competência técnica, que ditam regras de conduta aos operadores, fiscalizando-os e aplicando sanções aos mesmos em caso de descumprimento.

A diferença entre elas incide na natureza das suas funções, como destaca Alexandre Aragão¹³⁸, *in verbis*:

...a caracterização de uma autarquia como agência reguladora decorre das suas amplas competências legais, de caráter normativo, em determinado setor da atividade humana e, principalmente, das prerrogativas dos seus dirigentes frente ao Poder Executivo central. Desta configuração jurídica nada se pode inferir que as qualifique, *de per se*, como agências executivas.

A qualificação desta ou daquela autarquia, ou qualquer outro órgão ou entidade da Administração Pública, como agência executiva é ato do Poder Executivo central praticado dentro dos balizamentos da lei regulamentadora referida no §8º do art. 37 da Constituição Federal, a ser expedida por cada Ente federativo.

Então, pode-se dizer que, a partir da segunda metade da década de 1990, houve a implantação de um novo modelo de regulação da atividade econômica brasileira, através da privatização ou desestatização das tarefas públicas, o qual introduziu modificações importantes nas práticas vigentes. No mais, conforme se depreende do art. 174 da Lei Maior: “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.”, às agências são atribuídas as competências normativa e reguladora, as quais se pautam em uma independência decisória, de objetivos, de instrumentos e financeira, como esclarece Tercio Sampaio Ferraz Junior¹³⁹, a saber:

A primeira lhes garante capacidade de resistir às pressões políticas e econômicas, por força de *mandato*. A segunda lhes dá autonomia na determinação de fins, tendo em vista o interesse do consumidor. A terceira, diz com os meios, por exemplo, quanto a tarifas. A última refere-se à existência de recursos próprios e disponibilidade sobre eles.

¹³⁸ ARAGÃO, Alexandre. **Agências Reguladoras e Agências Executivas**, p. 120

¹³⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras à Luz do Princípio Da Eficiência**, p. 274

Consoante entendimento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a regulação está pautada em 3 princípios básicos ¹⁴⁰

- 1 – *Competência regulatória* (a partir da deslegalização e da adoção de funções híbridas);
- 2 – *Independência regulatória* (a funcional, a dos agentes e a financeira);
- 3 – *Participação regulatória* (pela publicidade e pela processualidade aberta).

No tocante ao terceiro princípio, esclarece Marçal Justen Filho ¹⁴¹ que

É fundamental que a atividade decisória da agência *incorpore* a participação popular, mesmo quando não aceda com as sugestões e propostas apresentadas. *Incorporar* a participação popular significa reconhecer como relevante a intervenção externa, acolhendo-a ou justificando sua rejeição.

Outrossim, como essas autarquias especiais integram a Administração Pública indireta, estão subordinadas, ainda, aos princípios da legalidade, supremacia do interesse público sobre o particular, impessoalidade, moralidade administrativa, publicidade, razoabilidade, motivação, eficiência, segurança jurídica, confiança e boa-fé, insculpidos nos art. 37 da Constituição Federal/88; art. 97 da Constituição Estadual de Pernambuco/89, bem como no art. 2º, Lei 9784/99, transcritos abaixo:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

Art. 97. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes do Estado e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além dos relacionados nos arts. 37 e 38 da Constituição da República Federativa do Brasil e dos seguintes: (Redação alterada pelo art. 1º da Emenda Constitucional nº 16, de 4 de junho de 1999.)

[...]

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Convém, brevemente, apontar o teor desses princípios que, de acordo com Di Pietro ¹⁴², são: legalidade, o qual permite à Administração Pública fazer, apenas, o determinado por lei, devendo estar presente tanto no momento da elaboração da lei quanto de sua execução, vinculando a autoridade administrativa em toda sua atuação; supremacia do interesse público, cujo objetivo primordial é atender ao bem-estar coletivo, substituindo a ideia de homem como fim único do direito, típica do individualismo, servindo de fundamento para todo o direito público e vinculando a Administração em todas as suas decisões;

¹⁴⁰ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Direito Regulatório**, p. 168

¹⁴¹ JUSTIN FILHO, Marçal. **Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na “Regulação Independente”?**, p. 329

¹⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, pp. 96-119

impessoalidade, atributo que deve ser associado tanto a Administração quanto aos administrados, proibindo-se uma atuação que prejudique ou beneficie pessoas determinadas, bem como imputando ao órgão ou entidade administrativa, e não ao funcionário, os atos e provimentos administrativos, de sorte que o funcionário é apenas o autor institucional do ato, manifestando formalmente a vontade estatal; moralidade administrativa, princípio que impõe um comportamento probo tanto pela Administração quanto pelo administrado, devendo-se agir, não apenas em consonância com a lei, bem como de modo que não ofenda a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade; publicidade, insculpido no art. 37 da Lei Maior, estipula a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, ressalvadas as hipóteses de sigilo prevista em lei; razoabilidade, a qual impõe proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar; motivação que obriga decisões fundamentadas de fato e de direito por parte da Administração Pública; eficiência, leva-se em consideração o modo de atuação do agente público, esperando o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados, bem como o modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público; segurança jurídica, relacionada a ideia de respeito e boa-fé, submete o administrado a respeitar uma interpretação adotada em caráter uniforme para toda a Administração; proteção à confiança, alusivo a boa-fé do cidadão, o qual acredita e espera que os atos praticados pelo Poder Públicos sejam lícitos, para que sejam mantidos e respeitados pela própria Administração e por terceiros; boa-fé, relativa tanto a uma conduta leal (aspecto objetivo), bem como à crença de um agir correto (aspecto subjetivo)

Até porque, como se demonstrará nos itens 3.3 e 3.4, muitos desses princípios não são observados quando da elaboração das Resoluções e Instruções Normativas e, conseqüente, aplicação delas aos Contratos de Prestação de Serviço Público.

Relativamente aos níveis de regulação no Brasil, podem ser citados o constitucional (1995) e o legal (1996), mas

a introdução formal do instituto entre nós tem seu marco preciso: a Emenda Constitucional nº 8, de 16 de agosto de 1995, que em seu art. 1º, ao modificar o art. 21, XI, da Constituição, determinou que se criasse um “*órgão regulador*” para disciplina dos serviços de telecomunicações.¹⁴³

Portanto, apenas, 2 órgãos reguladores (serviços de telecomunicações e setor de hidrocarbonetos) foram instituídos por disposição constitucional, os quais foram

¹⁴³ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Direito Regulatório**, pp. 190-191

monopolizados pela União; os demais setores de serviços públicos foram constituídos por disposição congressional ordinária através de leis deslegalizadoras.

Em outras palavras,

Pretendia-se, destarte, remodelar a feição do Estado, reduzindo o seu tamanho com a transferência de inúmeras atividades ao mercado, mas sem que isso significasse um retorno ao modelo clássico do Estado Liberal, pois, agora, o Estado passaria a exercer o seu papel regulador através das agências.¹⁴⁴

Válido ressaltar que o legislador brasileiro optou pelo modelo das agências previsto no sistema norte-americano, como já explicitado. Ocorre que a recepção desse modelo pelo nosso ordenamento apresentou dificuldades como as especificidades históricas e as diversidades do próprio sistema jurídico entre os países. É o que esclarece Rafael Carvalho Rezende Oliveira¹⁴⁵, eis que

Verifica-se, destarte, um aparente paradoxo: enquanto, nos Estados Unidos, as agências se multiplicam no momento de fortalecimento do Estado, no Brasil, as agências são instituídas em período de diminuição do intervencionismo estatal. O ponto comum dos dois processos regulatórios é a insatisfação com o modelo adotado tanto nos Estados Unidos (modelo abstencionista) quanto no Brasil (modelo intervencionista), buscando-se um ponto médio ideal de regulação: a regulação leve (*light intervention*).

Relativamente aos objetivos e características das agências reguladoras, esclarece Mark Thatcher que

It also suggests that whereas in the ‘positive state’, government and its generalist bureaucracies were often the prisoners of a corporatist culture and the interests of producers, IRAs can focus on specific regulatory objectives such as enforcing competition law or protecting the economic or health interests of consumers (Majone 1997: 157)¹⁴⁶.

[...]

They are created by legislation; hence elected officials are their principals. They are organisationally separate from governments and headed by unelected officials. They are given powers over regulation, but are also subject to controls, inter alia by elected politicians, both in the executive and legislature.¹⁴⁷

Urge, pois, não se explorar atividades econômicas como regra, devendo-se ponderar os interesses em jogo, seja público (Governo), privado (econômicos) ou coletivo (consumidores), para garantia da coexistência, atuando com isonomia, imparcialidade e de forma apartidária. Todavia, isso constitui um desafio que precisa ser superado!

¹⁴⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A Constitucionalização do Direito Administrativo. O princípio da Juridicidade, a Releitura da Legalidade Administrativa e a Legitimidade das Agências Reguladoras**, p. 143

¹⁴⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A Constitucionalização do Direito Administrativo. O princípio da Juridicidade, a Releitura da Legalidade Administrativa e a Legitimidade das Agências Reguladoras**, p.147

¹⁴⁶ THATCHER, Mark. **Regulation after delegation: independent regulatory agencies in Europe.**, p. 954

¹⁴⁷ THATCHER, Mark. **Delegation to Independent Regulatory Agencies in Western Europe**, p. 1

3.2.2 Agências Reguladoras em atuação: há amparo ao consumidor?

Relativamente à fragilidade do modelo decorrente de suas características, pode-se apontar, ainda, como entraves à regulação: custos de regulação, os quais são maiores que os custos de oportunidade de uso dos recursos públicos; os reguladores que, por não serem perfeitos, podem introduzir distorções que levem a lucros extraordinários ou subinvestimentos; e a corrupção, à medida que os servidores encarregados da regulação sejam capturados pelos agentes. Ou seja, tais problemas podem permitir, repise-se, a ruptura dessa autonomia e independência dos agentes reguladores em prol das partes envolvidas no processo regulatório.

Em outras palavras, a influência de grupos políticos atuantes em favor dos seus próprios interesses faz com que o objetivo do interesse público inerente à regulação econômica estatal não seja alcançado. Dessa forma, o presidente da República e aliados não podem abusar de critérios subjetivos para indicar seus diretores, em detrimento da qualificação técnica. Ou seja, é preciso que as indicações deixem de ser meramente políticas e que melhore o processo de escolha dos diretores, que devem ser técnicos ilibados da área onde atuam. Não se observa, portanto, desde o início das agências no Brasil, a independência política e equilíbrio partidário no seu comando.

Outrossim, por serem órgãos que tomam decisões colegiadas, são de difícil cooptação, uma vez que, no Brasil, as agências, regra geral, têm cinco diretores, sendo essa, portanto, a principal vantagem das agências. Dessa forma, ao que parece, a atual crise não tem a ver com a atuação das agências, mas com a forma como estão sendo indicados seus dirigentes.

No mais, oportuno destacar que nosso sistema normativo não é o mesmo do norte-americano e, por isso, há óbices ao adequado funcionamento dessas entidades dentro do nosso ordenamento, o que, também, favorece a sua fragilidade, pelo que se depreende da lição de Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti¹⁴⁸

Sabido é, entretanto, que aquela figura encontrou dificuldades de adaptação em vários ordenamentos jurídicos, não só face aos sistemas jurídicos existentes, mas, inclusive, face às molduras constitucionais nem sempre adequadas, ou compatíveis, com a figura do Ente Regulador autônomo. O princípio da *legalidade* apresenta-se, por vezes, se não devidamente compatibilizado, como um dos “entraves” ao adequado funcionamento dessas entidades. Sem dúvida, foi necessário que se desenvolvesse a ideia de desregulação pelos *Entes políticos*, para que se pudessem desenvolver as normatizações secundárias, setoriais, especializadas, por entes reguladores autônomos, em processo também chamado de *desglobalização*.

Outro aspecto relevante a ser observado é da necessidade desses Entes autônomos que exercem, como decorrência da normatização setorial, poder de polícia, verificando a compatibilidade de ações, condutas, omissões, relações jurídicas com a

¹⁴⁸ CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. **A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes**, p. 270

previsão normativa fiscalizando e impondo sanções, em procedimentos ablativos regulares, estarem aptos, devidamente estruturados para exercerem esses papéis, sem ingerência do poder político, ou do poder econômico, assegurando aos administrados os direitos constitucionalmente previstos, inclusive procedimentais, sem perda de efetividade. Outro aspecto a se observar e se esse tipo de ente é, de fato, compatível com a estrutura estatal de um Estado subdesenvolvido, assolado por focos de corrupção e empreguismo, com barganhas políticas em troca de favores, inclusive com partilha de cargos. (destaques do original)

Portanto, com o objetivo de evitar essa fragilidade, cabe, mais uma vez, reiterar que uma agência reguladora deve ser independente e transparente na sua atuação; sistemática na prestação de contas à sociedade; bem como definir com precisão os limites de sua competência; além de assegurar autonomia financeira e gerencial e, por fim, garantir perfil de excelência técnica dos quadros reguladores.

No mais, convém esclarecer a responsabilidade do Estado pela fragilidade das agências, até porque compete ao mesmo indicar seus dirigentes, os quais se fossem idôneos e tecnicamente habilitados, não cederiam à captura do sistema e não esqueceriam que sua conduta deveria ser pautada nas seguintes premissas¹⁴⁹: 1ª) regulação como instrumento de garantia estadual da realização do interesse público; 2ª) interseção entre regulação, contrato e consenso; 3ª) regulação e desregulação; 4ª) regulação e atribuição concorrencial; 5ª) regulação e atribuição concorrencial; 6ª) concorrência, princípio da concorrência e contratação pública.

De acordo com a primeira, a responsabilidade estadual disciplina juridicamente o funcionamento da economia e do mercado (econômico) e protege determinados bens públicos e direitos dos cidadãos. A aludida atribuição tem como objetivo cumprir a função de base triangular (“regulador/empresas/cidadão”). Por sua vez, a segunda examina a relação entre regulação pública e contrato, pois este sendo público será instrumento de implementação da regulação e sendo privado será objeto de regulação. Ao utilizar o contrato como instrumento, considera-se que a regulação se pode implementar por via do consenso. Outrossim, no tocante à terceira, observa-se que, no século XX, há retração da Administração de Serviço Público, possuindo o Estado a missão de desmontar as barreiras de acesso ao mercado e de forma a facilitar o desenvolvimento das liberdades econômicas, a que se denomina de desregulação, a qual consiste no abrandamento dos controles, alteração do quadro regulatório e modificação das leis e regras aplicáveis, induzindo uma transformação mais profunda que toca o próprio modelo clássico de funcionamento do Estado Administrativo, impondo-se uma política de re-regulação e de redistribuição das responsabilidades entre o Estado e o Mercado; quiçá a adoção dessa política, no Brasil, serviria melhor aos interesses da própria regulação. Por fim,

¹⁴⁹ GONÇALVES, Pedro Costa. **Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante**, pp. 12-23

as quarta e quinta premissas propõem que, devido à escassez dos recursos disponíveis, o Estado Regulador faça uma alocação justa de recursos escassos, efetuando o controle do acesso a determinadas atividades e garantindo a igualdade de oportunidades e de tratamento de todos os potenciais interessados em aceder o bem escasso, observando-se, aqui, a interseção entre regulação e concorrência, sendo esta transformada num valor de interesse público e num princípio geral de direito público, em que o mercado é o espaço no qual se processa a satisfação das necessidades das pessoas. No mais, sugere-se uma instância reguladora de contratação pública, pelo que os regulados deveriam ser os operadores econômicos bem como outros atores do setor. Por sinal, seria outra sugestão, também, recomendável ao nosso ordenamento, com o fim de amenizar a corrupção, garantindo a observância da lei e dos princípios da contratação pública.

No tocante aos reflexos sobre a crise econômico-financeira no Estado Administrativo, indaga-se se ela envolve uma transmutação do Estado Regulador, ou até mesmo uma alteração profunda do seu modo de funcionamento. Insta trazer a baila que a principal causa da aludida crise reside no fato de o país não gerar, nem de forma aproximada, a riqueza suficiente para manter o Estado Social e de Serviço Público que delineado pela Constituição. Assim sendo, o Estado passou a fazer uso dos contratos de parceria-público-privada, o que acarretou o endividamento junto aos credores e somados, agora, aos pesados encargos contratuais, intensificou a referida crise. Em outras palavras, a crise repousa no fato de o Estado fazer mais do que pode. Situação semelhante à nossa, uma vez que a PPP (parceria-público-privada) foi imaginada quando o serviço, relevante ao poder público, sairia de alto custo ao particular, assumindo o Estado parte do serviço e a outra parte ele remuneraria o particular. Ocorre que houve distorção em razão da limitação legal, cuja participação do Estado no custo do empreendimento é de 80%, tornando-se difícil analisar os jogos de interesses das partes envolvidas, bem como garantir que o agente público, que lida com valores exorbitantes, fora da sua realidade, não se corrompa. Todavia, os desvios e os erros cometidos com os contratos de parceria público-privada não põem em causa as vantagens do Estado Contratante em relação ao Estado Gestor, competindo ao direito administrativo estabelecer uma disciplina de contenção, de rigor para contratação de longo prazo, que previna a ocorrência de contratos mal negociados.

Segundo Pedro Costa Gonçalves¹⁵⁰, a transformação do Estado Administrativo é determinada pela emergência de consolidação orçamental e de redução estrutural do

¹⁵⁰ GONÇALVES, Pedro Costa. **Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante**, p.36

endividamento público e conduz à adoção de medidas de redução drástica dos custos do Estado Social e a uma crise do Estado de Bem-Estar (dinâmicas de redução, de diminuição, de emagrecimento e de recuo), bem como em dinâmicas de fortalecimento e aumento do Estado, através de novos e mais robustos poderes regulatórios e de intervenção disciplinadora do mercado. Propõe, ainda, uma refundação do modelo de relacionamento entre o Estado e as autarquias locais, em que pese às exigências de centralização financeira, com base nas leis de aprovação dos orçamentos do Estado ou na legislação sobre as empresas locais.

Outrossim, impõe-se questionar se o déficit democrático, também, é causa de fragilidade das agências reguladoras. Cabe, então, averiguar se as agências estão observando instrumentos democráticos ou se estão respeitando os princípios democráticos. Por sinal, Marçal Justen Filho¹⁵¹ esclarece apropriadamente a relação entre Democracia e Agências Reguladoras, para o qual

A Democracia não se restringe apenas ao princípio da eletividade para composição dos órgãos dotados de competências decisórias fundamentais, mas também apanha o modo pelo qual as decisões são produzidas. Trata-se de um conceito resultante de características estruturais e funcionais e seu núcleo se relaciona com a existência de (a) mandatos eletivos temporários para os cargos políticos de maior relevância e de (b) instrumentos de garantia e controle do exercício do poder, destinados a assegurar tanto a referibilidade das decisões à vontade popular como a realização dos princípios e valores fundamentais. Essa organização do poder político estatal deve assegurar a limitação interna das competências, de modo a evitar a possibilidade de decisões arbitrárias ou resultantes de preferências subjetivas irracionais dos eventuais e temporários ocupantes de cargos e funções públicas.

Dessa forma, é possível constatar que a característica (b) instrumentos de garantia e controle do exercício do poder, destinados a assegurar tanto a referibilidade das decisões à vontade popular como a realização dos princípios e valores fundamentais não estão sendo efetivados, na prática, quando da utilização do termo de ajustamento de conduta, conforme se observará no Quarto Capítulo, e, por isso, pode-se afirmar que há déficit democrático na atuação das agências reguladoras, o que propicia, ainda mais, para sua fragilidade, reduzindo seu compromisso com a eficiência. Até porque as agências reguladoras deveriam funcionar como uma atenuante da concentração de poder, de modo que ampliasse o número de instituições estatais dotadas de competências decisórias e limitasse o âmbito de exercício dos governantes eleitos, ou seja, as agências deveriam refletir uma ampliação da complexidade do sistema de freios e contrapesos, o que não ocorre e, assim, propicia males muito maiores do que benefícios. É o que se depreende da leitura do retromencionado autor, *in verbis*:

¹⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na “Regulação Independente”?**, pp. 307-308

Uma agência que adquira a titularidade de produzir decisões fundadas “apenas” no conhecimento técnico-científico, sem se submeter a procedimentos de controle democráticos, tenderá a perder sua eficiência.

[...]

O agente político que tiver garantia de exercício de poder, sem controle ou limitação, tenderá ao abuso. A ausência de democracia gera tendência a descompromisso com a eficiência, tanto quanto se poderia argumentar que o excesso de democracia poderia impedir a adoção das decisões recomendáveis pelo conhecimento técnico-científico.

[...] Nesse contexto, a agência reguladora reflete uma dupla proposta de aperfeiçoamento do sistema democrático.

Sob um prisma, nem todas as decisões estatais podem ser alicerçadas exclusivamente no critério da *vontade popular*, tendo em vista o risco de comprometimento da realização de valores e princípios fundamentais.

Por outro ângulo, é necessário ampliar os canais de comunicação entre o Estado e a Sociedade, propiciando a participação popular e dos grupos organizados na formação de certas decisões que apresentam relevância significativa em determinados setores.¹⁵² (destaques do original)

Assim sendo,

O fundamental reside em assegurar que a direção da agência retrate a heterogeneidade das orientações políticas, para o fim específico de evitar que as influências políticas e econômicas externas não encontrem barreiras internas de neutralização.

Ou seja, as agências independentes não serão neutras e imparciais se sua composição não contemplar instrumentos de freios e contrapesos internos, que impeçam sua captura pelo poder político ou econômico.¹⁵³

Portanto, pode-se dizer que uma decisão adotada erroneamente por uma instituição não democrática destrói sua legitimidade técnica, obtendo-se um resultado que nem é democrático e nem tecnicamente satisfatório, o que oportuniza sua captura. Convém, então, refletir sobre a justificativa acerca da existência de uma agência reguladora que atua mal e defeituosamente, indagação esta que comporta duas respostas, segundo Marçal Justen Filho¹⁵⁴, a saber

A primeira é desconstitutiva da pergunta e consiste em afirmar que a agência reguladora nunca se equivocará – tese cuja procedência é um desafio aberto. A segunda é corretiva da indagação e se traduz na ressalva de que o equívoco será menos pernicioso se a agência se constituir em instrumento de ampliação da natureza democrática do sistema político.

[...]

Se a justificativa da existência das agências independentes reside na necessidade de aperfeiçoamento da sistemática de separação de poderes e de produção de decisões fundadas em critérios técnicos-científicos, tem de consagrar-se um princípio fundamental quanto à sua atuação: a vedação à prepotência e ao autoritarismo.

[...]

¹⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. **Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na “Regulação Independente”?**, pp. 323 e 313

¹⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na “Regulação Independente”?**, p. 317

¹⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na “Regulação Independente”?**, pp. 323-325

O parâmetro fundamental norteador das decisões das agências não é a vontade, mas sim a racionalidade. Sob esse prisma é que se pode diferenciar a dita discricionariedade técnica própria das agências daquela comum, generalizada no âmbito da atividade administrativa do Estado. Toda e qualquer decisão produzida pela agência está sujeita a um requisito de racionalidade técnico-científica. Ainda quando se possa (e deva) reconhecer margem de autonomia de escolha, a seleção por uma alternativa dentre várias somente se justifica como válida em face de um juízo de racionalidade. Segue-se a impossibilidade de justificar ato decisório, no âmbito das agências, fundado na mera invocação da conveniência e oportunidade.

Exigem-se, então, para a investidura nos cargos diretivos das agências, requisitos de capacitação pessoal avaliáveis objetivamente, não bastando a existência de confiança, simpatia ou identidade ideológica para a assunção do aludido cargo, além do que devem ser nomeados com mandatos a prazo certo, sem possibilidade de recondução.

No mais, urge que as decisões tomadas pelas agências reguladoras sejam norteadas pela racionalidade, a fim de se preservar o critério técnico-científico na escolha de seus dirigentes, bem como se evitar o abuso, consubstanciado em prepotência e autoritarismo, no exercício de seu poder, não se rendendo, enfim, à captura e consagrando, assim, a eficiência ou êxito de uma agência reguladora. Significa dizer que “As agências independentes têm de estar subordinadas ao princípio de que o poder limita o poder.”¹⁵⁵.

Por isso, mais uma vez, convém indagar se o termo de ajustamento de conduta realizado entre agência e concessionário preenche os requisitos da racionalidade e eficiência ou se apenas constitui um ato de conveniência e oportunidade, uma vez que o aludido termo não é cumprido e nem mesmo executado, conforme se observará no Quarto Capítulo.

Outrossim, torna-se imprescindível a aplicação de instrumentos de limitação ou controle dos poderes decisórios das agências, submetendo-os a procedimentos fixados legislativamente, como será demonstrado no próximo capítulo, não sendo admitido remetê-los à competência administrativa da própria agência, pois se consubstanciará em uma solução inadequada, ampliando-se o risco de se consagrar soluções procedimentais insuficientes, impedindo-se a satisfação da função primordial reservada ao processo administrativo.

Entrementes, no tocante à prestação de serviço público, como objeto do contrato firmado entre Ente Regulador e Ente Regulado, faz-se necessário comentar, brevemente, sobre a premissa da regulação como instrumento de garantia estadual da realização do interesse público, em razão da qual passo a fazer maiores considerações.

Conforme já salientado no Segundo Capítulo e repisado no item 3.1., retro, a dicotomia Estado e Sociedade tem raiz no Estado Absoluto (século XIX), época liberal,

¹⁵⁵ JUSTIN FILHO, Marçal. **Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na “Regulação Independente”?**, p. 329

quando se constata uma demarcação entre as esferas de atuação pública reservada ao Estado e de atuação privada reservada aos cidadãos. Inicialmente, tem-se o Estado Liberal, também denominado Estado Guardião, o qual consagra direitos e liberdades e define seus respectivos limites, bem como a responsabilidade de execução, com a assunção de tarefas pelo Estado no âmbito policial, de infraestrutura e de serviço público. Posteriormente, com o advento do Estado Democrático Social, já no século XX, observou-se uma atitude de cooperação para a realização dos interesses coletivos, permitindo uma transformação na relação entre Estado e Mercado, com uma estrutura bipolarizada, aumentando-se, na prática, os setores da responsabilidade de execução, denominando-se, agora, de Estado Provedor. Outrossim, nas duas últimas décadas do século XX, em virtude da adoção de medidas de liberalização e de privatização da economia, observou-se o Estado de Garantia, marcado por um ponto de equilíbrio entre os modelos de Mercado e de Estado, o chamado modelo de regulação, objetivando a realização do interesse público, devendo as tarefas de caráter executivo e operacional permearem a esfera do Mercado e das empresas, competindo, agora, ao Estado assegurar que o desempenho do Mercado e a performance das empresas se desenvolvam consoante determinados objetivos já definidos. Há, portanto, um encargo público representado em garantir resultados e não mais em produzi-los (Estado Garantidor), conforme aponta Pedro Costa Gonçalves¹⁵⁶, *in verbis*:

O sublinhar da ideia de garantia também procura enfatizar o facto de se ter subjacente um modelo institucional de realização do interesse público que não coloca o Estado no papel de se comportar como uma máquina de prestações, de fornecimento de serviços e de produtor de bens. Pelo contrario, o modelo pressupõe, em grande medida, que as tarefas e incumbências de caráter executivo e operacional migram para a esfera do Mercado e das empresas, ocupando-se o Estado da função de assegurar ou garantir que o funcionamento do Mercado e a atuação das empresas que se desenvolvem, de certo modo, em conformidade com determinados objetivos e finalidades (de interesse público) previamente definidos.

Destarte, convém questionar se a transmutação do Estado, de Provedor a Garantidor, com a adoção do modelo de regulação, contribuiu ou não para a fragilidade das agências, bem como propiciou ou não a realização do interesse público e, ainda, promoveu ou não o direito do consumidor, até porque a garantia de tratamento igualitário e acessibilidade, em condições de universalidade, aos serviços são elementos essenciais da perspectiva do Estado Regulador e de Garantia. É o que se discutirá no próximo item.

Por sinal, segundo Diogo R. Coutinho¹⁵⁷

¹⁵⁶ GONÇALVES, Pedro Costa. **Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante**, pp. 56-57

¹⁵⁷ COUTINHO, Diogo R. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**, p. 114

A ideia de universalização do serviço público ou, de modo geral, de utilidades essenciais, suscita a existência de obrigações de oferta, da parte de um operador de uma dada indústria, de um “pacote” amplo ou mínimo de serviços que: a) tenham qualidade, b) sejam disponibilizados a todos os cidadãos, c) a preços (tarifas) razoáveis (Cremer, Gasmi, Grimaud e Laffont, 1998) ... Sendo assim, a universalização pode ser vista como uma forma específica de regulação de preços e tarifas.

A regulação objetiva, assim, organizar setor determinado, controlar entidades específicas que atuam nesse setor e realizar a normatização técnica desses mercados econômicos porque o legislador comum não possui os instrumentos para isso.

Portanto, para esse mister ser eficiente, impessoal, seguro, sem “falhas”, imprescindível se especializar cada agência para cuidar do setor correspondente, livre de interferências que leve a uma “captura” dos interesses em jogo.

Urge, pois, redefinir as competências das agências, por meio de um novo arranjo e de uma qualificação do conceito de autonomia, buscando atender ao princípio de que a agência deve ter autonomia técnica e capacidade para exercer as funções de regulação e fiscalização que lhe são típicas a fim de se concretizarem os objetivos da privatização das tarefas públicas, como garantir que certos serviços existam e o acesso dos cidadãos a eles seja em condições de universalidade, assim como assegurar e proteger valores de ordem mais geral (como na saúde), tutelando os interesses das gerações futuras e impedindo que o bem-estar futuro seja posto em causa pelas conveniências de curto prazo. Enfim, esse novo arranjo se faz necessário para que o consumidor possa ser amparado, de fato, quando da prestação de serviço público nas áreas de saúde e telecomunicação; caso contrário, haverá um total desrespeito ao direito do consumidor.

Interessante pontuar que sua análise constituirá uma árdua tarefa, até porque, para defini-la, já é algo trabalhoso, sendo sua noção altamente contestada, pelo que se constata da passagem abaixo:

The notion of regulation is also highly contested. For the Far Right, regulation is a dirty word representing the heavy hand of authoritarian governments and the creeping body of rules that constrain human or national liberties. For the Old Left it is part of the superstructure that serves the interests of the dominant class and frames power relations in seemingly civilized forms. For Progressive Democrats, it is a public good, a tool to control profit-hungry capitalists and to govern social and ecological risks.¹⁵⁸

É preciso, ainda, estabelecer vinculação mais clara entre receitas e orçamento e desempenho para que as agências sejam legitimadas no sentido de receber recursos que,

¹⁵⁸ LEVI-FAUR, David. **Regulation and regulatory governance**, p. 3

inclusive, originam-se em suas atividades, como também a melhoria da participação social e da prestação de contas.

Observa-se, portanto, que o nosso modelo regulatório necessita sofrer ajustes, seja no tocante às ferramentas à disposição dos agentes públicos para realização do interesse público, como ocorre com o termo de ajustamento de conduta, seja na indicação dos próprios agentes públicos para gerir os recursos necessários à concretização do aludido interesse, a fim de evitar ou, ao menos, minimizar a corrupção, conforme se demonstrará no Quarto Capítulo.

Dessa forma, para a missão da regulação ser eficiente, impessoal, segura e sem “falhas”, imprescindível a setorização de cada agência, libertando-se das intromissões que possam levá-la, repise-se a uma “captura” dos interesses em jogo.

Outrossim, a fim reformular o modelo regulatório, é indispensável assegurar que não haja inclinações políticas na indicação do agente público, mas que se analise sua capacidade, competência técnico-científica, bem como deveria ser exigido um parecer do Senado, órgão responsável pela audição do candidato, que buscaria analisar a preparação, atitude, profissionalidade, moralidade, independência e experiência do mesmo, impondo-se, assim, uma transparência na indicação, fazendo uma associação do currículo do candidato a motivação de sua indicação

Desta forma, é salutar mencionar quem assume o papel de regulador e o que pode ser regulado, bem como deve ser a regulação e, para isso, faz-se necessário apontar suas três estratégias. A primeira aborda o controle regulatório como autorregulatório, ou seja, o regulador é também regulado. A segunda traz divisões sociais, políticas, econômicas e administrativas de trabalho entre os atores e a análise do regulador como independente e distinto do regulado. A terceira consagra que a relação entre o regulador e o regulado deve ser mediada por atos, assim independentes ou semi-independentes, através da auditoria. É o que se depreende da transcrição abaixo:

These strategies deal with how to regulate, but the how is intimately connected to the question of Who regulates. In first-party regulation the major form of regulatory control is self-regulation. ... In the second-party regulation, there is a social, political, economic, and administrative division of labor between the actors, and the regulator is independent and distinct from the regulatee... In the third-party regulation, the relations between the regulator and the regulatee are mediated by a third party that acts as independent or semi-independent regulatory-auditor.¹⁵⁹

No mais, qualquer sistema de governança deve regular: a entrada e a saída de quem for eleito para oferecer serviço, suprir produtos ou disponibilizar avisos ou informações; o comportamento refletido nas próprias ações, discursos ou expressões; os custos aceitáveis de

¹⁵⁹ LEVI-FAUR, David. **Regulation and regulatory governance**, p. 8

serviço ou produtos; a tecnologia como forma de controle e a performance analisada através dos resultados alcançados.

No mais, constitui importante indicador de crescimento de atividades de regulação na sociedade moderna é a multiplicação de agências reguladoras que evidenciam o sistema nacional e global. Outrossim, a literatura distingue dois tipos de agências reguladoras¹⁶⁰: econômicas, as quais lidam com o funcionamento de mercados e emprega uma variedade de ferramentas para constituir, gerenciar e supervisioná-los; e **sociais**, as quais lidam com questões de **saúde**, segurança e meio ambiente e, nesse sentido, são frequentemente chamadas de **agências de regulação de risco** e, algumas vezes, **regulação protetiva**. Por sinal, as agências reguladoras sociais merecem ser destacadas, pois estão preocupadas com a regulação de risco e o princípio da precaução.

Por fim, constata-se que os dois maiores desafios¹⁶¹ de governança são a efetividade e a legitimidade democrática. O primeiro diz respeito à regulação direta e especialmente a alegada fraqueza do sistema de comando e de controle com regras prescritivas que dizem as entidades reguladas o que fazer e como fazer. O segundo é concernente às qualidades democráticas de regulação e que emergem do crescimento no escopo e número de regulações, sendo possível desenvolver três sistemas de controle da legislação burocrática: parlamentar (reforça procedimentos de fato ou de direito monitorando e aprovando mecanismos; obriga submeter legislação burocrática ao sistema antes da publicação oficial), judicial (revisar processos) e participativo (obrigações procedimentais que requerem do legislador burocrático para publicar a intenção de legislar).

Corroborando com os desafios mencionados, tem-se o controle dos riscos como uma preocupação central a qualquer regulação. Pode-se dizer que os níveis específicos de riscos são heranças das situações sociais e das decisões tomadas ou não, relacionando-se, portanto, a possíveis ganhos e perdas. Por sinal, atualmente, aponta-se que o significativo problema na regulação de risco está pautado em problema estrutural e na dimensão global ou transnacional. Necessitando, assim, analisar o papel da precaução na regulação de risco como consequência lógica de sérios interesses de conflitos relatados sobre significantes ganhos e perdas de riscos em áreas, nas quais este princípio se torna ainda mais relevante, especialmente quando da sua aplicação em diferentes jurisdições, pois a interpretação de princípios pode modificar-se entre duas diferentes culturas, assim como entre vários indivíduos numa dada sociedade. Portanto, a importância na interpretação e aplicação do

¹⁶⁰ LEVI-FAUR, David. **Regulation and regulatory governance**, p. 13

¹⁶¹ LEVI-FAUR, David. **Regulation and regulatory governance**, pp. 15-16

princípio da precaução na regulação de risco em muitos casos deve ser observada como uma maneira para superar a omissão pelos estados baseadas na desculpa de incompleto conhecimento científico.

Por sua vez, talvez, uma alternativa viável ao modelo regulatório nacional, quando este envolve questões como **saúde** e meio ambiente, pode ser encontrada, e até solucionadas questões dessa natureza, em nível internacional e, por isso, requer uma regulação global. Deve-se observar como os aludidos problemas estão sendo percebidos e discutidos fora das fronteiras, pois as soluções dadas a eles podem ser utilizadas internamente, resolvendo-se os problemas nacionalmente.

Para viabilidade da regulação global com implicações na regulação interna e nacional, é importante mencionar que deve haver uma transferência de parte da soberania a atores internacionais para que, através da assinatura de instrumentos políticos, como acordos ou tratados, cujo conteúdo retrate regras ou cláusulas padrões, seus signatários possam aplicar as medidas internacionais também nacionalmente. É oportuno dizer que a questão mais importante não é se as regras possam assegurar ou se são capazes de assegurar a solução dos aludidos problemas a nível nacional, mas se elas são, de fato, seguidas e cumpridas.

Outrossim, a atividade regulatória global apresenta desafios particulares à legitimidade, conforme já apontado, por causa do senso difundido que está longe de ser removido do bom entendimento dos princípios e processos associados com as políticas democráticas domésticas. No mais, ao se pensar na regulação global como alternativa ao nosso modelo regulatório, é preciso verificar que não se pode fazer um transplante jurídico de modelo se não houver a adaptação deste à nossa realidade. Realidade, esta, por sinal, que precisa ser modificada para que se possam cumprir as tarefas incumbidas ao Estado Regulador e Indutor.

Convém ressaltar, ainda, que a regulação, independente de quem a exerça, objetiva reduzir riscos ecológicos e sociais, controlar custos, promover mercados competitivos ou promover interesses privados.

Impõe-se, então, uma agência reguladora comprometida com a finalidade para a qual foi criada e, assim, assegurar a tutela do consumidor quando da fiscalização dos serviços públicos executados pelas concessionárias. Isto porque

As agências até agora criadas não têm exercido um papel firme na proteção do consumidor. Se as agências não provarem seu valor na proteção do consumidor, multiplica-se o trabalho no Judiciário com pequenas questões, que seriam evitadas

com uma aplicação administrativa de todas as leis em vigor no Brasil, e não só das que privilegiam fornecedores e o mercado específico regulado pela agência¹⁶².

Corroborando com o posicionamento acima transcrito, será constatado, no item 3.4, que essa fragilidade das agências reguladoras propiciará, de fato, um árduo trabalho do Poder Judiciário.

Por fim, como será abordado o serviço público de saúde e telecomunicação, faz-se necessário trazer à baila os princípios e características que norteiam suas Agências Reguladoras, os quais foram descritos pontualmente, de forma didática e interessante, por Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁶³, a saber:

2 – **Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL**, criada pela Lei nº 9.427, de 16 de julho de 1997.

1 – quanto à **competência regulatória**

- 1.1. deslegalização: art. 8º, *caput*.
- 1.2. função normativa: art. 19, V, VII, X, XII, XIII e XIV.
- 1.3. função administrativa: art. 19, vários dispositivos.
- 1.4. função administrativa judicativa: art. 19, XVII.

2 – quanto à **independência regulatória**

- 2.1. independência funcional: arts. 8º, §2º e 19, XXV.
- 2.2. independência dos agentes: art. 8º, §2º.
- 2.1. independência financeira: art. 8º, §2º e 19, xxi

3 – quanto à **participação regulatória**

- 3.1. ampla publicidade: art. 3º, IV.
- 3.2. processualidade aberta: art. 3º, XI.
- 3.3. decisão participativa: art. 3º, XI

Total de características presentes: 10.

Observação: a mais completa das agências criadas até o momento

Caracterização: **agência reguladora plena**.

[...]

5 – **Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS**, criada pela Lei nº 9.961, de 28 de Janeiro de 2000.

1 – quanto à **competência regulatória**

- 1.1. deslegalização: arts. 1º e 3º.
- 1.2. função normativa: art. 4º, II, V, VI, VII, IX, XI, XII, XVI e XVIII.
- 1.3. função administrativa: art. 4º, vários incisos.
- 1.4. função administrativa judicativa: sem previsão.

2 – quanto à **independência regulatória**

- 2.1. independência funcional: arts. 1º, p/ único e 10, V.
- 2.2. independência dos agentes: arts. 1º, p/ único e 7º
- 2.2. independência financeira: art. 1º, p/ único

3 – quanto à **participação regulatória**

- 3.1. ampla publicidade: sem previsão.
- 3.2. processualidade aberta: art. 10, VI.
- 3.3. decisão participativa: art. 13 (insuficiente)

Total de características presentes: 8.

Observação: deficiências na participação

Caracterização: **agência reguladora defectiva**. (realces no original)

¹⁶² MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, p. 264

¹⁶³ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Direito Regulatório**, pp. 194-197

Válido, enfim, ressaltar que, embora a ANATEL seja a mais completa agência reguladora, com base nos princípios e características pontuados, e a segunda mais antiga, seu modelo não foi utilizado como parâmetro para as demais agências que se seguiram, inclusive a ANS.

Outrossim, essa vantagem destacada

não é garantia de que os agentes políticos em geral, e, em especial, os agentes administrativos nelas investidos tenham plena compreensão da natureza do instituto da regulação e atuem de acordo com seus princípios próprios, como a participação, a processualidade e eficiência, para mencionar os que foram menos absorvidos até o momento.¹⁶⁴

E é o que se demonstrará a seguir quando da sua função de regulação sobre suas concessionárias. Até porque não se pode esquecer a dupla função das agências reguladoras, como esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁶⁵

- a. de um lado, elas assumem os poderes e encargos do poder concedente nos contratos de concessão, como os de fazer licitação, contratar, fiscalizar, punir, alterar, rescindir, encampar etc.;
- b. de outro lado, as agências exercem a atividade chamada de regulação propriamente dita, que, conforme se verá, é entendida em sentido mais amplo, de modo a abranger competência para estabelecer regras de conduta, pra fiscalizar, reprimir, punir, resolver conflitos, não só no âmbito da própria concessão, mas também nas relações com outras prestadoras de serviço.

3.3. Das Normas Regulatórias e os Contratos de Serviços Públicos praticados no mercado de consumo

Segundo Pedro Costa Gonçalves¹⁶⁶, “O contrato surge no domínio da regulação administrativa como um instrumento regulatório, mas também como um objeto regulado”. Há, portanto, duas vertentes. A primeira é designada como novo contratualismo, em que o contrato é desprovido de obrigatoriedade jurídica, uma vez que cada indivíduo é responsável por suas próprias condutas, é o que se denomina da autorregulação, como um “processo pelo qual alguém consente ou aceita obrigar-se juridicamente perante outrem”¹⁶⁷. Por sua vez, a segunda ocorre quando o contrato for pactuado entre entidades particulares (privado), será analisado como um objeto de regulação administrativa, cabendo ao legislador definir o que enseja proibições, restrições e limitações às liberdades contratuais; bem como se celebrado entre autoridades públicas, no contexto de relações jurídicas com outras entidades da mesma natureza, ou entre autoridades públicas e sujeitos privados (público), como é o caso dos

¹⁶⁴ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Direito Regulatório**, pp. 200-201

¹⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas**, p. 177

¹⁶⁶ GONÇALVES, Pedro Costa. **Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante**, p. 91

¹⁶⁷ GONÇALVES, Pedro Costa. **Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante**, p. 96

contratos de prestação de serviço público, podendo ser examinada a regulação administrativa *como* contrato ou *por* contrato. Naquela, o conceito de contrato regulatório é implícito, que “tem a vantagem de alertar e de refrear os ânimos do legislador e dos reguladores quanto ao fenómeno que pode designar-se de ‘abuso regulatório’...”¹⁶⁸; nesta configura um “processo jurídico de formulação e/ou de implementação de normas regulatórias...”¹⁶⁹.

Enfim, o objeto de um contrato regulatório é a regulação administrativa, como instrumento que propicia a regulação pública administrativa, orientando as condutas das empresas reguladas. Dessa forma, a fiscalização e regulamentação desses contratos pelas agências representarão sempre “a intervenção do Estado no domínio econômico e o fortalecimento da competição no setor privado”¹⁷⁰.

É oportuno, reiterar que nem sempre o Estado assumiu o papel de regulação na ordem econômica. O Estado, ao longo do tempo, por sinal, ostentou diversas funções, transformando-se a cada período, o que pode ser constatado através da relação Estado e sociedade ou Estado e Mercado, como já apontado no item 2.1., retro, onde se observou a passagem do Estado liberal ao social, bem como suas preocupações em cada época, uma vez que surgiram problemas complexos que dificultaram a execução desta atividade pela sociedade isoladamente, o que impôs ao Estado a ingerência sobre elas, uma vez que

A construção e o estabelecimento das grandes infra-estruturas pressupõe uma planificação à escala nacional: é necessário projectar, programar, determinar ou decidir quando, onde em que termos deve ser efectuada a construção e o estabelecimento. Posteriormente, é necessário decidir acerca da sua gestão ou exploração.¹⁷¹

Aparecem, portanto, novas tarefas administrativas, como saúde e telecomunicação, as quais, uma vez realizadas, iriam satisfazer as necessidades do cidadão. Tem-se, então, a base para construção de um serviço público social. É o que se depreende da lição de Paulo Gonçalves e Licínio Lopes Martins¹⁷², *in verbis*:

Assegurar o desenvolvimento das grandes fontes de energia (eletricidade, carvão), dos principais meios de transporte (ferroviário, aéreo, marítimo e terrestre), das comunicações (correio e telefone), bem como a satisfação de outras necessidades básicas dos cidadãos (v.g., o fornecimento de água potável), passou a ser tarefa *normal e necessária* do Estado. (realces no original)

¹⁶⁸ GONÇALVES, Pedro Costa. **Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante**, p. 124

¹⁶⁹ GONÇALVES, Pedro Costa. **Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante**, p. 127

¹⁷⁰ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**, p. 257

¹⁷¹ GONÇALVES, Pedro. MARTINS, Licínio Lopes. **Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador**, p. 175

¹⁷² GONÇALVES, Pedro. MARTINS, Licínio Lopes. **Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador**, pp. 177-178

Dessa forma, é possível compreender a razão pela qual o Estado adotou a figura da concessão para cumprir aludidas atividades, uma vez que, como o concessionário vai gerir o serviço em seu próprio nome e por sua conta, assume, também, os resultados dessa gestão, ou seja, através do contrato de concessão, a entidade concedente transfere para o concessionário a responsabilidade de execução que incumbia a ela, mas não a sua titularidade. Por oportuno, convém ressaltar que essa autonomia de gestão deve ser funcionalizada, isto é, a gestão realizada pelo concessionário deve satisfazer o interesse público que lhe foi imputado; tanto é que a Administração, vulgo Estado, deve acompanhar, de forma contínua, a aludida atividade funcionalizada em prol dos consumidores do serviço público¹⁷³, evitando-se, assim, a responsabilidade da Administração concedente. A esse acompanhamento denomina-se poder fiscalizatório, que pode assumir as modalidades de controle: técnico (constituem os meios técnicos, como pessoa e material, utilizados para ou na gestão do serviço), financeiro (verificação da solvabilidade, analisando-se documentos desta natureza) e jurídico (análise do cumprimento dos deveres do concessionário em relação a terceiros).

Por sinal, compete ao ente regulador, como ANATEL e ANS, fiscalizar a prestação de serviço realizada pelo ente regulado. É válido destacar que a não observância pelo concessionário de sua atividade funcionalizada, o que pode ser comprovado por meio das diversas espécies de controle, incidirá na imposição de sanções contratuais por parte do poder concedente, assumindo a função de punir o concessionário na gestão de serviço, ou se pondo um fim à própria relação de concessão.

Outrossim, é importante mencionar que o ente regulador edita resoluções normativas, as quais devem ser interpretadas como verdadeiras condições gerais dos contratos e, por isso, elas estão inseridas nos contratos de adesão firmados entre ente regulado e consumidor.

Relativamente à ANATEL, suas resoluções regulam o setor de telecomunicações, consoante dispõe o art. 22 da LGT, destacando-se alguns de seus incisos que têm correspondência direta e imediata com o assunto, ora em análise, a saber:

Art. 22. Compete ao Conselho Diretor:

I - submeter ao Presidente da República, por intermédio do Ministro de Estado das Comunicações, as modificações do regulamento da Agência;

[...]

V - aprovar editais de licitação, homologar adjudicações, bem como decidir pela prorrogação, transferência, intervenção e extinção, em relação às outorgas para prestação de serviço no regime público, obedecendo ao plano aprovado pelo Poder Executivo;

VI - aprovar o plano geral de autorizações de serviço prestado no regime privado;

¹⁷³ GONÇALVES, Pedro. MARTINS, Licínio Lopes. **Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador**, p. 277

VII - aprovar editais de licitação, homologar adjudicações, bem como decidir pela prorrogação, transferência e extinção, em relação às autorizações para prestação de serviço no regime privado, na forma do regimento interno;
[...]

Significa dizer que se entre as competências do Conselho Diretor, encontram-se submissões de determinados atos ao Presidente da República ou ao plano aprovado pelo Poder Executivo; então, se aludidas hipóteses contrariam o direito do consumidor a uma adequada prestação de serviço público, tem-se a responsabilidade imputada ao Estado, uma vez que, de alguma maneira, observa-se a participação de uma de suas esferas.

Por sua vez, o procedimento dessa agência está previsto nos arts. 1º, 2º e 35 do seu Regulamento (Decreto nº 2.338, 7.10.1997), *in verbis*:

Art. 1º A Agência Nacional de Telecomunicações, criada pela Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, é entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações.

§ 1º A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, autonomia financeira, ausência de subordinação hierárquica, bem como mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes.

§ 2º A Agência atuará como autoridade administrativa independente, assegurando-se-lhe, nos termos da Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência.

§ 3º A Agência tem sede e foro na Capital da República e atuação em todo o território nacional.

§ 4º A extinção da Agência somente ocorrerá por lei específica.

Art. 2º A Agência organizar-se-á nos termos da Lei nº 9.472, de 1997, e deste Regulamento, bem como das normas que editar, inclusive de seu Regimento Interno.

Outrossim, é complementado pelos arts. 40, I, 62, 65 e 66 do seu Regulamento Interno (RI nº 612, 29.04.2013), os quais, novamente, apontam o Presidente da República ou Poder Executivo como aquele que deve analisar alterações decorrentes do Regulamento, bem como se verifica que as Resoluções, atos de caráter normativo, editados por essa agência, devem ser precedidos de Análise de Impacto Regulatório e, ainda, analisar as críticas e sugestões feitas através da Consulta Pública, antes de editar a Resolução, não se constatando nada disso, na prática. No mais, para que haja a edição de uma Resolução, é preciso que o Conselho Diretor respeite a legislação aplicável à elaboração, redação e consolidação das leis, ou seja, a própria legislação consumerista. Válido, portanto, transcrever abaixo aludidos dispositivos:

Art. 35. Compete ao Conselho Diretor, sem prejuízo de outras atribuições previstas na Lei, neste Regulamento ou no Regimento Interno:

[...]

II - submeter ao Presidente da República, por intermédio do Ministro de Estado das Comunicações, as propostas de modificação deste Regulamento;

V - exercer o poder normativo da Agência relativamente às telecomunicações, nos termos do art. 17;

VI - aprovar editais de licitação, homologar adjudicações, bem como decidir pela prorrogação, transferência, intervenção e extinção, em relação às outorgas para

prestação de serviço no regime público, obedecendo ao plano aprovado pelo Poder Executivo;

[...]

Art. 40. A Agência manifestar-se-á mediante os seguintes instrumentos:

I - Resolução: expressa decisão quanto ao provimento normativo que regula a implementação da política de telecomunicações brasileira, a prestação dos serviços de telecomunicações, a administração dos recursos à prestação e o funcionamento da Agência;

[...]

Art. 62. Os atos de caráter normativo da Agência serão expedidos por meio de Resoluções, de competência exclusiva do Conselho Diretor, observado o disposto nos arts. 59 e 60, relativos aos procedimentos de Consultas Pública e Interna, respectivamente.

Parágrafo único. Os atos de caráter normativo a que se refere o **caput**, salvo em situações expressamente justificadas, deverão ser precedidos de Análise de Impacto Regulatório.

Art. 65. O Conselho Diretor tem o dever de, antes de editar a Resolução, examinar as críticas e sugestões encaminhadas em virtude de Consulta Pública e, quando houver, de Audiência Pública, assim como aquelas formuladas pelos Comitês de que trata o art. 60 do Regulamento da Agência.

[...]

Art. 66. As Resoluções serão redigidas em conformidade com o disposto na legislação aplicável à elaboração, redação e consolidação das leis, e observarão os seguintes requisitos formais:

[...]

Ocorre que algumas Resoluções Normativas, embora ainda vigentes, estão eivadas de vícios e, por isso, contaminam os contratos de adesão firmados entre ente regulado e consumidor, comprometendo o interesse público perseguido, entre as quais, destacam-se as de 426, 09.12.2005 (Aprova o Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC) e 605, 26.12.2012 (Aprova o Regulamento de Gestão de Qualidade da Prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado – RGQ-STFC.), o que poderá ser constatado quando da análise do julgado TJ-MS - EI: 18002 MS 2006.018002-1/0001.00, no item 3.4.

É sabido que compete à ANATEL, tão só, sustentar os termos do equilíbrio econômico que o Estado ajustou com o concessionário. Todavia, não incumbe à ANATEL instituir nova cobrança, a qual, segundo art. 175, III, da Lei Maior, por ser política tarifária, é matéria regulada por lei e não por ato administrativo, consubstanciando, portanto, em ilegalidade o art. 3º da Resolução ANATEL n. 426/05.

Observa-se a arbitrariedade decorrente do ônus tarifário pela mera disponibilização dos serviços, uma vez que o valor cobrado não possui qualquer nexos com a prestação do serviço de telecomunicações. Na verdade, a respectiva tarifa é composta por parcela dos custos gerenciáveis (administrados pela concessionária), não gerenciáveis (independem da gestão da concessionária) e a remuneração dos investimentos realizados para manutenção da qualidade, as quais correspondem ao reembolso dos gastos da concessionária, não se podendo

transferir esse ônus ao consumidor. No mais, impor uma contribuição mensal fixa do usuário por um serviço que nem sempre utiliza, ou utiliza a menor, constitui em verdadeiro ato abusivo praticado pela ANATEL.

Outrossim, constata-se violação do direito básico do consumidor, como a informação, previsto nos arts. 4º, IV, e 6º, II, do CDC, bem como, indireta e implicitamente, no desrespeito ao princípio da boa-fé objetiva, insculpido nos arts. 4º, III e 51, IV, também, da legislação consumerista, uma vez que constitui uma praxe das empresas concessionárias de serviço público de telefonia a omissão, nas faturas de pagamento, das razões da cobrança intitulada “assinatura básica residencial”. Por sinal, não há clareza nem explicações em seus respectivos contratos.

Por isso, constitui ilicitude por parte da empresa de telefonia a cobrança da tarifa de assinatura básica pautada em normas administrativas editadas pela ANATEL (art. 3º, XXIV, da Resolução n. 426/05), pois a autarquia não tem atribuição para instituir a cobrança da respectiva prestação, mas, somente, compete à ANATEL sustentar os termos do equilíbrio econômico que ajustou com o concessionário. Assim, como dispõe o art. 175, III, da CF/88, a política tarifária é matéria a ser regulada por lei, reitere-se, e não por ato administrativo. Por oportuno, em atenção ao princípio da legalidade, vigente no ordenamento jurídico brasileiro, somente a lei pode criar, modificar ou extinguir direito, o que não ocorre neste caso, visto que a mencionada resolução é um ato normativo administrativo. Em tempo, à época do fato vigia a Resolução 85/98, a qual foi revogada pela Resolução 426/2005.

Dessa forma, se não há previsão legal da sua cobrança, como pressuposto para que o consumidor possa ter direito à prestação (fruição) contínua do serviço, revela-se, então, indevida e ilegal aludida cobrança, contrariando as regras e os princípios insculpidos no Código de Defesa do Consumidor, bem como da própria Administração Pública.

Configuradas estão a ilegalidade e a abusividade da cobrança da tarifa de assinatura mensal dos consumidores, independentemente da utilização do serviço, o que transgride o art. 51 do CDC, devendo ser declarada, portanto, a nulidade da cláusula que prevê a sua cobrança, inserta no *contrato de concessão do serviço fixo comutado local*, firmado entre o consumidor e a ANATEL.

Outrossim, válido ressaltar os planos de serviços ofertados pelo Ente Regulado, como Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC, Serviço Móvel Pessoal – SMP, Serviço de Comunicação Multimídia – SCM e Serviços de Televisão por Assinatura, segundo Resolução nº 632, 07/03/2014, da ANATEL, devem ser disponibilizados ao consumidor, com base em critérios definidos no art. 45, *in verbis*:

Art. 45. Todos os Planos de Serviço comercializados pela Prestadora devem estar apresentados em sua página na internet, atendendo-se aos seguintes critérios:

I - disponibilização de listagem integral, a partir de atalho em sua página inicial, na qual conste a identificação dos Planos pelo nome e por seu número junto à Agência, se for o caso; e,

II - disponibilização de descritivo detalhado do Plano, acompanhado dos preços e tarifas em vigor.

Parágrafo único. As mesmas disposições aplicam-se a Ofertas Conjuntas e promoções.

[...]

Relativamente ao Serviço Telefônico Fixo Comutado, segundo a Resolução nº 426, 09/12/2005, ele abrange as modalidades local, longa distância nacional e internacional, como se depreende dos arts. 6º e 7º, 47 e 48, a saber:

Art. 6º São modalidades do STFC:

I - local: destinada à comunicação entre pontos fixos determinados situados em uma mesma área local ou em localidades distintas que possuam tratamento local;

II - longa distância nacional: destinada à comunicação entre pontos fixos determinados, situados em áreas locais distintas no território nacional e que não pertençam a localidades que possuam tratamento local; e

III - longa distância internacional: destinada à comunicação entre um ponto fixo situado no território nacional e outro ponto no exterior.

Art. 7º O STFC é caracterizado pelo estabelecimento de comunicação entre dois pontos fixos nos modos chamada a chamada, semi-permanente e permanente, por meio de procedimentos automáticos ou semi-automáticos.

Convém, ainda, ressaltar que aludida Resolução nº 426 dispõe em seus arts. 47 e 48 que essas modalidades (local, longa distância nacional e internacional) podem ser ofertadas como plano básico ou alternativo, *in litteris*:

Art. 47. A prestadora deve oferecer plano básico de serviço, em uma das formas de pagamento, pós-pago ou pré-pago, entendido como o plano de serviço de oferta obrigatória e não discriminatória a todos os usuários ou interessados no STFC.

§ 1º A estrutura tarifária e os critérios de tarifação do plano básico de serviço da concessionária são definidos em regulamentação específica.

§ 2º Os valores, a estrutura de preços e os critérios de estabelecimento de preços do plano básico de autorizada do STFC são por ela definidos, devendo dar conhecimento à Agência do seu inteiro teor nas condições dispostas nos termos de autorização.

§ 3º O plano básico de serviço da autorizada do STFC não pode ser alterado durante o prazo de vigência, salvo o reajuste de preços previsto, considerando-se automaticamente renovada a sua vigência, por igual período, caso não ocorra o disposto no § 4º deste artigo.

§ 4º As alterações do plano básico de serviço devem ser comunicadas ao usuário e a Agência, em até 90 (noventa) dias, antes da próxima data de vigência.

Art. 48. A prestadora pode oferecer planos alternativos de serviço, nas formas de pagamento, pós-pago, pré-pago, ou uma combinação de ambas, disponíveis a todos os usuários ou interessados no STFC, entendido como opcional ao plano básico de serviço, sendo a estrutura de preços e demais características associadas definidas pela prestadora. (Redação dada pela Resolução nº 632, de 7 de março de 2014)

§ 1º A Agência, em face da necessidade de serviços para a sociedade, pode estabelecer planos alternativos de serviço específicos a serem implementados por prestadora com PMS, devendo os preços unitários destes planos considerar parâmetros de mercado e o equilíbrio econômico financeiro do contrato.

§ 2º O plano alternativo de serviço não pode ser alterado, salvo a título de reajuste de preços previsto, considerando-se automaticamente renovada a sua vigência, por igual período, caso não ocorra o disposto no § 3º deste artigo.

§ 3º Caso a prestadora decida pela não continuidade do plano alternativo de serviço, sua intenção deve ser comunicada ao usuário e à Agência, com antecedência mínima de 90 (noventa) dias do seu termo final.

§ 4º Na ocorrência do previsto no § 3º deste artigo, o usuário pode solicitar, no termo final de vigência do plano, sem ônus a título de habilitação ou de adesão, a transferência para outro plano de serviço ou a rescisão do respectivo contrato de prestação de STFC.

~~§ 5º A prestadora não pode estabelecer prazo de vínculo do assinante a plano alternativo de serviço. (Revogado pela Resolução nº 632, de 7 de março de 2014)~~

§ 6º A prestadora deve permitir a transferência de um plano alternativo de serviço para outro qualquer.

§ 7º Na transferência entre planos alternativos, é vedada a cobrança de valores não previstos na estrutura de preços do plano de destino, ressalvada a multa decorrente da inobservância do Contrato de Permanência. (Redação dada pela Resolução nº 632, de 7 de março de 2014)

§ 8º Aplicam-se aos planos alternativos de serviço as mesmas disposições regulamentares incidentes sobre o plano básico no que tange à qualidade dos serviços oferecidos, inclusive as previstas no RGQ-STFC. (Redação dada pela Resolução nº 615, de 7 de junho de 2013)

No mais, segundo a Resolução nº 477, 07/07/2007, no seu art. 4º, estabelece a definição de Serviço Móvel Pessoal, o qual pode ser prestado nas modalidades pré-paga e pós-paga ou, ainda, por planos controles, os quais misturam características dos dois primeiros. Oportuno transcrever o art. 4º, a saber:

Art. 4º Serviço Móvel Pessoal - SMP é o serviço de telecomunicações móvel terrestre de interesse coletivo que possibilita a comunicação entre Estações Móveis e de Estações Móveis para outras estações, observado o disposto neste Regulamento.

No tocante ao Serviço de Comunicação Multimídia, a Resolução nº 614, 28/05/2013, dispõe que

Art. 3º O SCM é um serviço fixo de telecomunicações de interesse coletivo, prestado em âmbito nacional e internacional, no regime privado, que possibilita a oferta de capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia, permitindo inclusive o provimento de conexão à internet, utilizando quaisquer meios, a Assinantes dentro de uma Área de Prestação de Serviço.

§ 1º A prestação do SCM não admite a transmissão, emissão e recepção de informações de qualquer natureza que possam configurar a prestação de serviços de radiodifusão, de televisão por assinatura ou de acesso condicionado, assim como o fornecimento de sinais de vídeos e áudio, de forma irrestrita e simultânea, para os Assinantes, na forma e condições previstas na regulamentação desses serviços.

§ 2º Na prestação do SCM não é permitida a oferta de serviço com as características do Serviço Telefônico Fixo Comutado destinado ao uso do público em geral (STFC), em especial o encaminhamento de tráfego telefônico por meio da rede de SCM simultaneamente originado e terminado nas redes do STFC.

§ 3º Na prestação do SCM é permitida a implementação da função de mobilidade restrita nas condições previstas na regulamentação específica de uso de radiofrequência.

No que concerne ao Serviço de Televisão por Assinatura, este pode ser prestado em forma de pacote ou de plano. O primeiro é composto por grupos de canais e o segundo está relacionado ao primeiro quando somado a outras comodidades, como canais a *la carte* ou *pay-per-view*. Segundo a Resolução nº 488, 03/12/2007, a qual aprova o Regulamento de

Proteção e Defesa dos Direitos dos Assinantes dos Serviços de Televisão por Assinatura, entende que

Art. 24. Qualquer que seja o plano de serviço contratado, os mecanismos necessários para aquisição de programação ofertada individualmente ou outras facilidades, devem estar sempre à disposição do assinante, desde que a Prestadora ofereça esse serviço.

[...]

~~Art. 33. O contrato celebrado entre as partes deve estar na forma escrita e ser entregue ao Assinante até a instalação do serviço. (Revogado pela Resolução nº 632, de 7 de março de 2014)~~

§ 1º O contrato deve ser redigido em termos claros com caracteres ostensivos e de fácil compreensão.

§ 2º Deverão constar no contrato as condições de contratação, prestação e suspensão dos serviços, os preços cobrados, bem como a periodicidade e o índice aplicável, em caso de reajuste.

Art. 34. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao assinante.

Por sua vez, a Resolução nº 632, 07/03/2014, em seu art. 3º, aponta os direitos do consumidor, no tocante a esses serviços, a saber:

Art. 3º O Consumidor dos serviços abrangidos por este Regulamento tem direito, sem prejuízo do disposto na legislação aplicável e nos regulamentos específicos de cada serviço:

I - ao acesso e fruição dos serviços dentro dos padrões de qualidade e regularidade previstos na regulamentação, e conforme as condições ofertadas e contratadas;

[...]

IV - ao prévio conhecimento e à informação adequada sobre as condições de contratação, prestação, meios de contato e suporte, formas de pagamento, permanência mínima, suspensão e alteração das condições de prestação dos serviços, especialmente os preços cobrados, bem como a periodicidade e o índice aplicável, em caso de reajuste;

[...]

XX - a não ter cobrado qualquer valor alheio à prestação do serviço de telecomunicações sem autorização prévia e expressa. (sem destaques no original)

Percebe-se, portanto, quando da análise do TJ-MS - EI: 18002 MS 2006.018002-1/0001.00, no item 3.4, que vários foram os incisos (v.g. I, IV e XX) violados do art. 3º, da Resolução nº 632, 07/03/2014, o que é inadmissível!

Por sua vez, quanto à ANS, suas resoluções regulam o setor de saúde suplementar, consoante dispõe o art. 4º da Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, *in verbis*:

Art. 4º Compete à ANS:

I - propor políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar - Consu para a regulação do setor de saúde suplementar;

II - estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras;

III - elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades;

[...]

IX - normatizar os conceitos de doença e lesão preexistentes;

[...]

XXIII - fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento;

[...]

XXIX - fiscalizar o cumprimento das disposições da Lei nº 9.656, de 1998, e de sua regulamentação;

[...]

XXXVI - articular-se com os órgãos de defesa do consumidor visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde, observado o disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990;

XXXVII - zelar pela qualidade dos serviços de assistência à saúde no âmbito da assistência à saúde suplementar;

[...]

XXXIX - celebrar, nas condições que estabelecer, termo de compromisso de **ajuste de conduta e termo de compromisso** e fiscalizar os seus cumprimentos; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

[...]

(sem realces no original)

Não há dúvida, então, de que, embora as atribuições da ANS sobre as operadoras de planos de saúde tenham previsão legal (art. 4º, Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000), quando são desempenhadas pelo ente regulador, a exemplo daquelas contidas nos incisos II, III e IX, constituem um verdadeiro abuso de direito, ofendendo o direito do consumidor insculpido no art. 6º, X, CDC, bem como no próprio inciso XXIX, do art. 4º, retro, até porque, também, imposições contidas nos incisos XXIII, XIX, XXXVI e XXXIX não são cumpridas a contento. Por sinal, se o termo de ajustamento de conduta está pautado em instruções normativas, essas podem, embora tenham previsão legal, ser consideradas abusivas, inquinando, conseqüentemente, o aludido termo, o que é inadmissível, porque, como é sabido, as instruções normativas não podem contrariar os ditames consumeristas.

No mais, à ANS compete, apenas, normatizar conceitos de doença e lesão preexistente, não podendo dizer o mesmo acerca do tratamento médico, este incumbe àquele com expertise. Todavia, na prática, é visível esta atitude intervencionista por parte da ANS, o que implica em uma prática abusiva e, conseqüentemente, constraria a qualidade do serviço de assistência à saúde, o qual é consagrado no inciso XXVII, da Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000.

No mais, seu procedimento está estabelecido nos arts. 1º, 6º e 29 da sua Resolução Regimental (RR nº 01, 17.03.2017), a saber:

Art. 1º A Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, criada pela Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, é autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro - RJ, prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional, caracterizada pela autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes.

§ 1º A ANS é o órgão de regulação, **normatização**, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.

§ 2º A ANS terá por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.

[...]

Art. 6º À Diretoria Colegiada - DICOL compete:

[...]

XIX - autorizar a **celebração de termo de compromisso de ajuste de conduta** e de termo de compromisso;

[...]

XXIV - promover a **articulação** com os órgãos e entidades integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

[...]

Art. 29 Para fins desta resolução regimental, considera-se:

I - **instrução**: expressa decisão de caráter normativo e de serviço, de acordo com a seguinte classificação:

a) **normativa** - IN: para fins de detalhamento de matérias e procedimentos de alcance externo previstos em resoluções normativas;

b) de serviço - IS: para fins de detalhamento de normas, critérios, procedimentos, orientações, padrões e programas, de alcance interno, no âmbito de competência regimental de determinado órgão ou da ANS, conforme o caso;

[...]

(destaques de hoje)

Constata-se que, embora a normatização constitua um dever da ANS (art. 1º, §1º), sua incidência nas condições gerais dos contratos de consumo, através de instruções normativas, representa um verdadeiro abuso de direito do ente regulador, uma vez que são firmadas, muitas vezes, em instruções já ultrapassadas. Além disso, se os órgãos e entidades que integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor não promovem a articulação entre eles, como é exigido também, constituirá na violação do direito do consumidor.

Importante mencionar que a ANS¹⁷⁴ disponibiliza os seguintes planos de saúde: individual ou familiar, coletivo por adesão e coletivo empresarial, os quais seguem as recomendações das instruções normativas editadas pela agência.

No primeiro plano, o consumidor procura a operadora para contratar o plano, cuja adesão é livre e a cobertura deve ser informada no contrato, bem como seu rol de procedimentos coberto, permitindo a carência e a rescisão, apenas, em caso de fraude e/ou falta de pagamento, cuja cobrança será realizada diretamente pela operadora ao consumidor.

Relativamente ao segundo plano, existe uma associação profissional ou sindicato que contrata o plano para o consumidor e, dessa forma, a adesão exige um vínculo com aludida associação ou sindicato e a cobertura deve, também, ser informada no contrato, bem como o rol de procedimentos coberto, permitindo, ainda, carência, salvo para quem ingressar no plano em até 30 dias da celebração do contrato ou no aniversário dele, e a rescisão é prevista em

¹⁷⁴ ANS. **Formas de contratação de plano de saúde**. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/contratacao-e-troca-de-plano/dicas-para-escolher-um-plano/formas-de-contratacao-de-planos-de-saude>. Acesso em 10 de março de 2019

contrato e somente válida para o contrato como um todo; por sua vez, a cobrança é realizada pela pessoa jurídica contratante ou administradora de benefícios diretamente ao consumidor.

Por fim, no terceiro plano, assim como o segundo, existirá, também, uma associação profissional ou sindicato que contratará o plano para o consumidor e, dessa forma, a adesão exige um vínculo com pessoa jurídica por relação empregatícia ou estatutária e a cobertura deve, ainda, ser informada no contrato, bem como o rol de procedimentos coberto, permitindo, ainda, carência, salvo para quem ingressar no plano em até 30 dias da celebração do contrato ou da vinculação à empresa, e a rescisão é prevista em contrato e somente válida para o contrato como um todo; por sua vez, a cobrança é realizada pela pessoa jurídica contratante ou administradora de benefícios diretamente ao consumidor.

Todavia, algumas Instruções Normativas, ainda vigentes, encontram-se contaminadas por vícios e, conseqüentemente, atingem os contratos de adesão firmados entre ente regulado e consumidor, não realizando o interesse público almejado, entre as quais, sobressaem-se as de nº 387, 28.10.2015 (Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999; fixa as diretrizes de atenção à saúde; revoga as Resoluções Normativas - RN nº 338, de 21 de outubro de 2013, RN nº 349, de 9 de maio de 2014; e da outras providências) e 167, 09.01.2007 (Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999, fixa as diretrizes de Atenção à Saúde e dá outras providências) e seu Anexo II (Diretrizes de Utilização para Cobertura de Procedimentos na Saúde Suplementar), o que poderá ser verificado quando do exame dos julgados TJ-PR - APL: 13017099 PR 1301709-9, TJ-RJ - APL: 03612442920128190001 e TJ-SP 10095303920178260576, todos no item 3.4.

A Resolução Normativa nº 338/2013 editada pela ANS, vigente ao tempo da demanda, e hoje revogada pela Resolução nº 387/2015, disciplinava sobre o tratamento experimental, e não havia indicações descritas na bula/manual, registrado na ANVISA, sobre o uso *off-label*.

É importante destacar que é pacífico o entendimento do STJ, através da interpretação da Súmula 608, no sentido de que é responsabilidade do médico, e não da operadora do plano de saúde, a orientação terapêutica adequada ao paciente. Dessa forma, quando a operadora nega cobertura de tratamento clínico ou cirúrgico sob a justificativa de que "não possui as indicações descritas na bula/manual registrado na ANVISA (uso *off-label*)", está a ANS interferindo na expertise médica e, portanto, contrariando o posicionamento do nosso Colendo Superior Tribunal de Justiça e ultrapassando os limites da mera regulamentação prevista no

art. 10, I, da Lei n. 9.656/1998, pois que essa previsão é meramente exemplificativa. Ou seja, a ingerência da operadora constitui uma ação arbitrária e abusiva na relação contratual, colocando o consumidor em desvantagem exagerada, contrariando o art. 51, IV, do CDC, além de não ter qualquer tipo respaldo na Lei n. 9.656/98.

Convém salientar que as resoluções da ANS vinculam os contratantes, porém elas não podem contrariar os ditames do Código do Consumidor ou da Lei dos Planos de Saúde, bem como os princípios, por sinal, constitucionais da administração pública, como o da razoabilidade e proporcionalidade.

No mais, não resta dúvida que a ANS, através de suas atribuições insculpidas nos incisos do art. 4º, da Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, como: II - estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras; III - elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades; XV - estabelecer critérios de aferição e controle da qualidade dos serviços oferecidos pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, sejam eles próprios, referenciados, contratados ou conveniados; XXIII - fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento; XXIX - fiscalizar o cumprimento das disposições da Lei nº 9.656, de 1998, e de sua regulamentação; XXXVI - articular-se com os órgãos de defesa do consumidor visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde, observado o disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990; XXXVII - zelar pela qualidade dos serviços de assistência à saúde no âmbito da assistência à saúde suplementar; é responsável pelo conteúdo dos contratos firmados entre as operadoras dos planos de saúde e o consumidor e, assim, constatada está a violação do direito do consumidor, conforme se observará dos julgados colacionados no item 3.4.

É sabido, no tocante à extensão dos poderes, que as agências reguladoras não desempenham função legislativa propriamente dita, caso contrário atacaria a separação de poderes e o princípio da legalidade, insculpido no art. 5º, II, CF/88; reconhece-se a elas, apenas, a possibilidade de regulamentar a lei a partir de princípios ou conceitos genéricos, mas, tão-só, relativas aos contratos de concessão. Outrossim, é oportuno mencionar que os atos normativos editados pelas agências, ainda que integrem sua competência, não estão isentos ao controle jurisdicional em um Estado Constitucional de Direito, com base na Constituição Federal, não existindo qualquer óbice ao controle desses ou dos atos administrativos ou legislativos em geral.

No mais, o contrato de plano de saúde é de consumo, conforme dispõe a Súmula 608 do STJ. Dessa forma, eventual cláusula de não-cobertura em hospital não-conveniado ou não cobertura de determinado tratamento médico-hospitalar, poderá ser impugnada com fulcro no art. 51, § 1.º, do CDC, até porque a não-cobertura plena, por si só, já coloca em risco o próprio objeto do contrato de plano de saúde, uma vez que mantém o usuário em uma situação de risco incompatível ao programa contratual, que tem por fim proteger a saúde do consumidor. Por sinal, se permitida referida cláusula, poderia o serviço prestado até ser considerado adequado e eficiente, mas a operadora simplesmente estaria fornecendo um serviço incompleto, sem apontar argumentos pautados na razoabilidade ou proporcionalidade, ou seja, o contrato com cláusula nesse sentido, acarretaria uma frustração ao consumidor que não teria sua saúde assegurada, objetivo esse da realização do contrato.

Dessa forma, convém esclarecer que todos os atos jurídicos em geral, incluindo os normativos, inclusive os restritivos de direitos fundamentais, devem ser interpretados a partir de princípios constitucionais, como o da: conformidade, proporcionalidade, unidade e supremacia da Constituição; bem como, se esses atos regulam contratos de consumo, como as resoluções da ANS, devem ser analisados com base nas normas do Código de Defesa do Consumidor, com o objetivo de se evitar um ato capaz, quando e se introduzido no contrato de plano de saúde, de ensejar uma cláusula abusiva. Significa dizer que o CDC deve, portanto, ser utilizado como parâmetro ao exercício da atividade da Agência reguladora, ou seja, serão os atos normativos considerados ilegais, se ofensivos à ordem jurídica, sempre que houver discrepância com os limites impostos pela norma consumerista, devendo ser submetidos, nessas hipóteses, ao controle judicial. Não se pode conceber, portanto, a ANS agindo como verdadeiro legislador, com fundamento de exercer poderes que lhe são pretensamente conferidos pela LPS (Lei 9656/98) e Lei 9.961/2000, violando, assim, a separação dos poderes e as normas do CDC, a qual é norma de ordem pública e origem constitucional, como consagra seu art. 1º.

É perceptível, portanto, que tanto as Resoluções Normativas da ANATEL quanto as Instruções Normativas da ANS, violam, ainda, os princípios da administração pública, apontados anteriormente no item 3.2.1., uma vez que, na realidade, estes atos normativos expressam a supremacia do interesse individual sobre o público, acarretando prejuízo a pessoas determinadas – os consumidores -, pois, embora estejam os contratos de prestação de serviço público em consonância com os atos normativos, estes configuram uma verdadeira ofensa às regras de boa administração, bem como há uma afronta à boa-fé, uma vez que se verifica uma conduta desleal por parte do Ente Regulado quando da elaboração de atos

normativos incompatíveis com os ditames consumeristas, representados nas condições gerais destes aludidos contratos, repercutem, assim, na confiança depositada do consumidor na Administração Pública.

Enfim, nenhum texto normativo deve ser interpretado literalmente: uma adequada interpretação da resolução deve pautar-se, especialmente, pelo princípio da razoabilidade. Todavia, é salutar a preocupação de Marcelo Neves quanto à aplicabilidade dos princípios aos casos concretos, bem como a utilização da ponderação de valores, eis que:

... os princípios são mais apropriados a abusos no processo de concretização, pois eles estão vinculados primariamente ao momento de abertura cognitiva do direito. Quando funcionam em um Estado constitucional rigorosamente consistente (autorreferência), eles desempenham um papel fundamental para adequar o direito à sociedade (heterorreferência). **Entretanto, se o contexto social e a respectiva prática jurídica são fortemente marcados pelas ilegalidades e inconstitucionalidades sistematicamente praticadas pelos agentes públicos, uma doutrina principialista pode ser fator e, ao mesmo tempo, reflexo de abuso de princípios na prática jurídica.**

[...]

Um afastamento de regras a cada vez que se invoque retoricamente um princípio em nome da justiça, em uma sociedade complexa com várias leituras possíveis dos princípios, serve antes à acomodação de interesses concretos e particulares, em detrimento da força normativa da Constituição.

[...]

Mais problemático e muito mais presente do que tendências à absolutização de princípios em detrimento de princípios mais específicos e de regras é a “compulsão ponderadora”, que faz parte de um lugar comum na nova paisagem constitucional brasileira. ... Mais uma “ponderação sem limites” do ponto de vista da jurisdição constitucional tem efeitos devastadores para a relação de autonomia e condicionamento recíproco entre política e direito no Estado constitucional. Ela leva, ao mesmo tempo, uma judicialização da política e a uma politização do direito.

[...]

Quando se fala de judicialização da política e politização do direito pretende-se referir a um excesso, uma hipertrofia, em detrimento, respectivamente, do Estado de direito e da democracia.¹⁷⁵ (destaques de hoje)

Infelizmente, esta inquietação do autor Marcelo Neves é, de fato, pertinente ao nosso estudo, uma vez que presenciamos as ilegalidades praticadas pelos agentes públicos, através da aplicação das **Resoluções Normativas n^{os} 426, 09/12/2005, e 605, 26/12/2012**, ambas da ANATEL, bem como das **Instruções Normativas n^{os} 387, 28/10/2015, e 167, 09/01/2007**, ambas da ANS, aos contratos de serviços públicos de telecomunicações e de saúde, que, embora vigentes, estão eivadas de vícios, comprovando a preferência pelos interesses particulares aos interesses públicos e, conseqüentemente, desrespeitando-se o direito básico do consumidor, insculpido no art. 6º, X, da norma consumerista, eis que

¹⁷⁵ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**, pp. 191-192, 194-195

... a invocação retórica dos princípios como nova panaceia para os problemas constitucionais brasileiros, seja na forma de absolutização de princípios ou na forma de compulsão ponderadora, além de implicar um modelo simplificador, pode servir para o encobrimento estratégico de práticas orientadas à satisfação de interesses avessos à legalidade e à constitucionalidade e, portanto, à erosão continuada da força normativa da Constituição.¹⁷⁶

Convém esclarecer que

[...] a agência reguladora, como órgão do Estado, sujeita-se aos ditames da Política Nacional das Relações de Consumo (art. 4º, *caput*, da Lei 8078/90), estando, assim, obrigada à “ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor” (art. 4º, II, CDC). Não será demasiado recordar que estes dispositivos consubstanciam o dever de implantação e/ou execução de políticas públicas de proteção efetiva ao consumidor, de onde será desprovida de sentido qualquer consideração de que, com proteger o contrato, ou o interesse público, estará cumprida a tarefa regulatória. Na edição dos atos relativos à sua competência normativa, a agência deverá atentar para o sistema de proteção instaurado pelo Código de Defesa do Consumidor.

A obrigação de defender o consumidor, doutra parte, não pode ser confundida com exclusividade ou supremacia da agência sobre os demais órgãos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. A agência deverá agir sempre em articulação com estes, nunca em sobreposição.¹⁷⁷

Dessa forma, é perceptível, através da análise feita dos atos normativos dessas agências, que a atuação das aludidas agências reguladoras é incompatível com os comandos insculpidos no art. 4º, *caput*, II, CDC, bem como não se observa uma harmonização delas com os órgãos que integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (art. 105, CDC), mas, sim, uma sobreposição, o que é inadmissível!

Após essa breve análise da relação Administração/Estado e entidade concessionária, por meio de contrato de concessão, faz-se necessário comentar acerca da relação concessionária e utentes do serviço público, pois esses são titulares de um direito à prestação de serviço público, o qual é anterior e até superior ao contrato de concessão entre Estado e concessionária, servindo esse contrato, na relação concessionária e utente, apenas, para operar a modificação subjetiva de responsabilidade na prestação do serviço público.

Outrossim, a título de esclarecimento, é possível vislumbrar a presença de dois contratos: o primeiro é o de concessão entre o Poder Público (Estado-concedente) e a Entidade (Pessoa Jurídica-concessionária), ou seja, entre Ente Regulador e Ente Regulado; já o segundo é o de consumo entre a Entidade (Pessoa Jurídica-concessionária) e o Utente (Consumidor). São, portanto, dois contratos coligados, um principal (concessão) e outro acessório (consumo), devendo o Poder Público, Estado, atuar como protetor da parte

¹⁷⁶ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**, p. 196

¹⁷⁷ FARENA, Duciran Van Marsen. **Regulação e Defesa do Consumidor no setor de telefonia**, p. 29

considerada vulnerável, o consumidor. Válido reforçar que nossa Lei Maior os disciplina, respectivamente, no art. 175 e art. 5º, XXXII c/c art. 170, V.

O primeiro possui as seguintes características: é um contrato administrativo típico (ato bilateral), determinado (com prazos longos a fim de concretizar o princípio da continuidade do serviço público), gratuito (já que o Estado-concedente não remunera diretamente a concessionária) e personalíssimo, cujo objeto é a prestação de um serviço público *stricto sensu* com a presença de cláusulas exorbitantes, nas quais se transfere a execução do serviço, mas não, insista-se, a sua titularidade, dependente de uma prévia lei autorizatória que fixará as condições de ajuste a uma determinada pessoa jurídica de direito privado. Entende-se por cláusulas exorbitantes aquelas que contemplam privilégios para a Administração contratante, como¹⁷⁸:

- a) alterações e rescisão unilateral do contrato por parte da Administração Pública;
- b) restrições ao uso da “exceção do contrato não cumprido” (*exceptio non adimplenti contractus*);
- c) fiscalização e controle do contrato;
- d) aplicação de penalidades;
- e) reajustamento dos preços e tarifas e
- f) manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste

A partir dessas cláusulas exorbitantes, é possível observar que o Estado, Administração Pública-concedente, detém amplos poderes, como: regulamentar (responsável pelo desenvolvimento e efetivo cumprimento do serviço concedido), fiscalizar (com cooperação do usuário, pois esse deve ser cientificado, em até 30 dias, das providências tomadas pelo concedente quando observada irregularidade na prestação), alterar unilateralmente o contrato (disposições regulamentares em função da necessidade pública envolvida), aplicar penalidades (em face da inexecução total ou parcial do contrato, como: advertência, multa, suspensão etc), intervir (diante de irregularidades na execução ou prestação inadequada do serviço) e extinguir a concessão (em caso de advento do termo, encampação, caducidade, rescisão, anulação, falência ou extinção da concessionária, falecimento ou incapacidade do titular). Por isso, o Estado, Administração Pública-concedente, deve utilizar-se desses aludidos poderes quando o serviço não for prestado adequadamente ao consumidor. No mais, entende-se por serviço adequado, consoante art. 6º da Lei 8987/95, *in verbis*:

¹⁷⁸ ROLIM, Luiz Antônio. **A administração indireta, as concessionárias e permissionárias em juízo**, pp. 231-232

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

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

Por sinal, pode-se afirmar que o dispositivo acima transcrito tem três¹⁷⁹ destinatários, a saber: “O primeiro é o próprio Estado a quem incumbe estruturar a concessão (ou permissão) de molde a assegurar os resultados e as finalidades ali consagradas.”; “O segundo destinatário é o concessionário ou permissionário, cujo dever é promover todas as atividades necessárias a configurar serviço compatível com o modelo legal.”; e “Por fim, a configuração do *serviço adequado* produz efeitos no âmbito dos usuários. Tanto se pode afirmar que o serviço adequado corresponde a um direito dos usuários, como também cabe a assertiva de que os usuários ficam vinculados a tais regras.”.

Outrossim, convém esclarecer que o conceito de serviço adequado é indeterminado, apresentando vários contornos consoante as peculiaridades de cada serviço, bem como as necessidades para o qual foi orientado. Ao ser adotado um conceito indeterminado, poder-se-á compreendê-lo sob o enfoque qualitativo das vantagens e custos.

Insta pontuar que essa adjetivação à adequação, segundo Marçal Justen Filho¹⁸⁰,

consiste, basicamente, na eficiência do ponto de vista técnico-econômico. A atividade deve ser estruturada segundo as regras técnicas a ela pertinentes e de modo a que se constitua em meio causalmente próprio para satisfazer necessidades dos usuários. A atividade em se que materializa o serviço público é um *meio-causa* que deve conduzir a um *fim-consequência*. Não será adequado o serviço que não for apto a satisfazer, do ponto de vista técnico, a necessidade que motivou sua instituição.

No mais, as características da regularidade (manutenção do serviço segundo padrões qualitativos e quantitativos uniformes), continuidade (ausência de interrupção) e segurança (vedação de risco a integridade física e emocional de quem quer que seja) são emanções diretas do conceito de eficiência.

Assim sendo, impõe-se ao Estado não se esquivar do seu dever diante da violação do direito do consumidor, insculpido no art. 6º, X, CDC, bem como exigir o cumprimento do termo de ajustamento de conduta, que, por sinal, será objeto de discussão, no Quarto Capítulo, este mecanismo administrativo que tem por objetivo impor ao Fornecedor, Entidade Pessoa Jurídica/Concessionária, um comportamento probo em consonância com os ditames da legislação consumerista, uma vez que foram apontadas em seu bojo várias condutas

¹⁷⁹ JUSTIN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**, pp. 302-303

¹⁸⁰ JUSTIN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**, p. 305

consideradas abusivas praticadas contra o consumidor. Dessa forma, se assim ocorrer, indaga-se o porquê da omissão do Estado, Administração Pública-concedente, em ordenar o cumprimento do aludido termo, já que o mesmo dispõe de tantos poderes, em virtude de suas cláusulas exorbitantes.

Por sinal, este tipo de contrato é submetido ao regime jurídico de direito público, conforme dispõe o art. 4º da Lei das Concessões, Lei 8987/95, c/c art. 175, Parágrafo Único, I, da Constituição Federal, a seguir transcritos, respectivamente:

Art. 4º A concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante contrato, que deverá observar os termos desta Lei, das normas pertinentes e do edital de licitação.

[...]

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;

Não há uma formulação constitucional conceitual precisa sobre a concessão do serviço público. Trata-se, portanto, de um regime jurídico complexo que tenta conciliar os interesses público e privado, mas que reclama

o exercício de competência de regulação e orientação de serviços públicos, quando a responsabilidade-garantia que vincula a Administração-concedente afigura-se irrenunciável e impõe uma atitude pública constante e efetiva junto ao desempenho dos serviços públicos transferidos. Essa função de regulamentação (em sentido amplo) é hoje exigência inarredável do Estado nacional e deve instalar-se sobretudo como função protetiva do direitos dos usuários dos serviços públicos.¹⁸¹

Uma vez que não há uma definição sobre concessão de serviço público e que essa está submetida a um regime jurídico complexo, é possível constatar que existem diferentes categorias de contratos em que ocorre a delegação da execução de serviço público, a saber:

- a. **concessão de serviço público ordinária, comum ou tradicional**, em que a remuneração básica decorre da tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da própria exploração do serviço; ...; nessa categoria entram as concessões disciplinadas pela Lei nº 8.987/95 e legislação esparsa sobre serviços públicos sujeitos a legislação própria, como os de telecomunicações, ...;
- b. **concessão patrocinada**, em que se conjugam a tarifa paga pelos usuários e a contraprestação pecuniária do concedente (parceiro público) ao concessionário (parceiro privado); conforme artigo 3º, §1º, da Lei nº 11.079, ela é disciplinada por essa lei, porém a Lei nº 8.987 a ela se aplica subsidiariamente;
- c. **concessão administrativa**, em que a remuneração básica é constituída por contraprestação feita pelo parceiro público ao parceiro privado, na forma do art. 6º

¹⁸¹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Uma releitura do poder de modificação unilateral dos contratos administrativos (jus variandi) no âmbito das concessões de serviços públicos**. pp. 122 e 123

da Lei nº 11.079; ela é disciplinada por essa lei e, adicionalmente, por alguns dispositivos da Lei nº 8.987;...¹⁸² (destaques no original)

Dessa forma,

A Lei nº 8.987, de 13-2-95, e a Lei nº 9.074, de 7-7-95, alteradas pelas Leis nºs 9.648, de 27-5-98, e 11.196, de 21-11-2005, disciplinam a concessão de serviços públicos comum ou tradicional. Porém, a Lei nº 8.987 aplica-se subsidiariamente à concessão patrocinada (conforme artigos 3º, §§1º e 5º da Lei 11.079, de 30-12-2004) e à concessão administrativa (conforme artigo 3º *caput*, da mesma Lei). A Lei 11.079 instituiu a chamada parceria público-privada, nas modalidades de concessão patrocinada e concessão administrativa, estabelecendo o regime jurídico a que elas se submetem; porém, repita-se, com aplicação subsidiária da Lei nº 8.987.¹⁸³

Do exposto, pode-se afirmar, segundo Marçal Justen Filho¹⁸⁴, que

O instituto da concessão do serviço público é via para organizar interesses potencialmente antagônicos, buscando assegurar a realização conjunta e concomitante de finalidades e interesses tendencialmente excludentes.

A concessão se vincula, primeiramente, à temática do serviço público. Isso significa o compromisso de atendimento a necessidades essenciais, diretamente relacionadas com o princípio da dignidade da pessoa humana, o que conduz usualmente participação estatal. Em qualquer caso, está em jogo o interesse coletivo, cuja persecução geralmente é atribuída ao Estado e que se faz sob regime jurídico de Direito Público.

Mas a concessão também se relaciona à exploração empresarial das atividades de serviço público, desenvolvida pela iniciativa privada sob a concepção da lucratividade. Daí se segue a aplicação de princípios peculiares ao âmbito não estatal, tais como a tutela à propriedade privada, à livre iniciativa e (eventualmente) à livre concorrência. Sob esse ângulo, está presente o interesse privado dos agentes econômicos, a quem se atribui o encargo de prestar o serviço público.

Apenas com a edição da Lei 8987/95, tem-se uma definição legislativa de concessão de serviço público, extraída do art. 2º, II, *in verbis*:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:
[...]

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

Dessa forma, só há concessão quando a gestão do serviço é transmitida ao âmbito dos particulares que o desempenham por conta e risco próprio; se não houver aludida transferência do risco, não há a figura da concessão.

Como contrato administrativo especial, contém as seguintes características: a permanência da natureza pública do serviço objeto da concessão, a titularidade estatal

¹⁸² DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas**, p.64

¹⁸³ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas**, p. 69

¹⁸⁴ JUSTIN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**, p. 11

privativa para regulamentar o serviço público, a competência estatal para inovar e alterar a situação anterior, enquadramento desta competência no regime democrático e relevância das condições originais da outorga. Outrossim, o art. 23, da Lei 8987/95 contempla as cláusulas básicas do aludido contrato, a saber: forma escrita; veiculação do contrato à lei; ao edital e às condições de licitação; possibilidade de modificação unilateral antes da assinatura do contrato; bem como as condições da prestação do serviço; relacionamento entre poder concedente, concessionário e usuários; relacionamento entre poder concedente e usuários, de modo específico; relacionamento entre concessionário e usuários, de modo específico. *In litteris*:

- Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:
- I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão;
 - II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço;
 - III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;
 - IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;
 - V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;
 - VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço;
 - VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la;
 - VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação;
 - IX - aos casos de extinção da concessão;
 - X - aos bens reversíveis;
 - XI - aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso;
 - XII - às condições para prorrogação do contrato;
 - XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente;
 - XIV - à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e
 - XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

Assim, o contrato de concessão “indica o conjunto das disposições originalmente estabelecidas no relacionamento entre poder concedente, concessionário e Sociedade.”¹⁸⁵.

Por sua vez, o segundo contrato, objeto de estudo do Segundo Capítulo, é de consumo, uma vez que nele se encontram todos os elementos de uma relação jurídica de consumo, de um lado, os sujeitos, o Usuário, como Consumidor, merecedor de tutela; o Poder Público ou seus delegados, como Fornecedores; e o serviço público na qualidade de objeto da relação jurídica de consumo.

¹⁸⁵ JUSTIN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**, p. 301

Faz-se necessário, aqui, um breve esclarecimento acerca da expressão usuário, que deve ser empregada para designar todos os sujeitos que, em tese, possam vir a utilizar o serviço público. Assim, usuário é uma pessoa ou até mesmo ente despersonalizado, desde que neste haja algum vínculo entre o sujeito qualificado como usuário e um ser humano. Convém salientar que nem todo consumidor é usuário, e adotará essa expressão se estiver utilizando um serviço público.

O entendimento acerca do consumidor como usuário não é pacífico, conforme já discutido no Segundo Capítulo, mas é digno repisar e refletir sobre o tema. Seguem alguns argumentos acerca da distinção entre os mesmos: são abordados na Constituição Federal em dispositivos diversos (serviço público, art. 175, parágrafo único, II; consumidor, arts. 5º, XXXII e 170, V); Emenda nº 19/98, art. 27, determina a elaboração de defesa do usuário de serviços públicos; usuário não é necessariamente destinatário final; vulnerabilidade não é característica essencial do usuário.

Todavia, válido trazer à baila a lição de Fabricio Bolsan¹⁸⁶, a qual apresenta razões favoráveis às semelhanças entre as terminologias, *in verbis*:

Primeiro, porque o fato da constituição da República ter disciplinado a defesa do consumidor em dispositivo diverso da defesa do usuário de serviço público, não significa que excluiu do conceito de consumidor a figura do usuário desse tipo de serviço.

[...]

Em nossa opinião, a preocupação do legislador reformador da Constituição da República não foi a de excluir da noção de consumidor a figura do usuário, mas a de entender pela necessidade de uma legislação específica em razão da importância do serviço prestado (serviço público), bem como pelo regime jurídico especial que norteia o desempenho desta atividade (regime de direito público).

[...]

... o conceito de consumidor não se resume ao de destinatário final de um produto ou de um serviço. Aliás, esse é apenas o conceito em sentido estrito de consumidor, previsto no *caput* do art. 2º do CDC.

[...]

Em suma, entendemos que o usuário pode se enquadrar perfeitamente ao conceito de consumidor destinatário final de um serviço público, somado ao fato deste serviço ser prestado com profissionalismo e habitualidade, além da patente vulnerabilidade do sujeito em apreço.

[...]

No tocante ao profissionalismo e à habitualidade, pode-se dizer que são requisitos para a prestação do serviço público adequado, conforme prevê o art. 6º, §1º, da Lei 8.987/95, em especial ao tratar da **regularidade e da eficiência**. (realces no original)

Outrossim, não se pode olvidar que o art. 3º do CDC enquadra a pessoa jurídica de direito público ou privado, ou seja, entidades da Administração Direta ou Indireta, além de particulares concessionários do serviço público, como fornecedores, quando ela atua com

¹⁸⁶BOLSAN, Fabricio. **Serviço Público e a Incidência do Código de Defesa do Consumidor**, pp. 235-237

profissionalismo e habitualidade na disposição de um serviço, como o público, no mercado de consumo. Mas há quem entenda que o Poder Público ou seus delegados não podem figurar como fornecedores, competindo, apenas, ao Poder Público regular a relação contratual entre fornecedor e consumidor, e o descumprimento dessa relação não acarretaria a responsabilidade do Poder Público, ignorando o aludido dispositivo consumerista. É oportuno trazer a baila, mais uma vez, a posição de Fabricio Bolzan¹⁸⁷ sobre o assunto, para o qual: “Desconsiderar as previsões da Lei nº 8.078/90 consiste em renúncia a um direito constitucional fundamental na medida em que a defesa do consumidor está prevista no art. 5º, Inciso XXXII, da Constituição da República.”.

No mais, é possível, sim, considerar o Poder Público desempenhando tanto a função de fornecedor como de regulador, uma vez que, como já apontado anteriormente no Segundo Capítulo, quando se impõe ao Estado promover a defesa do consumidor, deve-se considerar, reitere-se, a atuação de seus três poderes, a saber: executivo, legislativo e judiciário. A fim de corroborar com essa linha de raciocínio, faz-se necessário destacar que

Inicialmente é importante lembrar que quando tratamos da necessidade da intervenção estatal para regulamentar as relações de consumo, não nos resumimos à atuação do Poder Executivo (implementador das leis de consumo), mas também necessitamos dos Poderes Legislativo (elaborador dessas leis com caráter geral e abstrato) e Judiciário (que dirime conflitos de interesses envolvendo relação de consumo com força de coisa julgada).

Mesmo em relação ao Poder Executivo, não haveria conflito algum nessas atribuições, pois os órgãos de controle são compostos de profissionais especializados na defesa do consumidor e dotados de certa independência funcional, como é o caso dos PROCONs. Nesse sentido, não podemos esquecer ainda das Promotorias de Justiça especializadas na defesa do vulnerável dessa relação.¹⁸⁸

Compete, agora, apenas, demonstrar que o serviço público é objeto dessa relação, a fim de preencher a tríade de uma relação jurídica de consumo. Já foi destacado, várias vezes, no Segundo Capítulo, por meio dos arts. 3º, §2º; 4º, VII; e 6º, X c/c 22, bem como do art. 59, §1º, que o serviço público está tutelado no Código de Defesa do Consumidor. Todavia, não se pode afirmar que o CDC alberga todo tipo de serviço público e também que aludida legislação não pode ser aplicada irrestritamente em razão do regime jurídico administrativo que permeia esta atividade. Assim, é

... o serviço *uti singuli* objeto de relação de consumo é apenas aquele cuja contraprestação pecuniária paga pelo usuário-consumidor seja por meio de tarifa, que tem natureza de preço público.

[...]

Entretanto, por mais que defendamos a incidência do CDC para o serviço público *uti singuli*, tal aplicação não recairá sobre todos os serviços individualizados, mas somente sobre aqueles cuja contraprestação pecuniária seja por meio de tarifa, quer

¹⁸⁷ BOLSAN, Fabricio. **Serviço Público e a Incidência do Código de Defesa do Consumidor**, p. 239

¹⁸⁸ BOLSAN, Fabricio. **Serviço Público e a Incidência do Código de Defesa do Consumidor**, p. 240

em razão de se tratar de uma remuneração facultativa, quer em razão da natureza contratual onde impera a manifestação da vontade e a possibilidade da interrupção deste contrato a qualquer tempo pelo consumidor-usuário¹⁸⁹.

Dessa forma, pode-se dizer que a natureza jurídica da relação concessionária e utente é contratual, mas um contrato de direito privado, precisamente contratos de consumo. Por sinal, estarão amparados, ainda, os consumidores através de mecanismos administrativos e judiciais. Nos primeiros, têm-se as denúncias ou queixas junto à Administração, competindo a essa utilizar-se de seus poderes de autoridade sobre o concessionário e, caso se omita, poderão os utentes impugnar a eventual recusa ou inércia da Administração. Nos segundos, competirá aos tribunais civis elucidar os conflitos emergentes da aludida relação e, ainda, poderão os utentes fazer uso de recursos que pleiteiem a ilegalidade de normas emitidas pelas concessionárias.

Interessante pontuar que essa nova atribuição estatal, como agente econômico (produzindo, transportando e distribuindo bens), pretende não apenas fornecer ao público em geral, como também projeta um interesse econômico global. Por sinal, esta é a sua principal pretensão, ou seja, sua finalidade imediata não é produzir bens no interesse de cada cidadão, mas, sim, influir no mercado, provocando um sistema de concorrência com o setor privado. Consagrando o desdobramento do serviço público em social e econômico. No primeiro, exemplifica-se a segurança social, assistência social, **saúde**, educação, cultura; no segundo, tem-se a produção e distribuição de água, energia elétrica ou de gás, transporte coletivo, **telecomunicações**, correios, saneamento básico.

A título de esclarecimento, constata-se que há duas formas de atuação estatal: a primeira decorrente da prestação de serviço público, norteadas por princípios e regras de Direito Público; e a segunda corresponde ao exercício de atividade econômica, a qual se regula pelo Direito Privado.

Dessa maneira, “A ideia de serviço público acaba, pois, por abranger ou por representar o conjunto de todas as atividades produtoras de bens e serviços dirigidos à satisfação das necessidades colectivas,”¹⁹⁰.

Atualmente, “As atividades e as prestações correspondente aos tradicionais serviços públicos já não são considerados actividades ou prestações devidas pelo Estado aos seus

¹⁸⁹ BOLSAN, Fabricio. **Serviço Público e a Incidência do Código de Defesa do Consumidor**, pp. 244 e 248

¹⁹⁰ GONÇALVES, Pedro. MARTINS, Licínio Lopes. **Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador**, pp.179-180

cidadãos, mas como actividades e prestações a que eles têm direito, independentemente do estatuto de seu prestador.”¹⁹¹.

De um modo geral, pode-se dizer que o “serviço público consiste na prestação, sob regime de direito público, de utilidades essenciais, fruíveis individualmente pelos integrantes da comunidade.”¹⁹².

É oportuno mencionar que a legislação brasileira não define serviço público, apenas faz referência, em diversos dispositivos, ora a serviços considerados públicos ora a serviços de utilidade pública, bem como esclarece aqueles que devem ser prestados diretamente por ele (v.g. saúde pública, serviços de polícia) e os que podem ser delegados a terceiros (v.g. telecomunicação, água, energia elétrica). Assim, observa-se uma descentralização funcional ou técnica (quando o Estado cria, por lei, pessoas jurídicas, segundo art. 37, XIX e XX, c/c art. 173 e parágrafos, ambos da CF/88, transferindo a elas a titularidade e execução de um serviço público) e por colaboração (quando o Estado, por delegação, transfere a pessoas jurídicas de direito privado, apenas, a execução de determinados serviços públicos *stricto sensu* ou atividades de interesse público, também denominado serviço governamental). Relativamente à transferência de execução do serviço público por delegação, pode esta ocorrer por atos bilaterais, como no caso de concessão, ou por atos unilaterais, como no caso de permissão. Todavia, independentemente de quem os preste, não se pode olvidar que “é uma atividade existencial à sociedade: a existência desta depende da realização do serviço público”¹⁹³, satisfaz, portanto, necessidades essenciais ou complementares da sociedade; sua noção é, então, mutável, encaixando-se dentro do conceito de utilidade pública.

No mais, “Não seria exagero afirmar que o Estado de Bem-estar Social é o Estado do Serviço Público. O serviço público é a tradução jurídica do compromisso político da intervenção estatal para satisfazer as carências coletivas.”¹⁹⁴.

Assim sendo, merece colacionar o conceito de Luiz Antonio Rolim¹⁹⁵ sobre serviço público *lato sensu*, que abarca tanto os serviços como as atividades prestadas pelo Estado ou delegados por ele, a saber:

Em sentido amplo (*lato sensu*), consideram-se *serviços públicos* todos aqueles prestados diretamente pelo próprio Estado como também aqueles serviços e atividades executados, de forma indireta, por seus delegados. São assim

¹⁹¹ GONÇALVES, Pedro. MARTINS, Licínio Lopes. **Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador**, p. 297

¹⁹² JUSTIN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**, p. 20

¹⁹³ FERREIRA, Simone Rodrigues. **Direito do Consumidor, Serviço Público e Efetivação dos Direitos Sociais**, p. 37

¹⁹⁴ JUSTIN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**, p. 23

¹⁹⁵ ROLIM, Luiz Antônio. **A administração indireta, as concessionárias e permissionárias em juízo**, p. 38

considerados porque têm, como única finalidade, o atendimento a um interesse público.

Outra definição de serviço público, que merece ser destacada é de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁹⁶, como “uma noção *que aspire a ser logicamente consistente e juridicamente prestante*, isto é, apta a buscar o objeto sobre o qual se desenha um regime jurídico unitário” (destaques no original), apontando-se nos seguintes requisitos para sua constituição:

- (a) tratar-se de uma *prestação de atividade singularmente fruível pelos usuários*;
- (b) consistir em atividade *material*;
- (c) destinar-se à *satisfação da coletividade em geral*;
- (d) ser reputada pelo Estado como particularmente importante para a satisfação dos interesses da sociedade;
- (e) ter sido havida como insuscetível de ser relegada tão-só aos empreendimentos da livre iniciativa, razão por que a assume como *pertinente a si próprio* (ainda que nem sempre com exclusividade);
- (f) *submetê-la a uma específica disciplina de direito público*. (destaques no original)

Insta salientar que os cinco primeiros (“a” a “e”) são os requisitos materiais, enquanto o último (“f”) é requisito formal. O primeiro requisito relata uma atividade desenvolvida por meio de um comportamento contínuo; já o segundo contrapõe a uma atividade pautada na produção de atos jurídicos administrativos; o terceiro consagra uma satisfação de interesses da generalidade social; o quarto retrata sua importância para satisfação de interesses coletivos; o quinto consagra uma atividade própria do Estado, pertencente à esfera pública; e o sexto deve tal serviço ser submetido a um regime, limitando a atuação de quem os preste em benefício dos seus destinatários.

Dessa feita, a noção de serviço público não depende apenas da qualificação do Estado, através da Constituição ou das leis, mas aludida atividade não deve ser entregue ao arbítrio exclusivo da iniciativa privada, devendo ser submetida a um regime jurídico peculiar do Estado. Relativamente ao regime jurídico do serviço público, cabe pontuar os princípios que o norteiam, a saber: dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação; supremacia do interesse público; adaptabilidade; universalidade; impessoalidade; continuidade; transparência; motivação; modicidade das tarifas e controle sobre as condições de sua prestação; os quais devem permear qualquer serviço público, inclusive na saúde e na telecomunicação. Pode-se afirmar que a saúde é um serviço em que o Estado tem a obrigação de prestar, mas sem exclusividade, ou seja, o Estado não pode permitir que seja prestada exclusivamente por terceiro, seja a título de atividade privada livre, seja a título de concessão,

¹⁹⁶ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes Temas de Direito Administrativo**, pp. 273-274

autorização ou permissão. Já a telecomunicação, arrolada no art. 21, XI, da CF/88, poderá ser prestada pelo Estado ou este transferir seu desempenho a entidade privada, através da concessão, permissão ou autorização¹⁹⁷.

Enfim, com a modificação de atuação do Estado sobre o serviço público, saindo da posição de prestador direto do serviço público e assumindo, agora, um papel de garantidor da realização de prestações destinadas à satisfação das necessidades básicas universais dos cidadãos, como saúde e telecomunicação, percebe-se a necessidade de criação de órgãos de fiscalização das atividades funcionalizadas exercidas pelas concessionárias, o que se faz através de agências reguladoras. Corroborando com a assunção desse novo perfil estatal tem-se o processo de privatização e de liberalização, o qual não extingue a concepção tradicional de serviço público (análise das necessidades coletivas), mas que impõe sua consecução através das atividades privadas, isto é, através do mercado, conforme já examinado no item 3.1.

Através da análise do papel do Estado, de executor a garantidor do serviço público, foi possível verificar que sua presença se faz necessária para resguardar os interesses e direitos dos consumidores, uma vez disciplinado no art. 6º, X, c/c art. 22 da Lei 8078/90. Outrossim, deve-se recordar que o direito do consumidor é considerado um direito fundamental por estar consagrado constitucionalmente no art. 5º, XXXII, competindo ao Estado garanti-lo, já que este dispositivo constitui uma norma programática com aplicação imediata e, por isso, é dever do Estado, através de ações positivas, efetivá-lo, consubstanciando sua prioridade absoluta, a saber: a promoção da dignidade humana, *in casu* do consumidor.

No mais, na prestação do serviço público, será observado pelo Ente Regulador se a concessionária, ao prestar o serviço, fá-lo universalmente, ou seja, será constatado se os serviços estão sendo prestados com qualidade, disponibilizados a todos os cidadãos e com preços razoáveis, atendendo-se, assim, ao princípio que permeia este regime jurídico.

Outrossim, será objeto de análise, nos próximos itens, os serviços prestados mediante vínculo contratual entre consumidor e concessionária, como enfatiza Claudia Lima Marques¹⁹⁸, a saber:

Relembre-se que, pela definição de serviços do art. 3º, do CDC, somente àqueles serviços pagos, isto é, como afirma o §2º, “mediante remuneração”, serão aplicadas as normas do CDC. Em interpretação literal da norma, os serviços públicos *uti*

¹⁹⁷ MELO, Celso António Bandeira de. **Grandes Temas de Direito Administrativo**, p. 287

¹⁹⁸ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, p. 645

universi, isto é, aqueles prestados a todos os cidadãos, com os recursos arrecadados em impostos, ficariam excluídos da obrigação de adequação e eficiência prevista no CDC. De qualquer maneira, interessam ao nosso estudo somente aqueles serviços prestados em virtude de um vínculo contratual, e não meramente cívico, entre o consumidor e o órgão público ou seu concessionário.

Válido ressaltar, a fim de corroborar com a tese aqui exposta, repise-se, de que o Estado, mesmo delegando sua execução, é titular do serviço prestado e, por isso, deve fiscalizar a entidade e ser responsabilizado pelo serviço não adequado prestado, conforme esclarece Marçal Justen Filho¹⁹⁹

Como sempre destacado, a delegação para particular não transforma o serviço em privado. Nem retira da entidade delegante a titularidade do serviço. A delegação pressupõe a possibilidade de o serviço ser desempenhado por particulares em condições, no mínimo, de eficiência idêntica ao que se passaria se o serviço fosse prestado diretamente pelo próprio Estado. O Estado cessa a gestão direta do serviço, entregando-a terceiro. Em contrapartida, passa a fiscalizar a atividade do concessionário. A omissão ou a falha no desempenho da fiscalização propiciarão enorme risco de sacrifício do interesse público.

[...]

Significa que a fiscalização exercitada pelo Estado não atenua nem exclui, de regra, a responsabilidade pessoal do concessionário. Mas também não exclui a responsabilidade subsidiária do Estado. A fiscalização relaciona-se com o poder-dever do Estado de acompanhar a atuação do concessionário, não apenas com a continuidade e eficácia dos serviços, mas também se orienta a assegurar a solvência e idoneidade do concessionário afinal, perante o usuário, o concessionário atua como se fosse o Estado.

Se a fiscalização estatal foi insuficiente para evitar danos previsíveis, houve falha imputável ao Estado.

Constata-se, segundo o autor, que a responsabilidade do Estado em face do usuário, em regra, será subsidiária, mas poderá ser pessoal e direta se a concessionária estiver seguindo as orientações do poder concedente e isso ocasionar dano ao usuário, o que poderá ser constatado quando da análise do item 3.4, bem como se depreenderá da interpretação do art. 25, da Lei 8987/95, *in verbis*:

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade.

E, ainda, pode o Estado rescindir o contrato de concessão com esta, se o serviço não está sendo prestado adequadamente, com base nos arts. 21, XI; 22, IV; 23, II; 24, V, VIII e XII; 30, I e V; 196 e 197, todos da Constituição Federal de 1988, a seguir transcritos:

Art. 21. Compete à União:

¹⁹⁹ JUSTIN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**, pp. 448 e 475

[...]

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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:)

[...]

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

IV - águas, energia, informática, **telecomunicações** e radiodifusão;

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

II - cuidar da **saúde** e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

[...]

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

V - produção e **consumo**;

[...]

VIII - **responsabilidade por dano** ao meio ambiente, **ao consumidor**, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

[...]

XII - previdência social, proteção e defesa da **saúde**;

[...]

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

[...]

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os **serviços públicos** de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

[...]

Art. 196. A **saúde** é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de **saúde**, cabendo ao **Poder Público** dispor, nos termos da lei, sobre sua **regulamentação, fiscalização e controle**, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

(destaques de hoje)

A partir da análise do teor dos dispositivos retromencionados, é possível perceber que há um compromisso assumido pelo Estado, seja através de qualquer um de seus entes federados, com a qualidade e adequação dos serviços públicos de telecomunicação e saúde, o que reforça o entendimento de que a violação desse dever, acarretará uma responsabilidade direta do Estado em relação ao consumidor.

Válido repetir que como a Constituição Federal não definiu serviço público, apenas discriminou competências dos diversos entes federados como sendo suas atribuições a realização de certos serviços como públicos, deve-se compreender como público, somente, o que “envolver prestação de utilidades destinadas a satisfazer direta e imediatamente o

princípio da dignidade da pessoa humana ou quando forem reputadas como instrumentos para satisfação de fins essenciais eleitos pela República brasileira.”²⁰⁰. Por sinal, o objetivo, portanto, do art. 21 da Lei Maior é determinar a competência da União em face dos demais sujeitos que compõe a Federação.

Oportuno salientar que, no tocante às sanções aplicadas ao concessionário, existe um laconismo legislativo, pois as legislações (Lei 8987/95 e outras) contemplam, apenas, regras sumárias sobre o tema, remetendo a questão à regulamentação do poder concedente, ou Ente Regulador, o que consubstancia um risco evidente, já que deverá ser imposto em seu próprio benefício. Todavia, podem-se citar como sanções administrativas: advertência, multa, declaração de idoneidade, suspensão do direito de licitar, intervenção, encampação e caducidade, nas quais será permitida a ampla defesa do concessionário, bem como a atribuição de qualquer uma deverá ser motivada.

Sobre as duas últimas sanções, encampação e caducidade, convém tecer algumas considerações uma vez que poderão ser aplicadas em caso de prestação de serviço inadequado pela concessionária. É o que esclarece Marçal Justen Filho²⁰¹

A encampação é a manifestação, no âmbito do instituto da concessão, do poder de extinção unilateral de contratos, fundado na satisfação do interesse público, assegurado ao Estado. Trata-se da mais significativa exteriorização dos chamados poderes exorbitantes, no âmbito dos contratos administrativos.

[...]

XI.6.1) *O vocábulo “caducidade”*

A Lei de Concessões adotou terminologia específica para designar a extinção da concessão por inadimplemento do concessionário ou supressão de requisito indispensável à manutenção do contrato. (destaque no original)

A primeira é, portanto, uma extinção antecipada, pautada em motivo de interesse público, ou seja, na avaliação do poder concedente de que não foi satisfeito o aludido interesse, e mediante prévia indenização ao concessionário, assegurado o devido processo legal. Enquanto a segunda abrange os casos de inadimplência propriamente dito, bem como desaparecimento superveniente de requisito de habilitação.

Outrossim, conforme analisado item retro (3.1), a defesa do usuário de serviço público seria atribuição de Agência Reguladora, cujo desafio atual, entre outros, é de se organizar adequadamente para isso, mas o que se constata, na realidade, é a violação do direito do

²⁰⁰ JUSTIN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**, p. 44

²⁰¹ JUSTIN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**, pp. 580 e 591

consumidor pelo Ente Regulador, quando o Ente Regulado, de fato, segue as instruções daquele, conforme se observará no item 3.4. Urge ressaltar, segundo o art. 27 da Emenda Constitucional 19/98, que há uma determinação ao Congresso Nacional para elaboração de uma lei na defesa do usuário de serviço público e, consoante entendimento de Antônio Carlos Cintra do Amaral²⁰², “Isso equivale ao reconhecimento implícito de que essa defesa é juridicamente diversa da “defesa do consumidor”, já regulada pela Lei 8.078/90”. Dessa forma, como a lei ainda não foi aprovada, tem-se a aplicação da legislação consumerista, o que, segundo o autor, “claramente não se aplica à relação de *serviço público*, e sim à de *consumo*, conceitualmente diversa daquela.”. Ocorre que, embora seja algo a se considerar, é fato que o Código de Defesa do Consumidor se aplica a prestação de serviço público, na relação concessionária e usuário, face à lacuna legislativa, e isso é o que importa. Até porque a Lei 8987/95 assegura, em seu art. 7º, a incidência cumulativa das normas consumeristas e administrativas, *in verbis*:

Art. 7º. **Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**, são direitos e obrigações dos usuários:

I - receber serviço adequado;

II - receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;

III - obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente. (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

IV - levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado;

V - comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço;

VI - contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços. (sem destaques no original)

No mais, investigar o Estado, com base no seu dever de garantia, é constatar que há a atribuição de: competências, programação, orientação e acompanhamento da entidade privada licenciada ou autorizada a exercer a atividade, a qual é considerada essencial para a satisfação das necessidades básicas dos utentes, conforme será destacado a seguir.

Enfim, oportuno colacionar a lição de Antônio Carlos Cintra do Amaral²⁰³, a qual reforça um entendimento contrário a Marçal Justen Filho, já explicitado anteriormente²⁰⁴, de que “O inadimplemento pela concessionária gera sua *responsabilidade* perante o usuário, mas também *responsável* é, solidariamente, o poder concedente.”. Constatando-se, portanto, que é

²⁰²AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Distinção entre usuário de serviço público e consumidor**, pp. 217-218

²⁰³AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Distinção entre usuário de serviço público e consumidor**, p. 218

²⁰⁴JUSTIN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**, p. 475

controvertida a responsabilidade do Estado em face do Usuário se subsidiária ou solidária. Mas é fato: não se nega a sua responsabilidade! E se o ente regulado está seguindo as instruções do ente regulador, através das suas resoluções normativas, as quais consubstanciam as condições gerais do contrato, não há dúvida sobre a responsabilidade solidária entre o Ente Regulador e o Ente Regulado perante o consumidor.

Convém, ainda, colacionar as conclusões n^{os} 2 a 6, do V Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor²⁰⁵, cujo painel foi Direito Básico de Acesso ao Consumo, no tocante à prestação de serviço público, que tão bem reflete a tríade relação usuário, concessionária e agência reguladora, *in verbis*:

2. Aplicam-se as normas do CDC aos serviços públicos executados mediante o regime da concessão, cabendo ao intérprete potencializar a utilização das normas do Código em conjunto com as regras protetivas do consumidor, existentes nas leis específicas que regulam cada um dos serviços; 3. O princípio da continuidade é de ser observado na prestação dos serviços públicos concedidos, sendo imposto tanto pelas normas de proteção do consumidor como pelas regras do direito administrativo. O descumprimento do dever de continuidade gera, além de sanções administrativas, a reparação dos danos causados, incidindo responsabilidade objetiva da prestadora do serviço; 4. Incide a responsabilidade objetiva das empresas concessionárias quanto aos danos ocasionados na prestação dos serviços, cabendo ao consumidor desse modo unicamente: a) a prova da efetiva ocorrência do dano; b) o nexo de causalidade entre a ação ou omissão da empresa e a ocorrência do dano; c) o montante do prejuízo; 5. As agências reguladoras, em sua atividade, deverão atuar no sentido de garantir observância dos direitos dos consumidores, sancionando as empresas concessionárias quando estes forem violados. É, inclusive, importante que elas contem, em sua composição, com representantes dos consumidores; 6. A atuação das agências reguladoras não exclui a atividade a ser desenvolvida pelos órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, sendo, inclusive, positivo que os dois sistemas atuem de forma concentrada.

3.3.1 Da Saúde

Inicialmente, compete indagar se a saúde é, de fato, um serviço público. Isso ocorre porque é entendimento da doutrina majoritária que se trata de uma atividade essencial e, por isso, competirá ao Estado propiciá-la. Todavia, o art. 199, *caput*, da Constituição Federal faz suscitar o debate sobre o assunto, ao estabelecer que no “Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.”, como esclarece Fernando Herren Aguillar²⁰⁶

Diante dos **art. 199** e 209 da CF/88, que determinam peremptoriamente que são livres à iniciativa privada os **serviços de saúde** e de educação, alguns autores continuam afirmando a condição de serviços públicos, quando prestados pelo Estado, e que são atividades econômicas livres à iniciativa privada quando são desempenhadas pelos particulares. Esta solução nos parece imprópria e contrasta com o texto constitucional. (sem destaques no original)

²⁰⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, pp. 647 e 656

²⁰⁶ AGUILLAR, Fernando Herren. **Serviços Públicos: doutrina, jurisprudência e legislação**, p. 56

Outrossim, deve-se recordar que há serviços que são essenciais, mas não são públicos, a exemplo da produção e comércio do medicamento, o que aponta a seguinte conclusão: não é a essencialidade da atividade que a impõe ser submetida um regime de serviço público, mas, sim, se a Constituição Federal determinar que são públicos e, por isso, deverão estar subordinados ao regime jurídico do mesmo²⁰⁷.

E é o que se depreende da leitura dos arts. 196 a 198 da nossa Lei Maior, como eles preceituam a saúde como dever do Estado, podendo esse realizá-la diretamente: será, sim, considerado um serviço público, independentemente da análise de sua essencialidade (embora seja, de fato, essencial), mas, sim, porque foi esta a opção do legislador constitucional, vejamos:

Art. 196. A **saúde** é direito de todos e **dever do Estado**, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de **relevância pública as ações e serviços de saúde**, cabendo ao **Poder Público** dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua **execução ser feita diretamente** ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e **serviços públicos de saúde** integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

[...]

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e **serviços públicos de saúde** recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) (destaques de agora)

E, ainda, cabe registrar, a fim de reforçar a ideia do legislador constitucional em considerar como público o serviço de saúde, os art. 34, VII, e; 35, III; 167, IV, *in verbis*:

Art. 34. A **União** não **intervirá** nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

[...]

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

[...]

e) aplicação do **mínimo** exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e **serviços públicos de saúde**. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

Art. 35. O **Estado** não **intervirá** em seus Municípios, nem a **União** nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

[...]

III – não tiver sido aplicado o **mínimo** exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e **serviços públicos de saúde**; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) (destaques de hoje)

Até porque,

²⁰⁷ AGUILLAR, Fernando Herren. **Serviços Públicos: doutrina, jurisprudência e legislação**, p.57

O fato de não serem sujeitas ao regime do art. 175 da CF/88 não torna a saúde e a educação menos suscetíveis de controle por parte do Estado, pois tais atividades devem ser obrigatoriamente oferecidas pelo Estado, como deveres estatais que são e, além disso, a própria CF/88 prescreve limitações à liberdade do particular de exercer tais atividades. Esclareçamos: a liberdade de empreender a que referem os arts. 199 e 209 é *liberdade de acesso ao mercado* e não liberdade de desempenhar tais atividades como se bem entenda²⁰⁸.

[...]

Trata-se, na verdade, de uma confusão entre o regime de acesso ao mercado e o regime de disciplina regulatória de uma atividade econômica, pois pouco importa se o acesso a um dado mercado é livre à iniciativa priva. Seu desempenho será sempre sujeito a controles estatais, pois nenhuma atividade é totalmente livre de regulação estatal no capitalismo.

[...]

Em relação aos serviços de saúde referidos na CF/88 como *sérvios públicos* (como exemplo, o art. 198 *caput*: “As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único” e seu §2º: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre...”), a explicação é distinta. Pretende-se distinguir os serviços oferecidos pelo Estado e pela iniciativa privada, distinção entre serviços de saúde que são públicos (no sentido de oferecidos pelo Poder Público) de serviços de saúde que são privados (oferecidos por particulares). É o sentido que decorre da leitura desses trechos, que se preocupam em definir o que constitui a rede de serviços única em matéria de saúde e em obrigar os entes federativos a destinar um mínimo de recursos à área da saúde pública. Sua função é distinguir os serviços que são do Estado (públicos) e os que são da iniciativa privada. A expressão *serviços públicos* é, pois, ali utilizada em sentido amplo e não no sentido do art. 175 da CF/88.

Esclarecido, portanto, que a saúde é um serviço público, cabe, ainda, pontuar que, além de ser um serviço público essencial, é um direito fundamental social, pois se relaciona com o bem-estar físico, mental e social de uma pessoa, para que essa possa viver dignamente. Em outras palavras, é dotado de força normativa, cuja eficácia é imediata (art. 5º, §2º), promovendo-se os valores consagrados constitucionalmente. É o que se depreende da lição de João Agnaldo Donizeti Gandini, Samantha Ferreira Barione e Andre Evangelista de Souza, *in verbis*: “O direito à saúde deve ser encarado como direito fundamental social subjetivo passível de ser tutelado judicialmente caso o Estado não promova as prestações materiais necessárias à sua completa realização.”²⁰⁹.

Por estar consagrado constitucionalmente, deve a saúde se pautar, além da sua inclusão como direito fundamental (art. 6º, *caput*), no estabelecimento das regras gerais e dos princípios que conduzem as políticas públicas desta área, como os destacados nos arts. 194, 196 e 198, todos da CF/88, a saber: universalidade da cobertura e do atendimento; caráter democrático e descentralizado da administração com participação quatripartite (trabalhadores,

²⁰⁸ AGUILLAR, Fernando Herren. **Serviços Públicos: doutrina, jurisprudência e legislação**, pp. 57 e 59

²⁰⁹ GANDINI, João Agnaldo Donizeti. BARIONE, Samantha Ferreira. SOUZA, André Evangelista de. **A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial – critérios e experiências**, p. 78

empregadores, aposentados e Governo, através dos órgãos colegiados); regionalização e hierarquização; e atendimento integral, priorizando-se as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais. Como os dispositivos 196 e 198 já foram transcritos, resta, apenas, reproduzir o teor do art. 194, *in litteris*:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento;

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

A fim de realizar tal desiderato, o Estado, em virtude de imposição constitucional, criou entidades públicas e ferramentas de cooperação entre estas e aquelas do setor privado para que juntas possam executar as políticas públicas de forma universal e igualitária, respeitando-se as peculiaridades regionais e sociais da população a que se destinará.

Todavia, válido salientar que, infelizmente, esse mecanismo não se tem apresentado satisfatório, pois não surte o efeito desejado, ou seja, propiciar uma vida digna aos seus destinatários, os consumidores, em razão de vários fatores, como se explicita abaixo:

No entanto, de forma paradoxal, pela sua própria extensão e complexidade, essa estrutura vem se mostrando ineficaz. Seu funcionamento demanda algo custo, dificultam a atuação, enfim, há uma série de elementos que podem ser apontados como causas da “falência” dessa estrutura²¹⁰.

Outrossim, quando o Estado é compelido, pelas vias jurisdicionais, a prestar aludido serviço, de forma satisfatória, tem-se um prejuízo aos cofres públicos, o que compromete o Estado como um todo e não apenas a estrutura do Sistema Único de Saúde (SUS), que, por sinal, se encontra estabelecida no art. 200, da nossa Lei Maior, *in verbis*:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

²¹⁰ GANDINI, João Agnaldo Donizeti. BARIONE, Samantha Ferreira. SOUZA, André Evangelista de. **A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial – critérios e experiências**, p. 78

- II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
- IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)
- VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
- VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
- VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Dessa forma, pode-se afirmar que a efetivação desse direito pelas vias judiciais ficou conhecida como a judicialização da saúde, na qual se evidenciam algumas discussões, como: o mínimo existencial *versus* a reserva do possível; invasão nas esferas de poderes; ausência de previsão orçamentária, o que consubstancia óbices a sua implementação.

Convém ressaltar o posicionamento de João Agnaldo Donizeti Gandini, Samantha Ferreira Barione e André Evangelista de Souza²¹¹, para quem esses argumentos são insuficientes para o indeferimento judicial de sua realização, a saber:

A implementação de políticas públicas por determinação judicial não representa invasão de poderes nem ofensa à Constituição Federal, pois realizada dentro das peculiaridades do caso concreto e lastreada na dignidade da pessoa humana, ou seja, pela necessidade de preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, em que se inserem os chamados direitos de subsistência, quais sejam, saúde, moradia, educação e alimentação. Além disso, é preciso reconhecer que a atividade implementadora do Poder Judiciário não lhe autoriza criar políticas públicas, mas apenas implementar as já existentes.

[...]

Esse argumento de que é necessária previsão orçamentária e disponibilidade material de recursos para concretização de políticas públicas de caráter social não parece mais sensibilizar os tribunais, para quem as normas de caráter pragmático “não podem converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira, ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.”.

[...]

Diante desse contexto, incide, sobre o Poder Público, a obrigação de efetivar as prestações de saúde, incumbindo-lhe promoverem favor em favor da população medidas preventivas e de recuperação, que, garantidas por políticas públicas bem intencionadas, tenham como objetivo precípuo concretizar o que dispõe o art. 196 da nossa Carta Política.

[...]

Diferentemente dos direitos da personalidade (arts. 11 a 21 do CC) e dos direitos fundamentais (art. 5º da CF), que impõem especialmente uma obrigação de não fazer ao Estado, os direitos sociais (art. 6º da CF) impõem ao Estado a realização de prestações materiais positivas. Ocorre que a doutrina e a jurisprudência majoritária destacam que não seriam todos os direitos sociais elencados no art. 6º da Constituição que estariam abarcados pelo conceito de direitos mínimos que

²¹¹ GANDINI, João Agnaldo Donizeti. BARIONE, Samantha Ferreira. SOUZA, André Evangelista de. **A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial – critérios e experiências**, pp. 84-85 e 87-88

permitem uma vida digna. ... o direito à saúde, à educação e à alimentação seriam os três pilares que sustentam o conceito de mínimo existencial.

[...]

A solução para essa colisão de princípios (mínimo existencial x reserva do possível) parece mesmo sinalizar para o critério da ponderação, que deverá ser feito nos contornos de cada caso concreto. A tônica desse método está, sem dúvida, na utilização do princípio da proporcionalidade.

Constata-se, portanto, que as justificativas utilizadas para o indeferimento do pleito no Poder Judiciário são falhas, seja porque o Poder Judiciário não cria políticas públicas, mas, sim, deve implantá-las, seja porque representa uma norma de eficácia imediata e não meramente programática; seja porque deve utilizar-se do princípio da ponderação de valores no caso concreto para que se efetivem, enfim, os mandamentos constitucionais.

Percebe-se que o problema, então, não é a insuficiência ou omissão de normas que disciplinam a matéria, mas, sim, a má gestão administrativa, uma vez que o Poder Público, embora arrecade muito, gasta muito mal, infelizmente, os seus recursos.

Outrossim, válido ressaltar que os arts. 196 e segs. da Constituição Federal estão regulamentados pela Lei nº 8080/90, denominada Lei Orgânica da Saúde, a qual reforça as atribuições do SUS, já definidas no art. 200 da Lei Maior, cuja organização ocorre, repise-se, mediante uma divisão administrativa regionalizada e hierarquizada com base no critério da complexidade da competência das ações e serviços, da seguinte forma: “Cabe aos Municípios, nesse contexto, a concretização de ações e serviços de menor complexidade, aos Estados os de média e alta complexidade e à União os de alta complexidade.”²¹², bem como utilizando-se critérios como a densidade populacional e a arrecadação de tributos. Assim, as diversidades de critérios ocasionam dissonâncias que tornam as políticas públicas de saúde em normas ineficazes.

No mais, pode-se afirmar que, a princípio, não se tinha um padrão para a prestação de serviço da saúde, isto é, havia uma autonomia de cada empresa, pois ela tinha liberdade de escolher o que atender ou não, bem como quando prestar o atendimento e até mesmo recusar a adesão de um usuário, mensalidades reajustadas várias vezes ao ano, enormes prazos de carência ou rompimento de contratos a qualquer tempo e sem explicações. Segundo Januário Montone²¹³

²¹² GANDINI, João Agnaldo Donizeti. BARIONE, Samantha Ferreira. SOUZA, André Evangelista de. **A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial – critérios e experiências**, p. 92

²¹³ MONTONE, Januário. **A dignidade da pessoa humana e a missão da ANS**, p. 24

Na prática, a maioria dos exames, procedimentos e cirurgias mais complexos eram excluídos da cobertura. Chegava-se ao absurdo de excluir doenças, sobretudo as “preexistentes”. A qualquer tempo a empresa podia alegar que o usuário já sofria daquela doença antes de adquirir o plano e negar-lhe cobertura. O usuário que provasse o contrário.

Até que houve a aprovação da Lei nº 9656/1998, a qual determinou o conceito de um plano de saúde e proibindo a exclusão de qualquer doença, com cobertura integral, compreendendo todos os procedimentos médicos, ambulatoriais, hospitalares e cirúrgicos, além de reajuste controlado.

Segundo Joseane Suzart Lopes da Silva²¹⁴

Os planos privados de assistência à saúde, conforme dispõe o art. 1º, inciso I, da Lei 9.656/98, constituem prestações continuadas de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós-estabelecido, por prazo indeterminado com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde dos contratantes, englobando atendimento médico, hospitalar e odontológico. Para a concretização do objeto contratual, as operadoras de planos de saúde podem apresentar aos consumidores uma lista de profissionais e/ou serviços de saúde, configurando-se uma rede credenciada, contratada ou referenciada. Será possível também as empresas do setor facultarem aos contratantes a livre escolha de profissionais e estabelecimentos de saúde que não integrem a dita lista, devendo aqueles efetivar os pagamentos devidos, para solicitação de posterior reembolso.

[...]

Pode-se constatar a existência de três fatores essenciais para a instituição de um plano e/ou seguro-saúde: o fornecedor, que há sempre ser uma pessoa jurídica; o consumidor, que firma o contrato e tanto poderá ser o indivíduo isolado ou uma pessoa jurídica que formaliza o liame jurídico em prol de um grupo a ela vinculado, dando origem aos planos de saúde coletivos – conforme será tratado a seguir; e um objeto, que há de ser sempre a busca de proteção para a saúde humana.

[...]

A Lei 9.656/98 apresenta cinco planos de assistência à saúde, sendo que toda e qualquer operadora deverá ofertar aos consumidores, quer tenham formalizado contratos antigos ou venham a subscrever os atuais, o plano-referência, ou seja, o mais abrangente e amplo de todos, mas que contém algumas exceções e limitações, previstas no art. 10, incisos I a X. Os planos mínimos ou subplanos são: o ambulatorial; o hospitalar; o hospitalar com obstetrícia; e o odontológico. O primeiro destina-se à oferta de atendimento ambulatorial, garantindo consultas médicas, exames e outras coberturas, o segundo assegura atendimento nas situações que exijam internação em hospitais, inclusive cirurgias ou outros procedimentos complexos). A terceira modalidade contém todas as coberturas previstas para o hospitalar, mais o acompanhamento da mulher antes do parto e no decorrer deste, para o recém-nascido. A última espécie garante os procedimentos odontológicos realizados em consultórios.

[...]

No que concerne ao regime de contratação, os planos de saúde podem ser individuais e familiares ou coletivos, conforme dispõe a Resolução 195/09, editada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Por fim, foi criada, no ano de 2000, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), a quem compete fiscalizar as empresas prestadoras de serviço de saúde, mas, mesmo assim, as

²¹⁴ SILVA, Joseane Suzart Lopes da. **O Projeto de Lei 7.419/2006, a reestruturação da assistência suplementar à saúde no Brasil e a necessária atuação do Sistema nacional de Proteção e Defesa do Consumidor (SNDC)**, pp. 221-223

aludidas empresas permaneceram desrespeitando o direito à saúde dos usuários, pouco alterando suas práticas e cláusulas abusivas. Verifica-se, portanto, a necessidade de uma atuação mais enérgica e efetiva da ANS, consoante preceitua Mariela Lazzarini e Daniela Batalha Trettel, *in verbis*:

Diante de tantas questões que dizem respeito à saúde e à vida dos usuários de planos de saúde, já é tempo de a Agência Nacional de Saúde Suplementar passar a exercer adequadamente sua função pública, seu papel regulador e fiscalizador de forma mais eficiente, mais transparente e mais comprometida com a saúde da população²¹⁵.

No mais, convém, ainda, colacionar a Súmula 608 do STJ²¹⁶, que estabelece: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão”. Por sinal, compreende-se como plano de saúde de autogestão, denominado, também, como plano fechado de saúde, aquele criado por órgãos, entidades ou empresas para beneficiar um grupo restrito de filiados com a prestação de serviços de saúde, sendo

mantidos por instituições sem fins lucrativos e administrados paritariamente, de forma que no seu conselho deliberativo ou de administração, há representantes do órgão ou empresa instituidora e também dos associados ou usuários. O objetivo desses planos fechados é baratear para os usuários o custo dos serviços de saúde, tendo em vista que não visam ao lucro²¹⁷.

Por sua vez, segundo a Resolução Normativa 137, da ANS, de 14/11/2006, compreende-se como operadora de autogestão, consoante art. 2º,

I – a pessoa jurídica de direito privado que, por intermédio de seu departamento de recursos humanos ou órgão assemelhado, opera plano privado de assistência à saúde exclusivamente aos seguintes beneficiários:

[...]

II – a pessoa jurídica de direito privado de fins não econômicos que, vinculada à entidade pública ou privada patrocinadora, instituidora ou mantenedora, opera plano privado de assistência à saúde exclusivamente aos seguintes beneficiários: (Redação dada pela RN nº 148, de 2007).

[...]

III - pessoa jurídica de direito privado de fins não econômicos, constituída sob a forma de associação ou fundação, que opera plano privado de assistência à saúde aos integrantes de determinada categoria profissional que sejam seus associados ou associados de seu instituidor, e aos seguintes beneficiários: (Redação dada pela RN nº 355, de 2014)

[...]

§1º A entidade de autogestão só poderá operar plano privado de assistência à saúde coletivo e restrito aos beneficiários mencionados nos incisos I, II e III deste artigo. (Redação dada pela RN nº 148, de 2007).

[...]

²¹⁵ LAZZARINI, Marielena. TRETTEL, Daniela Batalha. **A dignidade da pessoa humana e a missão da ANS**, p. 25

²¹⁶ BRASIL, STJ. Súmula 608, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/04/2018, DJe 17/04/2018

²¹⁷ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Súmula 608-STJ**. Disponível em: <https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2018/05/sc3bamula-608-stj.pdf>. Acesso em 04 de outubro de 2018.

(realces de hoje)

Dessa forma, esclarece Márcio André Lopes Cavalcante²¹⁸ que

os atos regulamentares da ANS conferem tratamento diferenciado para os planos de saúde de autogestão, com a finalidade de atender às características próprias dessa modalidade de operadora, possibilitando a redução dos custos de sua manutenção, cujos serviços são prestados, não mediante contraprestação pecuniária com a finalidade de obtenção de lucro, mas a partir de contribuições dos participantes calculadas, em regra, com base nos seus salários/aposentadorias etc., observando-se, com isso, os princípios do mutualismo e da solidariedade.

Por essas razões, as regras do CDC não se aplicam às relações envolvendo entidades de planos de saúde constituídas sob a modalidade de autogestão. Isso porque tais entidades não oferecem serviços no mercado e não exercem empresa com o intuito de lucro, razão pela qual não se lhes aplica o conceito de fornecedor estabelecido no art. 3º, § 2º do CDC.

Outrossim, embora não possa ser aplicado o CDC aos planos de saúde de autogestão, merecem ser colacionadas as críticas feitas por Paula Ávila Poli²¹⁹, abaixo transcritas:

A edição da Súmula 608 pelo Superior Tribunal de Justiça merece diversas **críticas**, já que os argumentos utilizados para afastar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor não são suficientes para desnaturar a relação de consumo entre as partes e, por esta razão, a nosso sentir equivocados.

Isso porque os **beneficiários/usuários** dos planos de saúde geridos na modalidade de autogestão são **pessoas físicas** e assim sendo se encontram no **caput do art. 2º**, do Código de Defesa do Consumidor, na definição de **consumidores**.

[...]

Acerca da **vulnerabilidade** concluiu-se que o **usuário/beneficiário** do plano de saúde gerido pela operadora na modalidade de autogestão pode ser tido como **vulnerável técnico, jurídico e fático em razão da forma como o seu plano de saúde é gerido, ao passo que são pessoas comuns, pagando pela prestação dos serviços e que na base da pirâmide não tem, na prática, como se insurgir contra boa parte das decisões tomadas pelos Conselhos de Administração** (quando existentes, pois sequer são obrigatórios a todas as entidades geridas nesta modalidade), de modo que quando atingem as condições para poder ser usuário do plano de saúde (ser empregado de determinado empregador, ser associado de determinado sindicato, ser servidor público federal, municipal ou estadual) **os contratos, formulários e demais documentos, são de adesão assim como em qualquer outro plano de saúde oferecido no mercado.** [...]

Em relação à caracterização da figura do consumidor pelas operadoras de planos de saúde, geridas na modalidade autogestão, conclui-se que elas não possuem peculiaridade a justificar o seu não enquadramento como fornecedora de serviços, nos termos do art. 3º, §2º do Código de Defesa do Consumidor.

Isso porque, a rigor, as **operadoras** geridas na modalidade de autogestão se constituem sob a forma de **pessoas jurídicas** que oferecem diretamente, ou, por rede credenciada serviços de saúde, logo, o primeiro requisito para aplicação do conceito de **fornecedor** às autogestões estaria preenchido: pessoas jurídicas que prestam serviços de saúde.

²¹⁸ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Súmula 608-STJ**. Disponível em: <https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2018/05/sc3bamula-608-stj.pdf>. Acesso em 04 de outubro de 2018.

²¹⁹ POLI, Paula Ávila. **Súmula 608 do STJ: Código de Defesa do Consumidor não se aplica mais aos contratos firmados com planos de saúde geridos na modalidade de autogestão** Disponível em: <http://slpgadvogados.adv.br/noticias/sumula-608-do-stj-codigo-de-defesa-do-consumidor-nao-se-aplica-mais-aos-contratos-firmados>. Acesso em 04 de outubro de 2018

Ainda a respeito há **remuneração** dos serviços prestados, **ainda que ela não sirva para gerar lucro**, o artigo legal apenas prevê que “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, **mediante remuneração**”.(destaque no original)

De fato, presentes estão os elementos da relação jurídica de consumo, constituindo, portanto, um verdadeiro retrocesso e desrespeito ao consumidor a edição da aludida súmula.

3.3.2 Da Telecomunicação

Inicialmente, oportuno mencionar o conceito deste tipo de serviço público, segundo Vincenzo Zeno-Zencovich²²⁰

Le nuove tecnologie della telecomunicazione sono un naturale mezzo di diffusione di messaggi pubblicitari. Sai che si tratti di servizi che si basano sulla trasmissione della voce, che di servizi che trasmettono dati e/o immagini destinati a ricomporsi su un *monitor*, appare evidente la possibilità di inviare messaggi pubblicitari assieme a quelli normalmente comunicativi degli (e fra gli) utenti.

Segundo os arts. 21, XI, e 22, IV, da Constituição Federal de 1988, compete à União tanto legislar sobre telecomunicações, bem como explorar, diretamente ou através de concessão, os serviços de telecomunicações, devendo, ainda, criar um órgão regulador para o setor, o qual surgiu com a Lei nº 9472/97 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT), denominado Agência Nacional de Telecomunicação (ANATEL). Todavia, não se pode esquecer a Lei 8987/95, como uma lei geral que estabelece requisitos genéricos que devem ser respeitados por todas as concessões de serviços públicos. Assim sendo,

A Lei 8.987/95 regula o disposto no art. 175, mas especificamente os regimes de concessão e de permissão. Apesar de ser uma lei de âmbito nacional, há leis estaduais, municipais e distritais que dispõem sobre o mesmo assunto e alguns serviços de competência federal foram excluídos de sua abrangência. É o que ocorre, por exemplo, com os serviços de telecomunicações, que estão sujeitos às regras próprias da Lei nº 9.472/97, a Lei Geral de Telecomunicações (LGT)²²¹.

De acordo com a aludida LGT, compete à agência, entre outros deveres, expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e privado, bem como elaborar e propor a adoção de medidas para instituir ou eliminar a prestação de modalidade de serviço no regime público, aprovar o Plano Geral de Outorga (PGO) e o Plano Geral de Metas para Progressiva Universalização de Serviços Públicos (PGMU), consoante arts. 18 e 19, *in verbis*:

Art. 18. Cabe ao **Poder Executivo**, observadas as disposições desta Lei, por meio de decreto:

I - instituir ou eliminar a prestação de modalidade de serviço no regime público, concomitantemente ou não com sua prestação no regime privado;

²²⁰ ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. **La pubblicità nei servizi di telecomunicazione**, p. 251

²²¹ AGUILLAR, Fernando Herren. **Serviços Públicos: doutrina, jurisprudência e legislação**, pp. 38-39

II - aprovar o plano geral de outorgas de serviço prestado no regime público;
 III - aprovar o plano geral de metas para a progressiva universalização de serviço prestado no regime público;

[...]

Art. 19. À **Agência** compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com **independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade**, e especialmente:

I - implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações;

II - representar o Brasil nos organismos internacionais de telecomunicações, sob a coordenação do Poder Executivo;

III - elaborar e propor ao Presidente da República, por intermédio do Ministro de Estado das Comunicações, a adoção das medidas a que se referem os incisos I a IV do artigo anterior, submetendo previamente a consulta pública as relativas aos incisos I a III;

IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;

[...]

(destaques de hoje)

Outrossim, verifica-se no *caput* do art. 19, retro, bem como no art. 38, abaixo transcrito, que a produção normativa da ANATEL abarcou os princípios da atividade da Administração Pública, já consagrados no art. 37, *caput*, da Carta Magna, dentre os quais destacam-se o da eficiência, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, publicidade e participação social, *in litteris*, respectivamente:

Art. 38. A atividade da Agência será juridicamente condicionada pelos princípios da legalidade, celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade, igualdade, devido processo legal, publicidade e moralidade.

[...]

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Segundo Ana Paula Silvestrini Vieira Alves, é importante destacar a contribuição de cada princípio, constante tanto na LGT, bem como na Lei Maior, na atuação da ANATEL, a qual deve evitar a prática de atos desnecessários e realizar aqueles atos essenciais na elaboração do texto normativo, com clareza e suficiência de elementos idôneos que justifiquem a edição de nova norma, a qual deve ter trâmite processual diferenciado, conforme nível de complexidade da matéria, oportunizando acesso amplo e irrestrito à sociedade, consubstanciando a efetiva participação social. É o que se depreende da transcrição abaixo

A eficiência garante o desenvolvimento de processo célere, simples, com finalidade predefinida, econômico e efetivo.

[...]

A motivação ... fundamento jurídico do processo de produção de atos normativos.

[...]

O princípio da razoabilidade tem prescrição nuclear de adequada ponderação de valorativa, no exercício pontual da função administrativa, dentro de um quadro

axiológico insculpido na Constituição Federal. Por sua vez, o princípio da proporcionalidade enuncia a ideia de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e na intensidade correspondentes ao que seja realmente demandado para cumprimento das finalidades legais.

[...]

Pelo princípio da publicidade, em regra, os processos devem ser transparentes a qualquer interessado²²².

É importante ressaltar que, até a edição da LGT, havia dois pilares em que se apoiava o setor: o monopólio legal e a propriedade estatal da maior parte das empresas, os quais foram substituídos pela concorrência entre empresas privadas e a universalização do acesso à telecomunicações, estabelecendo, ainda, 2 regimes jurídicos: o primeiro era público, ocorria através de concessão ou permissão e submetido a obrigações de universalidade e continuidade; o segundo era privado, no qual havia uma liberdade de ação dos agentes econômicos, inclusive no tocante à fixação do preço. Por sinal, o art. 79, da LGT, preceitua uma política de universalização com base na dimensão geográfica (independentemente de sua localização) e renda (independentemente de sua condição socioeconômica), devendo, ainda, essa ter um padrão de qualidade e regularidade adequado à sua natureza, consoante art. 3º, I, o que, por sinal, não foram observados quando da análise do TC 022.280/2016-2, conforme se demonstrará no Quarto Capítulo.

Outrossim, em 2000, a Lei 9998 criou o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (Fust), um sistema de financiamento competitivamente neutro, o qual suspendeu a utilização de outras fontes de financiamento.

Dessa forma, no Brasil, atualmente, há dois instrumentos para universalização nesse setor, a saber: “os que constituem um encargo inerente ao próprio contrato de concessão e a universalização decorrente da gestão e aplicação dos recursos do Fust.”²²³.

Relativamente ao processo normativo da ANATEL, compreendem-se as seguintes fases, nas quais se observam os princípios acima mencionados, a saber: a) proposição, onde se coletarão dados e realizar-se-ão estudos prévios à elaboração da proposta; b) realização de mecanismos de participação social, em que as propostas devem ser submetidas a consultas públicas (por escrito, minuta relevante a comentários e sugestões do público) e, se necessário, a audiência pública (oralmente, debate ou apresentação da matéria); c) manifestação do Conselho Consultivo, este formado por 12 conselheiros, sobre as políticas governamentais abordadas no art. 18 da LGT, as quais são relevantes para as áreas competentes aperfeiçoarem

²²² ALVES, Ana Paula Silvestrini Vieira. **Análise de impacto regulatório e normatização na Anatel**, pp. 227-228

²²³ COUTINHO, Diogo R. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**, p. 128

as propostas de textos normativos; d) análise de órgão jurídico, pois compete à Procuradoria Federal realizar o controle interno da legalidade dos atos praticados, especialmente quanto ao respeito à margem de discricionariedade atribuída por lei, não se faz análise técnica nem do mérito da questão; e) aprovação do Conselho Diretor acerca dos documentos produzidos, acompanhados de críticas e sugestões dos mecanismos de participação social, com análise da superintendência e parecer da Procuradoria Federal; e f) encerramento do processo, que ocorre com a aprovação da proposta e redação do seu texto final que deve ser assinada pelo Presidente e publicada no Diário Oficial da União para produção dos seus efeitos.

Constata-se, portanto, que, embora o processo normativo da ANATEL seja louvável, ele pode e deve ser aprimorado, incorporando-se à análise do impacto regulatório elementos, consoante entendimento de Ana Paula Silvestrini Vieira Alves, com o qual perfilho, como:

- a) detalhamento dos problemas setoriais a serem solucionados e dos objetivos a serem alcançados com a mudança na regulação; b) levantamento das alternativas de atuação estatal e de conteúdo das possíveis medidas; c) avaliação objetiva das alternativas identificadas; e d) publicação das análises feitas... necessidade de aprimoramento das consultas públicas, no que diz respeito à sua fundamentação, frequência e prazo para recebimento das contribuições.

Até porque, conforme se analisará no Quarto Capítulo, o Termo de Ajustamento de Conduta recomenda que as concessionárias observem, na prestação de seu serviço público, os elementos indicados acima, para que possam ser prestados adequadamente.

É oportuno mencionar que, no Brasil, através do Decreto nº 6062, de 16.03.2007, foi instituído o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG), o qual objetivou melhorar a qualidade da regulação de mercados, bem como do próprio sistema regulatório, aperfeiçoando-se a coordenação entre as instituições reguladoras, assim como dos mecanismos de prestação de contas, de participação e de monitoramento das ações reguladoras²²⁴. E, por isso, foi implantado como um dos mecanismos de concretização deste programa a análise de impacto regulatório, o qual pretendeu aprimorar os processos decisórios com base na racionalização da informação no tocante às implicações e aos possíveis custos e benefícios das ações reguladoras.

Relativamente à telecomunicação, seu Ente Regulador, Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, apresentou uma vantagem para realização desse programa, pois já possuía o dever de realizar um processo participativo quando da edição de novas normas, o qual era um dos objetivos do aludido PRO-REG.

²²⁴ ALVES, Ana Paula Silvestrini Vieira. **Análise de impacto regulatório e normatização na Anatel**, p. 214

Antes da análise do impacto regulatório sobre a telecomunicação, faz-se necessário compreendê-lo. Trata-se de um procedimento empregado para subsidiar a tomada de decisão, através de uma avaliação feita por um grupo multidisciplinar (especialistas da área econômica e jurídica), com a exposição dos prós e contras das opções políticas existentes, optando-se por uma mais apropriada para o caso concreto, podendo ser utilizado antes, auxiliando no planejamento de certo programa de governo ou solucionando um problema pontual, ou depois, avaliando as consequências práticas geradas por determinada medida e verificando sua efetividade, da implementação de determinada medida.

No que se refere às opções políticas, elas representam as “diferentes formas de atuação estatal, como a criação de novas normas, a revisão de regulamentação vigente, o estabelecimento de mecanismos de incentivo e de responsabilização, a correção, a autorregulação e a própria inação estatal”.²²⁵

Outrossim, pode-se afirmar que este método proporciona ganhos à sociedade, no tocante à racionalidade, razoabilidade e possibilidade de controle, uma vez que o aludido método é previamente determinado, transparente, objetivo, sistemático e participativo, conferindo uma maior legitimidade à medida implementada e segurança jurídica aos cidadãos.

Ocorre que, infelizmente, na prática, verifica-se uma atuação inexpressiva da ANATEL sobre seu setor, uma vez que ela não exige do regulado uma definição detalhada do problema e dos objetivos a serem alcançados com a decisão tomada pela concessionária. Todavia, embora não haja uma determinação específica sobre isso, é recomendável, uma vez que

A identificação prévia destes elementos é importante para a própria agência reguladora, pois eles definem como deve ser a atuação dos agentes públicos ao longo do processo de tomada de decisão, evitando atuação desarrazoada, desproporcional e ineficiente para o tipo de medida a ser ao final implementada. Para os administrados, garante transparência e motivação desde o início da elaboração da medida regulatória.²²⁶

No mais, constata-se que, na realidade,

as avaliações da Anatel nem sempre demonstraram os potenciais impactos que podem ser gerados para os administrados e para o próprio governo, o que pode tornar inválido o ato administrativo ao final expedido, por vício de insuficiência de motivação²²⁷,

²²⁵ ALVES, Ana Paula Silvestrini Vieira. **Análise de impacto regulatório e normatização na Anatel**, p. 215

²²⁶ ALVES, Ana Paula Silvestrini Vieira. **Análise de impacto regulatório e normatização na Anatel**, p. 234

²²⁷ ALVES, Ana Paula Silvestrini Vieira. **Análise de impacto regulatório e normatização na Anatel**, p. 236

bem como a divulgação das aludidas avaliações sobre os potenciais impactos da medida, que deveriam ser demonstrados pela Anatel, em virtude do princípio da publicidade, não é realizada adequadamente e, assim ocorrendo, pode acarretar, também, a invalidade do ato administrativo.

Além disso, observa-se o desrespeito aos princípios da motivação e da publicidade, mais uma vez, quando da realização de consultas públicas, no tocante ao prazo e frequência delas, bem como minutas com expressões técnicas, o que dificulta a sua compreensão, tolhendo a participação social, pelo que se depreende do trecho abaixo:

..., há consultas públicas que são realizadas sem a divulgação dos estudos prévios e sem demonstração das potenciais consequências, vantagens e desvantagens da medida regulatória a ser implementada. Assim, por falta de motivação, são diminuídas as possibilidades dos interessados de contribuir para a tomada de decisão, o que pode ser fundamento para anular a consulta pública realizada.²²⁸

Dessa forma, não basta realizar a consulta pública, apenas para cumprir a determinação legal, é necessária, para a mesma ser válida, outorgando seriedade à atuação administrativa e ao ato final expedido, que seja divulgada amplamente; realizada em momento oportuno para participação social efetiva; com prazo suficiente para o recebimento das contribuições; bem como a exposição de minuta, em linguagem acessível, com as razões que levaram a sua redação.

No mais, pertinente trazer à baila crítica de Duciran Van Marsen Farena ao modelo de regulação da telefonia, com o qual compactuo, a saber:

Não será exagero dizer que o consumidor está fora do modelo de regulação da telefonia. Ele está presente no discurso, mas longe da prática implantada pela regulação. Nem mesmo ao usuário de maior poder aquisitivo, convertido em vaca leiteira do sistema, é atribuído um *status* de consumidor, indistintamente. A regulação reconhece apenas o *cliente*. Numa escandalosa inversão de valores, toda a proteção legal e regulamentar é voltada para o concessionário: o lucro deste é que é visto como “vulnerável”, como presa fácil ao alcance da mão do assinante.

[...]

Embora a LGT nada disponha (nem seria lícito que o fizesse) sobre as competências dos demais órgãos de defesa do consumidor, a regulamentação tratou de, ilegalmente, limitar suas possibilidades de ação. É o que dispõe o parágrafo único ao art. 19 do Dec. 2.338/97, o Regulamento da Anatel: “a competência da Agência prevalecerá sobre a de outras entidades ou órgãos destinados à defesa dos interesses e direitos do consumidor, que atuarão de modo supletivo, cabendo-lhe com exclusividade a aplicação das sanções do art. 56, VI, VII, IX, X e XI da Lei 8.078/90, de 11.09.1990”.

Terceiro, cuida-se de solapar ao máximo o direito à informação e contestação do consumidor. Nesse sentido são autorizações regulamentares para não discriminação

²²⁸ ALVES, Ana Paula Silvestrini Vieira. **Análise de impacto regulatório e normatização na Anatel**, p. 238

de pulsos, prazo de validade de créditos e cartões, nunca suficientemente informados, para contestação de lançamentos na fatura (em vivo contraste com a possibilidade infinita da empresa de fazer cobranças retroativas), permissão para inserção do nome do usuário em cadastros negativos de crédito, dentre outras abominações consagradas na Resolução 85/98 (Regulamento do STFC).

Como não poderia deixar de ser, num arcabouço construído dessa forma, o usuário de baixo poder aquisitivo não tem lugar. A decantada competição na telefonia fixa não veio nem virá – a empresas “espelhinho”, atuando no regime da liberdade de mercado, sequer se preocupam em oferecer opções ao usuário residencial – seu foco é unicamente o usuário corporativo.

A força de uma agência define-se na medida de sua capacidade para defender os direitos do consumidor. Agência pusilânime – e ainda mais pretensamente dotada de “supremacia” sobre os demais órgãos de defesa do consumidor, condenados à atuação “supletiva” – significa não só consumidor atirado aos leões, mas uma sinalização clara às empresas reguladas de que tudo é permitido, em nome do lucro.²²⁹

Flagrante é, portanto, o desrespeito ao consumidor em face do Regulamento da ANATEL (Dec. 2.338/97, art. 19, parágrafo único), ao prever a supremacia da agência sobre órgãos de defesa do consumidor, contrariando o comando do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (art. 105, CDC), que impõe uma atuação coordenada, bem como da Resolução 85/98 (Regulamento do STFC), ao transgredir o direito à informação (art. 6º, III, do CDC), uma vez que existem autorizações regulamentares para não discriminação de pulsos ou não estabelecimento de prazo de validade de créditos e cartões, e até permissão para inserção do nome do usuário em cadastros negativos de crédito sem a prévia informação ao consumidor, violando o art. 43 do CDC e a Súmula 359 do STJ.

Após a análise acerca da qualidade dos serviços públicos, em especial a saúde e a telecomunicação, bem como sua regulação através da ANS e ANATEL, resta claro que

não é mais possível compreender o serviço público apenas a partir de seu viés prestacional. A prestação não pode ser vista como um fim mesmo. O fim deve ser sempre o de buscar a satisfação dos direitos fundamentais e a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana²³⁰.

In casu, buscar-se-á a satisfação dos direitos do consumidor (art. 5º, XXXII, CF/88 c.c. art. 6º, X, CDC), bem como sua tutela.

Outrossim, não se pode olvidar que o processo de privatização dos serviços públicos representou uma melhora na qualidade dos serviços, embora ainda não seja o adequado, e a

²²⁹ FARENA, Duciran Van Marsen. **Regulação e Defesa do Consumidor no setor de telefonia**, pp.32-33

²³⁰ CÔRTEZ, Rafael Dias. **O Regime Da Concorrência no Serviço Público: Exceção ou Regra?**, pp. 396-397

descentralização estatal contribui na perseguição e concretização da dignidade do consumidor, pelo que se depreende da lição de Rafael Dias Cortês²³¹, a saber:

Por isso, é possível dizer que a inserção da concorrência em campos anteriormente sujeitos ao regime de exclusividade estatal mostrou-se mais benéfica aos usuários, seja porque um maior número deles passou a ter acesso aos serviços, seja porque houve expressiva melhora das facilidades oferecidas pelos prestadores. Logo, defender a exclusividade no contexto atual seria adotar interpretação prejudicial aos usuários e não a interpretação centrada na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais, o que é inconcebível.

[...]

É importante considerar, também, que a ideia de concorrência não sugere atuação livre e descomprometida do particular. O regime de concorrência das atividades levadas à condição de serviço público é um *regime de concorrência regulado*, não apenas pelos próprios instrumentos do mercado, mas também pelo próprio Estado.

Diante do exposto e, ainda, por ausência de investimento em pessoal qualificado, o qual se faz necessário, paralelamente, ao desenvolvimento da Agência, não há como se evitar sua captura.

3.4 Da Análise Crítica dos Contratos de Adesão: reflexo na qualidade dos serviços públicos

É possível apontar a captura das agências reguladoras como uma das causas ao descumprimento da adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral, além, é claro, da mácula das resoluções normativas dos entes reguladores, já comentada anteriormente. Ou seja, tanto as resoluções normativas corrompidas quanto a captura dos entes reguladores acarretam a violação dos contratos de adesão firmados entre ente regulado e consumidor e, conseqüentemente, o desrespeito a qualidade dos seus serviços públicos.

Assim, é indispensável estabelecer a definição geral de captura e identificar mecanismos que a podem produzir, pois a compreensão deles permitirá projetar sistemas reguladores que a possam evitar e, dessa forma, concretizar o interesse público almejado pelo ente regulador. Diversas são as concepções sobre captura, mas todas envolvem, basicamente, o uso de uma determinada política pública para proteger os agentes regulados em detrimento do bem-estar social; pode ser apontado como raiz de tais impactos uma variedade de processos políticos e burocráticos.

²³¹ CÔRTEZ, Rafael Dias. **O Regime Da Concorrência no Serviço Público: Exceção ou Regra?**, pp. 400 e 402

A definição sucinta de captura está relacionada com a capacidade da indústria de usar regulamentos para orientar os benefícios para si mesmo sobre outros alvos potenciais desses benefícios. Captura, assim, reflete a influência de uma condição que vai além de incidental, vitoriosa em contextos de determinada política, ou mesmo substancial e diretamente rentáveis ações públicas. À luz do seu conceito, é possível apontar como seus elementos: 1) essencialidade e/ou generalidade de benefício; 2) estabilidade ou persistência de provisão de benefício; e 3) provisão pública de medidas defensivas ou ações que fortificam os benefícios contra desafios atual ou potencial.

Relativamente à captura e ao setor público, pode-se dizer que são um alvo tão atraente, não apenas, porque tem os bolsos profundos de receitas, como também as razões do dispêndio dessas receitas são fáceis de justificar em vista do objetivo público. Mas, principalmente, é atraente porque a receita extraída por mandato e as decisões para destiná-las ou fazer leis ou regulamentos aplicáveis favoravelmente aos atores do setor privado são defendidas por esse monopólio da força. É o que se depreende da transcrição abaixo

The public sector is so attractive a target not only because it has the deep pockests of revenue and the easy rationales of expenditure of that revenue on what may be claimed are public purpose. But is is also especially attractive because the revenue that is extracted by mandate and the decions to allocate the revenue ou makde laws or regulations that apply favorably to actors in the private sector are defended by that monopoly off force.²³²

Dessa forma, a captura deve ser entendida como um conjunto complexo de padrões de comportamentos e relacionamentos que podem ser produzidos de muitas maneiras, frequentemente agindo em relação ao outro.

Por sinal, Diogo R. Coutinho²³³ assevera que o desrespeito ao compromisso regulatório, quando esse não for suficientemente claro, acarretará fissuras no sistema e permitirá um ambiente propício à captura, pelo que se depreende de sua lição: “Nas circunstâncias em que o compromisso regulatório não é suficientemente claro, criam-se brechas para “oportunistas” pós-celebração de contratos de concessão de ambos os lados”. E, ainda, destaca que

Quanto mais longo, aliás, o prazo das concessões, maior tende a ser a probabilidade de desentendimentos entre o concessionário e o regulador, de sorte que os investimentos, os custos de operação, os lucros, o desempenho da firma privada, as metas de universalização e o cumprimento da legislação (ambiental, por exemplo) podem ser prejudicados.

²³² MITNICK, Barry M. *Capturing “capture”: definition and mechanisms*, p. 36

²³³ COUTINHO, Diogo R. *Direito e economia política na regulação de serviços públicos*, p. 93

É válido ressaltar que, no Brasil, o modelo regulatório, através das agências, foi, em vários casos, instituído concomitantemente com a privatização; mas, em outros, ocorreu após a alienação das estatais. Porém, excepcionalmente, no setor de telecomunicações, criou-se, inicialmente, a agência e sua lei setorial, e, posteriormente, privatizou o serviço.

Por fim, se, por um lado, a privatização não propiciou a efetivação da dimensão geográfica, por outro lado, há uma incerteza da relação concorrência e universalização, observando-se o desrespeito às premissas da regulação e favorecendo, mais uma vez, um ambiente à captura.

Por isso, cabe colacionar o entendimento de Diogo R. Coutinho²³⁴ sobre o tema, *in verbis*:

A universalidade, diferentemente da concorrência, pode estar incrustada em princípios de justiça distributiva ou de equidade. Sobretudo, se implementadas em regiões ermas, de baixa densidade e com baixos níveis de renda, as políticas de universalização, contrariamente à rivalidade trazida pela concorrência, podem escapar à lógica da eficiência pura. Pode-se dizer, assim, que os mercados são soluções poderosas para eficiência produtiva e alocativa e que a concorrência é um poderoso catalisador de efeitos positivos para o bem-estar do consumidor. Entretanto, mercados não funcionam perfeitamente para prover distribuição justa dos ganhos de produtividade, de modo que alguma intervenção contínua deve ser empregada. A universalização é um bom exemplo desse tipo de intervenção em um ambiente pós-liberalização. Esses pontos suscitam, em suma, a rediscussão dos limites que supostamente separam uma regulação social de uma regulação puramente econômica em países em desenvolvimento.

Dessa forma, se é possível apontar e compreender as razões de uma captura, que, sinteticamente, foram reflexo de um precipitado modelo regulatório, que não conciliou os interesses privados com a promoção de defesa do consumidor; quiçá seja possível combatê-la, seja através da aplicação dos resultados obtidos com a análise do impacto regulatório, seja erguendo um aparato regulatório antes da privatização, possibilitando a formação de um espaço mais competitivo, assegurando, assim, que as firmas incumbidas tenham estabelecidas as responsabilidades de investimento, a fim de garantir aos consumidores um serviço público adequado e de qualidade²³⁵.

Enfim, constatou-se que o sistema de regulação, notadamente da ANS e da ANATEL, mostra-se insatisfatório à nossa realidade e compromete a adequada prestação do serviço público, seja porque não se cumprem a contento os princípios da Administração Pública e nem os exige da concessionária quando essa executa o serviço público, seja porque, embora tenhamos o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG), não se executam os resultados da análise do impacto regulatório, seja

²³⁴ COUTINHO, Diogo R. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**, p. 131

²³⁵ COUTINHO, Diogo R. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**, p. 95

porque ele, ainda, é incipiente a nossa sociedade de consumo, seja porque não é possível fazer um “transplante” jurídico entre o modelo regulatório dos países desenvolvidos com o dos países subdesenvolvidos, uma vez que há entre eles características que lhes são peculiares e que, por isso, não trarão os mesmos resultados.

A fim de corroborar com este entendimento, válido transcrever o posicionamento de Diogo R. Coutinho²³⁶, a saber:

Pode-se sustentar que países em desenvolvimento têm características e problemas únicos que parecem sugerir importância de estratégias e objetivos regulatórios que podem ser distintos daqueles adotados pela regulação “convencional” do mundo desenvolvido.

Portanto, convém trazer à baila, ainda, a lição de Ana Paula Silvestrini Vieira Alves, a qual segue o entendimento ora exposto, a saber:

No entanto, ainda há muito a ser aprimorado, especialmente no que diz respeito à transparência, objetividade e motivação das escolhas políticas, em todas as etapas da formação da vontade estatal: no planejamento, quando deve ser verificado se a edição de novo regulamento é a medida mais adequada; em caso positivo, no momento em que se elabora o conteúdo normativo; e após a implementação da norma, a título de revisão.²³⁷

Urge, pois, dosar a vantagem econômica oferecida à empresa privada quando da exploração do serviço público e, ainda, exigir, como contraprestação, encargos de investimentos em expansão de redes, segurança e continuidade do serviço e cobrança de tarifas.

No mais, além do problema da captura, que reflete uma fragilidade e deficiência dessas agências reguladoras, como ANATEL e ANS, e isso, por sinal, repercute na qualidade dos serviços prestados pelos seus regulados, devendo-se, ainda, atentar que é fator contributivo dessa má prestação do serviço público algumas cláusulas contratuais firmadas entre Ente Regulado e o Consumidor, as quais refletem o teor daquelas resoluções normativas maculadas e que são representações das condições gerais dos contratos, e que, por isso, podem violar o direito do consumidor, insculpido no art. 6º, X, do Código de Defesa do Consumidor, já que estão inseridas em contratos por adesão, não se permitindo discuti-las.

Ocorre que, como já explanado no item 2.3., estar-se-á diante de contratos coligados, em que o principal é o contrato de concessão, firmado entre Ente Regulador e Ente Regulado, e o acessório é o contrato de consumo, firmado entre a Concessionária (Ente Regulado) e o

²³⁶ COUTINHO, Diogo R. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**, p. 111

²³⁷ ALVES, Ana Paula Silvestrini Vieira. **Análise de impacto regulatório e normatização na Anatel**, p. 242

Consumidor. Outrossim, como a relação entre principal e acessório está pautada no princípio da gravitação jurídica, pode-se afirmar que haverá uma responsabilidade objetiva e solidária do Ente Regulador (Estado), o qual, repise-se, transfere, apenas, a execução do serviço através de cláusulas exorbitantes, mas não sua titularidade, e, ainda, depender-se-á previamente de lei autorizatória, na qual se fixarão as condições de ajuste a uma determinada pessoa jurídica de direito privado.

Curiosamente, com base nessas cláusulas exorbitantes, o Estado, Administração Pública-Concedente, detém amplos poderes como os de regulamentação, fiscalização, alteração unilateralmente do contrato, aplicação de penalidades, intervenção e extinção da concessão. Dessa forma, se o Ente Regulador se abstém de utilizar dos seus poderes respectivos quando do serviço não prestado adequadamente ao consumidor, tem-se por descumprido seu mister, acarretando, portanto, sua responsabilidade no tocante à violação do direito consagrado no inciso X, do art. 6º, do CDC, uma vez que é responsável, repita-se, pelo desenvolvimento e efetivo cumprimento do serviço concedido, competindo a ele aplicar advertência, multa, suspensão em face da inexecução total ou parcial do contrato, ou até intervir, diante de irregularidades na sua execução, ou até extinguir.

A propósito, quando da análise das cláusulas contratuais constantes no contrato acessório (aquele firmado entre o Ente Regulado e o Consumidor), percebe-se que elas, na realidade, não podem contrariar o que já havia sido previamente acordado no contrato principal (aquele estabelecido entre o Ente Regulador e o Ente Regulado) e que, por sinal, representam a vontade do próprio Ente Regulador. O que reforça a tese, ora defendida, de que o Consumidor não está aderindo às cláusulas “ditas” elaboradas pelo Fornecedor-Prestador do Serviço Público, mas, de fato, estar-se-á aderindo ao modelo do Ente Regulador, o qual, como já explicitado no item 3.2., retro, consagra um sistema deficitário, destacando-se como motivos que propiciam sua captura e, conseqüentemente, fomentam sua fragilidade, a saber:

- a) suas estruturas político-administrativas tradicionais, morosas e pautadas em critérios exclusivamente políticos são inadequadas aos novos desafios impostos ao Estado;
- b) as características fundamentais para o modelo prosperar, a saber: autonomia e independência (política dos gestores, técnica decisional, normativa, gerencial/financeira/orçamentária), mesmo observando as diretrizes da política setorial, constituem, por sinal, o maior ponto de precariedade do modelo;
- c) a recepção do modelo de agências previsto no sistema norte-americano pelo nosso ordenamento apresentou dificuldades como as especificidades históricas e as diversidades do próprio sistema jurídico entre os países;

- d) a influência de grupos políticos atuantes em favor dos seus próprios interesses faz com que o objetivo do interesse público inerente à regulação econômica estatal não seja alcançado, ou seja, o abuso de critérios subjetivos na indicação de seus diretores, em detrimento da qualificação técnica, pelo Presidente da República e aliados, o que constitui indicações meramente políticas, não se preocupando com o processo de escolha dos diretores, o quais deveriam ser técnicos ilibados da área onde atuam, não se observando, portanto, a independência política e equilíbrio partidário no seu comando;
- e) o déficit democrático, também, é causa de fragilidade das agências reguladoras, uma vez que as agências não estão observando instrumentos democráticos ou não se estão respeitando os princípios democráticos; e
- f) enfim, a transmutação do Estado, de Provedor a Garantidor, contribuiu para a fragilidade das agências, pois não propiciou a realização do interesse público e não promoveu o direito do consumidor, até porque a garantia de tratamento igualitário e acessibilidade, em condições de universalidade, aos serviços, que são elementos essenciais da perspectiva do Estado Regulador e de Garantia, não foram respeitados.

Em virtude desse sistema regulatório deficiente, verificou-se um aumento de demandas no Judiciário, acerca dos abusos cometidos pelo Ente Regulado contra o Consumidor e que representam, nada mais, nada menos, os abusos do próprio Ente Regulador, por consequência dos contratos coligados já explicitados anteriormente. É o que se depreende do Informativo nº 0632 do STJ²³⁸, abaixo transcrito:

Informativo nº 0632

Publicação: 28 de setembro de 2018.

TERCEIRA TURMA

Processo

REsp 1.721.705-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, por unanimidade, julgado em 28/08/2018, DJe 06/09/2018

Ramo do Direito

DIREITO CIVIL

Tema

Planos de saúde. Negativa de fornecimento de medicação. Tratamento experimental. Uso fora da bula (*off-label*). Ingerência da operadora na atividade médica. Impossibilidade.

²³⁸ BRASIL. STJ. **Informativo de Jurisprudência.** Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=ans&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 03 de outubro de 2018

Destaque

A operadora de plano de saúde não pode negar o fornecimento de tratamento prescrito pelo médico, sob o pretexto de que a sua utilização em favor do paciente está fora das indicações descritas na bula/manual registrado na ANVISA (uso *off-label*).

Informações do Inteiro Teor

O propósito recursal consiste em definir se a operadora de plano de saúde está autorizada a negar tratamento prescrito por médico, sob o fundamento de que sua utilização em favor do paciente está fora das indicações descritas na bula/manual registrado na ANVISA (uso *off-label*). A Lei n. 9.656/1998 (Lei dos Planos de Saúde) estabelece que as operadoras de plano de saúde estão autorizadas a negar tratamento clínico ou cirúrgico experimental (art. 10, I). **Por sua vez, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) editou a Resolução Normativa n. 338/2013, vigente ao tempo da demanda, disciplinando que é considerado tratamento experimental aquele que não possui as indicações descritas na bula/manual registrado na ANVISA (uso *off-label*). Quanto ao ponto, a jurisprudência do STJ está sedimentada no sentido de que é o médico, e não a operadora do plano de saúde, o responsável pela orientação terapêutica adequada ao paciente. Desse modo, ao estabelecer que a operadora está autorizada a negar cobertura de tratamento clínico ou cirúrgico que "não possui as indicações descritas na bula/manual registrado na ANVISA (uso *off-label*)", a ANS acaba por substituir abstrata e previamente a expertise médica pela ingerência da operadora. Nesse sentido, a doutrina afirma que "o tratamento previsto no art. 10, I, da Lei n. 9.656/1998 não abrange o uso *off-label* do medicamento", em reconhecimento de que a resolução normativa da ANS "ultrapassou os limites da mera regulamentação do art. 10, I, da Lei n. 9.656/1998". O caráter experimental a que faz referência este inciso diz respeito ao tratamento clínico ou cirúrgico incompatível com as normas de controle sanitário ou, ainda, aquele não reconhecido como eficaz pela comunidade científica. Assim, a ingerência da operadora, além de não ter fundamento na Lei n. 9.656/98, constitui ação iníqua e abusiva na relação contratual, e coloca concretamente o consumidor em desvantagem exagerada (art. 51, IV, do CDC).** (destaques de hoje)

Outrossim, corroborando com o entendimento ora esposado, qual seja da ilicitude das normas regulatórias sobre os contratos de serviços públicos praticados no mercado de consumo, notadamente nos setores de telecomunicações e saúde, cujos Entes Reguladores são a ANATEL e a ANS, respectivamente, faz-se necessário colacionar os seguintes julgados.

No tocante à ANATEL, interessante o teor dos Embargos Infringentes, em sede de Apelação, na Ação Declaratória c/c Repetição de Indébito, pronunciado pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJ-MS - EI: 18002 MS 2006.018002-1/0001.00), a saber:

EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO - TELEFONIA FIXA - COBRANÇA DE ASSINATURA BÁSICA DE TELEFONIA FIXA - ABUSIVIDADE - INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - MANUTENÇÃO, MODERNIZAÇÃO E AMPLIAÇÃO DO SERVIÇO INCLUSO NO VALOR OFERTADO NA LICITAÇÃO - ARTIGO 3º, XXIV, DA RESOLUÇÃO ANATEL N. 426/05 - INEFICAZ - NATUREZA JURÍDICA DA COBRANÇA - TARIFA - NECESSÁRIA A EFETIVA UTILIZAÇÃO DO SERVIÇO PRESTADO - ILEGALIDADE - RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

A cobrança da tarifa de assinatura básica por empresa de telefonia fixa constitui medida desproporcional e abusiva, porquanto não possui nexos com a efetiva prestação do serviço de telecomunicação e viola o direito básico de informação do usuário, em manifesta ofensa aos princípios da boa-fé e equidade contratual previstos no Código de Defesa do Consumidor, aplicável ao caso dos autos.

Por outro lado, a oferta, na licitação para concessão do serviço, do preço das tarifas abarca não só a retribuição do serviço, mas também os gastos de manutenção, modernização e ampliação do serviço, como toda remuneração de qualquer atividade empresarial, pelo que deve ser reconhecida a ilegalidade da respectiva cobrança por essa razão também, sob pena de ser imposta dupla oneração ao usuário.

A Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) possui competência apenas para sustentar os termos do equilíbrio econômico que o Estado ajustou com o concessionário e não para instituir nova cobrança, o que resulta na ilegalidade do artigo 3º, XXIV, da Resolução ANATEL n. 426/05, até porque, nos termos do artigo 175, III, da CF, política tarifária é matéria a ser regulada por lei e não por ato administrativo.

Para a cobrança das tarifas, mister a efetiva utilização do serviço prestado. Somente as taxas são devidas desde que o serviço, de utilização obrigatória, esteja à sua disposição. Assim, se caracterizada a compulsoriedade dos serviços de telecomunicação, estar-se-ia imprimindo à assinatura básica natureza jurídica de taxa, cuja instituição somente compete ao Legislativo, jamais à Administração Indireta; daí resultando outra ilegalidade.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do 3º vogal.

Campo Grande, 21 de maio de 2007.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator Designado²³⁹
(destaques de agora)

Relativamente à ANS, pertinente a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS - AC: 70064432420 RS), *in verbis*:

JUÍZO DE RETRATAÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE DA MENSALIDADE. FAIXA ETÁRIA. ABUSIVIDADE. REAJUSTES ANUAIS. PLANOS COLETIVOS. LIVRE NEGOCIAÇÃO. REPETIÇÃO SIMPLES DOS VALORES INDEVIDAMENTE SATISFEITOS. PRESCRIÇÃO TRIENAL. 1. No caso em exame, trata-se de decisão recorrida publicada até 17 de março de 2016. Assim, segundo os enunciados do Superior Tribunal de Justiça sobre a aplicação do novel Código de Processo Civil, há a incidência da legislação anterior, de acordo com o posicionamento jurídico uniforme daquela Egrégia Corte que tem a competência para regular a forma de aplicação da lei federal. 2. A interpretação precitada coaduna com os princípios conformadores da atual legislação processual civil, que dizem respeito a não ocasionar prejuízo à parte ou gerar surpresa a esta com a modificação do procedimento em relação aos atos já efetivados, consoante estabelece o art. 9º, caput, e art. 10, ambos do novel Código de Processo Civil. 3. No caso dos autos o prazo prescricional aplicável ao pedido de restituição de valores é o trienal, previsto no artigo 206, § 3º, IV do Código Civil, consoante posicionamento jurídico adotado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº. 1.360.969-RS, submetido ao regime dos recursos... repetitivos. 4. **Os planos ou seguros de saúde estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor, enquanto relação de consumo atinente ao mercado de prestação de serviços médicos, nos termos do artigo 35-G da Lei 9.656/98 e da súmula nº. 469 do STJ.** 5. A cláusula contratual que determina o acréscimo na mensalidade em razão da mudança de faixa etária não indica os critérios utilizados para determinar o

²³⁹ BRASIL. TJ-MS - EI: 18002 MS 2006.018002-1/0001.00, Relator: Des. Luiz Carlos Santini, Data de Julgamento: 21/05/2007, 3ª Seção Cível, Data de Publicação: 21/09/2007

reajuste em valor tão expressivo, rompendo com o equilíbrio contratual, princípio elementar das relações de consumo, a teor do que estabelece o artigo 4º, inciso III, do CDC. 6. **Nessa seara, com base no artigo 51, incisos IV, X e XV, § 1º, do CDC, reconhece-se a abusividade da fixação da mensalidade em valor superior ao que ordinariamente seria ajustado, em razão da idade do contratante.** 7. **Nos contratos coletivos não há percentual previamente fixado pela Agência Nacional de Saúde, mas apenas a obrigação de a operadora informar o reajuste aplicado no ano, o qual poderá ser livremente negociado com a contratante. Isto é o que se extrai do artigo 35-E, § 2º da Lei 9.656/98, da Resolução Normativa nº. 128/2006 da Direção Colegiada da ANS e da Instrução Normativa nº. 13/2006 da DIPRO/ANS.** 8. Havendo saldo em favor da parte devedora no contrato, admite-se a... repetição simples dos valores indevidamente satisfeitos. Alterado o lapso prescricional, em juízo de retratação. (Apelação Cível Nº 70064432420, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 25/10/2017).²⁴⁰ (sem destaques no original)

Relativamente ao primeiro julgado colacionado, no tocante a atuação da ANATEL, verifica-se a ilegalidade e a abusividade da cobrança da tarifa de assinatura, cobrada mensalmente dos consumidores, independentemente da utilização do serviço e, por isso, dever-se-á declarar a nulidade da cláusula que prevê aludida cobrança, com efeitos *ex nunc*, inserta no contrato de concessão do serviço fixo comutado local, firmado entre o consumidor e a ANATEL, nos termos do art. 51 do CDC, e que, por sinal, a empresa de telefonia fundamentava seu ato em ato normativo administrativo nº 426/05, expedido pela agência reguladora ANATEL, o qual, também, encontra-se eivado de ilicitude, como se depreende de algumas passagens dos votos do 1º, 2º e 3º vogal, pelas razões que subseguem:

- a) é uma relação de consumo, devendo-se, obrigatoriamente, observar as normas do CDC, conforme dispõe a própria Lei 9472/97, em seu art. 5º;
- b) a lei consumerista, como tem base constitucional, objetiva harmonizar os interesses das relações negociais entre consumidor e fornecedor e, por isso, os serviços, mesmo que explorado por concessionária, são executados por ordem do Poder Público;
- c) ilicitude e abusividade do ônus tarifário pela mera disponibilização dos serviços, uma vez que não há conexão com a prestação do serviço de telecomunicação, mas com parcelas que correspondem ao reembolso dos gastos da concessionária, sendo, portanto, vedada imputar responsabilidade a terceiros por este custo político de expansão, o que configura uma prestação desproporcional e injustificada, pois aludidos custos devem ser custeados por conta e risco da concessionária;

²⁴⁰ BRASIL. TJ-RS - AC: 70064432420 RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Data de Julgamento: 25/10/2017, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/10/2017

- d) a exigência de contribuição mensal fixa por um serviço que não é sempre utilizado ou sua utilização a menor não corresponde ao valor cobrado mensalmente, constitui verdadeiramente uma prática abusiva (art. 39, V, CDC), pois é uma vantagem manifestamente excessiva;
- e) as faturas de pagamento disponibilizadas pelas empresas concessionárias devem informar a justificativa da cobrança consignada como “assinatura básica residencial”, o que não ocorre, configurando flagrante ofensa aos arts. 4º, IV e 6º, III, bem como, indiretamente, constitui violação ao princípio da boa-fé objetiva, insculpido nos art. 4º, III e 51, IV, todos do CDC;
- f) cláusula de cobrança de ônus tarifário com essas vicitudes é abusiva e enseja sua nulidade;
- g) compete ao Estado fiscalizar o exercício da atividade da concessionária, através das agências reguladoras, e, no caso de serviço público essencial de telecomunicação, essa vigilância compete à ANATEL;
- h) há ilegalidade na cobrança de tarifa de assinatura básica, embora prevista na Resolução 426/05, art. 3º, XXIV, editada pela ANATEL, uma vez que o legislador não atribuiu competência a esta autarquia para instituir aludida cobrança, tão-só sustentar os termos do equilíbrio econômico ajustado com o concessionário. Por sinal, o art. 81 da Lei 9472/97 estabelece que os recursos destinados a cobrir os custos da universalização do serviço deve ser oriundo do Orçamento Geral da União, Estados, Distrito Federal e Municípios ou de um fundo especificamente constituído para essa finalidade, ou seja, em atenção ao princípio da legalidade, somente a lei pode criar, modificar ou extinguir direito, o que não ocorre neste caso, visto que a Resolução n. 85/98, que regula a cobrança da tarifa mensal é um ato normativo administrativo;
- i) há violação ao princípio da livre iniciativa, previsto no art. 170 da Constituição Federal c/c art. 83, Parágrafo Único, da Lei 9472/97, no tocante à cobrança da tarifa, uma vez que os riscos/ônus do empreendimento devem ser assumidos pelo empreendedor e não pelo consumidor;
- j) a política tarifária é matéria regulada por lei (art. 175, III, CF/88) e não por ato administrativo e, dessa forma, fica impossibilitada a ANATEL fixar, reajustar e revisar tarifas, que, por sinal, é a natureza jurídica desse ônus, com caráter voluntário, decorrente de contrato assumido, e previsão legal específica, diferentemente das taxas que são cobradas pelo serviço de utilização obrigatória ao contribuinte, bastando que esteja a sua disposição, mas as taxas só podem ser exigidas se houver efetivamente a utilização do serviço, constituindo, portanto, preço de serviço público facultativo;

k) a cobrança do ônus tarifário é abusiva, ensejando a devolução dos valores indevidamente pagos, como reza o art. 42 do CDC, até porque a Resolução 85/98, art. 3º, XXI, da ANATEL, exige, para cobrança da tarifa de assinatura, a fruição contínua do serviço, o que não ocorre no presente caso; e

l) impõe-se decretar a inconstitucionalidade do art. 3º, XXI, da Resolução 85/98, impossibilitando-se, a partir do seu reconhecimento, a cobrança da tarifa de assinatura.

Por sua vez, o segundo julgado confrontado, no que diz respeito ao desempenho da ANS, tem-se reconhecida a abusividade quando da fixação da mensalidade em valor superior ao que ordinariamente seria ajustado, em razão da idade do contratante e que, embora nos contratos coletivos não exista percentual previamente fixado pela Agência Nacional de Saúde, impõe-se que não desrespeite o princípio do equilíbrio contratual e que se obrigue a operadora a informar acerca do reajuste aplicado no ano, o qual poderá ser livremente negociado com a contratante, a fim de se preservar os direitos do consumidor insculpidos nos incisos III, IV e X, todos do art. 6º, do Código de Defesa do Consumidor.

Ainda no tocante às resoluções normativas da ANS, interessante trazer à baila as instigantes decisões dos Tribunais de Justiça do Estado do Paraná (TJ-PR - APL: 13017099 PR 1301709-9), Rio de Janeiro (TJ-RJ - APL: 03612442920128190001) e São Paulo (TJ-SP 10095303920178260576), as quais analisaram a recusa do seguinte procedimento: implante de desfibrilador interno e marca-passo multissítio, placas e eletrotodos e implante de marca-passo multissítio, sob o argumento de que o aludido procedimento não está previsto em resoluções da ANS e que o implante do marca-passo multissítio depende do preenchimento de diretrizes da ANS, posicionando-se pela sua condenação do pagamento ao autor a título de indenização por dano moral, com juros de mora desde a data da citação inicial, justificando-se, as decisões, nos princípios do equilíbrio contratual e da boa-fé objetiva, merecendo, portanto, transcrever o segundo e terceiro acórdãos, *in litteris*:

APELAÇÃO. PEDIDO DE RESSARCIMENTO CUMULADO COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NEGATIVA DA SEGURADORA EM AUTORIZAR OS MATERIAIS NECESSARIOS PARA COLOCAÇÃO DE MARCAPASSO. PACIENTE COM GRAVE PROBLEMA CARDÍACO. ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA DE EXCLUSÃO DE RISCO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 112 DO TJERJ. 1- Autor com 18 anos de idade, conveniado ao plano de saúde da Sul América Companhia de Seguro Saúde, em dia com o pagamento dos boletos, recebeu negativa de cobertura por não constar o marca-passo no rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS. 2- A cláusula contratual limitadora de risco é abusiva, pois revela desvantagem exagerada imposta ao consumidor, ferindo a regra do artigo 51, IV c/c § 1º, II, do

CDC. 3- As cláusulas contratuais interpretam-se em favor do consumidor. 4- Remansosa jurisprudência desta Corte, com incidência do verbete da Súmula nº 112 deste Tribunal de Justiça. 5- O consumidor, não detém conhecimentos médicos para avaliar o que é uma prótese ou órtese, não tendo sido explicitado no contrato o que exatamente estava sendo excluído. 6- Dano moral configurado. 7- O Autor com evidente risco de morte, teve o procedimento negado, quando o médico assistente, já havia justificado o motivo pelo qual necessitava do Implante de Marcapasso Desfibrilador. 8- Acentuado sofrimento decorrente do estado de incerteza quanto à concessão ou não da autorização do fornecimento dos materiais necessários e indispensáveis ao procedimento cirúrgico. Autor, com apenas 18 anos de idade, já havia sofrido 5 paradas cardíacas, quando da negativa. 9- Quantum indenizatório fixador em patamar razoável (R\$15.000,00). 10- NEGATIVA DE PROVIMENTO AO RECURSO.²⁴¹

[...]

Plano de Saúde – Obrigação de Fazer – Aplicação do Código de Defesa do Consumidor – Negativa de fornecimento de desfibrilador interno (marca-passo) e do estimulador cardíaco, solicitados pelo médico que trata da autora, que sofreu infarto do miocárdio; foi submetida a colocação de três pontes de safena e apresenta déficit permanente de irrigação sanguínea (isquemia miocárdica), falta de coordenação nos batimentos entre o átrio e ventrículo em virtude de disfunção acentuada dos impulsos elétricos, fraqueza na força contrátil, com prejuízo acentuado do fluxo de sangue bombeado para os órgãos e cérebro e contrações anômalas do coração, sob o argumento de que a paciente não preenche os requisitos necessários para o implante, nos termos do Resolução Normativa nº 387, Anexo II, item 35, da ANS – Abusividade – Incidência dos enunciados das Súmulas 96 e 102 desta E. Corte – Sentença mantida – Apelo desprovido.²⁴²

Convém destacar alguns argumentos²⁴³ apontados pelo primeiro julgado, oriundo do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (ANEXO A), a saber:

- a) a negativa de cobertura de implante de marcapasso cardíaco e desfibrilador, embora seja legítima, uma vez que o procedimento não se encontra previsto no rol da ANS, bem como o implante deve preencher requisitos estabelecidos pela agência reguladora, é, indubitavelmente, abusiva porque as Resoluções da ANS não podem contrariar os ditames consumeristas nem os princípios constitucionais (como razoabilidade e proporcionalidade), bem como a Lei dos Planos de Saúde, e, conseqüentemente, acarretar um dano à saúde do consumidor, configurando, por isso, em dano moral;
- b) as disposições normativas da ANS vinculam os contrarrentes, todavia, impõe-se um controle jurisdicional e, especificamente, um controle de sua constitucionalidade, porque a extensão dos poderes das agências reguladoras estão previstos na Lei Maior e, é sabido, que elas não exercem a função legislativa, se assim ocorresse, estaria violando o princípio da

²⁴¹ BRASIL. TJ-RJ - APL: 03612442920128190001 RIO DE JANEIRO CAPITAL 18 VARA CIVEL, Relator: TERESA DE ANDRADE CASTRO NEVES, Data de Julgamento: 27/07/2016, SEXTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 01/08/2016

²⁴² BRASIL. TJ-SP 10095303920178260576 SP 1009530-39.2017.8.26.0576, Relator: A.C.Mathias Coltro, Data de Julgamento: 28/02/2018, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 01/03/2018

²⁴³ BRASIL. TJ-PR - APL: 13017099 PR 1301709-9 (Acórdão), Relator: Albino Jacomel Guerios, Data de Julgamento: 12/02/2015, 10ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1541 08/04/2015

separação dos poderes, bem como o princípio da legalidade. Na realidade, quando a Constituição Federal /88 legitima a agência para regulamentar a lei, deve se pautar em conceitos genéricos, até porque o objeto de regulamentação se restringe, única e exclusiva, aos contratos de concessão, respeitando-se os parâmetros e princípios insculpidos em lei;

c) os atos normativos, mesmo estando entre as atribuições da agência, devem ser submetidos ao controle jurisdicional, uma vez que não se pode encontrar óbice aos controle desses atos, mesmo com base no princípio da separação dos poderes, já que o Estado Constitucional de Direito está pautado na Lei Maior;

d) o contrato de plano de saúde é de consumo e, por isso, é relevante o direito do consumidor, cuja base é constitucional, a educação e informação, esta clara, precisa e suficiente, facilitando sua compreensão e respeitando-se os princípios da boa-fé objetiva e equilíbrio contratual (art. 4º, IV; 6º, III; 46, todos do CDC), ou seja, o sistema de saúde privado, por meio de sua operadora, deve atender às necessidades do usuário, ofertando o máximo possível de cobertura, para que se concretize a função social, bem como os interesses protegidos em norma, garantindo sua efetividade;

e) o princípio da não-cobertura plena coloca em risco o próprio objeto do contrato de plano de saúde, proporcionando ao usuário uma situação de perigo à saúde do usuário, ao invés de assegurá-la, não se prestando, dessa forma, um serviço adequado e eficiente, uma vez que constituiria um serviço incompleto, sem argumentos razoáveis, pois não foi assegurado contratualmente determinado procedimento e técnica médica necessária para a cura do paciente e que compõe o tratamento já acobertado;

f) todos os atos jurídicos em geral, incluindo os normativos, e mais ainda os limitativos de direitos fundamentais, devem ser interpretados de acordo com os princípios constitucionais (como conformidade à Constituição Federal, razoabilidade, proporcionalidade, unidade e supremacia da Constituição). Assim, as resoluções da ANS devem ser confrontadas com as normas consumeristas, impedindo-se que um ato capaz, ao ser introduzido no contrato de plano de saúde, seja considerado uma cláusula abusiva;

g) a interpretação de um texto normativo não pode ser literal, mas sim, recomenda-se, pautar na razoabilidade, pesquisando-se eventual critério para suposta restrição de uma espécie de radioterapia, até porque se ela, em geral, é permitida, não há justificativa razoável para sua vedação modulada, espécie daquela, ou seja, tanto o Judiciário quanto a ANS deve interpretar a Lei de Planos de Saúde conforme os princípios consumeristas ou aplicar as normas insculpidas nesse Código na sua atividade fiscalizatória. Significa dizer que os poderes normativo e regulamentar da agência devem observar as normas previstas no CDC,

caso contrário revelam-se ilegais, pois ofenderão a ordem jurídica, sempre que desses limites distorcerem, devendo, por isso, ser submetidos ao controle judicial;

h) a extensão dos poderes conferidos pela Lei de Planos de Saúde e a Lei 9961/2000 à ANS não pode violar o CDC, norma de ordem pública e origem constitucional, ou seja, os atos normativos não podem contrariar fontes hierárquicas superiores do ordenamento jurídico, como a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor. Dessa forma, se a Lei determinou cobertura abrangente, não pode a norma administrativa, pela sua condição hierárquica inferior, limitar o que a Lei não limitou; e

i) os contratos de plano de saúde envolvem diretamente um direito fundamental e a negativa de cobertura a determinado tratamento pode, assim, de modo direto, privar os meios e recursos necessários para a cura da enfermidade, causando um dano moral.

Outrossim, convém salientar que o Poder Judiciário não faz parte do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, mas como os entes que o compõem não estão conseguindo resolver a contento aludido problema, uma vez que não estão agindo de forma coordenada, surge, por conseguinte, sua difusão no Judiciário. A fim de corroborar com este entendimento, convém colacionar o posicionamento de Marcelo Neves²⁴⁴ sobre o papel ideal do Judiciário no tocante à aplicação dos princípios, eis que:

O juiz Iolau distingue-se do juiz Hidra sob dois aspectos. Por um lado, ele não se subordina, desorientadamente, ao poder dos princípios de se regeneram incontrolavelmente em cada situação concreta, na forma policéfala em que se apresentam. ... Por outro lado, o juiz Iolau não atua, ele mesmo, à maneira de Hidra. Não regenera, a cada caso, um novo princípio para encobrir a sua atuação em favor de interesses particulares, vinculados ao poder, ao dinheiro, à religião, à parentela, à amizade, às boas relações etc.

[...]

Entretanto, o juiz Iolau não se confunde com o juiz Hércules (no sentido em que definimos na introdução). Ele não se prende rigidamente a regras, impedindo que o direito responda adequadamente a demandas complexas da sociedade. ... Ele não isola o direito do seu contexto social. Está sempre disposto ao aprendizado mediante referência ao ambiente do sistema jurídico.

[...]

O juiz Iolau não nega que, em certos casos, precisa recorrer à técnica da ponderação. Mas ele sabe que a ponderação, para que tenha valor, deve ser tratada como um recurso escasso: com parcimônia. Sabe que a trivialização da ponderação tem efeitos negativos para os próprios princípios constitucionais, que ele leva a sério.

[...]

O juiz Iolau enfrenta o paradoxo da justiça, procurando “superá-lo” em cada caso constitucional controverso, embora não tenha a pretensão hercúlea de eliminá-lo definitivamente. Não cai unilateralmente na posição formalista da jurisprudência dos conceitos nem na postura realista da jurisprudência dos interesses. Ele compreende que, dentro da cadeia argumentação jurídica, as regras constitucionais relacionam-se primariamente com os conceitos jurídicos e com a argumentação formal, enquanto os princípios processam primariamente interesses e outras variáveis sociais, estando vinculados predominantemente à argumentação substantiva. Busca, então, um

²⁴⁴ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**, pp. 221-222, 226-228

equilíbrio entre os princípios e as regras constitucionais, para assegurar a consistência jurídico-conceitual e adequação social do direito. Ele não desconhece que esse equilíbrio é sempre instável e contingente, pois implica continuamente abertura para outras possibilidades em casos futuros.

[...]

E caberia concluir: na busca de equilíbrio entre regras e princípios constitucionais, o juiz Iolau é, ele próprio, uma experiência *com* o impossível. Para enfatizar a contingência, é mais plausível, porém, a seguinte conclusão: *o juiz Iolau é a experiência com o improvável.* (destaques de hoje)

Dessa forma, urge um Judiciário comprometido com a aplicação da norma e o contexto social, e que não se distancie da realidade, nem se submeta às arbitrariedades praticadas pelos agentes públicos, quando dos atos normativos insculpidos nos “contratos” de prestação de serviço público. Enfim, harmonização entre princípios e regras deve ser a meta almejada pelo Judiciário.

Outrossim, a realização desta harmonização pelo Judiciário constitui uma tarefa árdua, pelo que se constata da transcrição²⁴⁵ abaixo:

O legislador nacional se vê frequentemente em uma relação de tensão entre a tarefa de harmonização da diretriz e a observância das particularidades da própria ordem jurídica nacional.

[...]

Com isso, fica evidente a necessidade urgente, inquestionável e inalterável de se ter um direito do consumidor definido claramente na lei e formulado em seu conteúdo de modo claro e inequívoco. Esse direito é indispensável para uma relação de força harmoniosa e equilibrada entre fornecedores e consumidores, aspiração presente tanto a nível nacional, como a nível europeu e impossível de ser afastada de nossa vida jurídica atual. O direito do consumidor serve para a proteção da parte contratual estruturalmente mais fraca e, com isso, do vulnerável, contra desvantagens ou surpresas da outra parte.

Oportuno esclarecer, conforme observado nos julgados colacionados, tanto da ANATEL quanto da ANS, que as irregularidades das Resoluções ou Instruções Normativas, ainda vigentes, quando de sua aplicação aos contratos de prestação de serviço público, faz concluir que, na realidade, não estamos aderindo a contratos, mas sim a atos normativos elaborados pelas agências reguladoras. Portanto, não resta dúvida sobre a atuação do Estado, através dos atos normativos editados pelas agências reguladoras, quando da elaboração daquilo que pensamos assinar como “contratos” de prestação de serviço público e que, na realidade, as condições gerais desses contratos não passam de verdadeiros atos normativos, os quais estão em desacordo com os desideratos consumeristas, não amparando, então, preventivamente, o consumidor de possíveis e/ou futuros danos, ao contrário, provoca-os;

²⁴⁵ WULF, Sibylle Kessal; FRITZ, Karina Nunes. **EXPERIÊNCIAS COM O DIREITO DO CONSUMIDOR EUROPEU: UMA ANÁLISE CRÍTICA**, pp. 11-12

bem como esclarecido está que os aludidos “contratos” de adesão não estão nos moldes do novo perfil contratual, ou seja, pautados no princípio da confiança e, por isso, infelizmente, não cumprem sua função social. O que configurou a hipótese do presente estudo.

Entretanto, a tese consistiu em uma nova leitura deste contrato, face à imprescindibilidade da participação incisiva do Estado na formação das condições gerais, através do poder concedido às agências reguladoras para editar as resoluções normativas, as quais representam as aludidas condições gerais, controlando, assim, indiretamente a economia de mercado e propiciando, lamentavelmente, o desamparo do consumidor.

No mais, se o Estado permitiu e/ou autorizou a entidade pública/privada a concretização do interesse público, através de contrato de concessão, o qual é devidamente fiscalizado por uma Agência Reguladora, poderá, também, retirá-lo este poder da mesma, ou seja, o Estado não poderá ficar inerte diante dessa situação. Assim, se ele autorizou a aludida entidade a gerir em seu próprio nome um serviço público, competirá a ele, também, revogar seu ato, pois ela assume, por força de lei, a responsabilidade de uma tarefa administrativa de prestação, a qual foi descumprida. É o que se depreende da lição abaixo.

Pelo que, havendo alterações neste interesse – seja porque a concessão já não serve os fins que se pretendia alcançar, seja porque se entende que a sua manutenção perturba a realização do interesse público – a Administração poderá fazer uso dos poderes que lhe são (ou devem ser) próprios, enquanto poderes que lhe conferem a posição de garante do interesse público. E isto não deixa de ser assim mesmo quando a concessão se destine exclusiva ou predominantemente a satisfazer os interesses privados ou particulares dos concessionários. É o que pode suceder com a concessão de uso privativo de bens públicos. Também nesse caso a Administração tem o poder de verificar em cada momento a compatibilidade da concessão com o interesse público. Se, por razões de interesse público, concluir que o uso privativo do bem já não pode manter-se, ela está habilitada a exercer os seus poderes de revogação do direito criado²⁴⁶.

Significa dizer que se há uma relação jurídica administrativa, pautada no contrato de concessão, entre o Estado e a entidade pública/privada, em que o primeiro, titular de um serviço público atribuí à segunda o direito de, em seu próprio nome, organizar, explorar e gerir esse serviço e esta não cumpre satisfatoriamente com suas obrigações contratuais, ensejará, portanto, a revogação desta entidade.

Do exposto, após análise do papel do Estado sobre a atividade econômica, *in casu* na relação de consumo, cuja previsão constitucional está consagrada no art. 170, V, constatou-se uma intervenção regulatória, a qual “se caracteriza pela imposição legal, de prescrições positivas e negativas sobre o desempenho de atividades econômicas ou sociais privadas,

²⁴⁶ GONÇALVES, Pedro Costa. **Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante**, p. 228

visando à prevalência de interesses públicos específicos legalmente definidos²⁴⁷. e, no tocante aos serviços públicos, notadamente da saúde e telecomunicação, verificou-se que não há uma definição fechada acerca desse interesse público, o que possibilita uma ponderação de todos os interesses envolvidos, através de

um triângulo de relações, em que num dos vértices está o interesse público geral cometido Estado (agência); no outro, estão os interesses individuais, coletivos e difusos dos usuários e consumidores e, no terceiro, os interesses privados dos agentes econômicos produtores de bens e de serviços atinentes aos setores regulados.²⁴⁸

De fato, conciliar os interesses estatais, refletido em sua liberdade, com os consumeristas, retratado na sua segurança, constitui um árduo trabalho, como se depreende da transcrição abaixo:

De todo modo, a ausência de alguma cura radical existe porque os esforços de formação de identidade variam de modo inquietante – como deve ser – entre os dois valores humanos igualmente centrais de liberdade e segurança. Indispensáveis para uma vida humana decente, eles são difíceis de conciliar, e o perfeito equilíbrio entre ambos ainda deve ser encontrado. Afinal, a liberdade tende a vir no mesmo pacote que a insegurança, enquanto a segurança tende a ser embrulhada com os constrangimentos à liberdade.

[...]

... o antagonismo entre segurança e liberdade – ambas desejadas com ardor e em igual medida, mas também dolorosamente difíceis de conciliar e quase impossíveis de satisfazer ao mesmo tempo.²⁴⁹

No mais, a fim de complementar o posicionamento supra, válido colacionar o entendimento de Bauman sobre os termos liberdade e segurança, *in verbis*:

A felicidade, portanto, significa liberdade: liberdade para agir conforme os impulsos, para seguir seus próprios instintos e desejos. Esse é o tipo de liberdade que tende a ser eliminada, ou pelo menos severamente restringida, pelo bem de “uma porção de segurança”. A segurança, por outro lado, significa proteção contra três tipos de sofrimento que ameaçam os seres humanos: os que vêm “do nosso próprio corpo”, os “do mundo externo” e os “de nossas relações com os outros homens”.²⁵⁰

Até porque

... toda ausência de liberdade significa heteronomia, isto é, uma situação em que seguimos regras e comandos impostos por outros, uma condição agenciada, na qual a pessoa que age o faz por vontade de outra. As pessoas podem se ressentir dessa vontade alheia e buscar maneiras de enganar ou se rebelar; podem aceitar — de má vontade — a inutilidade de toda resistência; ficar contentes por alguém se responsabilizar por suas ações e liberá-las da pesada necessidade de escolha e decisão; podem até não perceber que agem e continuam agindo sob compulsão, sem jamais imaginar uma forma diferente de agir no dia-a-dia. O fato é que em todos

²⁴⁷ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Direito Regulatório**, p. 129

²⁴⁸ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Direito Regulatório**, pp. 131-132

²⁴⁹ BAUMAN, Zygmunt. **A ÉTICA É POSSÍVEL NUM MUNDO DE CONSUMIDORES?**, pp. 20 e 24

²⁵⁰ BAUMAN, Zygmunt. **A SOCIEDADE INDIVIDUALIZADA Vidas contadas e histórias vividas**, p. 41

esses casos os agentes não são autônomos: não são eles que formulam as regras que guiam seu comportamento nem estabelecem o leque de alternativas que podem perfilar e examinar ao tomar suas grandes e pequenas decisões.²⁵¹

Urge, pois, que os padrões de conduta sejam impostos e devidamente respeitados a fim de se evitar o caos na sociedade de consumo, buscando a harmonia no sistema por meio da cooperação entre os partícipes desta relação, dever anexo do princípio da confiança que deveria permear esta relação.

O ideal seria, segundo Rodrigo Silva²⁵², na análise da relação entre o Estado, Agências Reguladoras, atividades reguladas e consumidor do serviço público, a satisfação do interesse público no agir do Estado, consoante se depreende da transcrição abaixo:

O ângulo a ser visto deve ser aquele que, quando da execução destas engrenagens presentes no aparelho estatal estiverem em ação, os Órgãos Reguladores devem inserir a seguinte questão: “será que na consecução destes objetivos traçados dentro da atividade estatal se está agindo na busca da satisfação do interesse público?”; “será que neste agir há respeito à vulnerabilidade do consumidor dos serviços públicos?” Estas são as primeiras questões a serem albergadas pelas Agências, aliadas a regularidade legal dos atos. Após, deverão atentar para a outra série de princípios referidos acima, como os princípios contidos no art. 170, da Constituição Federal, o princípio da proporcionalidade e da legalidade, assim como outros aplicáveis a cada caso.

O que mais importa é a satisfação do interesse público no agir do Estado, seja diretamente, seja através de suas concessionárias. O fundamento maior da relevância do princípio do interesse público está na própria universalidade e o cunho permanente que tal possui dentro da Administração Pública. Dentre esta nova faceta administrativa e econômica no nosso país, a transferência da fiscalização e regulação das atividades estatais concedidas e permitidas pelo Estado deve ser pautada na busca do interesse público. Além disso, este interesse público visa o benefício da coletividade, esta sintetizada, no caso da prestação do serviço público, na figura do consumidor. Destarte, o respeito pela vulnerabilidade do consumidor é um dos vetores a ser seguido pelas condutas dos Administradores Públicos em nosso ordenamento jurídico.

Portanto, o equilíbrio entre a defesa do consumidor de serviços públicos e a regulação do mercado somente se dará através da interpretação sistemática das normas e princípios existentes, principalmente os da satisfação do interesse público e o do respeito à vulnerabilidade do consumidor.

Assim, com a interpretação dos microssistemas jurídicos, seguida da utilização de princípios multifacetários e interdisciplinares, chegaremos a um modelo de, não só de regulação, mas de proteção dos grupos envolvidos, com a coibição de falhas no sistema.

O que, por sinal, não é uma tarefa fácil e, por isso, apresenta tantas imperfeições, sejam econômicas e/ou sociais, conforme ainda se apontará no próximo capítulo, quando da análise de uma das ferramentas utilizadas entre Ente Regulador e Ente Regulado, a saber: o termo de ajustamento de conduta, o que consubstanciaria seu controle prévio nos contratos de

²⁵¹ BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**, pp. 70-71

²⁵² SILVA, Rodrigo. **A regulação do mercado pelo estado brasileiro – equilíbrio entre a defesa do consumidor-usuário dos serviços públicos e a realização do interesse público através de uma interpretação sistemática**, pp. 272-273

prestação de serviço público, bem como representaria, também, um modelo multiportas, propiciando a função jurisdicional por órgãos administrativos.

4 DO MECANISMO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO: O TAC É (IN)ADEQUADO AO EQUILÍBRIO CONTRATUAL NOS CONTRATOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Pode-se dizer que as condições gerais, com base nas suas características apontadas no Segundo Capítulo, “simplificam e aceleram a conclusão dos contratos individuais, garantindo em princípio a uniformidade de tratamento entre os clientes”²⁵³, o que reflete uma vantagem dela. Entretanto, seu conteúdo deve respeitar a dignidade do consumidor, coibindo-se, portanto, as abusividades, e, por isso, convém uma atuação mais eficaz por parte do Estado, condizente com o comando constitucional, insculpido nos arts. 5º, XXXII; 170, V e 174, o que deve ser feito por meio de um controle preventivo ou repressivo. Eis que:

Este controle pode ser preventivo, ditando o legislador o conteúdo destas CONDGs ou exigindo a prévia autorização de algum órgão administrativo. Ou pode ser repressivo, punindo o legislador o utilizador de cláusulas abusivas em CONDGs, através do controle pelo Poder Judiciário destas cláusulas e da sua substituição por outras, sem que o fornecedor possa se desvincular do contrato assumido com o consumidor. É o chamado controle do conteúdo dos contratos submetidos a CONDGs que tem se mostrado bem mais eficiente ...²⁵⁴

A primeira parte do trecho acima corrobora, portanto, para a problemática da presente tese, até porque a sua segunda parte é a que ocorre, geralmente, por se tratarem de cláusulas abusivas, as quais, embora concomitantes à sua celebração, só são descobertas posteriormente, implicando dizer que o intervencionismo estatal, aqui, será feito repressivamente, quando da atividade do intérprete do contrato, do aplicador da lei, em face dos reclamos daquele que, ao executar o contrato, verificou o abuso cometido. Cabe, portanto, ao direito a função de disciplinar o conteúdo das condições gerais dos contratos, a fim de controlar os abusos.

Há, portanto, dois sistemas básicos de controle sobre as condições gerais, a saber: controle preventivo abstrato e o controle judicial concreto. No primeiro, o qual segue o modelo *Ombudsman* de consumidor nórdico, ocorre uma aprovação prévia das condições gerais através da autoridade administrativa, de forma abstrata, para produção de efeitos nos contratos individuais; já no segundo, a validade da eficácia das condições, ao invés de ser julgada pela autoridade administrativa, é abalizada pelo tribunal, segundo o modelo alemão.

²⁵³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições Gerais dos contratos e cláusulas abusivas**, p. 18

²⁵⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**, p. 78

Contudo, é oportuno mencionar que, na prática, a aplicação isolada dos aludidos controles se mostra insatisfatória, uma vez que uma das principais críticas ao primeiro modelo diz respeito a sua excessiva burocratização em detrimento de atividades caracterizadas pela célere mobilidade e adaptação; e, quanto ao segundo, embora ocorra com mais frequência, infelizmente não é suficiente, pois é aplicado ao caso concreto, não assegurando a proteção adequada ao aderente, genericamente considerado, já que os efeitos da sentença limitam-se ao caso isolado, não impedindo, portanto, que o fornecedor se utilize das mesmas práticas abusivas em outros contratos. Há que se pontuar, ainda, que aludido controle depende da iniciativa do lesado e, na maioria das vezes, há o desconhecimento do consumidor sobre o seu direito e o ônus do pagamento das custas, evitando-se uma exposição ao litígio judicial com o predisponente, dotado de meios e recursos superiores, constituem, também, fatores que contribuem para a ineficiência desse controle.

É apropriado trazer à baila a lição de Paulo Lôbo²⁵⁵, que reforça o posicionamento já exposto, eis que

Os sistemas de controle são de duas espécies: preventivo abstrato e corretivo. No sistema preventivo, as condições gerais são submetidas a um controle abstrato prévio, para que possam produzir efeitos. No sistema corretivo, o caráter abusivo ou não das condições gerais é apreciado pelos tribunais *a posteriori*. A tendência é a fusão dos dois sistemas, que apresentam vantagens e desvantagens isoladamente, dando-se à decisão – administrativa ou judicial – eficácia *erga omnes*.

Relativamente ao controle administrativo ou executivo, ele pode ser feito por um órgão estatal formado por representantes das partes interessadas capaz de recomendar ou não o uso das condições gerais, impedindo sua força vinculativa. É o que se denomina de contrapoder, no qual o objetivo não é limitar o exercício de poder do fornecedor, mas reforçar a posição do consumidor, o que constituiria uma paridade de forças. Oportuno mencionar que o Ministério Público assumia, expressamente, essa função no art. 92, parágrafo único, CDC, o qual foi vetado, mas que pode e deve, ainda, desempenhar quando da análise do art. 90, ao instaurar um inquérito civil, conforme será analisado logo adiante. No mais, convém ressaltar e reiterar que existem alguns órgãos e agências que desempenham a função de regular algumas atividades de consumo, como saúde e telecomunicação, porém, como destacado no Terceiro Capítulo, o controle feito por esses órgãos é inadequado e ineficaz, ao que tudo indica.

²⁵⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições Gerais dos contratos e cláusulas abusivas**, p. 21

Outrossim, válido esclarecer que um controle legislativo, por meio da edição de uma lei, a princípio, possa ser capaz de reforçar a utilidade e a justiça contratual, as quais constituem os objetivos do contrato contemporâneo e, assim, tutelar o consumidor; mas não se deve esquecer que a elaboração de uma lei não é algo célere e que mesmo com ela, é possível que contenha lacunas, não oferecendo, de forma eficaz, a proteção ao consumidor. Importa lembrar que, indiretamente, fazem esse papel as leis antitruste e contra cartéis, as quais propiciam o fomento da concorrência e amparam, por via oblíqua, o consumidor. Pode, ainda, o legislador criar modelos contratuais ou mesmo estabelecer um elenco de cláusulas não permitidas no conteúdo das condições gerais.

Em síntese, na realidade, é possível observar três formas de controle nas condições gerais do contrato, a saber: o administrativo, o legislativo e o judicial, podendo, inclusive, atuarem conjuntamente. Válido ressaltar o entendimento de Cláudio Petrini Belmonte²⁵⁶ acerca dos mesmos, *in litteris*:

Um órgão administrativo estatal composto por representantes das partes interessadas (representações dos diversos ramos da economia produtiva) é capaz de proporcionar soluções (como modelos de cláusulas a serem seguidos, por exemplo) concernentes ao emprego de condições gerais dos contratos, as quais poderiam ter seu uso recomendado ou até mesmo imposto por força vinculativa. Todavia, sempre ressalvada a função jurisdicional do Poder Judiciário, de forma que as decisões de tal órgão administrativo não vinculem a atividade dos Magistrados. Dessa forma poder-se-ia criar um “contrapoder”, reforçando a posição da parte mais fraca, capacitando-a para uma efetiva intervenção na autônoma defesa dos seus interesses, por exemplo, proporcionam-se acordos entre representantes de interesses contratuais contrapostos, nos moldes do que ocorre nos contratos coletivos de trabalho. Exemplos de importantes órgãos administrativos são o *Ombudsman* na Suécia e o Office of Fair Trading existente na Inglaterra.

Aqui o legislador atua especificamente no escopo de controlar as condições gerais dos contratos, por exemplo, através do fomento estatal da concorrência, a criação de modelos contratuais, proporcionar maior liberdade de ação (legitimidade) a entidades classistas e governamentais, e, ainda, estabelecer um elenco de cláusulas não permitidas para, *ab initio*, aclarar questões jurídicas pertinentes às condições gerais dos negócios. Exemplos de normas nesse sentido seriam o Decreto-Lei português nº 446/85, de 25 de outubro, a AGB-Gesetz, de 1976.

O poder jurisdicional concernente ao Poder Judiciário é sempre prevalente e não deve sofrer óbice impeditivo. Destarte, o Magistrado sempre poderá manifestar-se acerca da ilegalidade de determinada condição geral e, inclusive, sobre atos administrativos ou legislativos efetuados em face das formas de controle antes suscitadas. Este controle pode dar-se de forma concreta (quando da apreciação de determinado contrato) ou abstrata (nas hipóteses de poder obstar a posterior utilização de cláusulas julgadas inválidas, ou de exame prévio de condições gerais que ainda não foram utilizadas). Entendemos necessário que os efeitos sentenciais espriem-se para além das fronteiras processuais do caso concreto, como medida de auxílio na busca de uma efetiva proteção difusa dos interesses contratuais dos

²⁵⁶ BELMONTE, Claudio Petrini. **PRINCIPAIS REFLEXOS DA SOCIEDADE DE MASSAS NO CONTEXTO CONTRATUAL CONTEMPORÂNEO, DISPOSIÇÕES CONTRATUAIS ABUSIVAS**, p. 164

aderentes, nem que, para tanto, se imponha uma maior intervenção na liberdade contratual das partes.

Definitivamente, apenas o controle judicial aplicado ao caso singular, embora significativo e importante, é insuficiente para assegurar a proteção adequada do aderente, genericamente considerado, muito por alguns fatores relacionados a estes próprios contratantes, como o desconhecimento do Direito e o ônus de pagamento de custas judiciais.

Por fim, assevera Paulo Lôbo²⁵⁷ que

Nenhum sistema de controle das condições gerais, nas experiências legislativas conhecidas, revelou-se perfeito. São falíveis tanto o controle preventivo (administrativo) quando o corretivo (judicial), por não conseguirem absorver as variadas situações provocadas pelas condições gerais.

A sensação de impotência diante do poder econômico, a lentidão da justiça estatal, os pequenos valores patrimoniais lesados, favorecem o abuso de uns e a inércia de outros.

Quiçá, um controle adequado de condições gerais do contrato deve ser efetuado tanto de forma abstrata quanto concreta, pois naquela se observa uma prevenção administrativa, legislativa e/ou judicial, e nesta, administrativa ou judicial.

Outrossim, resta comprovada a necessidade de um controle, adequado e efetivo, das condições gerais do contrato em face da vulnerabilidade do consumidor. Sabe-se que nenhuma das espécies de controle satisfaz se realizada isoladamente, então, impõe-se um controle em conjunto ou integrado, ou seja, administrativo, legislativo e judicial, a fim de se tutelar apropriadamente e satisfatoriamente o consumidor. O importante é destacar que a adoção por um determinado controle não se estará abdicando de outro.

Todavia, é objeto da presente tese demonstrar que o controle prévio, realizado administrativamente, entre Ente Regulador e Concessionária, através do mecanismo do termo de ajustamento de conduta, apresenta-se inadequado da forma como está sendo utilizado, conforme se observará adiante. Até porque aquele não está desempenhando seu papel com firmeza, o que favorece o desrespeito dos direitos dos consumidores, como esclarece Claudia Lima Marques²⁵⁸, a saber:

..., as agências até agora criadas não têm exercido um papel firme na proteção do consumidor e com o Plandec, ensaia-se uma atuação mais harmônica da Senacon com as demais agências. Se as agências não provarem seu valor na proteção do consumidor, multiplica-se o trabalho do Judiciário com pequenas questões, de

²⁵⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições Gerais dos contratos e cláusulas abusivas**, p.19

²⁵⁸ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, p. 1284

aplicação administrativa de todas as leis em vigor no Brasil, e não só das que privilegiam fornecedores e o mercado específico regulado pela agência.

Por sinal, foi abordada, no Terceiro Capítulo, a intervenção do Estado sobre as atividades econômicas, através da regulação,

como a imposição imperativa que faz de uma *ordem artificialmente engendrada*, aquela abstratamente presumida *eficiente*, para reger as relações das sociedades que jurisdiciona, afastando a *ordem espontânea* por elas gerada.²⁵⁹ (destaques no original)

Dessa forma, a análise da função reguladora se fez necessária para demonstrar que “é um instrumento de aperfeiçoamento de valores hoje altamente encarecidos, como os direitos e liberdades fundamentais, a democracia substantiva, a cidadania e a participação, entre outros.”²⁶⁰

Outrossim, conforme apontado no Terceiro Capítulo, os atos decisórios das agências reguladoras, também, devem ser limitados através de um controle externo pelo Estado, seja através do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário, a fim de se evitar o abuso de direito por parte delas, consagrando-se o princípio da eficiência e da racionalidade e até mesmo a função essencial de um processo administrativo. Enfim, eliminando a captura dessa agência pelo sistema. Relativamente ao controle externo realizado pelo Estado, estão as agências submetidas, segundo Marçal Justen Filho²⁶¹, ao

7.4.1. Controle externo pelo Poder Executivo

O Poder Executivo central não exercita poder hierárquico em relação às agências independentes. Mas lhe cabe acompanhar seu desempenho e a conduta de seus administradores, inclusive para o fim de instalar procedimento de natureza punitiva, visando à sua destinação.

7.4.2. Controle externo pelo Poder Legislativo

Ao Poder Legislativo incumbe o exercício de fiscalização sobre a atuação das agências independentes. Mas também exercita uma função de controle relacionada com a disciplina dos setores regulados.

7.4.3. Controle externo pelo Poder Judiciário

O Poder Judiciário desempenha atividade de cunho revisivo, visando à desconstituição de atos gerais ou abstratos ilegais ou abusivos. Aplicam-se, de modo

²⁵⁹ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Direito Regulatório**, p. 129

²⁶⁰ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Direito Regulatório**, p. 137

²⁶¹ JUSTIN FILHO, Marçal. **Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na “Regulação Independente”?**, p. 330

especial, os instrumentos processuais relacionados a direitos coletivos e difusos.
(realces no original)

Destarte, embora não se discuta que a Administração Pública é um todo harmônico e essencial, coordenando todas as unidades administrativas, sejam órgãos ou entidades da administração direta ou indireta, o mesmo não se pode afirmar sobre a possibilidade da sujeição das Agências Reguladoras a uma supervisão ministerial e do Chefe do Poder Executivo, o que permitiria à Administração Pública direta rever os atos regulatórios por meio de um controle administrativo.

É válido ressaltar que, como são autarquias especiais, consoante destacado no Terceiro Capítulo, as Agências Reguladoras estão vinculadas, mas não subordinadas aos respectivos Ministérios, competindo perquirir se os textos normativos que as criaram definem o papel dos Ministérios e se foi expressamente vedada a admissibilidade de recurso hierárquico impróprio ao Ministério, ao qual está vinculada a Agência Reguladora.

No tocante à ANATEL e à ANS, agências reguladoras dos serviços públicos de telecomunicações e saúde, os quais foram objeto de análise no Terceiro Capítulo, têm-se, segundo Sérgio Guerra²⁶², que

A ANATEL, nos termos do art. 8º, *está vinculada ao Ministério das Comunicações*, com a função de órgão regulador das telecomunicações. A autonomia da ANATEL está garantida com o seguinte texto contido no §2º desse mesmo artigo: “A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, *ausência de subordinação hierárquica*, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira”.

[...]

Para efeito de supervisão e controle ministerial, a ANATEL deve elaborar relatório anual de suas atividades, nele destacando o cumprimento da política do setor. Esse relatório anual é encaminhado ao Ministério das Comunicações e, por intermédio da Presidência da República, ao Congresso Nacional.

[...]

Também na lei de criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (Lei nº 9.961 de 28 de janeiro de 2000), consta que a entidade tem natureza de autarquia sob o regime especial, *vinculada ao Ministério da Saúde*.

Sobre a autonomia, a norma estabelece que “a natureza de autarquia especial conferida à ANS é caracterizada por autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia *nas suas decisões técnicas* e mandato fixo de seus dirigentes.”

[...]

A Diretoria Colegiada é obrigada a encaminhar ao Ministério da Saúde relatórios periódicos sobre a sua gestão. Para tanto, está previsto um contrato de gestão, negociado entre seu Diretor-Presidente e o Ministro de Estado da Saúde e aprovado pelo Conselho de Saúde Suplementar.

²⁶² GUERRA, Sérgio. *Agências Reguladoras e a Supervisão Ministerial*, pp.488-490

Como pôde ser constatado, os textos normativos que criaram as Agências Reguladoras da ANATEL e ANS, apenas, esclarecem que elas estão vinculadas, e não subordinadas, aos Ministérios da Comunicação e Saúde, respectivamente, mas não há disposição expressa quanto à vedação de recurso hierárquico impróprio ao respectivo Ministério que esteja vinculada. Por isso, a doutrina majoritária se esquiva na análise sobre a supervisão ministerial das entidades autárquicas, afirmando, apenas, que não é cabível recurso hierárquico impróprio perante a Administração Direta contra atos finais exarados pelas Agências Reguladoras, posicionamento contrário ao de Sérgio Guerra²⁶³, eis que

O que se quer destacar é que concorda-se com o pensamento daqueles doutrinadores que não admitem recurso hierárquico impróprio contra decisões finais das Agências Reguladoras (cuja lei de criação disponha que suas decisões se deem em último grau), quando exercer as funções executivas, normativas ou judicantes dentro dos limites de suas competências técnicas regulatórias, inclusive e notadamente as discricionárias.

[...]

No entanto, é plausível sustentar ser cabível o recurso hierárquico impróprio contra as decisões do órgão máximo das Agências Reguladoras quando deliberarem acerca de temas exclusivamente relacionados às políticas públicas do setor regulado, em flagrante ilegalidade e usurpação de competências do Poder Legislativo e do Poder Executivo, aí estando incluída a esfera com supedâneo no art. 76 da Constituição da República.

[...]

Não se desconhece que o cabimento do recurso hierárquico impróprio contra as deliberações das Agências Reguladoras pode provocar uma crise no arcabouço institucional estruturado pelo ordenamento jurídico para a eficácia das atividades regulatórias descentralizadas. Isso porque a definição de política pública está bem longe de ser um conceito jurídico constante, de modo que nem sempre é possível a comprovação de sua violação pelo ente estatal.

Enfim, uma vez possível a interposição de recurso hierárquico impróprio contra decisão de entidade autárquica que extrapolou sua função reguladora, este pode ser dirigido ao Conselheiro Presidente da Agência Reguladora ou diretamente ao Ministro de Estado que estiver vinculado à agência.

No mais, válido ressaltar, mais uma vez, que: a agência reguladora é órgão criado pelo Estado e este concede autonomia e independência àquela; a concessionária atua em nome do Estado, que delega a execução da prestação de serviço público que lhe competia. Portanto, não resta dúvida que, por fim, a responsabilidade é do Estado que não cumpre a contento sua obrigação de promover a defesa do consumidor.

²⁶³ GUERRA, Sérgio. *Agências Reguladoras e a Supervisão Ministerial*, pp. 497-498 e 502

Por fim, compete à agência reguladora cumprir sua dupla função, reiterar-se, como já afirmado no Terceiro Capítulo: assumir os poderes e encargos do poder concedente nos contratos de concessão, bem como estabelecer regras de conduta, como fiscalizar, reprimir, punir e rescindir, caso a concessionária não esteja cumprindo satisfatoriamente o contrato, ou seja, não esteja prestando um serviço público adequado e de qualidade. Por sinal, isso também constitui uma forma de controle!

Embora a população, consumidora usuária do serviço público, seja cética quanto à eficácia dos mecanismos de coibição aos abusos perpetrados por aqueles que os fornece, ou seja, pelo próprio Estado, já que “O Estado-empresário não se comporta diversamente do empresário privado, cerceando-se de condições gerais gravosas que nem sempre visam o interesse coletivo.”; é preciso confiar no poder estatal e nos esforços comuns dos seus três poderes, através dos controles legislativo, executivo e judiciário sobre as condições gerais do contrato coibindo os abusos praticados pelos fornecedores, ele próprio, o Estado, e promovendo, efetivamente, a defesa do consumidor, o que implicará um controle diferenciado, limitativo da autonomia privada. Significa dizer que o dirigismo contratual pode e deve ser exercido por qualquer uma das esferas estatais, lembrando que a atuação de uma não impede a da outra. Eis que

Em face desse contexto, cremos que um controle adequado e condições contratuais gerais deve ser efetuado abstrata e concretamente. Naquele caso, constituindo uma prevenção, podendo ser administrativo, legislativo e judicial, e no caso do controle concreto, administrativo ou judicial.²⁶⁴

Enfim, independentemente das propostas, ora analisadas, cabe a todos os cidadãos respeitar os direitos uns dos outros, ou, em outras palavras, deve o fornecedor, ao elaborar suas condições gerais, preservar a dignidade do consumidor, não sendo permitido abusar de sua liberdade na elaboração desses contratos massificados, os quais, na maioria das vezes, representam seus anseios individualistas. Recorde-se que foi retirado pelo Estado o poder de fazer justiça de mão própria e é, exatamente, o que ocorre na presente situação. Eis que

A convivência no Estado Social de Direito impõe a todos os cidadãos a renúncia a fazer justiça de mão própria. Ao tirar de nossas mãos a possibilidade de, pessoalmente, fazermos “justiça”, entregamos ao Estado a obrigação de fazê-la. Para tanto, as sociedades robusteceram os aparatos sociais de segurança e justiça, dotando

²⁶⁴ BELMONTE, Cláudio. **Proteção contratual do consumidor: conservação e redução do negócio jurídico no Brasil e em Portugal**, pp. 56-57

o Poder Público de meios hábeis à realização e efetivação das disposições normativas no meio social.²⁶⁵

4.1 Da Ideologia da Técnica Legislativa: a relevante função da legislação consumerista e a teoria política do contratualismo

O conceito ideologia foi criado pelo filósofo francês Antoine Louis Claude Destutt de Tracy e empregado, pela primeira vez, em seu livro "Elementos de Ideologia", de 1801, designando o "estudo científico das ideias". Todavia, posteriormente, o termo foi utilizado com outros significados com base nos estudos dos filósofos e pensadores que fundaram a sociologia. Dentre eles, ter-se-á como referência o pensador e filósofo alemão Karl Marx, pois, segundo ele, a produção das ideias deve ser analisada conjuntamente com as condições sociais e históricas nas quais elas surgem e, por isso, a ideologia pode ser fruto da relação política, jurídica, econômica e/ou filosófica. Demonstrando, portanto, que a ideologia é determinada pelas relações de dominação entre as classes sociais.

Na perspectiva marxista, a ideologia é um conceito que denota "falsa consciência": uma crença mistificante que é socialmente determinada e que se presta a estabilizar a ordem social vigente em benefício das classes dominantes. A terminologia pode, também, ser empregada como recurso metodológico, cujo objetivo é somente descrever o conjunto de ideias, valores ou crenças que orientam a percepção e o comportamento dos indivíduos sobre diversos assuntos ou aspectos sociais.

Segundo a exposição de motivos do Anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, a legislação consumerista não constitui um estatuto completo, mas representa sim

regras que, à medida da coexistência humana, impõem atenção mais acurada, soluções mais imediatas, policiamento mais prestante, na busca do equilíbrio social, uma vez que todos somos relacionados uns com os outros e exigimos, neste sentido, um mínimo de proteção

[...]

aponta o caráter interdisciplinar do chamado "direito dos consumidores", e, por conseguinte, de difícil sistematização, asseverando que a "defesa e proteção do consumidor constitui-se hoje em dia num dos temas mais extraordinariamente e amplos e que afeta e se refere a casos de todos os setores do ordenamento jurídico, visto que "a variedade das normas que tutelam ou deveriam tutelar o consumidor, pertencem não somente ao direito civil e comercial, como também ao direito penal ao processual, ao direito administrativo e, inclusive, ao constitucional, determinou que os limites desse setor de interesses sejam pouco precisos, e porque não dizer vagos e difusos.²⁶⁶

²⁶⁵ LEAL, Larissa. **Os 18 anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor e os Contratos de Consumo**, p. 5

²⁶⁶ CONGRESSO NACIONAL. **Anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor**, p. 1663

Observa-se, portanto, que a finalidade da legislação de consumo é amparar o consumidor de forma integral, o que não é possível verificar na teoria política do contratualismo.

Relativamente ao contrato, foi possível constatar, a partir da análise do Segundo Capítulo, que sua função ideológica foi de “parcial ocultamento ou disfarce da realidade, operando com o fim de melhor prosseguir ou tutelar determinados interesses.”²⁶⁷. Percebeu-se ao longo da teoria clássica contratual que seus pilares repousavam na liberdade de contratar e na igualdade formal, afirmando-se, categoricamente, que, se o contrato é expressão da vontade livre, então, o que for pactuado contratualmente deve ser considerado justo. Sucede que, no decorrer da teoria moderna do contrato, constatou-se uma disparidade de poder contratual, a qual resultou em contratos essencialmente injustos. Dessa forma, observou-se que a liberdade de contratar e a igualdade formal não correspondiam à função ideológica do contrato, pelo que se comprova da lição de Enzo Roppo²⁶⁸, *in verbis*

Mas existe um outro ponto relativamente ao qual aquela ideologia procede a uma certa falsificação da realidade: quando afirma que o mecanismo da liberdade de contratar realiza, no sentido indicado, o interesse geral, que opera em benefício de toda sociedade. Ora, tal afirmação só resulta verdadeira na condição (arbitrária) de se identificar e esgotar o interesse geral da sociedade com o interesse de apenas uma parte da sociedade, e precisamente daquela parte que, no âmbito desta, assume a posição de classe dominante por força da sua colocação relativamente ao modo de produção prevalente: nos países ocidentais do século XIX, a classe burguesa, detentora dos meios de produção. Pelo papel que desempenha, o mecanismo da liberdade contratual configura, de facto, um instrumento funcionalizado para o operar do modo de produção capitalista, e, neste sentido, realiza institucionalmente o interesse da classe capitalista (que é justamente *interesse particular de uma classe, e não interesse geral de toda a sociedade*, ainda que as ideologias do capitalismo tentem, interessadamente, fazer crer a sua coincidência). (destaques no original)

A passagem acima transcrita fortalece a tese de que as transformações do contrato, consubstanciadas nos modelos subjetivo (teoria da vontade), presente no contexto de ideologias jurídicas de índole conservadora, e objetivo (teoria da declaração), manifesto no contexto de ideologias jurídicas de carácter revolucionário, na verdade, não representam crise, declínio ou morte do contrato, mas que há uma razão em unificar todas as regras advindas de cada modelo, a saber: tutelar a confiança, garantindo, assim, a estabilidade, a celeridade e o dinamismo das relações contratuais. É o que ocorre, por sinal, com os contratos de prestação de serviço público, *in casu*, saúde e telecomunicação.

Dessa forma, válida trazer à baila o entendimento de Enzo Roppo²⁶⁹ sobre o assunto:

²⁶⁷ ROPPO, Enzo. **O CONTRATO**, p. 29

²⁶⁸ ROPPO, Enzo. **O CONTRATO**, pp. 38-39

²⁶⁹ ROPPO, Enzo. **O CONTRATO**, p. 301

A razão unificante de todas estas regras é a exigência de *tutelar a confiança* (e enquanto isso, como sabemos, *garantir a estabilidade, a ligeireza, o dinamismo das relações contratuais* e, portanto, das transferências de riqueza). Mas tutelar a confiança só é possível dando proeminência – na definição do tratamento jurídico das relações – aos exteriores, ao significado objectivo e típico dos comportamentos, à sua cognoscibilidade social; e isto significa, por contraposição, atenuar o tradicional relevo dado às atitudes psíquicas singulares, concretas e individuais dos contraentes, às suas representações subjectivas, limitadas ao foro íntimo – em conclusão, à sua <<vontade>>. Daqui uma <<objectivação>> do direito dos contratos e do próprio conceito de contrato (cujas definições tendem, cada vez mais, a basear-se no elemento declaração em vez de no elemento vontade): consequência inevitável do objectivar-se, standartizar-se, despersonalizar-se das operações económicas que constituem o seu substracto real. (destaques do original)

De fato, o contrato, instrumento político de operações económicas, desempenhou função historicamente diversa conforme contexto da organização económico-social, podendo-se afirmar que seus princípios contratuais, muitas vezes, não refletiram fielmente os papéis por aqueles realmente declarados. É o que se constata da lição de Enzo Roppo²⁷⁰, *in verbis*:

...ao invés ocultaram-nos, ou disfarçaram-nos, distorceram-nos, em termos de transmitir uma imagem intencionalmente deformada da realidade, convertendo-se, portanto, justamente, em matéria de outras ideologias.

[...]

Qualquer ideologia – e por isso também a ideologia do contrato, nas suas várias formas – só pode ser correctamente entendida e denunciada, de modo apropriado e eficaz, se se tiver em conta esta necessária e particularmente complicada interligação entre a verdade e falsidade: ela parte da realidade mas para distorcê-la; distorce a realidade, mas partindo desta não pode deixar de, por algum modo, reflecti-la.

E foi exatamente o que ocorreu com os contratos padronizados. Eles representaram a sociedade de consumo advinda do Estado social, cujo fundamento maior é retratado na valorização da pessoa. Neste contexto, a teoria contemporânea contratual, por sinal, absorvida pela legislação consumerista, preocupou-se em funcionalizar o contrato para proteger o contratante mais frágil da relação e, assim, garantir sua tutela, conforme imposto pelo Estado social através dos arts. 1º, III; 5º, XXXII; 170, V, todos da Constituição Federal de 1988. Todavia, o princípio da função social, embora tenha assumido esse desiderato, desviou de sua missão. O próprio Estado deveria ser o primeiro a garantir a tutela do consumidor, conforme dispositivos já mencionados, ao elaborar as condições gerais dos contratos de prestações de serviços públicos, como saúde e telecomunicação, não o fez.

Significa dizer que a função ideológica dos contratos de prestações de serviços públicos está distorcida da realidade. O ideal não traduz a realidade, infelizmente! Isso porque a funcionalidade deve ser analisada sob dois ângulos: no primeiro, através de uma visão

²⁷⁰ ROPPO, Enzo. **O CONTRATO**, p. 31

afirmativa, com caráter propositivo; no segundo, por meio da perspectiva crítica, apresentando-se objeções e sujeição a uma utilização restritiva da concepção instrumental.

Como propulsores da visão afirmativa da função social, destaca-se Enzo Roppo, para o qual “O contrato é compreendido como fenômeno econômico responsável pelas relações de troca e também como conceito jurídico. Este é a veste jurídico-formal daquele.”²⁷¹, ou seja, o contrato apresenta tanto uma dimensão jurídica quanto econômica. Importante trazer à baila, o que já foi exposto no Segundo Capítulo, sobre a utilização do contrato como instrumento da ideologia política, exaltando o liberalismo econômico, pois esta concepção ideológica está relacionada à teoria voluntarista, a qual considera o contrato como requisito essencial de consecução do interesse individual. Todavia, diante do modelo objetivo e revolucionário atualmente vivenciado em nossa sociedade, impõe-se um mecanismo de proteção contra a funcionalização arbitrária, pois os fins sociais almejados devem estar subordinados a uma disposição legal para o seu reconhecimento, isto é, “Qualquer limitação que não seja justificável em termos de utilidade social é arbitrária e inconstitucional”²⁷². Dessa forma, urge flexibilizar a função do contrato para que se possa proteger, de maneira diferenciada, os mais fracos, os quais já possuem reconhecidamente amparo legal.

Outro expoente dessa visão é Teubner, para o qual “as cláusulas gerais têm papel de regulação das expectativas formadas a partir de atuações sociais baseadas na confiança”²⁷³, bem como “promove uma socialização e uma factualidade social”²⁷⁴, explicitando sistematicamente sua existência e apresentando que o problema do contrato é sua passagem do mundo dos fatos para o jurídico. Assim, imputa-se ao Estado enfrentar o problema derivado do alto grau de diferenciação social, o qual não pode ser dirigido pelo modelo legal adotado, promovendo-se a harmonização e coordenação das exigências sociais contraditórias manifestadas no seio da relação contratual, conforme já evidenciado no Segundo Capítulo.

Por sua vez, o prisma crítico do funcionalismo está pautado no pensamento de Menezes Cordeiro e Ludwig Raiser, preocupados, entre outras coisas, com a natureza da função que o contrato deve cumprir. Enquanto para o primeiro representante a função do contrato não seria a solução de todos os problemas contratuais, servindo, na época liberal, para combater abusos da aplicação exegética do direito; para o segundo significava um meio de regulamentar as relações patrimoniais entre as pessoas, mesmo diante da intervenção estatal.

²⁷¹ *Apud* BRANCO, Gerson. **Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil**, p. 277

²⁷² BRANCO, Gerson. **Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil**, p. 280

²⁷³ BRANCO, Gerson. **Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil**, p. 282

²⁷⁴ BRANCO, Gerson. **Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil**, p. 287

Dessa forma,

Tal concepção derivava da limitação constante do Estado sobre a autonomia privada e do dirigismo estatal, que reduziu o contrato a um apêndice do ordenamento, com a finalidade de concretizar as normas do ordenamento nas relações entre particulares. A liberdade das pessoas passa a ser simples aparência, pois os particulares devem realizar objetivos comuns. Os contratantes transformam-se em funcionários do ordenamento jurídico geral.²⁷⁵

Constata-se, então, que o requisito obrigatório ao contrato, a saber, manifestação voluntária e autônoma, típica do período liberal, não se concilia com disposições predeterminadas ou impostas, oriundas da fase social. Assim, percebe-se que os contratos de prestação de serviço público, infelizmente, através de suas condições gerais, além de aniquilar a vontade do consumidor, também proporcionam um serviço de má qualidade; tornando o consumidor refém deste sistema. E o Estado, ao invés de cumprir com seu papel de promover a defesa do consumidor, pelo contrário, impede sua promoção, uma vez que é o responsável pela indicação do dirigente das agências reguladoras, o qual é capturado pelo sistema, e que, por isso, dá azo a serviços públicos de má qualidade.

Portanto, verifica-se que não é possível elencar todas as funções do contrato, impondo-se admitir a versatilidade de sua função social, típica do modelo jurídico, sendo preceito hermenêutico do direito contratual.

Não se pode olvidar que, embora seja necessária uma interpretação contemporânea da função do contrato para que na prática haja sua realização, é determinante para proteger, simultaneamente, a liberdade e a justiça contratual estabelecer regras que tornem nulos ou ineficazes acordos limitadores da concorrência e medidas para evitar o abuso de posição do poder econômico, como é o caso.

Do exposto, foi possível constatar que a teoria política do contratualismo não se harmonizou com a ideologia da técnica legislativa da Lei 8078/90 em tutelar a parte vulnerável, pois se observou uma crise da confiança. Convém trazer a lume a lição de Claudia Lima Marques²⁷⁶ sobre a aludida crise, assim ela explica:

Segundo Niklas Luhmann, em uma sociedade hipercomplexa como a nossa, quando os mecanismos de interação pessoal ou institucional, para assegurar a confiança básica na atuação, não são mais suficientes, pode aparecer uma generalizada “crise de confiança” também na efetividade do próprio direito.

Será o direito do consumidor capaz de transformar os contratos em momentos de cooperação, de evitar o abuso do mais forte sobre o mais fraco, de impedir a transferência de riscos profissionais para os consumidores, de punir os abusos cometidos, para que não valha a pena “danear”?

[...]

²⁷⁵ BRANCO, Gerson. **Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil**, p. 293

²⁷⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**, pp. 188, 191 e 193

Se a crise da pós-modernidade pode ser vista como uma crise de desconfiança no direito, em seus instrumentos e instituições (inclusive o contrato), está na hora de uma reação, reação através do direito privado como instrumento de realização das expectativas do homem comum, o leito, o consumidor.

[...]

[...] observa-se com Bauman que a pós-modernidade “individualiza”, pluraliza e fragmenta ainda mais as normas de proteção social dos mais fracos, aparece uma “sociedade individualizada”, um sociedade de “órfãos” do Estado, uma sociedade globalizada e virtual de consumo

A análise de Zygmunt Bauman, sobre a passagem da revolução industrial e sua ética de trabalho (fordismo) ao momento pós-industrial (pós-fordismo e sua terceirização), que possuiria uma *estética del consumo* é interessante para o nosso estudo. Este autor afirma que, na atual fase da pós-modernidade e de queda do Estado social ou de bem-estar, o trabalhador teria sido substituído pelo consumidor. Para este, agora, os projetos de vida seriam construídos com base nas eleições de consumo e não mais ao redor do trabalho, das capacidades profissionais e da disponibilidade de empregos. Assim, se antes ser “pobre” era não ter trabalho ou não conseguir o salário almejado, agora ser “pobre” é estar alijado do consumo que deseja ou é está excluído do consumo.

De fato, as inquietações da autora são pertinentes, pois a crise da confiança, relativamente ao direito do consumidor, faz com que haja uma incredibilidade do Sistema Nacional das Relações de Consumo, de modo que os instrumentos utilizados por aqueles que integram o aludido sistema, conforme destacado no Terceiro Capítulo, sejam também atingidos e impeçam a tutela efetiva do consumidor.

Destarte, em face da “crise da confiança” tão bem explicitada por Cláudia Lima Marques, a qual repercute nos instrumentos e instituições de tutela do consumidor, convém examinar as razões que ensejaram os vetos pela não participação do Ministério Público no controle prévio e abstrato do conteúdo contratual, bem como a utilização do termo de ajustamento de conduta, por parte das agências reguladoras, no tocante à prestação de serviço público de saúde e telecomunicação.

4.1.1 Análise dos Vetos Presidenciais ao §3º, do art. 51, e §5º, do art. 54

Inicialmente, cumpre esclarecer que a redação original do Projeto do Código de Defesa do Consumidor brasileiro fazia alusão à terminologia condições gerais dos contratos em três dispositivos, a saber: art. 51, §3º; art. 54, §5º e art. 83, Parágrafo Único, cujo conteúdo versava sobre o controle preventivo abstrato realizado por meio do Ministério Público, e que foram vetados pelo Presidente da República.

Dessa forma, o projeto original previa uma atuação decisiva do Ministério Público, como um verdadeiro *Ombudsman* do mercado, asseguraria, portanto, a repercussão, de forma prática, da equidade e boa-fé exigida pelo CDC no mercado de consumo, através do controle prévio dos contratos *standartizados* oferecidos aos consumidores. Ocorre que

Os vetos presidenciais ao §3º do art. 51 e ao §5º do art. 54 retiraram tal possibilidade de controle administrativo geral e cogente, preferindo-se optar por um controle essencialmente judicial, como é a tradição brasileira. Perde-se, assim, em agilidade nas decisões²⁷⁷.

Válido, pois, transcrever o teor dos parágrafos vetados, *in verbis*:

Art. 51 [...]

§3º - O Ministério Público, mediante inquérito civil, pode efetuar o controle administrativo e preventivo das cláusulas contratuais gerais, cuja decisão terá caráter geral.

Art. 54 [...]

§5º - Cópia do formulário será remetida ao Ministério Público, que, mediante inquérito civil, poderá efetuar o controle preventivo das cláusulas gerais dos contratos de adesão.

É oportuno salientar que foram apresentadas em conjunto as razões dos vetos do art. 51, § 3º; art. 54, § 5º e art. 82, § 2º, a saber:

Tais dispositivos transgridem o art. 128, §5º da Constituição Federal, que reserva à lei complementar a regulação inicial das atribuições e da organização do Ministério Público. O controle amplo e geral da legitimidade de atos jurídicos somente pode ser confiado ao Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Portanto, a outorga de competência ao Ministério Público para proceder ao controle abstrato de cláusulas contratuais desfigura o perfil que o constituinte imprimiu a essa instituição (CF, arts. 127 e 129). O controle abstrato de cláusulas contratuais está adequadamente disciplinado no art. 51, §4º, do Projeto. Vetado o §3º do art. 51, impõe-se, também, vetar o §5º do art. 54 [...]²⁷⁸

Em face dos aludidos vetos, a lei permaneceu silente acerca da denominação. Por isso, cabe, aqui, analisar as razões do veto a fim de elucidar se tais razões coincidem com o caráter da legislação consumerista.

Outrossim, com base nos aludidos dispositivos vetados, percebe-se que o Código de Defesa do Consumidor fazia uma opção por um sistema misto, atribuindo-se o controle administrativo abstrato preventivo ao Ministério Público, sem prejuízo do controle judicial concreto, o que propiciou a eliminação de um relevante mecanismo de efetivação de tutela legal do contratante –consumidor, significando um verdadeiro recuo na promoção da defesa do consumidor.

Convém ressaltar que os vetos tiveram pouco efeito prático, segundo Rizzatto Nunes²⁷⁹, o Ministério Público

²⁷⁷ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, p. 264

²⁷⁸ NUNES, Rizzatto. **Os contratos de adesão nas relações jurídicas de consumo**, p. 202

²⁷⁹ NUNES, Rizzatto. **Os contratos de adesão nas relações jurídicas de consumo**, p. 202

continua podendo exercer o controle efetivo do contrato de adesão para aferir a abusividade de suas cláusulas, por meio do inquérito civil previsto não só na Constituição Federal (art. 129, inciso III), como na lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), cujo art. 8º, §1º, regula seu procedimento,

[...]

E, para que não parem dúvidas sobre a legislação da apuração de violação a direito do consumidor, o art. 90 do CDC dispôs, ...

[...]

Importante notar que, apesar de a consequência possível do inquérito civil ser a propositura da ação civil pública – a não ser que não se apure qualquer irregularidade -, esta pode ser evitada mediante compromisso de ajustamento, no qual o fornecedor investigado se comprometa a se enquadrar nas condutas legalmente exigidas, valendo tal ajuste como título executivo extrajudicial. A única parte do veto que teve eficácia foi a que desobrigou os fornecedores de enviar cópia do contrato de adesão previamente ao *parquet*.

Dessa forma, embora os vetos tenham retirado, expressamente, a atribuição do Ministério Público na realização do controle das condições gerais, ainda há respaldo no art. 129, III, da Constituição Federal, que confere a esta entidade a função institucional de promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses difusos e coletivos. Convém ressaltar, por sinal, que a atuação do *parquet* está associada com a transformação do Estado, quer no seu papel, quer nos seus objetivos, como esclarece, com propriedade, Heloisa Carpena²⁸⁰

A mudança do perfil de atuação do Ministério Público deve ser compreendida num contexto mais amplo, de evolução do próprio sistema jurídico, que abandona ideais liberais e assume postura comprometida com os valores sociais. Naturalmente coincidem os momentos das duas transformações – da ordem constitucional e do perfil institucional do MP, tendo sido este incumbido de exercer a função promocional. A Constituição de 1988 introduziu profunda alteração do papel e dos objetivos do Estado, ao deixar de ser mera Carta política e passar a abrigar uma série de direitos sociais, e claramente apontou o Ministério Público como o principal agente dessa transformação.

É, portanto, um promotor de valores sociais e, por isso, sem dúvida, compete a ele proceder com o controle prévio das condições gerais dos contratos de consumo.

Todavia, o ideal seria retirar esses vetos e o Código de Defesa do Consumidor ser restaurado na íntegra, assim como o veto à multa civil (multa exemplar punitiva e satisfatória) para combater a impunidade das lesões de consumo, que, sendo revertidas para o Fundo, constituiriam uma pena que evitaria causar danos aos consumidores.

²⁸⁰ CARPENA, Heloisa. **REDESENHANDO A CIDADANIA – O MINISTÉRIO PÚBLICO E A DEFESA DO CONSUMIDOR**, p. 330

A fim de corroborar com o raciocínio aqui exposto, válido ressaltar a lição de Gerson Luiz Carlos Branco²⁸¹

No caso do Código de Defesa do consumidor, o mecanismo estatal de controle é jurisdicional, pois foi outorgada ao Ministério Público e às associações de proteção aos consumidores a legitimidade para promover ações judiciais para realização do controle prévio e abstrato de cláusulas contratuais em contratos submetidos a condições gerais dos negócios, sem ter como barreira o princípio da relatividade dos efeitos. Embora a lei não permita, *em tese*, o controle prévio e abstrato, a jurisprudência tem usado o artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, combinado com os artigos 127 e 129, III, da Constituição Federal, para outorgar legitimidade ao Ministério Público nas ações coletivas pra proibir que instituições financeiras, planos de saúde etc. usem determinados modelos de contratos, obrigando-os a manter cláusulas contratuais com o conteúdo determinado em sentença judicial.

Por sinal, conforme analisado no Segundo Capítulo, a função do contrato, atualmente, é perseguir o interesse social e, dessa forma, o controle prévio e abstrato realizado pelo Ministério Público ao questionar disposições contratuais estaria cumprindo o novo perfil contratual e desempenhando o princípio da socialidade, o qual produz efeitos também àqueles que não estão abarcados diretamente na relação processual, é o que se depreende da transcrição abaixo:

Essa eficácia é decorrente de uma norma geral não escrita segundo a qual aquele que celebra contratos massificados, que potencialmente expõem um grande número de pessoas, tem o dever de não estabelecer cláusulas contratuais que de alguma maneira prejudiquem terceiros ou potenciais contratantes (princípio da socialidade ou solidariedade social)²⁸²

No mais,

Embora os contratos sejam realizados individualmente, a celebração de determinado “modelo de contrato” para um grande número de pessoas, decorrente do exercício da atividade econômica de massa, exige que as disposições contratuais se submetam ao interesse social. Nesse caso a intervenção estatal somente pode se dar mediante decisão do Poder Judiciário, por meio da ação civil pública, ou mediante os **compromissos de ajustamento de conduta**. (destaques de hoje)²⁸³

Válido ressaltar que os compromissos de ajustamento de conduta ou termos de ajustamento de conduta (TAC) serão objeto de análise ainda neste capítulo, quando se destacará a missão institucional e poder de polícia administrativa, pelo Ministério Público, possibilitando-o a firmar aludidos termos, nos termos da lei infraconstitucional.

²⁸¹ BRANCO, Gerson. **Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil**, p. 253

²⁸² BRANCO, Gerson. **Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil**, p. 254

²⁸³ BRANCO, Gerson. **Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil**, pp. 256-257

Contudo, infelizmente, o controle administrativo é bastante limitado, porque, embora o Decreto nº 2181, de 20/03/97, imponha sanções para práticas comerciais abusivas insculpidas no art. 39 do Código de Defesa do Consumidor, tais sanções não incidem diretamente nos contratos, mas, apenas, alcançam o infrator pelo comportamento contrário ao direito dos consumidores.

Enfim, ficou claro que as razões do veto não se harmonizam com o caráter da legislação de consumo, descrito no próximo tópico, pelo contrário, constituem um verdadeiro desrespeito ao comando constitucional do art. 5º, XXXII, no qual se impõe ao Estado uma conduta enérgica na promoção de defesa do consumidor. Felizmente, as razões do veto não surtiram o efeito desejado e, por isso, obriga-se ao Ministério Público a realização do controle prévio das condições gerais dos contratos, inclusive aqueles cujo objeto é um serviço público.

Constata-se, portanto, que o papel do Ministério Público, ainda, é decisivo na promoção de defesa do consumidor, seja pelo art. 51, § 4º, ou pelo art. 82, I, ou até pelo art. 92, e, ainda, pela edição, em 7/02/2018, Súmula 601 do STJ, a qual reitera sua força na tutela do consumidor. E, por isso, interessante se faz colacioná-los:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

OMISSIS

§ 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

[...]

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995) (Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

I - o Ministério Público,

[...]

Art. 92. O Ministério Público, se não ajuizar a ação, atuará sempre como fiscal da lei.

[...]

Súmula 601, STJ: O Ministério Público tem legitimidade ativa pra atuar na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores, ainda que decorrente da prestação de serviço público.

Por sinal, a Corte deverá adotar a aludida súmula para explicitar a questão e minimizar o trabalho do tribunal. Outrossim, inicialmente, a redação original era um pouco diversa: “o Ministério Público tem legitimidade ativa para atuar na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores, mesmo quando decorrente da prestação de serviço público”. Todavia, a ministra Nancy Andrighi sugeriu trocar o termo “mesmo quando” para

“ainda que”, a fim de reforçar a ideia de que a lei já inclui a legitimidade do MP para atuar em casos relacionados ao serviço público, sugestão, admiravelmente, acolhida pela turma.

Aliás, a jurisprudência já admitia a assunção pelo Ministério Público do controle abstrato em contratos de consumo, servindo a nova súmula, apenas, para reforçar o papel do *parquet* na promoção de defesa do consumidor, cabendo, aqui, trazer à lume o seguinte julgado:

Ministério Público – Ações civis públicas – Controle em abstrato de contratos de planos de saúde.

CONSUMIDOR, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PLANO DE SAÚDE. ABUSIVIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECONHECIMENTO. DIREITO À SAÚDE. RELEVANTE INTERESSE SOCIAL. PRECEDENTES. SÚMULA N. 83/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. DECLARAÇÃO DE SAÚDE. ART. 51, IV E V, DO CDC, C/C O ART. 11 DA LEI N. 9.656/98. CLÁUSULA DE RENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE DO EXERCÍCIO DE OPÇÃO. VIOLAÇÃO DO DEVER DE INFORMAR. MANIFESTA ABUSIVIDADE. 1. O Ministério Público é parte legítima para figurar no polo ativo de ação civil pública e de ações coletivas contra operadoras de planos de saúde para questionar cláusulas contratuais tidas por abusivas, seja em face da indisponibilidade do direito à saúde, seja em decorrência da relevância da proteção e do alcance social. 2. Afasta-se a alegada ofensa ao art. 535 do CPC quando a Corte de origem examina e decide, de modo claro e objetivo, as questões que delimitam a controvérsia, não ocorrendo nenhum vício que possa nulificar o acórdão recorrido. 3. Todo prestador de serviços tem o dever de oferecer informações de forma clara e objetiva, de modo que o consumidor possa manifestar sua vontade livremente. 4. A inserção de cláusula de renúncia em declaração de saúde é abusiva por induzir o segurado a abrir mão do direito ao exercício livre da opção de ser orientado por um médico por ocasião do preenchimento daquela declaração, notadamente porque se trata de documento que tem o condão de viabilizar futura negativa de cobertura de procedimento ou tratamento. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido.²⁸⁴

O bom mesmo seria, repise-se, a retirada desses vetos, a fim de se estabelecer o Código de Defesa do Consumidor na sua íntegra, assim como o veto à multa civil, que constitui multa exemplar, punitiva e satisfatória, no combate à impunidade das lesões de consumo, e sendo a ela revertida para o Fundo, estar-se-iam evitando danos aos consumidores.²⁸⁵

²⁸⁴ BRASIL. STJ, REsp 154448/PE, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 3ª T., j. 18.02.2016, DJe 26.02.2018

²⁸⁵ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, p. 264

4.1.2 Caráter da Legislação de Consumo

Após as considerações feitas no Segundo Capítulo, é possível, agora, demonstrar que com a atuação administrativa do Estado na aplicação das leis em vigor no Brasil, reduzir-se-á o trabalho do Judiciário; bem como esclarecer que o caráter de norma pública atribuído ao CDC, no seu art. 1º, derroga a liberdade contratual para ajustá-la aos parâmetros legais, o que é oriundo do reconhecimento de caráter jurídico às normas constitucionais, das quais resultam consequências especialmente relevantes, podendo-se destacar: a) a Constituição tem aplicabilidade direta e indireta às situações que contempla, inclusive e notadamente as referentes à proteção e promoção dos direitos fundamentais, como é o caso da relação de consumo (art. 5º, XXXII); b) a Constituição funciona como parâmetro de validade de todas as demais normas jurídicas do sistema, que não deverão ser aplicadas quando forem com ela incompatíveis; e c) os valores e fins previstos na Constituição devem orientar o interprete e o aplicador do Direito no momento de determinar o sentido e o alcance de todas as normas jurídicas infraconstitucionais. Assim, as relações patrimoniais devem ser funcionalizadas a interesses existenciais e sociais, previstos pela própria Constituição no ápice da hierarquia normativa, integrantes, portanto, da nova ordem pública, que tem na dignidade da pessoa humana o seu maior valor.

Importa reiterar que os valores insculpidos na nossa Constituição Federal deve repercutir em todas as legislações infraconstitucionais, como ocorre com o nosso Código de Defesa do Consumidor pelo que se constata da interpretação já realizada do seu art. 4º, ao impor a intervenção estatal nas relações de consumo, a fim de promover a tutela da dignidade do consumidor. Todavia,

A intervenção do Estado na esfera privada não é uma espécie de autonomia pública, mas uma contingência histórica e social, que não é livre de qualquer conteúdo e que precisa da mediação legal e de sua conformidade constitucional para que possa ser aplicada.²⁸⁶

A fim de reforçar o dever estatal na promoção da defesa do consumidor, segundo os ditames constitucionais, é válido ressaltar o posicionamento de Luiz Guilherme Marioni²⁸⁷ a respeito, *in verbis*:

Mais do que isso, parece que a doutrina é praticamente unânime em reconhecer que o Estado tem o dever de proteger os direitos fundamentais e, por esse motivo, proteger um cidadão diante do outro. Para tanto, o Estado deve prestar proteção normativa (através de regras materiais e processuais), proteção administrativa e proteção jurisdicional.

²⁸⁶ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, p. 268

²⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **A tutela específica do consumidor**. p.8

Essa lição está, portanto, compatível com o intervencionismo estatal exigido no art. 5º, XXXII e 170, V, ambos da Constituição Federal/88, ou seja, deve o consumidor ser amparado integralmente pelo Estado, em qualquer uma de suas esferas: legislativa, executiva ou judiciária, a fim de proporcionar uma segurança ao consumidor, seja de natureza preventiva (evitando-se ou proibindo-se danos) ou repressiva (buscando-se a reparação do dano, civilmente, administrativamente e/ou penalmente).

No mais,

Sabe-se que os **direitos fundamentais**, hoje, não se limitam mais apenas à ideia de direito de defesa, mas também são pensados como **direitos a prestações**, gênero em que se inclui o **direito à proteção**, que é o direito de exigir do Estado a proteção dos direitos contra eventuais agressões dos particulares e até mesmo de outros Estados. Diante desse direito, surge ao **Estado** verdadeiro **dever de proteção**. [...] Como é óbvio, tal dever de proteção não se limita à **edição de normas**, mas também requer atividades concretas de **atuação e fiscalização**. Se uma norma, considerando que uma conduta poderá gerar danos ou que um fazer é necessário para evitá-los, exige um não-fazer ou um fazer, é preciso que, no caso de sua violação, a **Administração atue para dar concretude ao desejo de proteção nela instituído**. (sem destaques no original)²⁸⁸

Urge, portanto, uma atitude enérgica do Estado para que o direito à proteção do consumidor, que reflete o caráter da legislação de consumo, seja verdadeiramente realizado.

Por sinal, esta breve análise da especificidade do Código de Defesa do Consumidor, com base nos valores constitucionalmente consagrados, os quais inspiram toda legislação infraconstitucional e, conseqüentemente, o nosso sistema, reforça que os vetos presidenciais ao art. 51, §3º; art. 54, §5º e art. 83, Parágrafo Único, cujo conteúdo versava sobre o controle preventivo abstrato realizado por meio do Ministério Público, não se adéquam à marca insculpida tanto na Lei Maior quanto na Lei Consumerista, a saber: a promoção da defesa do consumidor. Outrossim, será demonstrada, no item 4.3., a atuação do *parquet* instituindo o Termo de Ajustamento de Conduta.

No mais, com base nos atributos aqui traçados da legislação consumerista, convém analisar se o Termo de Ajustamento de Conduta, mecanismo de atuação administrativa e de intervenção estatal, é eficaz e traduz os interesses insculpidos na lei protetiva ao consumidor, bem como pontuar a importância de políticas públicas, através do modelo multiportas, que possibilita meios adequados de resolução de conflitos com assunção da função jurisdicional por outros órgãos administrativos, bem como discutir se o TAC pode ser considerado uma dessas portas a ser utilizada na resolução dos conflitos oriundos da prestação de serviço público, notadamente da telecomunicação e saúde.

²⁸⁸MARINONI, Luiz Guilherme. **A tutela específica do consumidor**. p. 26

4.2 Modelo Multiportas: possibilidade de função jurisdicional por órgãos administrativos

O Novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei 13.115/15, cuja vigência só ocorreu em Março de 2016, trouxe inovações, especialmente no tocante aos princípios e garantias constitucionais, uma vez que o código anterior não mais se adequava aos desideratos da sociedade brasileira insculpidos na Constituição Federal de 1988, como se depreende da transcrição abaixo:

Havia um descompasso muito grande entre os valores e regras estabelecidos pela CF/88 e o processo civil brasileiro, regido por uma lei elaborada em pleno regime ditatorial numa época em que as demandas eram, naturalmente, bem diferentes das atuais. Demais disso, foi inspirado num modelo europeu extremamente formalista, com regras há muito ultrapassadas, apesar das inúmeras reformas a ele implementadas na tentativa de amoldá-lo aos novos tempos, aos novos preceitos e fundamentos democráticos.²⁸⁹

Entre as novidades, destacam-se as medidas alternativas na resolução dos conflitos previstas no art. 3º do *cordex*, as quais possibilitaram uma maior efetividade das normas constitucionais, constituindo o chamado Modelo Multiportas, o qual propiciou a pacificação dos conflitos através da autocomposição, devolvendo-se às partes o diálogo e o poder da negociação, estimulando não apenas a busca pelo consenso, como também a desjudicialização das relações pessoais. Urge, pois, colacionar o dispositivo, ora em comento, *in litteris*:

Art. 3º **Não se excluirá da apreciação jurisdicional** ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º **O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.**

§ 3º A conciliação, a mediação e **outros métodos de solução consensual** de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

(sem destaques no original)

Constata-se, mais uma vez, o dever do Estado na promoção da defesa daqueles que necessitam, *in casu*, dos nossos consumidores, como já proclamado constitucionalmente no art. 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988, dispositivo este que integra os direitos e garantias fundamentais; assim como é possível interpretar que o aludido dispositivo, também, incentiva órgãos, de um modo geral, na utilização de métodos de solução consensual de conflitos. Dessa forma, é possível afirmar que o termo de ajustamento de conduta é um desses métodos insculpidos no retromencionado dispositivo legal.

²⁸⁹ FERNANDES. Sônia Caetano. **O novo modelo multiportas de solução dos conflitos e a novidade trazida pelo código de processo civil – Câmaras de mediação e conciliação.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI257653,21048->

O+novo+modelo+multiportas+de+solucao+dos+conflitos+e+a+novidade. Acesso em 05 de outubro de 2018

Outrossim, conforme observado no Terceiro Capítulo, item 3.4, em virtude das abusividades presentes nos Contratos de Prestação de Serviços Públicos, o Poder Judiciário foi e está sendo o mecanismo utilizado pelo consumidor para solucionar os conflitos oriundos da sua má prestação, uma vez que o próprio Ente Regulado estava seguindo as orientações do seu Ente Regulador e as aludidas instruções, ao invés de tutelar o consumidor, acarretaram, na prática, o seu desamparo, o que provocou a judicialização dos conflitos já que não havia diálogo entre os agentes.

Contudo, é importante ressaltar que, embora o Judiciário esteja sendo um diferencial nos últimos tempos, o mesmo não integra o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e, por isso, é imprescindível uma aproximação entre os que fazem parte deste sistema. Quiçá, o modelo multiportas permita essa harmonização.

Até porque como esclarece Sônia Fernandes²⁹⁰, a resolução dos conflitos, pela via judicial, não consegue solucionar, de fato, a essência da questão e esse é um dos problemas suscitados pela autora, *in verbis*:

Contudo, este processo tem se mostrado cada vez mais ineficiente, ressurgindo o interesse pelas chamadas vias alternativas, capazes de encurtar ou evitar o processo judicial, num movimento de retorno aos métodos consensuais de solução de conflitos praticados pelos povos antigos, na tentativa de se devolver às pessoas a capacidade de resolverem seus próprios problemas, **desjudicializando as relações pessoais** quase sempre levadas ao Judiciário pela mera falta de comunicação e de conscientização das pessoas sobre os graves prejuízos decorrentes de uma demanda, onde sempre há um vencedor e um vencido, com perdas financeiras e emocionais para ambas as partes, não resolvendo a questão de fundo porque não favorece à busca do consenso. (destaques no original)

Em outras palavras, mesmo que o Judiciário decida a favor do consumidor, como constatado no item 3.4., do capítulo anterior, as abusividades vão continuar existindo em outros contratos, uma vez as condições gerais destes são, na verdade, os atos normativos editados pelos Entes Reguladores e, assim, violará o direito do consumidor, enquanto o teor destes atos estiver em vigor, e só serão sanadas se forem postuladas em juízo por outros consumidores que se sentirem lesados.

Desta feita, convém esclarecer sobre esse novo modelo oferecido pelo Código de Processo Civil, em favor do consumidor, especialmente quando da utilização de outros

²⁹⁰ FERNANDES, Sônia Caetano. **O novo modelo multiportas de solução dos conflitos e a novidade trazida pelo código de processo civil – Câmaras de mediação e conciliação.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI257653,21048-O+novo+modelo+multiportas+de+solucao+dos+conflitos+e+a+novidade>. Acesso em 05 de outubro de 2018

métodos de solução consensual de conflitos, a saber: o termo de ajustamento de conduta, de forma a adelgaçar a sobrecarga de demandas judiciais.

4.2.1 Modelo Multiportas como “acesso à justiça” do consumidor

De início, importa salientar que o termo “acesso à justiça” se encontra inserido no rol de direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XXXIII e XXXV), competindo ao Estado a sua efetivação, uma vez que, por meio dele, haverá abertura para o exercício dos demais direitos, bem como consagrado no rol dos direitos básicos do consumidor, precisamente no art. 6º, VII, da Lei 8078/90, *in verbis*:

Art. 5º 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:

omissis

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;

omissis

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

[...]

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

omissis

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

omissis

Significa dizer que tais dispositivos legais, constitucionais e consumeristas devem ser analisados de forma associada: essa foi a real intenção do legislador, a fim de assegurar, com mais eficácia, a legitimidade de certas entidades na defesa do consumidor seja pela via judicial ou administrativa, com as inovações de ordem processual.

No mais, válido ressaltar que esse modelo multiportas pode ser, de fato, um meio de acesso à justiça, encontrando respaldo no art. 5º, do Código de Defesa do Consumidor, onde estão consagrados os instrumentos para execução da Política Nacional das Relações de Consumo, *in verbis*:

Art. 5º Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o poder público com os seguintes instrumentos, entre outros:

I - manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente;

II - instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público;

- III - criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo;
 - IV - criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo;
 - V - concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor.
- § 1º (Vetado).
§ 2º (Vetado).

Consubstanciado, portanto, está o comprometimento de todos com o objetivo da realização de uma ordem jurídica justa, por meio do direito à informação, ao acesso a uma justiça adequadamente organizada, com mecanismos processuais capazes de promover, efetivamente, a tutela do consumidor, removendo-se os obstáculos que possam dificultar o legítimo acesso à justiça!

Relativamente aos mecanismos utilizados por agências governamentais na resolução extrajudicial de conflitos, interessante trazer à baila o resultado de uma pesquisa²⁹¹, realizada no âmbito do projeto Secretaria de Reforma do Judiciário (Projeto BRA 05/036), pautada no Boletim Sindec 2012 (ANEXO B), o qual registrou os serviços mais reclamados pelos consumidores. Entre os regulados, destacam-se em: 1º a Telefonia Celular, 4º a Telefonia Fixa e 16º o Plano de Saúde. Por oportuno, embora o resultado do Projeto BRA 05/036 tenha sido reflexo do Boletim Sindec 2012 (ANEXO B), constata-se que não existem grandes modificações, ou até significativas, em relação ao último, Boletim Sindec 2017 (ANEXO C).

O referido Boletim é apresentado, anualmente, pela Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), no qual se demonstra uma breve análise sobre as demandas de consumo feitas aos órgãos públicos de defesa do consumidor, os quais se encontram integrados ao Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor (Sindec), observando-se que muitas reclamações envolvem os serviços regulados e, não sendo resolvidas, podem ser levadas a uma judicialização desnecessária, uma vez que as soluções podem ser oferecidas pela empresa prestadora de serviço, até com interação com as agências reguladoras. Por isso, é imprescindível analisar se, de fato, os instrumentos de acesso disponíveis aos consumidores pelas empresas e agências são eficazes, assegurando os direitos do consumidor, reduzindo os conflitos e demandas no Judiciário. Outrossim, faz-se necessário aperfeiçoar os mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos nas agências reguladoras, o que permitirá um aumento da eficiência tanto das prestadoras quanto das agências

²⁹¹ OLIVEIRA, Fabiana Luci de. RIBEIRO, Leandro Molhano. **Utilização de meios de resolução extrajudicial de conflitos no âmbito de serviços regulados por agências governamentais**, p. 14

reguladoras, vislumbrando-se o sistema de múltiplas portas e concretizando-se, efetivamente, o acesso à justiça.

No mais, a referida pesquisa observou que um expressivo número de consumidores não tem o hábito de reclamar por seus direitos e os que reclamam, geralmente, fazem diretamente às empresas e, apenas, 2%, daqueles que reclamam, procuram as agências reguladoras. Isso ocorre, segundo a pesquisa, porque os consumidores, embora as conheçam, não sabem o que elas fazem; sendo, portanto, a falta de informação e divulgação o maior problema apontado pelo consumidor para esta situação, o que pode ser explicado

[...] em grande maioria porque as agências são pouco acionadas para resolver problemas envolvendo desrespeito de direitos dos consumidores de empresas reguladas. Nesse sentido, pode-se pensar que há espaço para uma maior participação das agências reguladoras na resolução de extrajudicial de conflitos. Sendo assim, suma primeira ação possível para se ampliar mecanismos desse tipo é a disseminação de informação tanto a respeito dos direitos dos consumidores de serviços regulados, como sobre a possibilidade de se acionar as agências em determinadas situações para resolver problemas envolvendo clientes e empresas.²⁹²

Relativamente à ANS, encontra-se definido no seu Regimento Interno (Resolução normativa nº 197/2009, alterado pela RN nº 292/2012) como mecanismos à disposição do consumidor para resolução de conflitos, extrajudicialmente, a ouvidoria e órgãos com competência para realizar mediação (art. 2º, III, d, 2.3.; art. 51, VI, art. 52-A e outros). Por sua vez, a ANATEL disponibiliza, de acordo com seu Regimento interno (Resolução 270/2002, alterada pela Resolução 489/2007), nos arts. 62 e 63, mediação e arbitragem; além, também, de oferecer o canal “Assessoria de Relações com o Usuário”, órgão subordinado à Presidência da ANATEL, ao qual compete receber solicitação, queixa ou comentário do usuário, encaminhando para as prestadoras tomarem a devida providência e, no caso de impasse, há a remessa ao órgão competente da agência para a deliberação e arbitragem, instaurando-se, neste momento, o Processo Administrativo de Apuração de Descumprimento de Obrigação (PADO). Convém ressaltar que, nesta agência, a ouvidoria possui um papel residual na resolução de conflitos entre agentes regulados e consumidores; sendo, a rigor, competente para solucionar reclamações sobre a atuação da agência.

Outrossim, válido salientar o resultado dessa pesquisa acerca desses instrumentos de acesso ao consumidor para resolução dos conflitos, *in verbis*:

²⁹² OLIVEIRA, Fabiana Luci de. RIBEIRO, Leandro Molhano. **Utilização de meios de resolução extrajudicial de conflitos no âmbito de serviços regulados por agências governamentais**, p. 35

O site da ANS é de fácil acesso para o consumidor entrar em contato com a agência, mas não possui informação suficiente para determinação de procedimentos de reclamação. Os dados coletados pela Ouvidoria limitam-se aos contatos feitos com o órgão; em sua maioria são consumidores insatisfeitos com algum serviço prestado por plano de saúde. A Ouvidoria procura analisar essas demandas e aconselhar a ANS sobre possíveis mudanças. Não há dados, no entanto, sobre demandas solucionadas e sobre a satisfação dos consumidores com as decisões tomadas pelas agências. Outro lado inexistente se refere à qualidade do serviço prestado pelas operadoras de planos de saúde. Nesse sentido, é possível pensar na criação de indicadores de qualidade e, a partir disso, determinar metas a serem atingidas pelas empresas.

No caso da ANATEL, não há clareza sobre o procedimento de análise das demandas dos consumidores no site. [...] A ANATEL também não disponibiliza informações sobre as penalidades sofridas pelas empresas que não alcançaram a meta da IDA ou por ter reiteradas reclamações. Essa ausência de informações pode levar a uma percepção, por parte do consumidor, negativa sobre a efetividade da agência.²⁹³

Observa-se, portanto, que tanto a ANS quanto a ANATEL descumprem o terceiro princípio básico em que se pauta uma regulação, a saber: participação regulatória. Ao que parece esse princípio existe, apenas, formalmente na Lei 9427/97 (ANATEL), no art. 3º, IV (ampla publicidade); art. 3º, XI (processualidade aberta) e art. 3º, XI (decisão participativa); bem como na Lei 9961/00 (ANS), no art. 10, VI (processualidade aberta) e no art. 13 (decisão participativa).

No mais,

... nota-se que os consumidores tendem a se sentir prejudicados não apenas quando possuem um direito desrespeitado, mas principalmente quando os meios para resolução se mostram ineficazes, gerando o sentimento de injustiça e a busca pelo Poder Judiciário.²⁹⁴

Portanto, se esses mecanismos são ineficazes, é imprescindível aperfeiçoá-los para que o consumidor possa, de fato, exercer seu acesso à justiça, a fim de se reestabelecer o direito a que faz jus: prestação de um serviço público adequado. Dessa forma, se um dos principais problemas apontados é a insuficiência da informação quando da utilização desses instrumentos dispostos ao usuário; então, se uma linguagem comum for estabelecida entre consumidores, empresas e agências reguladoras, bem como uma cartilha informativa divulgando a atuação das agências, propiciarão uma maior comunicação entre eles, como se constata da transcrição abaixo:

Considerando que o site das agências reguladoras é o canal central de acesso pelos consumidores, a SRJ pode propor uma reestruturação dos sites tornando-os mais homogêneos, isto é, com *layouts* mais simples e seguindo certa padronização, conferindo maior visibilidade às ouvidorias.

²⁹³ OLIVEIRA, Fabiana Luci de. RIBEIRO, Leandro Molhano. **Utilização de meios de resolução extrajudicial de conflitos no âmbito de serviços regulados por agências governamentais**, pp. 44-45

²⁹⁴ OLIVEIRA, Fabiana Luci de. RIBEIRO, Leandro Molhano. **Utilização de meios de resolução extrajudicial de conflitos no âmbito de serviços regulados por agências governamentais**, p. 56

[...]

Informações com o passo a passo sobre acesso a meios extrajudiciais de resolução de conflitos, divulgando a atuação dos PROCONs e agências, por exemplo, pode ser uma importante ferramenta capaz de transmitir mais segurança e credibilidade aos consumidores que desistirem do Judiciário e optarem por acionar a estes órgãos.²⁹⁵

Além disso, outras ações apoiadas nas diretrizes estabelecidas pelo Decreto 7963/13, o qual instituiu o Plano Nacional de Consumo e Cidadania (PLANDEC), podem ser elaboradas com o objetivo de criar ou aperfeiçoar mecanismo de resolução extrajudicial de problemas de consumo de serviços regulados. Por oportuno, em que pesem as críticas quanto ao conteúdo normativo do Plandec, pois não apresenta, propriamente, algo inovador e, portanto, não representa uma atitude vanguardista; isto porque aborda assuntos já analisados contundentemente em outras fontes, como o próprio CDC; é digno de elogios, uma vez que eleva a defesa do consumidor ao *status* de uma política de Estado.

Por sinal, do ponto de vista organizacional, quando o Plandec prevê a criação de uma instância institucional de relações de consumo, denominada Câmara Nacional das Relações de Consumo, modelo semelhante poderia ser incorporado às agências reguladoras, aperfeiçoando seus mecanismos, diminuindo as reclamações dos consumidores e evitando possíveis ações judiciais, como estabelece o art. 9º, *in litteris*:

Art. 9º Fica criada a Câmara Nacional das Relações de Consumo, no Conselho de Governo de que trata o art. 7º da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, com as seguintes instâncias para a gestão do Plano Nacional de Consumo e Cidadania:

I - Conselho de Ministros; e

II - Observatório Nacional das Relações de Consumo.

Parágrafo único. O apoio administrativo necessário ao funcionamento das instâncias instituídas no **caput** será prestado pelo Ministério da Justiça.

Ou seja,

Em síntese, o Plano Nacional de Consumo e Cidadania pode criar um arcabouço institucional favorável à implementação das diretrizes propostas para aprimorar a resolução extrajudicial de conflitos entre os consumidores e os prestadores de serviços regulados.²⁹⁶

Até porque ele possui instrumentos normativos próprios que asseguram sua execução, como, por exemplo, celebração de convênios, acordos de cooperação, ajustes ou congêneres, com órgãos e entidades da Administração Pública Federal, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com consórcios públicos, bem como com entidades privadas, como dispõe o art. 13, *in verbis*:

²⁹⁵ OLIVEIRA, Fabiana Luci de. RIBEIRO, Leandro Molhano. **Utilização de meios de resolução extrajudicial de conflitos no âmbito de serviços regulados por agências governamentais**, pp. 54 e 61

²⁹⁶ OLIVEIRA, Fabiana Luci de. RIBEIRO, Leandro Molhano. **Utilização de meios de resolução extrajudicial de conflitos no âmbito de serviços regulados por agências governamentais**, p. 68

Art. 13. Para a execução do Plano Nacional de Consumo e Cidadania poderão ser firmados convênios, acordos de cooperação, ajustes ou instrumentos congêneres, com órgãos e entidades da administração pública federal, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com consórcios públicos, bem como com entidades privadas, na forma da legislação pertinente.

Outrossim, se as agências melhorarem suas ferramentas, haverá uma maior adesão por parte dos usuários na utilização desses meios extrajudiciais, os quais, se verdadeiramente eficientes, proporcionarão uma celeridade na resolução dos problemas, o que não ocorrerá quando se optar por sua judicialização, demonstrando, ainda, que os mecanismos são confiáveis e assegurando, enfim, a concretização do direito do consumidor.

Válido ressaltar que, além da insuficiência da informação para utilização dos aludidos meios, ainda não há uma articulação entre os órgãos criados, especialmente, para proteger os direitos dos consumidores, por sinal, isso ficou demonstrado no Terceiro Capítulo quando da análise sobre o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e da necessidade de coordenação das funções entre os agentes de defesa do consumidor, o que, se assim ocorresse, poder-se-iam prevenir conflitos. A propósito, uma das formas para essa harmonização se concretizar é

Unir as informações coletadas pelos PROCONs com as das ouvidorias das agências, por exemplo, pode ser um importante mecanismo de interação que resulte em um arcabouço institucional favorável à implementação de diretrizes e propostas que aprimorem a resolução extrajudicial de conflitos.

Considerar tais dados para elaboração das políticas públicas regulatórias, como indicadores e índices de qualidade das relações de consumo, por exemplo, parece fundamental para um diagnóstico eficiente para prevenir conflitos e convergente com as expectativas dos consumidores.

[...]

Em uma entrevista com Paulo Arthur Góes, Diretor-Executivo da Fundação PROCON-SP, observou-se que, na percepção do entrevistado, a relação entre agências reguladoras e órgãos de defesa do consumidor, embora tenha avançado nos últimos cinco anos, é, de um modo geral, conflituosa. A principal dificuldade mencionada por Góes é a assimetria de informações entre aqueles que integram o setor regulado e os órgãos de defesa do consumidor. Para ele, seria importante institucionalizar o relacionamento entre órgãos como o PROCON e as agências²⁹⁷

Demonstrada está a adoção desse modelo pelo nosso ordenamento jurídico, como um mecanismo de acesso à justiça, desafogando o Judiciário e desempenhando a função jurisdicional através de outros recursos, os quais, por sinal, só precisam ser aperfeiçoados, pelo que se constata da transcrição abaixo:

O anseio por justiça é algo quase intrínseco ao ser humano. Deste modo, o acesso à justiça revela-se de imensurável relevância, visto que ao acessá-la cumpre-se os direitos constitucionais assegurados, trazendo a paz social desejada desde os primórdios da humanidade. Diante disto, a amplitude de tal acesso demonstra ser,

²⁹⁷ OLIVEIRA, Fabiana Luci de. RIBEIRO, Leandro Molhano. **Utilização de meios de resolução extrajudicial de conflitos no âmbito de serviços regulados por agências governamentais**, pp. 58 e 62

inexoravelmente, um fator a contribuir para o descongestionamento do Judiciário, tendo por consequência maior: a mobilidade/efetividade processual, a qualidade da prestação jurisdicional, como também a redução do número de ações em juízo²⁹⁸.

No mais,

É importante ressaltar que ao oferecer aos consumidores meios de resolução de conflitos, as agências reguladoras podem contribuir para resolver pelos menos três “desafios”: a) garantir a satisfação dos direitos dos consumidores sem que seja necessário judicializá-los e, talvez mais importante b) exercer um papel preventivo do conflito entre empresas e consumidores e c) aumentar para os consumidores a percepção de que reclamar direitos tem resultados positivos.²⁹⁹

Uma vez verificada a assunção do sistema de múltiplas portas, não apenas pelo Código de Processo Civil, como também pela Constituição Federal e Código de Defesa do Consumidor e, ainda, pelas Leis n^{os} 9.427/97 (ANATEL) e 9.961/00 (ANS), não mais convém analisar o termo “acesso à justiça” na sua acepção tradicional, compreendido, apenas, como acesso ao Poder Judiciário, consagrando-o, somente, como mera faculdade de peticionar, a qual não pode garantir, efetivamente, os direitos tutelados. Dever-se-á, então, interpretar o termo, por estar incluso no rol dos direitos fundamentais da pessoa humana, como aquele que objetiva uma justiça material e não somente de cunho exclusivamente formal.

Corroborando com este raciocínio, válido trazer a lume o posicionamento de Talden Farias³⁰⁰ sobre a expressão:

Em um primeiro momento isso significa que o acesso à justiça se realiza apenas com a eficácia da decisão judicial, manifestada pela efetividade da entrega do objeto da prestação jurisdicional.

Porém, em um segundo momento isso implica dizer que o acesso à justiça deve ser compreendido como o acesso aos direitos que cada cidadão tem, o que nem sempre ocorre por intermédio do Poder Judiciário. Nesse diapasão, ganham força novos mecanismos de resolução de conflitos, como é o caso [...], dos TACs etc.

Urge, pois, por uma interpretação teleológica, a qual dará primazia aos fins sobre os meios oferecidos pelo ordenamento jurídico, uma vez que o essencial é solucionar os conflitos sociais de forma mais célere, econômica e informal, independentemente de quem os resolva, seja através do Poder Judiciário ou por outro meio disponibilizado pelo Estado.

²⁹⁸ SILVA, Samira Ribeiro da; NEVES, Gabriela Angelo; RANGEL, Tauã Lima Verdan. **Acesso à Justiça e sistema multiportas de composição de conflitos**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 154, nov 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18246&revista_caderno=21>. Acesso em out 2018.

²⁹⁹ OLIVEIRA, Fabiana Luci de. RIBEIRO, Leandro Molhano. **Utilização de meios de resolução extrajudicial de conflitos no âmbito de serviços regulados por agências governamentais**, p. 65

³⁰⁰ FARIAS, Talden. **Termo de Ajustamento de Conduta e Acesso à Justiça**, p. 122

Todavia, indaga-se se este modelo multiportas é, de fato, satisfatório, permitindo efetivamente o acesso à justiça e, conseqüentemente, aperfeiçoando o acesso a determinados direitos, como os coletivos, através do termo de ajustamento de conduta, exemplo deste modelo, uma vez que é um instrumento de resolução negociada de conflitos envolvendo direitos difusos e coletivos, instaurado a partir da Lei 7347/85, em que se constatou uma atuação extrajudicial dos órgãos responsáveis.

Assim, insta refletir sobre o compromisso, enquanto instrumento de efetivação do acesso à justiça, a fim de observar se, na realidade, esta “porta” escolhida foi a adequada para solucionar o conflito.

4.2.2 Termo de Ajustamento de Conduta: é uma “porta” (in)adequada para resolução consensual do conflito de prestação de serviço público

Como já analisado no Segundo Capítulo, a passagem do Estado Liberal ao Social demarcou a superação da velha dicotomia entre as esferas pública e privada. Como Estado Guardião permitiu uma liberdade aos cidadãos e limitava sua participação na área pública. Como Estado Garantidor adotou uma nova postura, através das medidas de liberalização e de privatização da economia, buscou equilibrar o modelo de Mercado e o de Estado, designando-se como modelo de regulação, para, assim, realizar o interesse público. Ocorre que esse novo modelo de regulação na atividade econômica, também, repercutiu na administração pública, impondo-se a esta que prestasse adequadamente o serviço público, como esclarece abaixo Rosalina Freitas³⁰¹

A crise do Estado contemporâneo, marcada pela inviabilidade de atendimento das complexas e múltiplas demandas sociais, também acabou gerando uma série de transformações no âmbito da Administração Pública, que, a partir de então, também precisava garantir a eficiência na prestação dos serviços públicos.

Todavia, observou-se que aludido objetivo não pôde ser cumprido a contento, o que acarretou a sobrecarga de demandas no Poder Judiciário, como única via possível para resolução de conflitos oriundos da má prestação dos serviços públicos. Entrementes, o Poder Judiciário tornou-se insuficiente para atender a todas as demandas com justiça. Dessa forma, “... a jurisdição deveria ser utilizada somente quando se mostrasse mais apropriada, evitando-

³⁰¹ SOUSA, Rosalina Freitas Martins de. **A função jurisdicional adequada e a releitura do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (CRFB/88, Art. 5º, XXXV)**, p. 27

se a sobrecarga e a paralisação dos tribunais com casos em que suas habilidades específicas não seriam necessárias”³⁰².

Diante desse cenário e com o advento do Novo Código de Processo Civil, surge a possibilidade de se utilizar o Sistema Multiportas (*Multidoor Courthouse System*), idealizado por Frank Sander, o qual pode ser definido “como um mecanismo de aplicação de vários métodos de resolução de conflitos no qual, a partir do conflito apresentado pelas partes interessadas, seria disponibilizada uma variedade de meios ou “portas”³⁰³, demonstrando que é possível a efetiva resolução de conflitos entre os indivíduos e, para a realização desse objetivo, é imprescindível que existam múltiplos instrumentos que atendam à demanda dos variados conflitos existentes na sociedade. E entre os mecanismos de solução de conflito à disposição da sociedade e que permite a autocomposição, encontra-se o termo de ajustamento de conduta, o qual, segundo Talden Farias³⁰⁴ “é um acordo celebrado entre as partes interessadas com o objetivo de proteger direitos de natureza transindividual.”, materializando-se em um título executivo extrajudicial, consoante art. 784, XI, CPC/15, cujo conteúdo reflete uma obrigação de fazer ou de não fazer, bem como a imposição de uma sanção pecuniária em caso de seu descumprimento. Viabiliza, portanto, uma “solução pacífica de determinados conflitos no âmbito extrajudicial, fazendo com que os direitos em questão sejam mais efetivamente resguardados.”³⁰⁵

Mas será que esta “porta” adotada, permitida pelo Modelo Multiportas, é a adequada para solucionar os conflitos oriundos da má prestação do serviço público? Ao que tudo indica: não! O que será objeto de discussão no próximo item.

Assim, é oportuno mencionar que “Não é adequado, pois, que um único método possa satisfazer a todos os indivíduos envolvidos em uma divergência”³⁰⁶; por isso, foram apontados outros instrumentos de resolução extrajudicial de conflitos disponibilizados pela ANS e ANATEL aos consumidores, os quais, também, precisam ser aperfeiçoados, como constatado no item 4.2.1 retro.

³⁰² SOUSA, Rosalina Freitas Martins de. **A função jurisdicional adequada e a releitura do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (CRFB/88, Art. 5º, XXXV)**, p. 33

³⁰³ SOUSA, Rosalina Freitas Martins de. **A função jurisdicional adequada e a releitura do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (CRFB/88, Art. 5º, XXXV)**, p. 33

³⁰⁴ FARIAS, Talden. **Termo de Ajustamento de Conduta e Acesso à Justiça**, p. 116

³⁰⁵ FARIAS, Talden. **Termo de Ajustamento de Conduta e Acesso à Justiça**, p. 117

³⁰⁶ SOUSA, Rosalina Freitas Martins de. **A função jurisdicional adequada e a releitura do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (CRFB/88, Art. 5º, XXXV)**, p. 33

4.3. Termo de Ajustamento de Conduta: ferramenta administrativa (in)satisfatória no combate ao desequilíbrio contratual nas relações de consumo

Inicialmente, será analisado o Termo de Ajustamento de Conduta, com ênfase em alguns pontos abordados no TC 022.280/2016-2³⁰⁷, realizado pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM), em face de possíveis irregularidades na potencial celebração de Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). E, posteriormente, será confrontado com os aspectos teóricos e legais do instrumento administrativo, os quais fundamentarão que esta ferramenta administrativa se mostra insatisfatória no combate ao desequilíbrio contratual entre o Estado, enquanto fornecedor de serviços públicos, e o consumidor, enquanto usuário deles, uma vez que não se vislumbra na celebração dos aludidos termos a ideologia da técnica legislativa da nossa Lei 8078/90, analisada no item 4.1, cuja aplicação se faz imprescindível!

Trata-se de uma representação formulada por unidade técnica do TCU - Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM) – contra a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), uma vez que se verificaram possíveis irregularidades quando da celebração de TAC por essa agência reguladora, a partir de uma auditoria operacional pelo TCU, cujo objetivo foi avaliar a atuação da Anatel na garantia e melhoria da qualidade da prestação dos serviços de telefonia móvel no Brasil, no segundo semestre de 2015. Nessa auditoria (TC 023.133/2015-5), foram solicitados à Anatel diversos documentos, nos quais foram detectados indícios de irregularidades na atuação da Anatel e, por sinal, constatou-se, ainda, que estão em tramitação na Anatel diversos outros TACs, referentes a outros temas e outras operadoras, que apresentam, também, os indícios de irregularidades constatados no TAC da Oi.

Diante desses dados, a unidade técnica do TCU formulou, **em 28/7/2016**, representação sobre o tema, propondo que fosse determinado cautelarmente à Anatel que se abstinhasse de assinar TACs, de forma geral, até que fossem avaliadas pelo Tribunal as possíveis irregularidades encontradas. Todavia, por meio de despacho do dia **3/8/2016**, o ministro relator da matéria decidiu conhecer da representação e, previamente à adoção da medida cautelar, determinou que a Anatel se manifestasse sobre as irregularidades apontadas pela unidade técnica do Tribunal. Assim, em **15/8/2016**, a Anatel respondeu aos

³⁰⁷ BRASIL, **Tribunal de Contas da União**. **TC 022.280/2016-2**. Disponível em: <http://www.telesintese.com.br/wp-content/uploads/2017/05/TAC-TELEFONICA-TCU-1.pdf>. Acesso em 22 de março de 2018

questionamentos por meio do Ofício 60/2016/SEI/AUD-Anatel, cujas respostas e dados apresentados foram preliminarmente avaliados pela área técnica do TCU, a qual concluiu pela necessidade de solicitação de informações complementares à agência, com vistas a trazer maior transparência ao mérito, realizando-se, por isso, nova diligência junto à Anatel no dia **31/10/2016**. A agência apresentou, apenas, parte dos dados e das informações complementares solicitadas pelo TCU, alegando tratar-se de grande volume de informações e documentos a serem entregues e, por isso, solicitou prorrogação de prazo de quinze dias e entregou os dados requeridos em **30/11/2016** e, mesmo assim, nem todos os documentos solicitados à mesma foram entregues ao TCU, especialmente aqueles que fundamentaram e embasaram a análise da agência sobre o TAC do Grupo Telefônica/Vivo.

Outrossim, foram expedidas outras duas diligências à agência, em **8/12/2016** e em **27/1/2017**, respondidas pela Anatel entre 20/12/2016 e 14/2/17, onde se observou que não foram encaminhados os elementos e dados solicitados e, por isso, foi necessária uma quarta diligência. Dessa forma, a Anatel apresentou resposta, em **27/3/2017**, encaminhando alguns dos dados solicitados e, por fim, pediu o sobrestamento do presente processo de representação, mas, em **28/4/2017**, a Anatel, ao encaminhar um novo estudo de VPL, totalmente diferente de tudo que vinha sendo apresentado no âmbito desse processo, manifestou-se pela desistência do pedido de sobrestamento.

É o que se pode extrair do relatório e que, com propriedade, destacou a importância em se perquirir sobre suas irregularidades, *in verbis*:

13. Deve ser registrado que, conforme informações encaminhadas pela agência, até dezembro de 2016, estavam em tramitação na Anatel um total de 37 pedidos de celebração de TAC, abrangendo inúmeros processos administrativos da agência, podendo chegar ao valor de R\$ 9,1 bilhões (peça 25, mídia anexa “Anexo I – Relação de processos TAC”), conforme Tabela 1.

[...]

14. Assim, diante da alta relevância, alto risco e alta materialidade dos TACs em tramitação na Anatel e daqueles que poderão ser posteriormente instaurados, passa-se a analisar o mérito da matéria.³⁰⁸

De fato, não há como não se alarmar!

No mais, o Tribunal de Contas da União esclarece que sua atuação sobre os TACs elaborados pela ANATEL é cumprir seu papel constitucional de controle externo, verificando possíveis irregularidades em determinado processo executado por um órgão regulador, como se depreende abaixo:

³⁰⁸ BRASIL, **Tribunal de Contas da União. TC 022.280/2016-2**. Disponível em: <http://www.telesintese.com.br/wp-content/uploads/2017/05/TAC-TELEFONICA-TCU-1.pdf>. Acesso em 22 de março de 2018. pp. 2-3

55. Ressalta-se que a atuação do TCU, no seu papel constitucional de controle externo, se destina a fiscalizar as ações conduzidas pela Anatel mediante a definição de um escopo de trabalho, um universo e uma amostra a serem examinados com relação aos procedimentos da agência. Dessa forma, **não se pretende, na presente avaliação, atestar a aprovação, ou não, pelo TCU dos processos de TAC**, e sim verificar se há irregularidades e fragilidades **nos pontos avaliados pelo Tribunal** quanto a um determinado processo executado pelo órgão regulador.³⁰⁹ (realces no original)

Convém agora perquirir acerca de algumas irregularidades apontadas no TC 022.280/2016-2, como: na negociação, nos dispositivos de ajustamento de conduta e nos seus adicionais aplicáveis a todos os TACS no âmbito da ANATEL; bem como no acompanhamento e fiscalização; e, ainda, no procedimento de declaração de descumprimento do TAC e na execução das multas e do valor de referência do TAC; a fim de se demonstrar que a presença de tais irregularidades configura uma total incompatibilidade tanto com o entendimento doutrinário quanto legal do próprio instrumento administrativo, e, por isso, o mesmo se apresenta insatisfatório no combate ao desequilíbrio contratual nas relações de consumo entre fornecedor-concessionária e consumidor-usuário de serviço público, o que pode ensejar, quiçá, excepcionalmente, até a nulidade do próprio TAC, o que se justifica pela parte envolvida (agente público) e por sua causa determinante (integridade da lei), através da aplicação do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Por sinal, no âmbito da Anatel, há um regulamento específico para disciplinar diversos aspectos, procedimentos e critérios da elaboração, acompanhamento e sanção dos TACs a serem firmados com prestadoras de serviços de telecomunicações, denominado de Regulamento de Celebração e Acompanhamento de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (RTAC), Resolução Anatel 629/2013, o qual, ao que tudo indica, nem a própria agência reguladora o respeita, diante das tantas irregularidades apontadas pelo TC 022.280/2016-2. Outrossim, o RTCA deve

27. Segundo os incisos I e II do art. 13 do RTAC, o TAC da Anatel divide-se em duas partes principais: ajuste de conduta irregular e compromissos adicionais.

28. A seção do ajuste de conduta corresponde à obrigação da prestadora de corrigir todas as condutas que infringiram a legislação e a regulamentação da agência e de reparar todos os usuários atingidos por essas condutas, além de prevenir que a prestadora não continuará cometendo novas infrações desse tipo durante e após a vigência do TAC.

29. Destaca-se que o ajuste das condutas infringidas é uma obrigação legal e regulamentar das operadoras, sendo que o TAC abre a possibilidade de haver um ajuste gradual para atingir o cumprimento integral de todas as metas e regulamentações da Anatel.

³⁰⁹ BRASIL, **Tribunal de Contas da União. TC 022.280/2016-2.** Disponível em: <http://www.telesintese.com.br/wp-content/uploads/2017/05/TAC-TELEFONICA-TCU-1.pdf>. Acesso em 22 de março de 2018. p. 10

30. Assim, não seria necessário exigir que as empresas detalhassem quais serão os projetos e as ações que serão adotadas para alcançar esse estágio de pleno cumprimento dos normativos vigentes. Entretanto, tanto no art. 17 do RTAC quanto nos votos que conduziram à aprovação de minutas de TAC no Conselho Diretor (peça 93), a Anatel optou por exigir que as prestadoras apresentem esse detalhamento para fins de acompanhamento e sanção no âmbito do TAC, conforme art. 17 do regulamento.

31. Essa opção não invalida a necessidade de a agência verificar e exigir, durante a vigência do TAC, o cumprimento de todos os normativos, ainda que de forma gradual, incluindo aqueles referentes aos dispositivos infringidos e sancionados nos Procedimentos de Apuração de Descumprimento de Obrigações (Pados) incluídos no TAC.

32. A outra seção dos TACs da Anatel são os compromissos adicionais, que, conforme art. 18 do RTAC, devem implicar benefícios a usuários e/ou melhorias ao serviço, com a execução de projetos de investimentos ou com a concessão temporária de benefícios diretos aos usuários

33. Ressalte-se que não se podem confundir os projetos referentes ao ajustamento obrigatório de conduta irregular com os investimentos dos compromissos adicionais pactuados com a prestadora no âmbito do TAC. Cessar conduta irregular e não reincidir é um dever legal de toda prestadora e deve ser cumprido independentemente da existência, ou não, de TAC firmado com a agência. Já os compromissos adicionais são definidos por ocasião da proposta de celebração de TAC e possuem a finalidade de garantir o atendimento do interesse público.

34. Também cabe registrar que, de acordo com os arts. 2º, 3º e 6º, inciso VI, todos do próprio RTAC, o uso do TAC na atuação da agência configura-se como uma exceção, uma vez que o procedimento usual é fiscalizar as prestadoras e sancioná-las pelos seus descumprimentos da regulamentação vigente. Essa negociação, que permite trocar a arrecadação das multas ao Erário por compromissos de investimento da empresa e o ajuste da conduta indevida, requer uma motivação demonstrando a presença do interesse público na aceitação desta troca.³¹⁰

Válido destacar, com fulcro nas irregularidades, que, ora serão analisadas, não se observa qualquer tipo de proveito ao usuário ou mesmo um melhoramento na qualidade do serviço prestado; ao contrário, constata-se um flagrante desrespeito ao direito do consumidor, bem como a toda sociedade.

4.3.1 Irregularidades na Negociação dos TACS no âmbito da ANATEL

Relativamente à ANATEL, não há na LGT normas específicas de deveres, medidas administrativas de acompanhamento e cobrança, infrações e imposição de sanções, pois é uma lei-quadro, competindo, então, ao plano infralegal da ANATEL definir tudo isso com base na moldura legal (LGT). Dessa forma, “é da Anatel a competência normativa para dizer se, e em que condições, um acordo substitutivo é uma causa excludente da aplicação ou execução de sanções.”³¹¹, o que o faz por meio do RTAC (Resolução Anatel 629/2013).

³¹⁰ BRASIL, **Tribunal de Contas da União**. **TC 022.280/2016-2**. Disponível em: <http://www.telesintese.com.br/wp-content/uploads/2017/05/TAC-TELEFONICA-TCU-1.pdf>. Acesso em 22 de março de 2018, pp. 4-5

³¹¹ SUNDFELD, Carlos Ari. CAMARA, Jacinto Arruda. **Acordos substitutivos nas sanções regulatórias**, p. 11

Acontece, conforme pontuado no TC 022.280/2016-2, que processos simultâneos incluídos no mesmo TAC, mesmo que admitido em seu RTAC, constituem óbices a uma negociação e descrição dos investimentos, bem como impede o devido acompanhamento e, conseqüentemente, aplicação de penalidade por seu descumprimento, como esclarecido abaixo:

36. Entretanto, nos primeiros casos em tramitação na Anatel, observa-se que predomina uma opção por incluir um número elevado de processos, abrangendo as mais diversas temáticas, em um mesmo processo de TAC, resultando em valores totais da ordem de bilhões de reais. Tal conduta pode dificultar tanto o processo de negociação e definição dos investimentos quanto o necessário acompanhamento e eventual sanção no âmbito dos TACs.³¹²

No tocante ao processo de negociação,

56. O Regulamento de TAC estabeleceu prazos definidos tanto para as fases de negociação entre a Anatel e a prestadora, quanto para a fase de análise e decisão da agência. O art. 38, inciso II, do RTAC estipula o prazo máximo de 420 dias de duração para a negociação entre a Comissão de Negociação da agência e a respectiva operadora, no caso dos requerimentos de celebração de TAC apresentados nos primeiros 120 dias de vigência do regulamento. Contudo foram identificadas irregularidades nos trâmites dessa negociação, especialmente no período em que os processos estavam em análise pelo Conselho Diretor.

[...]

78. Entretanto, a Anatel tem aceitado reiteradamente que as operadoras apresentem novas propostas, tanto de correção de conduta quanto de projetos de investimentos para compromissos adicionais, após o prazo máximo definido pelo RTAC. Mesmo após ser alertada pela PFE, a agência teria continuado a receber e analisar essas propostas, prolongando a fase de negociação de um mesmo TAC em desacordo com a regulamentação vigente. Registre-se que não há nenhum impedimento normativo para que fossem instaurados outros processos de TAC abrangendo somente novos pedidos, desde que houvesse interesse público.

79. Tanto na análise do TAC da Oi quanto no TAC da Telefônica, há evidências de que, **durante o período em que os processos de TAC estavam em tramitação no Conselho Diretor, as operadoras continuaram a propor novos projetos de investimento e novas condições para correção das condutas infringidas, alterando substancialmente os termos recebidos e analisados pela Comissão de Negociação pelo período regulamentar de 420 dias.**³¹³(com realces no original)

Insta salientar que o cumprimento do prazo estabelecido no próprio RTAC não está relacionado, apenas, a uma questão meramente formal; na realidade, o seu descumprimento pode refletir até na conduta de negociação da operadora e na aderência das suas propostas com o interesse público, o que compromete a efetividade do instrumento. No mais, segundo o art. 9º, §2º, do RTAC, é imprescindível a submissão da análise final das propostas da empresa após o término da negociação por sua área técnica, e se isso não ocorre, estar-se-á reduzindo a

³¹² BRASIL, Tribunal de Contas da União. TC 022.280/2016-2. Disponível em: <http://www.telesintese.com.br/wp-content/uploads/2017/05/TAC-TELEFONICA-TCU-1.pdf>. Acesso em 22 de março de 2018. p. 5

³¹³ BRASIL, Tribunal de Contas da União. TC 022.280/2016-2. Disponível em: <http://www.telesintese.com.br/wp-content/uploads/2017/05/TAC-TELEFONICA-TCU-1.pdf>. Acesso em 22 de março de 2018, pp. 10 e 13

função da própria Procuradoria, por retirar-lhe a oportunidade de se pronunciar sobre essas novas propostas. O desrespeito, portanto, aos prazos, bem como a ausência de submissão das propostas à área técnica provocam a invalidade, não só porque violam o próprio RTAC, mas, principalmente, por atentar contra os princípios que permeiam a Administração Pública, insculpidos no art. 37 da nossa Lei Maior c.c art. 38 LGT, como registrado pelo Tribunal de Contas da União:

82. Permitir que novas propostas das operadoras sejam entregues após um período de negociação superior a um ano e dois meses, alterando-se significativamente a proposta já analisada em outras instâncias, na maioria dos casos acarreta a invalidação e o desperdício do esforço dedicado pelos servidores integrantes da Comissão de Negociação e da Procuradoria na análise e na discussão para adequação das propostas originais. Assim, a prática atenta não só contra o regulamento do TAC, como também aos princípios da eficiência, do interesse público, da finalidade, da celeridade e da razoabilidade, sendo os três últimos previstos no art. 38 da LGT.³¹⁴

Outrossim, uma vez que o Conselho Diretor decidiu por incluir, de ofício, qualquer processo administrativo da prestadora em andamento na agência, desde que relacionado aos temas analisados no âmbito do TAC, sem que houvesse uma análise prévia de admissibilidade pela área técnica da Anatel de cada processo, afrontou aos arts. 7º e 9º da RTAC, bem como a previsão legal do art. 2º, *caput* e inciso VII, da Lei 9.784/1999, o qual dispõe sobre o princípio da motivação, já que não se observou na aludida decisão do Conselho Diretor a indicação de pressupostos de fato e de direito que determinaram sua decisão, como é exigido em atos da Administração Pública.

No mais,

74. É importante ressaltar também que o fato de o próprio Conselho Diretor da Anatel decidir incluir no TAC, de ofício, processos que nem a própria prestadora apresentou requisição de inclusão no termo, permite que haja um possível prejuízo à legitimidade do TAC, visto que o instrumento de termo de ajustamento de conduta tem um caráter negocial e é fundamentado em um processo de discussão e alinhamento das suas condições com a empresa, algo que não ocorre quando o CD decide incluir processos de ofício a um TAC depois do término da fase de negociação com a prestadora, como foi feito no Acórdão Anatel 422, de 17/11/2016, do TAC da Telefônica.

[...]

87. Dado que a nova minuta aprovada pelo Conselho Diretor não passou pela análise completa da área técnica e da PFE previamente à aprovação do termo, verifica-se a existência de várias fragilidades, como: a incerteza quanto à adequação e à veracidade das informações apresentadas pelas operadoras sobre a situação inicial dos projetos; a ausência de uma relação de todos os Pados que são tratados no âmbito do TAC; a indefinição quanto aos valores de multas de descumprimento aplicáveis para cada projeto e cada ação de correção de conduta prometidos pela

³¹⁴ BRASIL, **Tribunal de Contas da União**. **TC 022.280/2016-2**. Disponível em: <http://www.telesintese.com.br/wp-content/uploads/2017/05/TAC-TELEFONICA-TCU-1.pdf>. Acesso em 22 de março de 2018, p. 14

operadora; chegando até a indefinição quanto ao próprio valor financeiro do TAC que será firmado.³¹⁵

Constata-se, portanto, que a análise simultânea de vários processos, com diversas temáticas, em um mesmo TAC; o não cumprimento de prazos nas fases de negociação, análise e decisão entre Agência e operadora; a ausência de submissão das propostas à área técnica por decisão de ofício do Conselho Diretor sem a indicação dos motivos; a violação aos princípios da Administração Pública; bem como a inclusão de propostas no mesmo instrumento que não foram solicitadas nem pela própria prestadora, constituem razões suficientes para contaminar o TAC, colocando em risco, não apenas, a legitimidade da ferramenta, mas, ainda, sua efetividade.

Dessa forma, sugestão adequada feita pelo Tribunal de Contas da União à ANATEL acerca desta irregularidade, *in verbis*:

69. Assim, propõe-se determinar à Anatel que, nos processos de negociação e aprovação de TAC conduzidos pela agência, se abstenha de aplicar a regra prevista no art. 38, inciso IV, do Regulamento de Celebração e Acompanhamento de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (RTAC), Resolução Anatel 629/2013, aos **processos sancionatórios cuja inclusão no TAC tenha sido feita posteriormente ao período de transição previsto no regulamento, seja por requerimento da prestadora ou por inclusão de ofício pela própria agência, de forma que a esses processos seja devido o pagamento de 10% do valor correspondente às multas aplicadas, em razão de a situação atual estar em desacordo com o art. 38, inciso IV, da Resolução Anatel 629/2013.**

[...]

75. Diante dos dados apresentados, propõe-se determinar à Anatel que somente aprove termos de ajustamento de conduta após analisar, anteriormente à aprovação, a admissibilidade de cada processo a ser incluído no TAC e o impacto causado por cada um deles nas condições e nos valores que compõem o acordo de ajustamento de conduta, em razão de a situação atual estar em desacordo com os arts. 7º e 9º da Resolução Anatel 629/2013, RTAC, e com o previsto no art. 2º, caput e inciso VII, da Lei 9.784/1999, que dispõe sobre o princípio da motivação como exigência de indicação de pressupostos de fato e de direito que determinam decisões em atos da Administração Pública.

[...]

93. Diante do exposto, propõe-se determinar à Anatel que: a) em caso de alteração relevante pelo Conselho Diretor da proposta da minuta de TAC encaminhada pela comissão de negociação com relação às metas, projetos, compromissos, cronogramas, condições de execução ou fiscalização, valores, condutas a serem corrigidas ou processos abrangidos pelo TAC, afetando significativamente as condições do acordo firmado na comissão, remeta a minuta final novamente à área técnica e à PFE-Anatel para nova análise, por a situação atual estar em desacordo com a obrigação legal de garantir que a Procuradoria exerça sua competência e dever de analisar a minuta de TAC, nos termos do § 2º, art. 9º do Regulamento de TAC, Resolução Anatel 629/2013, e de garantir que as decisões da Anatel sejam baseadas em informações técnicas, com fundamento em dados reais e atualizados (não apenas estimados), garantindo a observância dos princípios da eficiência e do interesse público, previstos no caput do art. 37 da Constituição Federal, e da

³¹⁵ BRASIL, Tribunal de Contas da União. TC 022.280/2016-2. Disponível em: <http://www.telesintese.com.br/wp-content/uploads/2017/05/TAC-TELEFONICA-TCU-1.pdf>. Acesso em 22 de março de 2018, p. 12 e 16

finalidade, da celeridade e da razoabilidade, previstos no art. 38 da LGT, Lei 9.472/1997; b) após a realização dos ajustes propostos na deliberação da presente representação, encaminhe a versão atualizada da minuta de TAC a ser firmado com a Telefônica para a análise e manifestação da Procuradoria Federal Especializada na Anatel (PFE-Anatel), em razão de a situação atual estar em desacordo com o § 2º, art. 9º do Regulamento de TAC, no art. 38 da LGT, Lei 9.472/1997, e o caput do art. 37 da Constituição Federal.

94. Além disso, propõe-se recomendar à Anatel alterar o regulamento de TAC de forma a prever uma participação tempestiva do Conselho Diretor no processo de negociação do TAC, estabelecendo outros pontos de controle ao longo do processo para a análise e decisão do Conselho Diretor antes da submissão da minuta de TAC à Procuradoria da Anatel, com vistas a assegurar a observância dos princípios da eficiência e do interesse público, previstos no caput do art. 37 da Constituição Federal, e da finalidade, da celeridade e da razoabilidade, previstos no art. 38 da LGT, Lei 9.472/1997.³¹⁶ (realces no original)

4.3.2 Irregularidades nos Dispositivos de Ajustamento de conduta e nos seus Adicionais aplicáveis a todos os TACS

Dentre os vários temas previstos no mesmo TAC, destacam-se os acordos relacionados à qualidade e universalização do serviço em regime público. Entretanto, convém esclarecer que existem ações cujo objetivo é a revisão dos regulamentos e modelos tanto de qualidade quanto de universalização do serviço de telefonia fixa, por sinal, o único prestado em regime público, em tramitação na Anatel e no setor de telecomunicações, conforme se constata abaixo:

99. Sobre o tema de gestão da qualidade dos serviços, a Anatel está conduzindo uma reavaliação do modelo de gestão da qualidade de serviços de telecomunicações, por meio do processo Anatel 53500.006207/2015-16, que está prevista no Plano Operacional da agência de 2015 e 2016 e na agenda regulatória desse período (peça 86, p. 35).

[...]

101. Conforme apontado pela Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel, ao avaliar a proposta de revisão do modelo (peça 87), estão previstas algumas mudanças que alteram significativamente a forma de acompanhamento realizada pela agência sobre a qualidade dos serviços.

[...]

110. Com relação ao tema de universalização, estão em andamento ações focadas em reavaliar o modelo de prestação dos serviços de telecomunicações, não apenas na Anatel, mas também no Poder Legislativo.

112. O ajustamento de conduta dos TACs que tratam do tema de universalização se refere justamente ao descumprimento, pelas concessionárias de telefonia fixa, das metas e dos compromissos de universalização do serviço vinculadas à concessão, estabelecidos no Plano Geral de Metas de Universalização (PGMU). Dessa forma, alterações no modelo de prestação do serviço podem impactar diretamente nas metas e condições do TAC de universalização.

[...]

137. A discussão sobre a alteração do modelo também está sendo conduzida no âmbito do Poder Legislativo desde o exercício de 2016, visto que o projeto de lei da Câmara dos Deputados 3.453/2015, apresentado em 28/10/2015, tinha como objetivo alterar significativamente o modelo de prestação dos serviços de

³¹⁶ BRASIL, **Tribunal de Contas da União**. **TC 022.280/2016-2**. Disponível em: <http://www.telesintese.com.br/wp-content/uploads/2017/05/TAC-TELEFONICA-TCU-1.pdf>. Acesso em 22 de março de 2018, p. 11, 15-16

telecomunicações, modificando alguns artigos da LGT. Após ter sido aprovado na Câmara em 29/11/2016, o projeto encontra-se em tramitação no Senado Federal (acessado em 6/12/2016 e disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2025543> e <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127688>).³¹⁷

Outrossim, a ANATEL está impondo às operadoras, através dos TACs, um mesmo índice de qualidade na prestação de serviço de telefonia fixo, banda larga ou móvel, embora a aplicação desse indicador, conforme Resolução 605/2012, deva ser submetido, apenas ao primeiro serviço (telefonia fixa), enquanto aos demais há regulamentos e indicadores específicos, o que configura uma irregularidade normativa, bem como se constata que a aplicação deste índice aos demais serviços (banda larga e móvel) é ineficaz como ferramenta de acompanhamento, controle e avaliação dos aludidos serviços, nem mesmo reflete uma melhoria no seu desempenho, é o que se depreende do texto³¹⁸ que se segue:

179. Conforme já citado anteriormente, o IGQO consiste em um indicador previsto em regulamento somente para o serviço de telefonia fixa, chamado de Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), conforme Regulamento de Gestão da Qualidade do STFC, Resolução Anatel 605/2012. Não há previsão normativa para a aplicação desse indicador para nenhum dos demais serviços de telecomunicações, que possuem regulamentos e indicadores próprios de gestão da qualidade, assim como o STFC.

[...]

182. Assim, ainda que a Anatel tenha escolhido reproduzir tal indicador para os demais serviços em seus relatórios gerenciais, **entende-se ser inadequado a agência optar, em uma negociação com a relevância e a materialidade dos TACs, independentemente da empresa requerente, por trocar o acompanhamento de ajuste de conduta baseado em indicadores regulamentados por um indicador novo, criado por meio do voto vencedor que aprovou o TAC, não normatizado e que utiliza como base para a sua criação outro indicador não aplicável a todos os serviços.**

[...]

192. Ou seja, o cálculo e o resultado do referido indicador se mostram ineficazes como instrumentos de acompanhamento, controle e avaliação do desempenho da qualidade do serviço medido, além de não refletirem as melhorias, ou não, do desempenho e dos resultados da operadora diante das ações previstas pelo TAC. Ressalta-se, ainda, que a situação anterior pode acontecer considerando por exemplo os indicadores do serviço de banda larga e de telefonia móvel.

[...]

212. Tendo em vista que essa melhoria só pode ser feita de forma gradual, fica claro que é necessário um acompanhamento pela Anatel também gradual, não deixando que o sucesso do acordo e a efetividade da ação dependam somente da análise de uma única medição feita ao final do TAC, o que prejudicaria a segurança jurídica, o interesse público e a efetividade do acordo. (realces no original)

³¹⁷ BRASIL, Tribunal de Contas da União. TC 022.280/2016-2. Disponível em: <http://www.telesintese.com.br/wp-content/uploads/2017/05/TAC-TELEFONICA-TCU-1.pdf>. Acesso em 22 de março de 2018, pp. 16-18 e 21

³¹⁸ BRASIL, Tribunal de Contas da União. TC 022.280/2016-2. Disponível em: <http://www.telesintese.com.br/wp-content/uploads/2017/05/TAC-TELEFONICA-TCU-1.pdf>. Acesso em 22 de março de 2018, pp. 27-28, 30 e 32

Dessa forma, como as alterações são significativas, consistindo em modificações da estrutura normativa e conceitual, constitui uma temeridade os TACs firmados pela ANATEL, cujo teor envolva qualidade e universalização do serviço, já que estarão pautados em resoluções consideradas irregulares e, por isso, comprometeriam a finalidade do termo de ajustamento de conduta com o interesse público, conforme explicação³¹⁹ a seguir:

104. Considerando-se que os TACs de qualidade estão todos baseados em ajustes de condutas definidas como irregulares, segundo o regulamento vigente atualmente, incluindo os parâmetros técnicos e indicadores das metas, verifica-se que a revisão integral do modelo de gestão da qualidade, em andamento na Anatel, pode prejudicar significativamente as ações, os resultados e a efetividade dos TACs.
[...]

114. Ressalta-se que, embora possíveis alterações regulamentares possam afetar ou até anular as metas dos compromissos de ajustamento de conduta do TAC, o valor correspondente a essas ações não pode ser anulado ou considerado como cumprido no TAC, visto que se estaria prejudicando o interesse público do termo, dado que o poder público abdicou de recursos públicos já previstos em multas aplicadas ao concessionário somente sob a motivação de que esses recursos seriam aplicados em investimentos e ações que beneficiassem a sociedade e preservassem o interesse público.

Até porque, se as alterações previstas nas propostas dos Poderes Executivo e Legislativo acerca do modelo de telecomunicações no tocante à universalização, de fato, ocorrerem, não se observará, reitere-se, a existência de interesse público exigida na celebração de TACs relativos ao tema, comprometendo os acordos, os quais se encontrarão prejudicados ou anulados, e estando a ANATEL impedida de atuar, efetivamente, sobre aludidos ajustes, ter-se-á, como consequência, a não realização dos benefícios à sociedade previstos, bem como se verificará, tão somente, um maior interesse público na cobrança de multas de universalização às operadoras do que firmar, propriamente, um ajuste de conduta, o qual estaria inapropriado e insustentável, posto que pautado por ações cuja exigibilidade poderá ser questionada e anulada posteriormente, como esclarecido pelo Tribunal de Contas da União³²⁰, v.g.

140. Se ocorrerem, de fato, as mudanças que estão sendo propostas por diversos atores do setor, **há a possibilidade de o TAC ser prejudicado pela alteração da regulamentação em que foi construído, visto que passa a ser provável a anulação do regulamento que estabelecia a obrigação de cumprimento das metas de universalização utilizadas como base para a sua assinatura, podendo assim beneficiar a operadora e prejudicar o interesse público que fundamentou a assinatura do TAC.**
[...]

³¹⁹ BRASIL, Tribunal de Contas da União. TC 022.280/2016-2. Disponível em: <http://www.telesintese.com.br/wp-content/uploads/2017/05/TAC-TELEFONICA-TCU-1.pdf>. Acesso em 22 de março de 2018, pp. 17-18

³²⁰ BRASIL, Tribunal de Contas da União. TC 022.280/2016-2. Disponível em: <http://www.telesintese.com.br/wp-content/uploads/2017/05/TAC-TELEFONICA-TCU-1.pdf>. Acesso em 22 de março de 2018, pp. 22-23

148. Nessas condições, verificou-se que os TACs cujo objeto seja as multas referentes a universalização do serviço de telefonia fixa restam prejudicados dado que não há interesse público na celebração desses acordos, dado que as alterações previstas tanto no novo Plano Geral de Metas de Universalização (PGMU) quanto na revisão do modelo de telecomunicações prejudicarão os compromissos de ajustamento de conduta desses TACs, reduzindo-os ou até mesmo os anulando, o que resulta em benefícios às operadoras e causa danos ao Erário. (realces no original)

Ou seja, se os TACs firmados pela ANATEL com as operadoras estiverem fundamentados em resoluções extintas, em virtude da aprovação das modificações trazidas pelos Poderes Executivo e Legislativo sobre o modelo de prestação dos serviços, contaminadas estarão, também, com sua extinção, as condições e metas estabelecidas nos aludidos termos.

No mais, o RASA (Resolução 589/2012) estipulou mudanças relativas à fórmula de cálculo e valores de multas aplicadas às infrações, cujo modelo padronizado pela ANATEL só não seria aplicado se a sanção não atendesse aos princípios da Administração Pública da razoabilidade e proporcionalidade, o que ocasionou uma redução assustadora das multas e, dessa maneira, ficou perceptível o prejuízo ao Erário e, conseqüentemente, ao interesse público, consoante destaque infra:

116. O Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas da Anatel (RASA), aprovado pela Resolução Anatel 589/2012, substituiu o regulamento de sanções então vigente, Resolução Anatel 344/2003, e estabeleceu a padronização das metodologias de cálculo do valor base de multas no âmbito da agência.

117. Ao dispor sobre a sua própria aplicação, o regulamento determinou que suas alterações não se aplicariam aos processos que já tiveram decisão em primeira instância, porém definiu que a única exceção a essa regra era se a sanção prevista não atendesse aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sempre avaliados no contexto do caso concreto e da época da aplicação da multa (art. 39, § 3º, do RASA)

118. Diante dessa exceção, constatou-se que estão em curso na Anatel ações que usufruem do dispositivo citado para reduzir drasticamente o valor de multas aplicadas antes da nova metodologia, como, por exemplo, redução de uma multa de R\$ 8,8 milhões (TC 010.431/2017-9, peça 2, p. 21) para R\$ 727 mil (TC 010.431/2017-9, peça 4, p. 6) e de uma multa de R\$ 66,4 milhões para R\$ 11,3 milhões (TC 010.431/2017-9, peça 6, p. 2, 6).³²¹

Verifica-se, portanto, que a modificação, no tocante à fórmula de cálculo e valores de multa trazida pela Resolução 589/2012 (RASA), na qual se apoia o TAC, e que provocou a diminuição dos valores das multas, afeta tanto o interesse público quanto a segurança jurídica do acordo, o qual deve ser um instrumento oriundo de negociação entre as partes, subordinando suas condições a realização efetiva do interesse público.

³²¹ BRASIL, **Tribunal de Contas da União**. **TC 022.280/2016-2**. Disponível em: <http://www.telesintese.com.br/wp-content/uploads/2017/05/TAC-TELEFONICA-TCU-1.pdf>. Acesso em 22 de março de 2018, p. 19

Outrossim, pertinentes foram as recomendações³²² feitas pelo Tribunal de Contas da União sobre o tema

108. Assim, propõe-se determinar à Anatel que, diante da concretização das alterações previstas na revisão de normativos da Anatel durante a vigência do TAC, no prazo de 120 dias após a publicação do novo normativo, redistribua em novos compromissos ou estabeleça na forma de pagamento direto o valor relativo aos compromissos de ajustamento de conduta incluídos nos TACs cujo objeto, ações e obrigações forem reduzidas ou prejudicadas pela revisão do normativo, garantindo, assim, a existência de mecanismos de compensação que garantam o interesse público do acordo, uma vez que poderá não ser possível exigir a correção das condutas infringidas nos Pados com a nova regulamentação, prejudicando assim o interesse público do TAC, contrariando os arts. 2º e 15 da Resolução Anatel 629/2013 e o art. 19 da LGT, Lei 9.472/1997.

[...]

124. Dessa forma, propõe-se determinar à Anatel que, para qualquer TAC celebrado pela agência, se abstenha de recalcular o valor de qualquer multa aplicada que esteja abarcada no respectivo TAC com outra metodologia que não seja aquela vigente no momento da aplicação, em razão do disposto nos arts. 2º, 6º, inciso VII, e 15 da Resolução Anatel 629/2013, RTAC, e em consonância com os princípios da segurança jurídica e do interesse público previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução Anatel 612/2013 c/c o art. 19 da LGT, Lei 9.472/1997.

[...]

168. Diante do exposto, propõe-se determinar à Anatel que, caso seja necessária a repactuação das condições de TACs já assinados devido a alterações regulamentares posteriores, se abstenha de prorrogar a vigência dos TACs assinados e de fazer qualquer alteração no prazo de vigência dos acordos em andamento que possa provocar atrasos nos resultados esperados com os termos assinados, em atenção aos princípios do interesse público, da legalidade e da segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução Anatel 612/2013, c/c o art. 19 da LGT, Lei 9.472/1997, e o art. 37 da Constituição Federal.

[...]

222. Dessa maneira, propõe-se determinar à Anatel que: a) se abstenha de assinar qualquer TAC envolvendo o tema de qualidade que utilize como critério para definição do ajustamento de conduta e de suas metas o Índice Geral da Qualidade (IGQ) ou qualquer outro indicador não regulamentado e não submetido à consulta pública para análise da sociedade, incluindo as operadoras, em linha com o disposto nos regulamentos de qualidade da Anatel dos serviços de telefonia móvel, Resolução Anatel 477/2007, e de telefonia fixa, Resolução Anatel 605/2012, c/c os incisos I e III do art. 13, o art. 16 e o caput e inciso II do art. 17 do Regulamento de TAC, Resolução Anatel 629/2013, e com os princípios da publicidade e da segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução Anatel 612/2013 c/c no art. 38 da LGT, Lei 9.472/1997; b) ao estabelecer o acompanhamento do ajustamento de conduta referente às metas e compromissos a serem atingidos pelo TAC, estabeleça pontos de controle periódicos ao longo da vigência do TAC, com a previsão de aplicação de multas por descumprimentos relacionados a esses controles realizados, consoante com os incisos I, III e V do art. 13, o art. 16, o caput e incisos II e III do art. 17 e o caput do art. 24 do Regulamento de TAC, Resolução Anatel 629/2013 c/c o § 6º do art. 5º da Lei de Ação Civil Pública, Lei 7.347/1985. (destaque no original)

Portanto, se as propostas dos Poderes Executivo e Legislativo sobre a qualidade e universalização dos serviços, as quais consistem em modificações da estrutura normativa e conceitual, forem aprovadas, os TACs firmados pela ANATEL, que envolvam o tema, estarão

³²² BRASIL, **Tribunal de Contas da União**. **TC 022.280/2016-2**. Disponível em: <http://www.telesintese.com.br/wp-content/uploads/2017/05/TAC-TELEFONICA-TCU-1.pdf>. Acesso em 22 de março de 2018, pp. 18-19, 28 e 34

fadados à extinção, posto que fundados em resoluções já consideradas irregulares, afetariam o objetivo do ajuste, não trazendo qualquer benefício à sociedade.

Outrossim, inadmissível a Resolução 589/2012 estabelecer alteração quanto à fórmula de cálculo e valores de multas, a qual implica uma redução drástica das multas, causando, visivelmente, um prejuízo ao Erário e, conseqüentemente, atingindo tanto o interesse público quanto a segurança jurídica do acordo, pois esse deve ser reflexo da negociação entre as partes, que submeterá suas condições ao cumprimento do interesse público.

Relativamente aos compromissos adicionais, constata-se que são fundamentais na consecução do interesse público, uma vez que oferece benefícios aos usuários, bem como permite o aperfeiçoamento do serviço, ou seja, quando ajustados, as operadoras, além de corrigir suas condutas irregulares, também têm que proporcionar uma vantagem à sociedade que representem, verdadeiramente, uma política pública, a exemplo da universalização do acesso à internet, a qual deve atingir qualquer pessoa, independentemente de sua localização e condição socioeconômica. Porém, os TACs firmados pela ANATEL não estão compatíveis, ao menos, completamente, com desideratos almejados pelos compromissos adicionais, posto que os critérios da localização e condição econômica são desrespeitados, priorizando-se, então, os interesses das operadoras, como se observa das transcrições abaixo:

226. A existência dos compromissos adicionais no TAC é fundamental para a garantia do interesse público do acordo. Isso porque com eles o instrumento deixa de ser apenas uma extensão de prazo dada às operadoras para que corrijam as suas condutas irregulares, algo que já era exigível de imediato, e passa a oferecer uma vantagem adicional à sociedade por meio de investimentos e ações que resultarão em melhorias para os consumidores.

[...]

230. O Decreto 8.776, de 11 de maio de 2016, institui o programa de governo Brasil Inteligente que prevê como finalidade da política pública a universalização do acesso à internet no país. Além disso, o então Ministério das Comunicações publicou, em 8 de abril de 2016, a Portaria MC 1.455/2016 que, ao estabelecer diretrizes para a Anatel na elaboração de um novo modelo de prestação de serviços de telecomunicações no país, determinou prioridade às ações que posicionassem “os serviços de banda larga no centro da política pública”.

231. Ressalta-se que, conforme a própria Lei Geral das Telecomunicações (LGT), art. 79, §1º, as obrigações de universalização são as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição socioeconômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público.

[...]

233. Ocorre que, ao avaliar as propostas de TAC em andamento na Anatel, verificou-se que os projetos de compromissos adicionais dos TACs já aprovados ou propostos nos processos em andamentos da Anatel apresentam características que não estão integralmente de acordo com a política pública de universalização da banda larga.

234. Constatou-se que, embora os compromissos adicionais estabelecidos pela Anatel prevejam projetos de expansão de banda larga, como, por exemplo, nos TACs aprovados da empresa Oi e da Telefônica, conforme será relatado nas próximas seções da presente instrução, eles não priorizam o atendimento de

localidades desprivilegiadas, remotas e sem interesse comercial, cuja desigualdade social e regional é elevada com relação às demais regiões do país.

235. Para compatibilizar os projetos de compromissos adicionais dos TACs com a política pública de universalização de banda larga, é necessário priorizar investimentos em locais em que não haja a prestação de banda larga atualmente nem em um futuro próximo. Ressalta-se que o objetivo da universalização principal é fornecer os serviços para indivíduos e comunidades que ainda não têm acesso a eles, e não simplesmente ampliar o atendimento de usuários ou a competição entre operadoras nas regiões em que o serviço já existe.

[...]

289. Assim, é possível verificar que a Anatel permanece com o entendimento de que o atendimento de municípios menores e mais isolados, cujo atendimento possuiria um “custo exacerbado”, não devem ser o foco dos investimentos resultantes de TACs, devendo ser priorizados municípios com maior população. No entanto, há que se ter em mente que se trata de localidades que, naturalmente, são comercialmente mais interessantes para as prestadoras.

[...]

307. Em uma avaliação dos fundamentos do TAC, a operadora poderia, de fato, optar pelas localidades em que gostaria de investir, cabendo à agência reguladora aceitar ou não a proposta da operadora. Entretanto, entende-se que, como possui a competência de executar as políticas públicas do setor de telecomunicações, cabe à Anatel garantir que esse acordo seja firmado somente em estrita observância do interesse público, visto que o Poder Público está abrindo mão de recursos que lhe eram devidos e os repassando a entes privados.

308. Diante das fragilidades apontadas, constata-se que a metodologia escolhida pela Anatel para definir os descontos permite que haja um possível prejuízo do interesse público. Isso porque desestimula o atendimento de localidades mais carentes e pode acarretar dano ao erário, visto que o Poder Público está renunciando recursos que seriam destinados, em parte, ao fundo de universalização de serviços de telecomunicações e permitindo que as prestadoras apliquem esse montante em projetos que já fariam parte do seu planejamento de investimentos futuros.³²³

No mais, verificou-se uma distorção no fator de redução de desigualdade social e regional e de execução de projetos estratégicos definido pela ANATEL, no art. 19, §3º, do RTAC, bem como na sua elaboração que contou, apenas, com a participação da ANATEL e das operadoras, o que refletiu no descumprimento do interesse público, consoante se extrai dos trechos a seguir:

247. Conforme já relatado na instrução inicial da presente representação, foram constatados indícios de irregularidades e inconsistências no procedimento adotado pela Anatel para definir o chamado fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos, previsto no 3º do art. 19 do RTAC, o que pode comprometer a busca pelo interesse público.

[...]

255. Ainda sobre o fator, também foi avaliada a forma como a Anatel conduziu processualmente a elaboração do ato citado no §3º do art. 19 do RTAC, Resolução Anatel 629/2013, que definiu em quais condições, projetos e regiões de atendimento o fator de desigualdades sociais e regionais seria aplicável.

256. Inicialmente, por meio de documento elaborado pela área técnica da Anatel (peça 5, p. 6), constatou-se que a discussão sobre quais projetos poderiam ser considerados na elaboração do fator foi restrita à participação somente da Anatel e das próprias operadoras, sem a participação da sociedade de maneira geral ou

³²³ BRASIL, **Tribunal de Contas da União**. **TC 022.280/2016-2**. Disponível em: <http://www.telesintese.com.br/wp-content/uploads/2017/05/TAC-TELEFONICA-TCU-1.pdf>. Acesso em 22 de março de 2018, pp. 34-37, 46 e 48

mesmo do Ministério, responsável pela elaboração das políticas públicas para o setor.

257. A participação da sociedade se faz relevante no processo decisório visto que se trata de um fator criado justamente para estimular o atendimento de localidades em que há a demanda por serviços, inexistentes ou precários, e que as operadoras, as únicas consultadas na discussão, não teriam o interesse em atender. Além disso, a participação da sociedade é relevante em razão de a decisão do fator ter caráter normativo, já que servirá como referência para a assinatura de todos os TACs na Anatel, o que significa que deveria ser objeto de consulta pública, nos termos do regimento interno da agência.³²⁴

Diante da falta de transparência e possível perda da efetividade do fator para que alcance os objetivos da política pública, já que não houve a atuação dos demais atores do setor, bem como das inconsistências apresentadas quando da elaboração dos compromissos adicionais, o Tribunal de Contas da União solicitou à ANATEL que

254. [...] que justifique a motivação e os critérios utilizados pela agência para fundamentar a criação de um fator de desigualdades sociais e regionais e a sua adoção nos compromissos adicionais dos TACs, conforme estabelecido na Resolução Anatel 629/2013, demonstrando também a motivação e os estudos utilizados para estabelecer a variação entre um a dois do valor do fator, que permite que o Valor Presente Líquido (VPL) dos projetos executados possa ser considerado no TAC como até o dobro do VPL real do projeto, por a situação atual estar em desacordo com os princípios da legalidade, da motivação e do interesse público previstos no art. 2º da Lei 9.784/1999 c/c o art. 36 da Resolução Anatel 612/2013 e os arts. 19 e 38 da LGT, Lei 9.472/1997.

[...]

310. [...] a) anule o Ato Anatel 50.004, de 5/1/2016, instaurando processo administrativo para a elaboração de Resolução que estabeleça a forma de cálculo do fator de redução das desigualdades regionais, devido ao fato de que tanto o conteúdo do Ato está em desacordo com o art. 2º, parágrafo único, do Decreto 8.776/2016, o art. 3º, § 3º, inciso III, da Portaria MC 1.455/2016 e os arts. 19, § 3º, e 22 da Resolução Anatel 629/2013, quanto o instrumento adotado para formalizar a decisão está em desacordo com os arts. 40 e 62 do Regimento Interno da Anatel, Resolução Anatel 612/2013 e com o art. 42 da LGT, Lei 9.472/1997; b) adote providências com vistas a renegociar em todos os TACs em tramitação na agência, inclusive aqueles já aprovados, os compromissos adicionais pactuados com base no Ato Anatel 50.004, de 5/1/2016, de forma a excluir todos os efeitos produzidos pelo referido ato e a contemplar a nova metodologia de cálculo do fator de redução das desigualdades regionais, em razão de a situação atual estar em desacordo com o art. 2º, parágrafo único, do Decreto 8.776/2016, o art. 3º, § 3º, inciso III, da Portaria MC 1.455/2016 e os arts. 19, §3º, e 22 da Resolução Anatel 629/2013 c/c os arts. 40 e 62 do Regimento Interno da Anatel, Resolução Anatel 612/2013 e com o art. 42 da LGT, Lei 9.472/1997.³²⁵ (destaques no original)

Outrossim, corroborando com o exposto acima acerca da política de iniciativa das telecomunicações, é imprescindível, na atualidade,

o Plano Nacional de Banda Larga, da massificação e melhoria das velocidades de acesso à internet, dos novos termos dos contratos de concessão ... com as respectivas

³²⁴ BRASIL, Tribunal de Contas da União. TC 022.280/2016-2. Disponível em: <http://www.telesintese.com.br/wp-content/uploads/2017/05/TAC-TELEFONICA-TCU-1.pdf>. Acesso em 22 de março de 2018, p. 38

³²⁵ BRASIL, Tribunal de Contas da União. TC 022.280/2016-2. Disponível em: <http://www.telesintese.com.br/wp-content/uploads/2017/05/TAC-TELEFONICA-TCU-1.pdf>. Acesso em 22 de março de 2018, pp. 39 e 49

normas de universalização e de qualidade, e da possibilidade de convergência dos serviços de internet, televisão e telefonia, por exemplo³²⁶.

Dessa forma, a universalização dos serviços públicos, discutida, por sinal, no capítulo anterior, não pode ser desrespeitada e, por isso, deve ser exigida quando da negociação das condições do ajuste. A premissa de um serviço público universal, no setor de telecomunicação, significa “a existência de uma rede (não importa a plataforma tecnológica adotada) que cubra todo o país de forma integrada, capaz de conectar o maior número de cidadãos possível.”³²⁷.

Cabe, aqui, indagar se, de fato, a aludida premissa está sendo cumprida. Ao que parece, como pontuado no TC 022.280/2016-2, não; constatando-se uma captura, na qual os interesses das operadoras são priorizados em detrimento do interesse público, e, conseqüentemente, um desrespeito aos princípios norteadores da administração pública, conforme demonstrado no Terceiro Capítulo, consubstanciando num uso inadequado do termo de ajustamento de conduta.

Dessa forma, impõe-se tanto aos termos de ajustamento quanto aos compromissos adicionais o comprometimento com o interesse público, exigindo-se das operadoras, não apenas o ajuste de suas condutas irregulares como também um benefício à sociedade, através de uma política pública de universalização de acesso à internet, em que se priorize a localização e condição socioeconômica, de fato, daqueles que não a possuem.

4.3.3 Irregularidades e Deficiências no Acompanhamento e Fiscalização dos TACS pela ANATEL

É sabido, conforme destacado no Terceiro Capítulo, que uma das funções típicas da agência reguladora é a fiscalização, a qual tem por fim realizar os objetivos da privatização das tarefas públicas, isto é, assegurar que certos serviços existam, bem como que o acesso a eles seja em condições de universalidade a todos os cidadãos. Todavia, constata-se o descumprimento desse dever por parte da ANATEL quando da celebração do termo de ajustamento de conduta, que, por sinal, já é composto por obrigações inadimplidas pela operadora, impondo, por isso, uma supervisão mais enérgica por parte da ANATEL sobre os compromissos acordados, como dispõem os arts. 23 e 24 do RTAC, *in verbis*:

Art. 23. O **acompanhamento** da execução dos compromissos constantes no TAC caberá à **Superintendência de Controle de Obrigações (SCO)**. Parágrafo único.

³²⁶ ALVES, Ana Paula Silvestrini Vieira. **Análise de impacto regulatório e normatização na Anatel**, pp. 233-234

³²⁷ COUTINHO, Diogo R. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**, p. 114

Poderão ser instaurados em autos apartados processos administrativos próprios, correspondentes ao acompanhamento do cumprimento de cada item do cronograma de metas e condições dos compromissos, os quais serão julgados à medida que forem concluídos.

Art. 24. Durante a vigência do TAC, a conduta irregular que se pretende ajustar, observada sua abrangência geográfica e temporal, **deverá ser fiscalizada exclusivamente em conformidade com o cronograma de metas e condições estabelecido no respectivo compromisso.**

Parágrafo único. Os relatórios e os demais documentos correspondentes às apurações relacionadas estritamente ao objeto do TAC serão direcionados à Superintendência de Controle de Obrigações (SCO). (sem destaques no original)

Dessa forma, a ausência de fiscalização adequada no cumprimento das obrigações ajustadas, transforma esta ferramenta em simples moratória ou até pode configurar um perdão de multas aplicadas e não pagas pela prestadora. Assim, compete à ANATEL assegurar que o descumprimento do ajuste ocasionará em punição à infratora, como destaca o Tribunal de Conta da União³²⁸ abaixo:

339. Além disso, diante do significativo volume de recursos previstos em multas a serem trocados por ações e investimentos pelas empresas e, principalmente, considerando o caráter de título executivo extrajudicial dos TACs, a Anatel deve buscar meios de garantir que descumprimentos e irregularidades na execução dos acordos resultem em penalização e sanção das operadoras.

No mais, o RTAC prevê, em seus dispositivos, as condições para acompanhar a execução dos TACs, utilizando-se como instrumento de trabalho a relação dos compromissos e seus respectivos cronogramas de implementação, o que difere do método utilizado para os compromissos adicionais, pois nesses competirá, ainda, à ANATEL dispor sobre o valor inicial estimado para esse investimento, segundo o VPL (Valor Presente Líquido) e, por isso,

345. Logo, a PFE emitiu parecer no sentido de que a área técnica da Anatel deveria ter também como instrumento de controle um mecanismo que demonstrasse a equivalência entre os compromissos de ajustamento de conduta do TAC e o montante de recursos a serem investidos para executá-los, com vistas a preservar o princípio da transparência e aprimorar o nível das informações disponíveis para o acompanhamento dos TACs.

[...]

349. Isso porque, além de a expectativa de gastos e investimentos permitir que a agência faça a aferição, ao longo dos quatro anos de vigência do acordo, da evolução e do andamento das ações previstas pelas operadoras, essa ferramenta permite que a Anatel estime de maneira adequada as multas por descumprimento e multas diárias relacionadas a cada compromisso, de forma que haja uma certa proporcionalidade entre o ônus de se executar a ação de ajuste de conduta e a multa relativa ao descumprimento daquela ação.

350. Em resposta ao apontamento da PFE sobre essa proporcionalidade, a Anatel apresentou argumentos discordando do parecer do órgão consultivo e alegando que optou por ponderar as multas com relação ao nível de ofensa da conduta e não com relação ao investimento a ser realizado. Entretanto, é possível constatar que a adoção de tal critério teria maior legitimidade se a

³²⁸ BRASIL, Tribunal de Contas da União. TC 022.280/2016-2. Disponível em: <http://www.telesintese.com.br/wp-content/uploads/2017/05/TAC-TELEFONICA-TCU-1.pdf>. Acesso em 22 de março de 2018, p. 54

agência também tivesse conhecimento da proporção entre os gastos a serem feitos pelas operadoras e as multas a serem aplicadas, com vistas a garantir que a adoção do critério por nível de ofensa não permita que as multas estejam muito discrepantes daquelas que seriam estimadas pelo outro método, informações essas que a Anatel não possui e não consegue aferir atualmente.³²⁹
(destaques no original)

Assim, é interessante uma avaliação, por parte da ANATEL, da efetividade das multas de cada compromisso adicional, uma vez que, para executá-las, haverá um intenso dispêndio, utilizando essa avaliação como forma de controlar e acompanhar as atividades previstas no ajuste. Isso porque a ANATEL se comprometeu, através do TAC, com a fiscalização das metas físicas de investimentos, bem como das metas das operadoras, o que, por sinal, não era de sua competência, conforme destacado abaixo:

358. Dado que se trata de atividades que a agência não realizava antes, há uma preocupação com relação à forma a ser observada pela Anatel para realizar esse acompanhamento e como será o posicionamento da agência diante de um possível descumprimento das obrigações.

359. O RTAC afirma, nos arts. 23 e 24, somente que o acompanhamento será de responsabilidade de uma de suas superintendências e que o ajuste de condutas será fiscalizado conforme cronograma de metas e condições estabelecido nos compromissos. Já nas minutas analisadas, observaram-se cláusulas que afirmam que a compromissária deve encaminhar à Anatel relatórios sobre a execução dos compromissos pactuados, nos termos e na periodicidade definidos pela agência (peças 4 e 96)³³⁰.

Outrossim, indaga-se acerca da transparência nos relatórios sobre a execução dos compromissos, no tocante aos seus termos e periodicidade, se, de fato, eles permitem um acompanhamento tempestivo, efetivo e eficiente do desempenho das atividades assumidas no TAC. É oportuno lembrar que ainda não foi concluído o “Manual de Acompanhamento e Fiscalização do TAC”, o qual será elaborado pela Superintendência de Controle das Obrigações (SCO), nos termos do art. 23 do RTCA, que deverá ser dividido em cláusulas gerais, aplicáveis a todos os TACs assinados com a agência, apontando de forma detalhada o acompanhamento para os compromissos e projetos específicos. Facilita-se, assim, o cumprimento da obrigação assumida pela ANATEL, para que não se verifique a fragilidade desse instrumento, nem a diminuição de sua efetividade, mas que se assegurem os princípios da legalidade e do interesse público.

No mais,

³²⁹ BRASIL, Tribunal de Contas da União. TC 022.280/2016-2. Disponível em: <http://www.telesintese.com.br/wp-content/uploads/2017/05/TAC-TELEFONICA-TCU-1.pdf>. Acesso em 22 de março de 2018, pp. 55-56

³³⁰ BRASIL, Tribunal de Contas da União. TC 022.280/2016-2. Disponível em: <http://www.telesintese.com.br/wp-content/uploads/2017/05/TAC-TELEFONICA-TCU-1.pdf>. Acesso em 22 de março de 2018, p. 57

372. Assim, propõe-se determinar à Anatel que inclua explicitamente no texto de todos os TAC que eventuais atrasos na definição e aprovação dos modelos de acompanhamento não têm o condão de postergar a data de cumprimento de qualquer meta ou compromisso assumido pela operadora em sua assinatura, nem de alterar a metodologia de cálculo das multas diárias por descumprimentos, nem retardar a aplicação dessas multas e a execução do termo extrajudicial, garantindo a observância dos princípios da legalidade e do interesse público, previstos no caput do art. 37 da Constituição Federal c/c no art. 38 da LGT, Lei 9.472/1997.³³¹ (realces no original)

Segundo o aludido manual, incumbirá a uma empresa terceirizada verificar e acompanhar os compromissos, embora não se esclareça se essa mesma empresa será a responsável por todos os demais termos, o que contraria a legislação vigente e, por isso, pode ocasionar riscos no processo, como a inutilização dos dados coletados, ou até impossibilitar que a ANATEL analise a presença de qualquer violação para que possa penalizar a prestadora.

Dessa forma, propõe o Tribunal de Contas da União

398. [...] determinar à Anatel que: a) realize fiscalizações acerca do cumprimento de todos os TACs diretamente nas prestadoras nos prazos definidos nos cronogramas de metas e compromissos do referido TAC, podendo utilizar, como insumo, metodologia de amostragem e, subsidiariamente, outros documentos enviados por empresas privadas que sejam eventualmente contratadas para emitir relatórios sobre a execução do TAC, por a situação estar em desacordo com o parágrafo único do art. 22 da Lei Geral de Telecomunicações, Lei 9.472/1997; b) se abstenha de exigir a contratação de empresa privada pelas prestadoras que firmarem TACs com a agência, o que configura delegação da fiscalização da execução das metas, compromissos e investimentos pactuados no TAC a terceiros, em razão de a situação atual estar em desacordo com o parágrafo único do art. 22 da Lei Geral de Telecomunicações, Lei 9.472/1997.³³² (destaques no original)

Outrossim, segundo os arts. 157, 158, 194 e 197 do Regimento Interno da ANATEL, a agência possui, em sua estrutura, a Superintendência de Fiscalização (SFI), responsável, exclusivamente, pela fiscalização das prestadoras e demais entes regulados pela Anatel, bem como a Superintendência de Controle de Obrigações (SCO), que acompanha e controla todas as obrigações dos entes regulados, inclusive os TACs. Todavia, o “Manual de Acompanhamento e Fiscalização do TAC” prevê a criação de um escritório de governança para gerenciar o acompanhamento e receber os relatórios de fiscalização da empresa terceirizada, bem como analisar as informações prestadas pela terceirizada e observar o grau

³³¹ BRASIL, Tribunal de Contas da União. TC 022.280/2016-2. Disponível em: <http://www.telesintese.com.br/wp-content/uploads/2017/05/TAC-TELEFONICA-TCU-1.pdf>. Acesso em 22 de março de 2018, p. 60

³³² BRASIL, Tribunal de Contas da União. TC 022.280/2016-2. Disponível em: <http://www.telesintese.com.br/wp-content/uploads/2017/05/TAC-TELEFONICA-TCU-1.pdf>. Acesso em 22 de março de 2018, pp. 64-65

de descumprimento do TAC, o que, por sinal, já compete a SCO, conforme o inciso III do art. 158 do Regimento Interno da Anatel e o art. 23 do RTAC.

Verifica-se, portanto, além da sobreposição de competências, uma clara violação tanto ao Regimento Interno da ANATEL quanto ao Regulamento do Termo de Ajustamento de Conduta acerca da responsabilidade por fiscalizar a execução dos compromissos, como se depreende abaixo:

414. Tendo em vista que esse arranjo institucional previsto no manual contraria a regulamentação vigente, propõe-se determinar à Anatel que exclua dos manuais de fiscalização de todos os TACs qualquer referência à criação de instância, estranha à atual estrutura administrativa da agência, que se aproprie da atribuição regulamentar da Superintendência de Controle de Obrigações (SCO) de acompanhar a execução dos compromissos constantes nos TACs, por a situação atual estar em desacordo com o art. 23 do RTAC, Resolução Anatel 629/2013, c/c inciso III do art. 158 do Regimento Interno da Anatel.³³³ (destaques no texto original)

Por sinal, o aludido manual foi elaborado em um processo administrativo que envolveu, somente, uma prestadora (Oi), sem transparência, isonomia ou oportunidade de contraditório para as outras prestadoras, bem como clareza junto à sociedade e até análise legal pela Procuradoria Federal Especializada (PFE), o que seria imprescindível e como salienta o TCU

430. Essa conduta da agência atenta contra os princípios de impessoalidade, igualdade, razoabilidade, legalidade, devido processo legal e finalidade, previstos no art. 38 da LGT para a atuação da agência. Assim como não é razoável que cada TAC possua regras e metodologias de acompanhamento e fiscalização diferentes, não é aceitável que o instrumento que normatizará a forma e os métodos de acompanhamento de todos os TACs seja apresentado e discutido com somente uma ou duas operadoras, em detrimento de todas as demais, que não tiveram a mesma oportunidade, ferindo a isonomia de tratamento às prestadoras exigida pelo inciso VI do art. 127 da LGT, e sem a devida transparência para com a sociedade e demais órgãos como o Ministério Público, frustrando sua capacidade de exercer o controle social e contrariando a finalidade do próprio ajuste de conduta e dos compromissos adicionais previstos no TAC.

Assim,

433. [...]. Propõe-se, pois, determinar à Anatel que: a) instaure processo administrativo específico para elaborar, submeter à Consulta Pública e apreciar as cláusulas e condições gerais do manual de fiscalização dos TACs, incluindo procedimentos, critérios e parâmetros objetivos para ulteriores alterações, aplicáveis a todos os TACs a serem firmados pela agência, em virtude de a situação atual estar em desacordo com os arts. 38 e 42 e o inciso VI do art. 127 da LGT, Lei 9.472/1997; b) no âmbito de cada processo de TAC, elabore e aprecie as cláusulas e condições específicas aplicáveis à fiscalização de seus termos, garantindo à prestadora diretamente afetada a oportunidade de enviar contribuições e sugestões e submetendo a minuta à Procuradoria Federal Especializada (PFE) junto à Anatel.

³³³ BRASIL, Tribunal de Contas da União. TC 022.280/2016-2. Disponível em: <http://www.telesintese.com.br/wp-content/uploads/2017/05/TAC-TELEFONICA-TCU-1.pdf>. Acesso em 22 de março de 2018, p. 67

por a situação atual estar em desacordo com o art. 38 e o inciso VI do art. 127 da LGT, Lei 9.472/1997.³³⁴

Enfim, o que se constata, reiteradamente, é a ausência da regulação participativa, uma das premissas básicas impostas ao ente regulador.

4.3.4 Irregularidades no Procedimento de Declaração de Descumprimento do TAC e na Execução das multas e do Valor de Referência do TAC

Dispõem os arts. 13 e 14 da Resolução 629/2013 (RTAC) que

Art. 13. O TAC deverá conter, dentre outras, as seguintes cláusulas:

[...]

V - multas aplicáveis pelo descumprimento de cada item do cronograma de metas e condições dos compromissos, inclusive diárias pelo atraso na sua execução;

[...]

VII - Valor de Referência a ser dado ao TAC, para fins de execução em caso de eventual descumprimento, nos termos previstos neste Regulamento; e,

(...) § 1º **A multa pelo descumprimento de cada item do cronograma de metas e condições dos compromissos deverá corresponder a uma fração do Valor de Referência do TAC.**

[...]

Art. 14. **O Valor de Referência a ser dado ao TAC, para fins de execução em caso de eventual descumprimento, corresponderá à soma dos valores das multas aplicadas e estimadas dos processos administrativos a que ele se refere** ou, caso não se trate de processo administrativo sancionador em trâmite, à estimativa da sanção que seria cabível pelo descumprimento objeto do ajustamento. (destaques de hoje)

Outrossim, conforme relatado no item 4.3, cuja previsão legal se encontra nos incisos I e II do art. 13 e art. 18 do RTAC, os termos de ajustamento de conduta são formados por ajuste de conduta e compromissos adicionais. Aquele, o ajuste de conduta, objetiva sanar todas as condutas consideradas irregulares por violarem tanto a legislação quanto a própria regulamentação da agência, bem como reparar todos os usuários atingidos por essas condutas, e, ainda, impedir o cometimento de novas infrações pela prestadora durante e após a vigência do TAC. Por sua vez, esses, os compromissos adicionais, devem consubstanciar, de fato, vantagens aos usuários e/ou melhorias ao serviço, refletindo, verdadeiramente, uma política pública, com vistas a ampliar o interesse público do acordo.

Ocorre que, embora o RTAC pressuponha a existência de dois tipos de compromissos (ajustes e adicionais), o regulamento entende que o valor a ser executado judicialmente em caso de descumprimento do acordo, denominado de Valor de Referência (VR) do TAC, deve

³³⁴ BRASIL, **Tribunal de Contas da União**. **TC 022.280/2016-2**. Disponível em: <http://www.telesintese.com.br/wp-content/uploads/2017/05/TAC-TELEFONICA-TCU-1.pdf>. Acesso em 22 de março de 2018, pp. 69-70

corresponder, apenas, a multa de uma de suas partes (o ajuste), sem acrescentar nenhum montante adicional referente a sua outra parte (os compromissos adicionais).

Dessa forma, tal opção feita pela ANATEL atinge a efetividade do TAC, pois reflete um risco ao acordo e, possivelmente, incentiva o seu descumprimento, uma vez que restringe a intensidade das multas aplicadas às operadoras, em caso de descumprimento, reduzindo sua penalização e beneficiando-as.

Por isso, deveria o VR, também, ser composto por suas duas parcelas: uma vinculada ao ajuste das condutas irregulares, equivalente à soma das multas aplicadas e estimadas; e a outra parcela específica associada aos compromissos adicionais, cujo valor seria definido pela Anatel de acordo com a materialidade e relevância das ações a serem executadas. Significa dizer que os riscos à efetividade do TAC poderiam ser contornados, assegurando que a parcela do VR relacionada às metas daquele compromisso seja grande o suficiente para exceder o valor do projeto a ser realizado ou, no mínimo, que se estabeleça um limite da soma das multas diárias que ultrapasse os investimentos. Até porque a penalidade máxima aplicada à operadora, por descumprimento do acordo, é o valor das multas já devidas à Anatel antes mesmo de firmar o TAC. Sendo assim, constitui a multa diária o único mecanismo de estímulo ao cumprimento efetivo das obrigações assumidas no TAC.

Convém, portanto, que este instrumento seja bem calculado e com peso significativo na penalização da operadora, diante das evidências de ineficiência da multa diária como meio capaz de assegurar o interesse público, que é, por sinal, o objetivo maior do termo de ajustamento de conduta.

Outrossim, válido ressaltar que essa distorção quanto ao Valor de Referência foi minimizada, conforme esclarece o Tribunal de Contas da União, *in verbis*:

444. Embora constata-se a referida impropriedade na forma como a Anatel definiu, nos arts. 13 e 14 do regulamento de TAC (RTAC), os critérios que estabelecem o VR do TAC e o valor máximo a ser executado da operadora, desconsiderando do VR o montante previsto nos compromissos adicionais, verifica-se que tal decisão teve seu impacto reduzido pela forma como a agência estabeleceu as multas diárias dos acordos. A agência definiu que essas multas diárias têm como valor mínimo do teto o dobro do valor do compromisso, de forma que se a operadora atrasar integralmente o cronograma de entrega de um compromisso, consumindo todo o prazo permitido, ela será multada em, no mínimo, o dobro do valor daquele compromisso.

445. **Dessa forma, em caso de descumprimento de um compromisso, ainda que o seu valor a ser executado do TAC seja somente uma parcela do VR (o que foi criticado anteriormente e que poderia reduzir o interesse da operadora em cumprir o compromisso, prejudicando a efetividade do TAC), as multas diárias, se aplicadas corretamente, considerando o peso e valor de cada**

compromisso, podem compensar essa distorção indevida do valor a ser executado do VR.³³⁵ (destaques no original)

Constata-se que a utilização correta dessa ferramenta de regulação concretizaria uma intervenção estatal no setor seja em função de demanda dos administrados, dos próprios agentes reguladores (em virtude dos óbices no acompanhamento e fiscalização da medida) e de imposição legal; consagrando os princípios da eficiência, razoabilidade e proporcionalidade.

Todavia, o TC 022.280/2016-2 demonstrou, com propriedade, que a ANATEL não está fazendo uso adequado do termo de ajustamento de conduta, e, com isso, viola os aludidos princípios, ocasionando lesão ao consumidor, como se depreende abaixo:

40. Cabe ressaltar que a regulamentação do TAC no âmbito da Anatel traz outra peculiaridade que pode afetar a efetividade do instrumento e dificultar o eventual sancionamento necessário em caso de descumprimento.

41. Ao contrário do que ocorre com outras agências reguladoras, o RTAC estabelece que todos os processos sancionatórios que deram origem ao TAC serão arquivados após a assinatura do termo de ajustamento. Isso significa que eventuais descumprimentos parciais ou totais dos TACs não implicarão o retorno da tramitação dos Pados antigos, sendo a prestadora sujeita somente às multas previstas no próprio RTAC, o que pode se configurar um estímulo ao descumprimento e um benefício ilegal às operadoras se não houver um processo célere de execução por parte da agência.

42. Esse tipo de atuação, com maior negociação da Anatel com os entes regulados, demanda ainda maior atenção da agência e maior esforço de fiscalização e acompanhamento para garantir sua efetividade. Caso contrário, corre-se o risco de as empresas comprometerem-se a cumprir metas, mas não as executarem integralmente na prática, à revelia da Anatel, que não será capaz de identificar e sancionar tempestivamente as operadoras.

[...]

44. A principal sanção dos TACs é a execução judicial dos valores de multas previstos em seu texto, seguindo os procedimentos legais definidos no Código de Processo Civil (MAZZILLI, 2008, p. 333). No caso da Anatel, conforme art. 14 do RTAC, o valor a ser executado é definido como o chamado Valor de Referência (VR), composto pela soma de todas as multas aplicadas e estimadas referentes aos processos sancionatórios incluídos no TAC³³⁶

Dessa forma, não há como vislumbrar a eficácia do TAC, não sendo, portanto, esta “porta” capaz de garantir, verdadeiramente, o acesso à justiça, objetivo perseguido pelo sistema de múltiplas portas. Contudo, é válido salientar que o seu descumprimento, possibilitará que outro legitimado execute o aludido instrumento, já que o mesmo é um título executivo extrajudicial, assegurando, assim, o respeito que faz jus toda sociedade. É o que se deduz da transcrição infra:

³³⁵ BRASIL, Tribunal de Contas da União. TC 022.280/2016-2. Disponível em: <http://www.telesintese.com.br/wp-content/uploads/2017/05/TAC-TELEFONICA-TCU-1.pdf>. Acesso em 22 de março de 2018, pp. 71-72

³³⁶ BRASIL, Tribunal de Contas da União. TC 022.280/2016-2. Disponível em: <http://www.telesintese.com.br/wp-content/uploads/2017/05/TAC-TELEFONICA-TCU-1.pdf>. Acesso em 22 de março de 2018. pp. 6-7

48. Conforme esse entendimento, os TACs firmados pela Anatel também poderão ser executados pelo MPF em caso de descumprimento total ou parcial. Por essa razão, é fundamental que haja transparência quanto a todos os TACs firmados pela agência e seu estágio de cumprimento, para assegurar que a sociedade e os demais legitimados a propor execução do TAC possam saber tempestivamente sobre o grau de cumprimento das metas e compromissos pactuados em cada respectivo TAC.³³⁷

Por isso, coerentes foram as solicitações feitas pelo Tribunal de Contas da União à ANATEL acerca do tema, *in litteris*:

448. Diante do exposto, propõe-se recomendar à Anatel que reavalie as condições estabelecidas nos arts. 13 e 14 do regulamento de TAC, Resolução Anatel 629/2013, sobre a composição do valor de referência dos acordos, além de reavaliar os impactos que podem ser causados por tais dispositivos, visto que indevidamente limitam o valor máximo a ser executado no TAC, em caso de seu descumprimento, à soma das multas inseridas no TAC sem considerar o valor previsto para os compromissos adicionais, permitindo um possível incentivo ao descumprimento do acordo e um prejuízo à efetividade do TAC.

[...]

482. Diante do exposto, propõe-se determinar à Anatel que apresente ao TCU justificativa para a aplicação do valor mínimo regulamentar dado pela agência ao estabelecer o teto das multas diárias aplicáveis aos compromissos dos TACs já aprovados pela agência e para o estabelecimento de um critério único de limite máximo de multas diárias, independentemente da relevância do compromisso para a sociedade e da sua importância com relação ao demais compromissos do TAC, por a situação atual estar em desacordo com os princípios da motivação, razoabilidade e do interesse público, previstos no art. 2º da Lei 9.784/1999, no art. 36, parágrafo único, da Resolução Anatel 612/2013 e no art. 15 da Resolução Anatel 629/2013, RTAC, c/c o art. 38 da LGT, Lei 9.472/1997.

[...]

491. Diante do exposto, propõe-se determinar à Anatel que, nos processos de TAC, apresente motivação e justificativa com base em critérios objetivos e técnicos para cada decisão que suspenda a aplicação de incidência da multa diária ou que limite a sua aplicação em momento anterior ao fim do prazo máximo estabelecido para o atingimento do teto da multa diária, adotando as medidas necessárias para garantir que, no caso de persistência do descumprimento mesmo após decisão do Conselho Diretor, haja o acompanhamento e eventual determinação posterior de complementação do pagamento, em razão de a situação atual estar em desacordo com os princípios da legalidade, motivação e interesse público previstos no art. 2º da Lei 9.784/1999 c/c o art. 36 da Resolução Anatel 612/2013 e os arts. 19 e 38 da LGT, Lei 9.472/1997.

[...]

515. Assim, verifica-se que há irregularidades no trâmite processual definido pela Anatel nas minutas de TAC analisadas com relação à execução do Valor de Referência dos acordos em caso de descumprimento. Por isso, propõe-se determinar à Anatel que, para os processos administrativos de acompanhamento e fiscalização do cumprimento das metas e obrigações pactuadas nos TACs, estabeleça um procedimento mais célere do que o previsto para os processos sancionatórios comuns da Anatel, tornando o prazo de acompanhamento e sanção dos TACs compatível com a celeridade e efetividade exigida do processo de execução de títulos extrajudiciais, visto que as multas previstas no TAC são de natureza cominatória, por as minutas dos TACs e dos manuais de fiscalização estarem em desacordo com o § 6º do art. 5º da Lei de Ação Civil Pública, Lei 7.347/1985, e com os princípios de celeridade, interesse público, razoabilidade, proporcionalidade, eficiência previstos no caput do art. 37 da Constituição Federal de 1988, nos arts. 19

³³⁷ BRASIL, Tribunal de Contas da União. TC 022.280/2016-2. Disponível em: <http://www.telesintese.com.br/wp-content/uploads/2017/05/TAC-TELEFONICA-TCU-1.pdf>. Acesso em 22 de março de 2018. p. 7

e 38 da LGT, Lei 9.472/1997, e no parágrafo único do art. 36 do Regimento Interno da Anatel

[...]

519. Assim, propõe-se recomendar à Anatel que avalie a conveniência e a oportunidade de alterar o regulamento que disciplina a celebração de TACs no âmbito da agência para prever que os processos sancionatórios incluídos no instrumento de ajuste sejam suspensos durante a vigência do acordo, sendo arquivados apenas após a verificação do cumprimento das respectivas obrigações de correção de conduta e compromissos adicionais, com vistas a aprimorar os mecanismos de punição por descumprimento e ampliar os estímulos à execução integral do TAC.³³⁸ (realces no original)

Outrossim, o termo de ajustamento de conduta pode questionar sobre a realização de estudos econômicos que demonstrem objetivamente os custos e benefícios da decisão tomada pela concessionária, por sinal, implementada, que pode resultar em prática irregular e, por isso, causar dano ao usuário. Significa dizer que podem ser cobradas justificativas jurídicas, técnicas e econômicas da concessionária diante de uma decisão tomada que resultou em supressão de direitos ou criação de deveres aos administrados, uma vez que não é permitido afetar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

Enfim, o termo de ajustamento de conduta, mecanismo administrativo utilizado pela agência reguladora, a quem compete aplicá-lo por força do próprio Estado, é insatisfatório no combate ao desequilíbrio contratual, pois as irregularidades apontadas, quando da sua utilização, demonstram que esta ferramenta, que deveria prevenir e controlar os abusos dos fornecedores e tutelar devidamente o consumidor, não realiza a contento seu desiderato.

Dessa forma, em virtude de tais distorções apresentadas, verifica-se que elas são incompatíveis com a essência do instrumento administrativo, contrariando seus aspectos doutrinários e legais. No mais, constata-se que o teor das resoluções da própria agência reguladora está em desacordo com o caráter da legislação consumerista, apontado no item 4.1.2., e, portanto, quando utilizadas nos termos de ajustamento de conduta, corroboram com suas vicissitudes, contaminando essa ferramenta que poderia ser uma das “portas” sugeridas pelo modelo de múltiplas portas na resolução pacífica dos conflitos oriundos da prestação de serviços públicos.

Assim, faz-se necessário compreender o espírito do termo de ajustamento de conduta, a fim de demonstrar que as irregularidades apontadas no TC 022.280/2016-2, de fato, desrespeitam os direitos transindividuais e que, por isso, o objetivo central do compromisso enquanto instrumento de efetivação do acesso à justiça, infelizmente, não se concretiza!

³³⁸ BRASIL, **Tribunal de Contas da União**. **TC 022.280/2016-2**. Disponível em: <http://www.telesintese.com.br/wp-content/uploads/2017/05/TAC-TELEFONICA-TCU-1.pdf>. Acesso em 22 de março de 2018. pp. 72, 76-77, 81-82

Por sinal, o fato de um instrumento de resolução de conflito ser efetivo e ser utilizado corretamente aumenta sua segurança, confiabilidade e credibilidade por todos que integram nosso ordenamento jurídico, possibilitando, acima de tudo, a prevenção de conflitos ou se estes ocorrem, no mínimo, a sua resolução satisfatória.

4.3.5 Aspectos Teóricos do Instrumento TAC na Doutrina, na Legislação e no Regulamento de TACS da ANATEL

O Termo de Ajustamento de Conduta constitui uma ferramenta administrativa, firmada entre Ente Regulador e Ente Regulado (Concessionária), na qual esse se compromete a adequar sua conduta aos ditames legais e, por isso, se obriga a cessar com práticas irregulares e a sanar eventuais danos causados e, assim, propiciar uma adequada prestação de serviço público ao usuário, consumidor.

O tema encontra guarida nos acordos substitutivos, da esfera administrativa, como atos bilaterais estabelecidos entre a Administração e particulares, com o objetivo de impedir ou extinguir processo administrativo sancionador, utilizados em sistemas normativos abertos, nas quais as autoridades administrativas são autorizadas a negociar com o acusado, para evitar ou encerrar processos administrativos.

Observa-se, atualmente, uma preferência às soluções conciliáveis entre Estado e particulares a procedimentos contenciosos, em que há uma assunção a um compromisso de realizar investimentos que beneficiem os serviços e os interesses coletivos em substituição às multas, corroborando com o propósito do modelo múltiplas portas, já discutido no item 4.2, retro, uma vez que, segundo Joselita Nepomuceno Borba³³⁹, “O compromisso na esfera administrativa visa a recompor espontaneamente o bem coletivo lesado ou ameaçado de lesão de imediato e, na maior medida do possível, evitar litigiosidade desnecessária.”.

No ordenamento jurídico brasileiro, constata-se diversas espécies do gênero acordo substitutivo, como termo de ajustamento de conduta (Lei 7347/19885), termo de compromisso de cessação (Lei 8884/1994), termo de compromisso (Lei 6385/1976) e termo de compromisso de ajuste de conduta (Lei 9656/1998 e 9961/2000). Todavia, é possível apontar uma característica comum a todas essas leis: autorização para firmar acordo entre autoridades administrativas e particulares para modular o cumprimento de deveres constituídos diretamente por lei.

³³⁹ BORBA, Joselita Nepomuceno. **Repensando o termo de ajustamento de conduta (TAC): vicissitudes de sua desconstituição**, p. 1299

Relativamente à adoção de acordos substitutivos pela ANATEL, sua base legal é o art. 22, IV, LGT e, subsidiariamente, a Lei 7347/85. No tocante a assunção dos aludidos acordos pela ANS, sua base legal são as Leis 9656/1998 e 9961/2000.

Válido colacionar a posição de Carlos Ari Sunfeld e Jacinto Arruda Câmara³⁴⁰ acerca da base legal para aplicação dos aludidos acordos pela ANATEL e a ANS, *in litteris*:

No caso das telecomunicações, porém, como os deveres e as infrações são decorrentes de especificações infralegais, e não de especificações diretamente legais, os acordos substitutivos entre regulador e regulado dependem apenas de autorização regulamentar, dispensando inclusive o fundamento, que de qualquer modo existe, do art. 5º, §6º da Lei nº 7.347, de 1985.

[...]

Em termos de regulação do tipo setorial, os casos em que o próprio legislador se encarregou de autorizar os acordos substitutivos foram os da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e da Comissão de Valores Mobiliários (CVM). O que os explica? Mais uma vez é a característica substantiva da legislação aplicada por essas agências.

A ANS, criada pela Lei nº 9.961, de 2000, tem poder normativo limitado pelo fato de existir uma lei substantiva de regulamentação do setor, a Lei nº 9.656, de 1998, com detalhada especificação dos direitos, deveres, infrações e sanções dos agentes envolvidos. Essa lei de regulamentação do setor, por conter ela própria a definição das situações jurídicas dos agentes envolvidos, é muito diversa da LGT, que tem características de lei-quadro.

No mais, podem ser apontados 3 fundamentos normativos aos acordos substitutivos, como o de caráter geral (Lei 7347/85), setorial e regulamentos administrativos editados pelos entes reguladores. Quanto aos acordos aplicados pela ANATEL, seus fundamentos podem pautar-se no caráter de regulamentos administrativos editados pelos entes reguladores, bem como no de caráter geral; já o da ANS, seu fundamento se baseia no caráter setorial.

Outrossim, pode-se afirmar que, se o aludido termo é instrumento utilizado pela Agência Reguladora e se essa, conforme analisado no Terceiro Capítulo, deve respeitar os princípios da Administração Pública, insculpidos na Lei Maior, então, aquele, também, deve dar primazia, em seu conteúdo, aos ditos princípios. Posicionamento, também, defendido no TC 022.280/2016-2³⁴¹, *in litteris*:

21. No caso do setor de telecomunicações, os Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) a serem firmados entre as prestadoras e a Anatel englobam todos os tipos de multas aplicadas pela agência reguladora, incluindo infrações ao contrato de concessão de telefonia fixa, aos regulamentos técnicos direcionados às concessionárias e/ou às autorizatárias de todos os serviços de telecomunicações e aos normativos relativos aos direitos dos usuários.

22. De acordo com a alínea “c” do art. 2º e o art. 3º da Lei 5.070/1966, todas as multas da Anatel que forem arrecadadas devem ser destinadas aos seguintes fundos

³⁴⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. CAMARA, Jacinto Arruda. **Acordos substitutivos nas sanções regulatórias**, pp. 15-16

³⁴¹ BRASIL, **Tribunal de Contas da União. TC 022.280/2016-2**. Disponível em: <http://www.telesintese.com.br/wp-content/uploads/2017/05/TAC-TELEFONICA-TCU-1.pdf>. Acesso em 22 de março de 2018. p. 4

públicos setoriais: Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (Fistel) e Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (Fust). Assim, os valores transacionados nos TACs da Anatel correspondem a receitas da União que seriam destinadas às políticas do setor como um todo, mas que serão direcionadas para investimentos transacionados com as próprias prestadora, não raro após anos de cometimento de infrações.

23. Essa é outra razão para a alta relevância atribuída ao processo de negociação e acompanhamento dos TACs na Anatel, uma vez que o interesse público na celebração do TAC somente será justificado se efetivamente houver: a proposição de investimentos que tragam benefícios significativos aos usuários; um controle tempestivo da realização desses compromissos; e um sancionamento efetivo e tempestivo no caso de descumprimentos.

24. Ou seja, pelo princípio da supremacia do interesse público, o TAC não poderá ser firmado se os benefícios privados da prestadora, seja por deixar de quitar as multas aplicadas, seja pelos investimentos adicionais em rede que serão incorporados ao seu ativo, forem superiores ao benefício coletivo da sociedade.

No mais, convém esclarecer que se esta ferramenta administrativa não estiver sendo usada para os fins a que se destina, reitere-se, compor espontaneamente o bem coletivo lesado ou ameaçado, e desrespeite seus elementos, quanto à existência ou validade, e até mesmo os princípios, aos quais está subordinada, poderá esse título executivo extrajudicial ser anulado, cujo fundamento repousará em causa relevantíssima ou mesmo situação extremamente gravosa.

Por isso, faz-se necessário discorrer, brevemente, sobre estes pontos, que, por sinal, envolvem a ideia de socialização dos direitos, entes legitimados à defesa dos novos direitos e instrumentos de ação, a fim de compreender melhor a adoção dessa medida, diga-se, excepcional, pela declaração de nulidade do título, aplicando-se o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Dessa forma, pode-se afirmar que a noção clássica de direito está associada à proteção de direitos civis, amparando-se a autonomia privada do homem, com o propósito de “não fazer”, “não prejudicar” ou “não violar”; mas, a partir das doutrinas sociais, expandem-se os direitos e, ao lado dos individuais, constituem-se os sociais, os quais não são próprios do Estado, mas da coletividade, conferindo-se a todos quantos integram o grupo social, impondo-se uma atividade positiva ao Estado para sua implementação, como um “fazer”, um “construir”, um “ajudar” por parte dos órgãos estatais, e estando embasada na ideia de solidariedade, o que inviabiliza a atuação direta de seus titulares quando lesados ou ameaçados, e, por isso, possibilita a lei entes ou pessoas determinadas para sua defesa, o que se faz através de instrumentos de ação para dar-lhes efetividade, mudando, consubstancialmente, a forma de acesso à justiça.³⁴² Assim, tem-se como direito ou interesse

³⁴² BORBA, Joselita Nepomuceno. **Repensando o termo de ajustamento de conduta (TAC): vicissitudes de sua desconstituição**, pp. 1299-1300

social a ser tutelado a telecomunicação e a saúde, serviços prestados à coletividade, os quais são objeto da presente tese, e que, dada suas características e peculiaridades de interesses sociais, quando da sua má-prestação, requer-se um acesso coletivo à justiça. Por sinal, como esclarece Joselita Borba³⁴³

A mudança de titularidade para a ação foi consagrada na Constituição Federal, que conferiu ao Ministério Público a missão institucional de defesa da ordem pública; ao sindicato a defesa dos interesses de integrantes da categoria e às associações em geral a defesa dos interesses de seus associados.

É possível observar, então, que o Ministério Público assumiu, após 1988, condição de instituição essencial na consecução da atividade positiva imposta ao Estado, seja como fiscal da lei (órgão interveniente) como também defensor dos direitos sociais e individuais indisponíveis (órgão agente), a exemplo do direito do consumidor. Consta-se que, na sua missão institucional (investigar e agir), busca, na verdade, a efetividade da ordem jurídica, a qual pressupõe a existência de lei, ou seja, se não existir lei, não haverá atuação do mesmo, cujo mister deve ser desempenhado com imparcialidade, isento, portanto, de qualquer ideologia ou entendimento pessoal.

No exercício do seu encargo, reitera-se, preservar a integridade da ordem jurídica, do sistema democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis, e para concretizá-lo, o *parquet* estará autorizado a fazer uso de mecanismos como a ação e o inquérito civil público. A primeira é um “instituto processual de índole ou estrutura constitucional de defesa judicial dos interesses sociais da mais alta relevância”; já o segundo, também de *status* constitucional, investiga a existência ou não de ofensa à ordem jurídica, averigua, assim, a lesão ou ameaça a direitos coletivos, colhendo-se previamente elementos de prova que subsidiarão a ação. Todavia, embora seja relevante na formação do convencimento do órgão ministerial, para que o mesmo possa agir com firmeza em juízo, não constitui um procedimento obrigatório.

Importa ressaltar que o inquérito civil público pode, ainda, auxiliar na composição extrajudicial, pois evidenciada a procedência da acusação, o Ministério Público estará legitimado a firmar com o acusado infrator compromisso, a fim de ajustar conduta do transgressor às exigências legais.

Convém, portanto, esclarecer sobre os princípios, a autonomia negocial e seus limites, elementos constitutivos e natureza jurídica que circundam o Termo de Ajustamento de Conduta, a fim de demonstrar que o desrespeito a eles, incidirá na sua anulabilidade, e é, por isso, que as irregularidades apontadas no TC 022.280/2016-2, ora analisadas em alguns de

³⁴³ BORBA, Joselita Nepomuceno. **Repensando o termo de ajustamento de conduta (TAC): vicissitudes de sua desconstituição**, p. 1300

seus aspectos, fazem com que os aludidos termos sejam passíveis de invalidade, uma vez que se constata o desvio de finalidades que deveriam ser perseguidas quando dos pactos firmados.

Considerando a natureza do ajuste de conduta como consensual, a ele se aplicam princípios de direito privado e de direito público. Relativamente aos primeiros, pode-se apontar a: solidariedade, a qual almeja manter o equilíbrio do sistema jurídico; autonomia privada, a qual permite aos sujeitos realizarem negócios e instituírem normas, desde que nos limites da lei, o que deve, também, ser respeitado nos ajustamentos de conduta; livre-iniciativa, a qual se revela na liberdade para empreender e trabalhar, não se olvidando da valorização do trabalho, já que é um dos fundamentos de uma sociedade livre e pluralista, e, por isso, também, tem limites impostos por lei; e boa-fé, a qual impõe uma lealdade e modelo de conduta, devendo cada pessoa ajustar sua própria conduta de maneira proba. Por sinal, esse último princípio deve ser observado em todas as fases contratuais e, por isso, se houver qualquer tipo de ofensa ao mesmo, deverá ser corrigida pela via administrativa ou mesmo judicial. No tocante aos princípios de direito público, destaca-se o da: legalidade, no qual a imposição de conduta positiva ao particular pela administração pública só é possível se a lei autorizar, ou seja, o agente público, ao celebrar o ajustamento, deve adequar sua conduta aos ditames legais e da boa-fé perante o particular; eficiência, quando da realização de suas atividades, o poder público deve atuar evitando, ao máximo, dispêndio de tempo e recursos, priorizando a satisfação e utilidade de seus atos, isto é, se o termo de ajustamento de conduta for celebrado com eficiência, a finalidade da lei será alcançada; proporcionalidade, pois deve existir uma harmonização entre o interesse público perseguido e sua satisfação ou utilidade, quando da atuação do agente público, o qual deve almejar a justa medida da lei, vedando-se, portanto, excesso na exigência do bem comum.

No mais, como já mencionado, o objetivo do TAC é impedir ou mesmo recompor a lesão ao bem comum, como nos serviços públicos de telecomunicações e saúde, atuando as partes com autonomia negocial, quando da realização do ajuste, consubstanciada na declaração de vontade, por sinal, antagônicas, do poder público e do particular, estando ambos em posição jurídica de igualdade. Todavia, importa ressaltar que o agente público não pode agir com absoluta discricionariedade, pois seus atos devem estar vinculados pela lei e, ainda, sua atuação deve ser em razão e em virtude do interesse público a ser atendido, o que traduz o respeito à indisponibilidade do bem, como aduz Joselita Borba³⁴⁴:

³⁴⁴ BORBA, Joselita Nepomuceno. **Repensando o termo de ajustamento de conduta (TAC): vicissitudes de sua desconstituição**, p. 1304

Certamente, o objeto do TAC não pertence ao ente público encarregado da negociação; se é terceiro, embora com *status* qualificado, não pode transacionar nem dispor sobre o bem comum. Ao contrário, compete-lhe exigir o cumprimento da lei, não flexibilizar sua exigibilidade.

Convém esclarecer que o TAC ingressou no nosso ordenamento jurídico através do art. 211 da Lei 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), limitando sua atuação, inicialmente, às questões da infância e juventude. Posteriormente, o art. 113 da Lei 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor) expandiu sua aplicabilidade a todos os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos ao acrescentar o §6º ao art. 5º da Lei 7347/85 (Lei de Ação Civil Pública), o qual, também, consagra os legitimados para sua celebração.

Oportuno apontar, então, que a capacidade e legitimidade do ente público para elaboração do pacto estão respaldadas na Lei de Ação Civil Pública (Lei 7347/85), art. 5º, §6º, *in verbis*:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
 I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).
 II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).
 III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).
 IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).
 V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).
 a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).
 b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Redação dada pela Lei nº 13.004, de 2014)
 § 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.
 § 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.
 § 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 1990)
 § 4.º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990)
 § 5.º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990)
§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (sem destaques no original)

Dessa forma, segundo o rol constante do art. 5º e por critério excludente previsto no §6º, apenas as associações civis e as fundações privadas não podem celebrar o TAC; sendo

válido ressaltar, ainda, que, na prática, o maior responsável pela celebração dos termos é o Ministério Público, ao qual, também, compete instaurar inquérito civil e ação civil pública, encarregado, portanto, consoante art. 129, III, CF/88, de proteger todo e qualquer interesse coletivo, em sentido amplo.

Em virtude de sua autonomia negocial, cumpre examinar sua natureza jurídica, a qual não é pacífica, mas como se trata de duas declarações de vontades antagônicas, adotar-se-á a feição de um negócio jurídico bilateral, mesmo não sendo típico, uma vez que possui particularidades como estar apoiado em princípios de direito público e privado, bem como competindo respeitar a união de vontades entre as partes, que, mesmo limitada, confere a fixação de concessões mútuas, específicas do negócio jurídico bilateral. Tanto é que, se desrespeitados os princípios e as garantias, traduzidas em concessões mútuas, afetar-se-á o equilíbrio de interesses, e isso poderia ocasionar ora o totalitarismo estatal ora a preponderância de interesses privados, o que justificaria invalidade do TAC ou, no mínimo, sua adequação. Significa dizer, portanto, que existem limites a serem respeitados quando da celebração dos acordos, uma vez que os direitos, a serem tutelados por eles, são indisponíveis, até porque os órgãos públicos legitimados para sua celebração detêm, apenas, titularidade formal do instrumento, pois esses direitos, materialmente, pertencem a uma coletividade.

Outrossim, sendo um negócio jurídico bilateral, de natureza híbrida, convém destacar que seus elementos quanto à existência são: agentes (poder público e infrator), vontade (consenso) e causa (fim determinado); já seus requisitos de validade são: capacidade do agente (art. 5º, §6º, Lei 7347/85), livre manifestação de vontade (autonomia negocial) e objeto lícito e possível (bem comum). Relativamente ao objeto, o termo de ajustamento de conduta deve zelar pelos interesses e direitos coletivos definidos no art. 81, Parágrafo Único, do Código de Defesa do Consumidor, o qual merece ser colacionado, mais uma vez:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Válido destacar que “Os direitos de natureza transindividual têm fundamento na Constituição Federal, guardando relação direta com os direitos fundamentais da pessoa

humana”³⁴⁵, ou seja, “São direitos que visam a ampliar e a garantir o conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana, valor constitucional supremo e fundamento da República, de acordo com o inciso III do art. 1º da Carta Magna.”³⁴⁶

Cumpra às partes respeitar, portanto, aludidos elementos, constitutivos e de validade, sob pena do ajuste ficar suscetível de invalidade. Por sinal, corroborando com este posicionamento, faz-se necessário colacionar o REsp 802060 RS2005/0201062-8, *in litteris*:

RECURSO ESPECIAL Nº 802.060 - RS (2005/0201062-8) - RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL RECORRIDO : LIA SCHARDONG ADVOGADO : LEA LIRES SELBACH E OUTRO(S)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. DANO AMBIENTAL. INQUÉRITO CIVIL. TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA. ART. 5º, § 6º, DA LEI 7.347/85. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. IMPOSIÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CERCEAMENTO DE DEFESA. COAÇÃO MORAL. VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. EXCESSO DE COBRANÇA. MULTA MORATÓRIA. HOMOLOGAÇÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO PELO CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 9º, §§ 2º E 3º DA LEI 7347/85 1. A revogação da manifestação de vontade do compromitente, por ocasião da lavratura do Termo de Ajustamento de Conduta - TAC junto ao órgão do Ministério Público, não é objeto de regulação pela Lei 7347/85. 2. O Termo de Ajustamento, por força de lei, encerra transação para cuja validade é imprescindível a presença dos elementos mínimos de existência, validade e eficácia à caracterização deste negócio jurídico. 3. Sob esse enfoque a abalizada doutrina sobre o tema assenta: "(...) Como todo negócio jurídico, o ajustamento de conduta pode ser compreendido nos planos de existência, validade e eficácia. Essa análise pode resultar em uma fragmentação artificial do fenômeno jurídico, posto que a existência, a validade e a eficácia são aspectos de uma mesmíssima realidade. Todavia, a utilidade da mesma supera esse inconveniente. (...) Para existir o ajuste carece da presença dos agentes representando dois "centros de interesses, ou seja, um ou mais compromitentes e um ou mais compromissários; tem que possuir um objeto que se consubstancie em cumprimento de obrigações e deveres; deve existir o acordo de vontades e ser veiculado através de uma forma perceptível(...)" (RODRIGUES, Geisa de Assis, Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2002, p. 198). (Grifamos). 4. Consectariamente, é nulo o título subjacente ao termo de ajustamento de conduta cujas obrigações não foram livremente pactuadas, consoante adverte a doutrina, verbis: "(...) Para ser celebrado, o TAC exige uma negociação prévia entre as partes interessadas com o intuito de definir o conteúdo do compromisso, não podendo o Ministério Público ou qualquer outro ente ou órgão público legitimado impor sua aceitação. Caso a negociação não chegue a termo, a matéria certamente passará a ser discutida no âmbito judicial. (FARIAS, Talden, Termo de Ajustamento e Conduta e acesso à Justiça, in Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, v.LII, p. 121). 5. O Tribunal a quo à luz do contexto fático-probatório encartado nos autos, insindicável pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, consignou que: (a) o Termo de Ajustamento de Conduta in foco não transpõe a linde da existência no mundo jurídico, em razão de o mesmo não refletir o pleno acordo de vontade das partes, mas, ao revés, imposição do membro do Parquet Estadual, o qual oficiara no inquérito; (b) a prova constante dos autos revela de forma inequívoca que a notificação da parte, ora Recorrida, para comparecer à Promotoria de Defesa Comunitária de Estrela-RS, para "negociar" o Termo de Ajustamento de Conduta, se deu à guisa de incursão em crime de desobediência; (c) a Requerida, naquela ocasião

³⁴⁵ FARIAS, Talden. **Termo de Ajustamento de Conduta e Acesso à Justiça**, p. 118

³⁴⁶ FARIAS, Talden. **Termo de Ajustamento de Conduta e Acesso à Justiça**, p. 119

desprovida de representação por advogado, firmou o Termo de Ajustamento de Conduta com o Ministério Público Estadual no sentido de apresentar projeto de reflorestamento e doar um microcomputador à Agência Florestal de Lajeado, órgão subordinado ao Executivo Estadual do Rio Grande do Sul; (e) posteriormente, a parte, ora Recorrida, sob patrocínio de advogado, manifestou sua inconformidade quanto aos termos da avença celebrada com o Parquet Estadual, requerendo a revogação da mesma, consoante se infere do excerto do voto condutor dos Embargos Infringentes à fl. 466 [...] ³⁴⁷

Constatado, portanto, quaisquer vícios ou afronta aos princípios, recorrer-se-á ao princípio da inafastabilidade da jurisdição através de medida judicial inculpada no art. 966, §4º, CPC/15, ou seja, a ação anulatória, a qual tem por fim extinguir ato ou negócio jurídico por vícios graves, desde que devidamente comprovados com evidente excesso aos princípios de direito público e privado.

Dessa forma, no termo de ajustamento de conduta, é permitido se impor à concessionária, face ao princípio da eficiência, o detalhamento dos problemas e dos objetivos a serem alcançados por esta ferramenta regulatória, considerando o regime jurídico de prestação de serviço objeto do acordo regulatório, o seu âmbito de incidência, bem como a relevância política de iniciativa, a qual deve está relacionada às prioridades do governo, conforme foi destacado com a análise do impacto regulatório no Terceiro Capítulo, o que não se encontrou nos termos firmados com a ANATEL, conforme o TC 022.280/2016-2, apresentado pela SeinfraCOM contra a ANATEL e, por isso, encontra os mesmos eivados de irregularidades, conforme analisado nos itens anteriores, reforçando a tese de que podem ser declarados inválidos, como reforça Talden Farias: “Se as obrigações determinadas no TAC forem contraditórias ou obscuras, ou se estiverem em discordância com o espírito da lei colocando em risco a materialidade dos direitos tutelados, poderá o mesmo também ser questionado judicialmente.” ³⁴⁸

Por fim, cabe, aqui, questionar se opção do Estado feita pelo acordo substitutivo à multa estaria consubstanciado no descumprimento de sua função sancionadora e beneficiando indevidamente o particular. Para tanto, não se pode olvidar que tanto a celebração de acordos substitutivos quanto a expedição de multa são medidas compatíveis com a lei.

Por sinal, esclarecem Carlos Ari Sunfeld e Jacinto Arruda Câmara ³⁴⁹ sobre essas duas medidas previstas em nosso ordenamento, *in verbis*:

³⁴⁷ BRASIL. STJ. REsp 802060 RS 2005/0201062-8, Relator(a):Ministro Luiz Fux, Julgamento: 17.17.2009, Órgão Julgador T1- Primeira Turma, Publicação: DJe 22.2.2010

³⁴⁸ FARIAS, Talden. **Termo de Ajustamento de Conduta e Acesso à Justiça**, p. 122

³⁴⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. CAMARA, Jacinto Arruda. **Acordos substitutivos nas sanções regulatórias**, pp. 19-20

A adoção de um acordo substitutivo, portanto, não significa “abrir mão” de um direito da Administração em benefício do infrator. A validade e o *quantum* da multa podem ser questionados, o que retira a condição de certeza desse eventual crédito.

[...]

O que o acordo substitutivo produz é outra coisa: a extinção de processo administrativo ou judicial de *resultado incerto* como contrapartida da assunção, pela prestadora, de *obrigações certas e exigíveis*. É uma permuta de incerteza por certeza, isto é, de *possíveis direitos por deveres inquestionáveis*.

Dessa forma, a análise quanto á conveniência de celebrar um acordo substitutivo deve ser feita em torno desta questão: o quanto há de vantagem em *encerrar conflitos e eliminar incertezas* de modo rápido?

Assim sendo, a vantagem apontada nessa indagação a ser analisada, será aquela que envolver o interesse público, devendo-se interromper a contenda, que pode ser duradoura, e, ainda, obtendo-se um fim indesejado por uma providência permitida e favorável ao interesse público. Urge, pois, mencionar que o acordo substitutivo deve ser motivado com a indicação do benefício auferido com sua assunção, bem como assinalado o valor das sanções face o suposto descumprimento da legislação. Deveria ser, portanto, a motivação “o instrumento de controle e de legitimação do acordo”³⁵⁰.

Enfim, em face da motivação exigida ao termo de ajustamento de conduta, bem como o respeito aos princípios que o permeiam, quiçá, a maior problemática não é pensar sobre os fundamentos jurídicos de sua eventual desconstituição, mas, sim, refletir como poder-se-á convertê-lo em mecanismo irrefutável de exequibilidade dos direitos coletivos, a exemplo de uma prestação adequada dos serviços públicos de telecomunicação e saúde.

Dessa forma, só se poderá conceber o termo de ajustamento de conduta como mecanismo eficiente deste sistema de múltiplas portas e, conseqüentemente, propiciando o acesso à justiça se, de fato, ele for utilizado por seus entes legitimados corretamente, procurando

[...] garantir celeridade e efetividade na defesa de determinados direitos, evitando o início ou a continuidade de um processo judicial que implicaria o desperdício de tempo e de recursos humanos e materiais, além de aumentar a possibilidade ou a extensão do dano.³⁵¹

Deveras, a celeridade pode ser considerada o maior benefício deste instrumento diante do objeto que ele tutela, repise-se, direitos de natureza transindividual, os quais possuem caráter de urgência, representando valores que impõem uma atuação incontinenti por parte do Estado, posto que estão relacionados diretamente com respeito à vida e à qualidade de vida da população, como no caso dos serviços públicos de saúde e telecomunicação.

³⁵⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. CAMARA, Jacinto Arruda. **Acordos substitutivos nas sanções regulatórias**, p. 21

³⁵¹ FARIAS, Talden. **Termo de Ajustamento de Conduta e Acesso à Justiça**, p. 119

Realmente, várias são as vantagens propiciadas pela utilização, de forma correta, do TAC, uma vez que haverá, ainda, a diminuição do número de processos no Judiciário, aqui, por sinal, longos e penosos, o que colocaria em risco a materialidade dos direitos protegidos; permitindo ao infrator recompor o dano ou que ele se adéque à legislação, sob pena de ser executado por obrigação líquida e certa. Por sinal, a execução pode ser requerida por qualquer legitimado, independente de ter sido ele ou não o responsável pelo compromisso ajustado.

Enfim, foi possível observar que se faz necessário um controle da autonomia contratual, com base nas condições gerais estabelecidas nos contratos de prestação de serviços públicos, não porque se destina a um interesse público específico, mas, sim, porque se assegura o interesse social, protegendo o contratante/consumidor/usuário dos riscos de posturas volúveis e imprudentes. Impõe-se, então, uma intervenção estatal, sob a forma de controle, estabelecendo limites (espírito negativo) e conciliando os interesses das partes, que sejam dignos de proteção (espírito positivo), seja através de agências reguladoras, desde que não capturadas, seja por meio de outros órgãos administrativos, como o Ministério Público, pois o contrato que não corresponde ao tipo social, como as condições gerais previstas nos contratos de prestação de serviços públicos, deve ser rejeitado pelo ordenamento jurídico já que não há harmonização entre sua função social e a determinação oriunda da convenção entre as partes.

Outrossim, a inserção do sistema de múltiplas portas no nosso ordenamento jurídico, materializado por meio do termo de ajustamento de conduta, poderia ser considerado satisfatório na solução extrajudicial dos conflitos sociais, efetivando-se o acesso à justiça, se não estivessem presentes as distorções apresentadas quando da elaboração dos compromissos, porque as irregularidades encontradas no TAC retiram ou mesmo diminuem a legitimidade do instituto.

Eis o grande desafio, pois a ferramenta administrativa, a saber, termo de ajustamento de conduta, como uma das “portas” do sistema, disponível para combater o desequilíbrio oriundo desses contratos não é utilizada adequadamente pelo ente legitimado, o que inviabiliza a efetivação do acesso à justiça!

Por sinal,

...a existência de meios de resolução de conflitos nas agencias precisa ser percebida como efetivas para operar em uma sequencia de “antecipação de consequências”, isto é: as empresas, sabendo que as agencias são efetivas na resolução de conflitos envolvendo direitos dos consumidores terão incentivos para evitar eventuais

desrespeitos. Assim, as agências podem ter um importante papel de prevenir conflitos. Essa perspectiva, contudo, só se concretiza na medida em que os consumidores tiverem conhecimento e acesso aos procedimentos das agências para resolverem seus conflitos.³⁵²

Por fim, em que pesem os vícios que podem contaminar o instituto, é imperiosa sua utilização de forma que assegure a acessibilidade aos direitos transindividuais, o que se impõe para tanto o seu aperfeiçoamento, quiçá permitindo sua ampla publicidade, antes mesmo de sua celebração, a fim do conhecimento e participação por parte da população; ou submetendo-o à aprovação do Ministério Público, o que consubstanciaria na sua função constitucional de fiscal da lei na tutela dos aludidos interesses; ou homologando-o judicialmente, o que permitiria sua segurança jurídica; ou, enfim, editando uma lei federal para regulamentá-lo, para que possa cumprir sua finalidade e ser verdadeiramente um instrumento de efetivação dos direitos sociais, garantindo o seu acesso à justiça.

³⁵² OLIVEIRA, Fabiana Luci de. RIBEIRO, Leandro Molhano. *Utilização de meios de resolução extrajudicial de conflitos no âmbito de serviços regulados por agências governamentais*. Brasília: Ministério da Justiça, 2013, p. 65

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não resta dúvida, portanto, da relação existente entre o Estado, o contrato e o mercado, bem como da influência desta sobre nossa sociedade de consumo e de como o contrato de prestação de serviço público, saúde e telecomunicação, infelizmente, não se presta a sua finalidade, a saber: um fornecimento de serviço público de qualidade, a que faz jus o consumidor, conforme dispõe os arts. 6º, X c/c 22 do CDC.

Conforme analisado no Segundo Capítulo, atribui-se ao Estado o dever de tutelar o consumidor, o qual recebeu tratamento constitucional como um direito fundamental, tornando o consumidor o titular de direito subjetivo público oponível ao Estado. O aludido comando constitucional (art. 5º, XXXII), repise-se, é dirigido a todas as esferas estatais, eis que “ao Estado-legislador (editar leis protetivas), ao Estado-administrador (no caso de condições gerais, assegurar sistemas efetivos de controle) e ao Estado-julgador (aplicar a lei tendo-se em conta preferencialmente o consumidor-aderente)”³⁵³.

De fato, é lamentável concluir que o Estado, promotor da defesa do consumidor (arts. 5º, XXXII c/c 170, V, CF/88), deveria ser o primeiro a garantir seus direitos, mas, na realidade, contribui para a sua violação, acarretando a má prestação de serviço, uma vez que se está diante de um contrato padronizado, cujas condições gerais do contrato são elaboradas unilateralmente por quem os fornece, *in casu*, o Estado, ao possibilitar a concessão de sua atividade às concessionárias, as quais têm seus serviços fiscalizados pelas agências reguladoras, como a ANS e a ANATEL, que, também, têm indicação do seu presidente pelo Estado, o qual dota-as de um poder regulatório, que não se faz um bom uso deste e nem de suas ferramentas, impedindo a melhoria dos serviços disponibilizados a população, consumidora deles. E até a ferramenta administrativa, o Termo de Ajustamento de Conduta, aplicada por essas agências às concessionárias, que poderia obstar tal situação, lamentavelmente, não cumpre o seu papel e, por isso, suscitado está o prejuízo à população.

Dessa forma, interessante trazer à baila o posicionamento de Bruno Naves³⁵⁴, com o qual compartilho, sobre a tríade: Estado, contrato e mercado, a saber:

Com a grande depressão econômica vivida pelo capitalismo nos idos de 1930, confirmou-se a necessidade de o Estado intervir na economia. O mercado não se autorregulava como previsto, era preciso garantir meios de equilibrar a relação contratual. Assim o Estado assume atividades econômicas tidas como essenciais ao desenvolvimento e passa a regular exaustivamente situações de desequilíbrios contratuais.

³⁵³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições Gerais dos contratos e cláusulas abusivas**, p. 87

³⁵⁴ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O DIREITO CIVIL PELA PERSPECTIVA DA AUTONOMIA PRIVADA: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na pós-modernidade**, pp. 90-91

Constatou-se, também, no Segundo Capítulo, que a teoria tradicional do contrato, pautada na autonomia da vontade, não se amoldou de forma satisfatória aos contratos padronizados, uma vez que o conteúdo não pôde ser mais previamente discutido, sendo, na maioria das vezes, imposto por uma das partes ou pela lei, que fixa o conteúdo básico.

Por sinal, a liberdade contratual integra a autonomia privada, denominação esta adotada no presente trabalho, uma vez que ela sucede a autonomia da vontade, cuja carga é essencialmente individualista e liberal. Observou-se que, após o advento do Estado social, com a proteção ao mais frágil nos contratos padronizados, a vontade já não possui a mesma relevância no mundo jurídico. Atualmente, compete ao Direito analisar a vontade dos contratantes em harmonia com a boa-fé objetiva e não indagar acerca do conteúdo da consciência interna de cada ser.

Assim sendo, analisou-se o conteúdo contratual das relações de consumo e sua intercessão com o mercado, constatando que o contrato não é apenas uma ferramenta à aquisição de produtos e serviços, mas que há sua incidência diretamente na economia e, conseqüentemente, no mercado; consubstanciando, também, como mecanismo de valores éticos insculpidos em nossa Carta Magna. Todavia, não se examinou a regulação de mercado, propriamente dita, tema próprio do direito administrativo econômico; esboçando um parâmetro entre o contrato e o mercado, pois já que não se pode controlar diretamente aquele em razão dos ditames insculpidos na Constituição Federal de 1988, fez-se necessário regular este, para que, indiretamente, mas, incisivamente, pudesse influenciar no conteúdo de suas condições gerais, o que, de fato, ocorreu, mas que o Estado, ao invés de precaver danos aos consumidores, na verdade, se tornou um colaborador e incentivador deles, pois muniam as Agências Reguladoras de um poder de fiscalização de atividades públicas realizadas por suas concessionárias e que não sabiam fazer bom uso deste poder.

Demonstrou, enfim, o papel intervencionista, e não controlador, do Estado nos contratos padronizados de consumo de serviços públicos, especialmente saúde e telecomunicação, bem como esclareceu que a pessoa merecedora de amparo jurídico é a sociedade de consumo, ou seja, a população usuária de serviço público e, por isso, a lei adequada para regular a presente situação é a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, ou seja, o Código de Defesa do Consumidor, e, por isso, examinou o conteúdo dos dispositivos legais relativos ao Consumidor, à Política Nacional das Relações de Consumo, aos Direitos Básicos do Consumidor, e, por fim, à Proteção Contratual.

Observaram-se, ainda, as semelhanças e diferenças entre as condições gerais do contrato e os contratos por adesão, bem como ficaram demonstradas suas vantagens e

desvantagens e, para essas últimas, destaca-se o desequilíbrio contratual entre fornecedor e consumidor na nova sociedade de consumo. É o que se depreende da lição de Cláudio Petrini Belmonte³⁵⁵, *in verbis*:

O elemento caracterizador dessas condições gerais consiste na *intenção uniformizadora* por parte do predisponente. Ligadas a esse objetivo magno, surgem outras características que também lhe são peculiares: *preformulação e rigidez*.

[...]

Creemos serem pertinentes, neste momento, algumas palavras no intuito de diferenciar *condições gerais de contratos por adesão*. Ambas situações impõem a impossibilidade de alteração do conteúdo contratual. No caso destes contratos, trata-se de um conceito mais amplo, haja vista que nem todos os contratos celebrados por adesão têm na sua base condições gerais dos contratos. A característica marcante dos *contratos por adesão* consiste, sobretudo, na imutabilidade de suas disposições, cabendo à contraparte aceitar ou recusar sua celebração na forma em que lhe é apresentado o instrumento contratual. Nas *condições gerais dos contratos*, como salientado no corpo do texto, o traço distintivo é a intenção uniformizadora.

[...]

Não se discute a existência de algumas benesses geradas pelo uso de condições gerais, como uma maior simplificação no processo de formação dos contratos; facilitação, de forma genérica, na contratação de pessoas; maior eficiência da função jurisdicional, haja vista a incidência das mesmas normas jurídicas em situações similares; e a maior facilidade para o comércio e a produção em geral. Contudo, também evidenciam-se pontos negativos, como o desequilíbrio entre as partes, ocasionando, sobretudo, pela redação unilateral das disposições contratuais e o surgimento de situação propícia ao cometimento de abusos por parte do predisponente...

[...]

...É justamente essa característica que faz com que as condições gerais dos contratos transformem-se num problema jurídico e objeto de tratamento diferenciado, não somente por privarem o aderente de sua liberdade de disposição, mas por colocá-lo por interior ao alcance do predisponente, o que dá azo, como se sabe, aos conhecidos desequilíbrios e abusos.

Em outras palavras, preferiu-se a terminologia condições gerais dos contratos por retratar, mais adequadamente, uma relação de obrigatoriedade, cujo predisponente, com intenção uniformizante, estabelece cláusulas preformuladas e rígidas para celebração do contrato, destacando seu problema jurídico: configuração do predisponente como um verdadeiro legislador e desequilíbrio contratual e abusos em face do consumidor. Percebeu-se, assim, que a aludida desvantagem do novo perfil contratual não se harmonizou com a Política Nacional das Relações de Consumo.

Verificou-se, portanto, neste Segundo Capítulo, que os contratos *standartizados* de consumo, decorridos do novo perfil contratual e fruto das transformações do Estado, infelizmente não cumprem com sua função social, a saber, proteger o mais frágil da relação

³⁵⁵ BELMONTE, Claudio Petrini. **PRINCIPAIS REFLEXOS DA SOCIEDADE DE MASSAS NO CONTEXTO CONTRATUAL CONTEMPORÂNEO, DISPOSIÇÕES CONTRATUAIS ABUSIVAS**, pp. 161-162

contratual e, neste caso, a população usuária do serviço público. Ficou demonstrado, então, que o novo perfil contratual, influenciado pelo mercado, não consegue tutelar satisfatoriamente o consumidor. Por sinal, a fim de corroborar com esse raciocínio, válido ressaltar o entendimento de Eduardo Messias Gonçalves de Lyra Junior³⁵⁶, *in verbis*:

O mercado nunca conseguiu e nem conseguirá tutelar adequadamente os interesses dos aderentes, consumidores ou não, nas relações contratuais submetidas à utilização de condições gerais, já que noções como ordem pública, bons costume e função social dos contratos lhe são completamente estranhas. O lucro o anima, o lucro o move, constituindo-se em seu primordial objetivo.

Assim, observou-se que o papel do Estado, na promoção da defesa do consumidor, não está sendo desempenhado a contento, especialmente, no âmbito de sua atuação preventiva, quando da análise das condições gerais do contrato de serviços públicos.

Por sinal, bem elucidativas as mudanças de valores ocorridas no transcurso do Estado liberal ao social, pelo que se constata da transcrição³⁵⁷ abaixo:

A luta da sociedade de massas por direitos coletivos e sociais deu lugar a um novo paradigma, o do Estado Social. Ele pressupõe, aos direitos individuais, a inclusão dos direitos coletivos e sociais.

[...]

O Estado assume um papel interventor, regulando em mais normas impositivas a economia do contrato. Seu objetivo é garantir a materialidade dos direitos individuais, compensando as desigualdades sociais. Normas de ordem pública visavam à manutenção do equilíbrio contratual.

Outrossim, quando analisada a atuação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor nos contratos de prestação de serviço público, objeto do Terceiro Capítulo, constatou-se que, embora nosso sistema consagre uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais, apresentando normas de natureza aberta, e, por isso, possa ser considerado um ambiente propício à funcionalização dos institutos jurídicos, como os contratos, proporcionando uma melhor acomodação do seu conteúdo à sociedade que se destina, ocorre que não há uma harmonização entre os órgãos público e privado que o integram, previstos no art. 105 do CDC, e, por isso, não cumprem, infelizmente, com o seu objetivo, a saber: tutelar o consumidor, concretizando-se a eficácia social da lei³⁵⁸.

³⁵⁶ LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. **CONTRATOS DE ADESÃO E CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS**, p. 76

³⁵⁷ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O DIREITO CIVIL PELA PERSPECTIVA DA AUTONOMIA PRIVADA: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na pós-modernidade**, p. 102

³⁵⁸ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**, p. 251

Dessa forma, a abertura sistemática teleológica do contrato de prestação de serviço público, ou seja, sua funcionalização, atribuindo uma utilidade e/ou impingindo-lhe um papel social, como atender à dignidade do consumidor e reduzir desigualdades culturais e materiais, não pôde ser observada, resultando na ineficácia do aludido contrato, competindo ao operador jurídico, diante da agressão a ordem constitucional, determinar, a despeito da ausência de previsão legal sobre o assunto, sua invalidade jurídica.

No mais, restou demonstrada a imprescindibilidade da privatização do serviço público, o que, por sinal, se coaduna com a Política Nacional das Relações do Consumo, precisamente com o art. 4º, VII, do CDC, uma vez que se destaca entre seus objetivos: garantir que certos serviços existam e acesso dos cidadãos a eles em condições de universalidade; bem como assegurar e amparar valores de ordem mais geral, como a saúde e telecomunicação, e, ainda, proteger os interesses das gerações futuras, impedindo que o bem-estar futuro seja posto em causa pelas conveniências de curto prazo. E, a fim de realizar aludidos objetivos, observou-se a utilização de múltiplos instrumentos com o estabelecimento de regras gerais e abstratas (atos legislativos e regulamentos da Administração Pública reguladora), bem como atos próprios da função administrativa (decisões administrativas, contratos, operações materiais, atos informais), como, por exemplo, o termo de ajustamento de conduta.

Todavia, o modelo de regulação adotado pelo Estado para a concretização dos objetivos do processo de privatização do serviço público se mostra deficitário e, conseqüentemente, não realiza os propósitos da Política Nacional das Relações de Consumo, como racionalização e melhoria dos serviços públicos, seja pelo(a): fragmentação da autonomia e independência dos agentes reguladores em prol das partes envolvidas no processo regulatório; fragilidade dos instrumentos disponibilizados para sua efetivação; custos de regulação, os quais são maiores que os custos de oportunidade de uso dos recursos públicos; regulador, por não ser perfeito, pode introduzir distorções que levem a lucros extraordinários ou subinvestimentos; e corrupção, na medida em que os servidores encarregados da regulação sejam capturados pelos agentes. Ou seja, tais problemas podem interferir tanto no acesso quanto na qualidade dos serviços prestados aos cidadãos, em condições de universalidade como acontece nos setores de saúde e telecomunicação, desrespeitando, assim, os objetivos do processo de privatização das tarefas públicas. Por sinal, essas distorções foram apontadas no TC 022.280/2016-2, realizado pela SeinfraCOM face possíveis irregularidades na potencial celebração de Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), objeto de análise do Quarto Capítulo, o que corrobora com a tese de um modelo regulatório insatisfatório que não

propicia, repise-se, a racionalização e melhoria dos serviços públicos, atuando, portanto, diversamente, ao lesionar interesses transindividuais.

E, por isso, foi necessário investigar o posicionamento acerca dos serviços públicos, notadamente saúde e telecomunicação, bem como sobre as agências reguladoras que os fiscalizam, a saber: a ANS e a ANATEL, respectivamente.

Pôde-se observar que, a partir da década de 1980, uma alteração do perfil do Estado, que foi acompanhado de uma reforma na Administração Pública, inserindo um modelo gerencial de gestão, denominado de regulação, fruto da privatização do serviço público, com a descentralização administrativa, o que foi inevitável para atender os valores consagrados constitucionalmente e imputados ao próprio Estado, cabendo a este atuar, simultaneamente, de forma coordenada e descentralizada e, por isso, surgiram as agências executivas (com gestão autônoma de entidades ou órgãos públicos, seja gerencial, orçamentária ou financeira, criadas pelo Poder Executivo) e reguladoras (entidades atípicas com independência decisória e competência técnica, que ditam regras de conduta aos operadores, fiscalizando-os e aplicando sanções a eles em caso de descumprimento).

No mais, constatou-se que a privatização iniciou-se no Brasil num contexto de crise fiscal e financeira, associada, ainda, “à crise externa, à crise da dívida e às condicionalidades impostas por programas de ajuste estrutural”³⁵⁹ que delinearão um cenário peculiar. Por sinal, apenas em 1995, no governo Fernando Henrique Cardoso, ficou constatada sua conexão com o Plano Real para que ele indiretamente fosse sustentado, o que configura a particularidade do nosso ambiente quando da adoção desse modelo regulatório. Outrossim, destacou-se que esse modelo está submetido a 3 princípios, a saber: Competência regulatória, Independência regulatória e Participação regulatória, sendo este último, particularmente, relevante quando da elaboração dos termos de ajustamento de conduta firmados entre entes regulador e regulado, para que esse mecanismo de resolução de conflitos extrajudicial, exemplo do sistema de múltiplas portas adotado no nosso ordenamento jurídico, seja, de fato, instrumento de efetivação de acesso à justiça dos interesses transindividuais. Dessa forma, válido, mais uma vez, colacionar o posicionamento de Marçal Justen Filho³⁶⁰ sobre o tema, *in verbis*:

É fundamental que a atividade decisória da agência *incorpore* a participação popular, mesmo quando não aceda com as sugestões e propostas apresentadas. *Incorporar* a participação popular significa reconhecer como relevante a intervenção externa, acolhendo-a ou justificando sua rejeição.

³⁵⁹ COUTINHO, Diogo R. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**, p. 67

³⁶⁰ JUSTIN FILHO, Marçal. **Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na “Regulação Independente”?**, p. 329

Dessa forma, quando não se constata a participação regulatória, bem como se não são observados instrumentos democráticos ou se desrespeitam os princípios democráticos, há um déficit democrático, o qual, também, constitui causa determinante de fragilidade das agências reguladoras. Portanto, verificou-se que os instrumentos de garantia e controle do exercício do poder, destinados a assegurar tanto a referibilidade das decisões à vontade popular como a realização dos princípios e valores fundamentais, não estão sendo efetivados, na prática, quando da utilização do termo de ajustamento de conduta, como demonstrado no Quarto Capítulo, e, por isso, podendo-se afirmar, reiterar-se, que este déficit democrático na atuação das agências reguladoras propicia, ainda mais, sua fragilidade, reduzindo seu compromisso com a eficiência e retirando a credibilidade do instrumento extrajudicial de resolução de conflitos.

Significa dizer que, ao se explorar atividades econômicas, deve-se, como regra, ponderar os interesses em jogo, seja do Governo (público), dos agentes econômicos (privado) e dos consumidores (coletivo), a fim de assegurar a coexistência de todos, atuando com isonomia, imparcialidade e de forma apartidária, o que constitui um desafio a ser superado!

Sendo, portanto, adotado um modelo regulatório tardio e incompleto, bem como incompatível com a nossa realidade, não há dúvida que sua fragilidade pode ser imputada ao Estado, até porque lhe compete indicar seus dirigentes, os quais, se fossem idôneos e tecnicamente habilitados, não cederiam à captura do sistema e não esqueceriam que sua conduta deveria ser pautada nas seguintes premissas³⁶¹, reiterar-se: 1ª) regulação como instrumento de garantia estadual da realização do interesse público, ou seja, objetiva-se cumprir a função de base triangular (“regulador/empresas/cidadão”); 2ª) interseção entre regulação, contrato e consenso, isto é, se o contrato for público será instrumento de implementação da regulação, por via do consenso, e se privado será objeto de regulação; 3ª) regulação e desregulação, significa dizer que o Estado assume a missão de desmontar as barreiras de acesso ao mercado, de forma a facilitar o desenvolvimento das liberdades econômicas; 4ª) regulação e atribuição concorrencial; 5ª) regulação e atribuição concorrencial; e 6ª) concorrência, princípio da concorrência e contratação pública, pois devido à escassez dos recursos disponíveis, compete ao Estado Regulador fazer uma alocação justa de recursos escassos, efetuando o controle do acesso a determinadas atividades e garantindo a igualdade de oportunidades e de tratamento de todos os potenciais interessados em aceder o bem escasso, o que constitui um valor de interesse público, satisfazendo as necessidades das

³⁶¹ GONÇALVES, Pedro Costa. **Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante**, pp.12-23

pessoas. Premissas, por sinal, desrespeitadas e consubstanciadas no TC 022.280/2016-2, apresentado pela SeinfraCOM, como analisado no Quarto Capítulo.

No mais, impõe-se, então, que quaisquer decisões tomadas pelas agências reguladoras, inclusive quando da elaboração dos termos de ajustamento de conduta, sejam guiadas pela racionalidade, preservando-se, enfim, o critério técnico-científico na escolha de seus dirigentes, e evitando-se o abuso, traduzido em prepotência e autoritarismo, no exercício de seu poder, consagrando, assim, a eficiência ou êxito de uma agência reguladora, bem como de seus instrumentos de efetivação de acesso à justiça. Dessa maneira, se o termo de ajustamento de conduta realizado entre os entes regulador e regulado não preencher os requisitos da racionalidade e eficiência ou se apenas constituir um ato de conveniência e oportunidade, a exemplo do que ocorre com o seu descumprimento sem sua execução, conforme destacado no TC 022.280/2016-2, configurada está a insegurança do modelo adotado e, conseqüentemente, dos mecanismos por ele utilizado na resolução dos conflitos, propiciando, ao invés de solucioná-los, a difusão da lesão ao interesse público.

Por isso, faz-se imprescindível a aplicação de instrumentos de limitação ou controle dos poderes decisórios das agências, submetendo-os a um controle externo do Estado, pois, se admitir remetê-los à competência administrativa da própria agência, configurará em uma solução inadequada, podendo-se, até, ampliar o risco de se consagrar soluções procedimentais insuficientes, impedindo-se a satisfação da função primordial reservada ao processo administrativo.

Outrossim, constatou-se, com base em parâmetros constitucionais, que há o dirigismo nas condições gerais dos contratos de serviços públicos, pois o próprio constituinte define que os princípios são os fundamentos que norteiam e condicionam a atividade econômica para concretizar os ditames constitucionais (art. 3º, I, CF/88). Por sinal,

Os usuários de serviços públicos prestados por empresas concessionárias ou permissionárias deverão ter seus direitos definidos em lei, conforme se depreende do art. 175, parágrafo único, II, da Constituição. Nesse setor, o espaço de predisposição de condições gerais está limitado pela lei, sendo nulas as que regularem em contrário.³⁶²

Foi possível compreender a razão pela qual o Estado adotou a figura da concessão para cumprir aludidas atividades, pois como o concessionário vai gerir o serviço em seu próprio nome e por sua conta, assume, também, os resultados dessa gestão na satisfação do interesse

³⁶² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições Gerais dos contratos e cláusulas abusivas**, pp. 87-88

público, ou seja, através do contrato de concessão, a entidade concedente transfere para o concessionário a responsabilidade de execução que incumbia a mesma, mas não a sua titularidade. Por isso, compete ao Estado, por meio do poder fiscalizatório, acompanhar aludida gestão, seja através dos controles: técnico (constituem os meios técnicos, como pessoa e material, utilizados para ou na gestão do serviço), financeiro (verificação da solvabilidade, analisando-se documentos desta natureza) e jurídico (análise do cumprimento dos deveres do concessionário em relação a terceiros).

Outrossim, constatou-se a presença de dois contratos coligados, um principal (concessão) e outro acessório (consumo), devendo o Poder Público, Estado, atuar como protetor da parte considerada vulnerável, o consumidor, respaldados na nossa Lei Maior, respectivamente, no art. 175 e art. 5º, XXXII c/c art. 170, V. Podem ser apontadas as seguintes características ao contrato de concessão: é contrato administrativo típico, determinado (com prazos longos), gratuito e personalíssimo, cujo objeto é a prestação de um serviço público *stricto sensu* com a presença de cláusulas exorbitantes, no qual se transfere a execução do serviço, mas, insista-se, não a sua titularidade, dependente de uma prévia lei autorizatória que fixará as condições de ajuste a uma determinada pessoa jurídica de direito privado. Observou-se, ainda, que o conceito de serviço adequado é indeterminado, apresentando vários contornos, consoante as peculiaridades de cada serviço, bem como as necessidades para o qual foi orientado, estando submetido a um regime jurídico complexo, onde se constatou a existência de várias categorias desse tipo contrato em que ocorre a delegação da execução de serviço público, a saber: **concessão de serviço público ordinária, comum ou tradicional** (Lei nº 8.987/95 e legislação esparsa sobre serviços públicos); **concessão patrocinada** (Lei nº 11.079/04 e Lei nº 8.987/95, subsidiariamente); e **concessão administrativa** (Lei nº 11.079/04 e, adicionalmente, por alguns dispositivos da Lei nº 8.987/95).³⁶³

Por sua vez, o contrato de consumo pôde ser caracterizado com a presença de todos os elementos de uma relação jurídica de consumo: de um lado, os sujeitos, o Usuário, como Consumidor, merecedor de tutela, conforme analisado no Segundo Capítulo; do outro, o Poder Público ou seus delegados, como Fornecedores; e o serviço público na qualidade de objeto da relação jurídica de consumo. Em que pese divergência de posicionamento sobre considerar o usuário como consumidor, essa expressão foi utilizada para designar todos os sujeitos que, em tese, possam vir a utilizar o serviço público, uma vez que a preocupação do

³⁶³ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas**, p.64

legislador constitucional, ao abordá-los em dispositivos distintos, não significou a exclusão da noção de consumidor a figura do usuário, mas, apenas, reconhecendo a necessidade de uma legislação específica em razão da importância do serviço prestado (serviço público), bem como do regime jurídico aplicado ao mesmo (regime de direito público). Convém reforçar que o serviço público *uti singuli*, objeto de relação de consumo, é apenas aquele cuja contraprestação pecuniária paga pelo consumidor seja por meio de tarifa, que tem natureza de preço público, e, por isso, encontra-se amparado pelo CDC.

Verificou-se, portanto, uma nova atribuição estatal, agora, como agente econômico, o qual fornece ao público em geral e, ainda, projeta um interesse econômico global, sendo esta sua principal pretensão: influir no mercado, provocando um sistema de concorrência com o setor privado. Consagrando, também, o desdobramento do serviço público em social, como a saúde, e econômico, como a telecomunicação. Observou-se, ainda, que a noção de serviço público depende tanto da qualificação do Estado, através da Constituição ou das leis, quanto da submissão dessa atividade a um regime jurídico peculiar do Estado. Relativamente à saúde, esta é um serviço em que o Estado tem a obrigação de prestar, mas sem exclusividade, ou seja, o Estado não pode permitir que seja prestada exclusivamente por terceiro, seja a título de atividade privada livre, seja a título de concessão, autorização ou permissão. Por sua vez, a telecomunicação, segundo art. 21, XI, da CF/88, poderá ser prestada pelo Estado ou este transferir seu desempenho a entidade privada, através da concessão, permissão ou autorização³⁶⁴.

No mais, embora o Estado delegue execução do serviço público, repise-se, é titular do serviço prestado e, por isso, deve fiscalizar a entidade e ser responsabilizado pelo serviço que não foi prestado adequadamente. E, ainda, não se pôde olvidar que, embora a responsabilidade do Estado em face do usuário seja, em regra, subsidiária, poderá ser pessoal e direta se a concessionária estiver seguindo as orientações do poder concedente e isto ocasionar dano ao usuário, o que pôde ser observado quando da análise dos contratos de adesão, através dos julgados colacionados, no item 3.4. Isto ocorre porque, insista-se, estar-se-á diante de contratos coligados, em que o principal é o contrato de concessão, firmado entre Ente Regulador e Ente Regulado, e o acessório é o contrato de consumo, firmado entre a Concessionária (Ente Regulado) e o Consumidor; como a relação entre principal e acessório é permeada pelo princípio da gravitação jurídica, se o contrato principal estiver eivado de abusividade, contaminado estará, também, o acessório; o que reforça a tese da

³⁶⁴ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes Temas de Direito Administrativo.**, p. 287

responsabilidade objetiva e solidária do Ente Regulador (Estado), o qual, repise-se, transferiu, somente, a execução do serviço através de cláusulas exorbitantes, mas não sua titularidade.

Outrossim, em virtude dessas cláusulas exorbitantes, o Estado, Administração Pública-Concedente, que detém amplos poderes (regulamentação, fiscalização, aplicação de penalidades, intervenção e extinção da concessão) e se abstém de utilizá-los diante de um serviço prestado inadequadamente ao consumidor, descumpra seu mister, reitere-se, prezar pelo desenvolvimento e efetivo cumprimento do serviço concedido, reforçando o posicionamento de sua responsabilidade. Ou seja, se não há aplicação de advertência, multa ou suspensão pela inexecução total ou parcial do contrato firmado entre Ente Regulado e Usuário, ou até intervenção ou extinção, em virtude de irregularidades na sua execução, comprovou-se, portanto, sua responsabilidade por violação expressa ao direito insculpido no art. 6º, X, do CDC.

De fato, a consequência não podia ser outra: proliferação de demandas no Judiciário acerca dos abusos cometidos pelo Ente Regulado contra o Consumidor e que representam, nada mais, nada menos, os abusos do próprio Ente Regulador, ante a existência de contratos coligados.

Foi o que se observou da análise do REsp 1.721.705-SP, julgado em 28/08/2018 e publicado no DJe 06/09/2018, no qual a operadora de plano de saúde negou o fornecimento de tratamento prescrito pelo médico, sob o fundamento de que a sua utilização em favor do paciente estaria fora das indicações descritas na bula/manual registrado na ANVISA (uso *off-label*), sendo sua atitude apoiada, por sinal, na Resolução Normativa nº 338/2013, editada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), vigente à época da demanda, a qual considerava como tratamento experimental aquele que não possuísse as indicações descritas na bula/manual registrado na ANVISA (uso *off-label*). Assim, posicionou-se o STJ, acertadamente, pelo flagrante desrespeito ao consumidor. É, por sinal, pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que é o médico o responsável pela orientação terapêutica adequada ao paciente e não a operadora do plano de saúde ao estabelecer que pode negar cobertura de tratamento clínico ou cirúrgico quando este "não possui as indicações descritas na bula/manual registrado na ANVISA (uso *off-label*)". Constituiu, portanto, abusiva a postura da ANS ao substituir, abstrata e previamente, a expertise médica pela ingerência da operadora, pois sua Resolução Normativa ultrapassou os limites da mera regulamentação do art. 10, I, da Lei n. 9.656/1998, constituindo uma ação iníqua na relação contratual, que colocou, concretamente, o consumidor em desvantagem exagerada (art. 51, IV, do CDC).

Foi destacado, também, pelo TJ-MS - EI: 18002 MS 2006.018002-1/0001.00, julgado em 21/05/2007 e publicado em 21/09/2007, como uma medida desproporcional e abusiva a cobrança de tarifa de assinatura básica por empresa de telefonia fixa, uma vez que não possuía nexos com a efetiva prestação do serviço de telecomunicação, violando o direito básico de informação do usuário, além de ofender os princípios da boa-fé e equidade contratual previstos no CDC. No mais, pontuou o Tribunal que não há previsão legal da sua cobrança, como condição para que o consumidor possa ter direito à prestação (fruição) contínua do serviço, revelando, reiterando-se, uma cobrança indevida e ilegal, afrontando regras e princípios do Código de Defesa do Consumidor. Impende esclarecer que, até o presente momento, a empresa de telefonia estava efetuando a cobrança da referida tarifa com base em ato normativo administrativo, expedido pela agência reguladora ANATEL. Ocorre que, embora a Resolução 85/89 (art. 3º, XXI) da ANATEL considere lícita a cobrança por serviços públicos colocados à disposição, independentemente da efetiva utilização, é inegável que a relação jurídica, em comento, possui natureza consumerista, sendo, por sinal, estabelecido na Lei n. 9.472/97, art. 5º, expressamente, a obrigatoriedade de observar as normas do CDC pelo prestador de serviços, e, por isso, vislumbrou-se a iniquidade decorrente do ônus tarifário pela mera disponibilização dos serviços ao usuário que nem sempre utiliza, ou utiliza a menor, acarretando, assim, nulidade da referida cláusula. Portanto, é vedado à empresa de telefonia cobrar aludida tarifa de assinatura básica com base nas normas administrativas editadas pela ANATEL (art. 3º, XXIV, da Resolução n. 426/05), pois essa não tem atribuição concedida pelo legislador para instituir a cobrança da respectiva prestação, até porque, nos termos do artigo 175, III, da Constituição Federal, a política tarifária é matéria a ser regulada por lei, e não por ato administrativo; esclarecendo, ainda, que, em virtude do princípio da legalidade, vigente em nosso ordenamento, somente a lei poderá criar, modificar ou extinguir direito, o que aqui não ocorreu, visto que a Resolução n. 85/98, a qual regula a cobrança da tarifa mensal, é um ato normativo administrativo. Dessa forma, o Tribunal, apropriadamente, reconheceu a ilicitude da cobrança dos valores a título de assinatura básica de telefone, declarando a aludida cláusula inserta no *contrato de concessão do serviço fixo comutado local*, firmado entre o consumidor e a ANATEL, nos termos do art. 51 do CDC, como nula, e, ainda, impôs a devolução dos valores indevidamente pagos, consoante disposição prevista no parágrafo único do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor, sob pena de enriquecimento sem causa da parte contrária.

No mais, pôde-se observar, através da análise destes julgados da ANATEL e da ANS, que as irregularidades de suas Resoluções ou Instruções Normativas, por sinal, ainda vigentes,

encontram-se refletidas nas condições gerais dos contratos de prestação de serviço público, concluindo-se, portanto, que não há uma adesão a contratos, propriamente ditos, ao invés, o consumidor adere a atos normativos elaborados pelas agências reguladoras.

Dessa forma, dúvida não há da atuação do Estado, com base na elaboração dos atos normativos de suas agências reguladoras, os quais passam a integrar como verdadeiras condições gerais aquilo que pensamos assinar como “contratos” de prestação de serviço público, mas que, de fato, são os ditos atos normativos, os quais são incompatíveis com os objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo, apontados no Segundo Capítulo, e, por isso, não há o devido amparo do consumidor, afastando-o de possíveis e/ou futuros danos, ao invés, provoca-os! Constatando-se, ainda, que os aludidos “contratos” não estão nos moldes do novo perfil contratual, isto é, pautados no princípio da confiança e, assim, lamentavelmente, não desempenham sua função social. Fato este que consubstanciou a hipótese deste estudo.

Outrossim, como a tese consistiu em uma nova leitura deste contrato, face à inevitável ingerência do Estado na formação das condições gerais dos “contratos” de prestação de serviço público, por meio do poder concedido às agências reguladoras para editar suas resoluções normativas, as quais correspondem às aludidas condições gerais, controlando, então, indiretamente a economia de mercado e propiciando, infelizmente, o desamparo do consumidor.

A tese, portanto, não teve a pretensão de demonstrar uma solução a este problema, nem apresentar a categoria jurídica deste “contrato”, mas, apenas, esclarecer que ele, na realidade, é reflexo de Resoluções e Instruções Normativas, por sinal, abusivas e contrárias aos ditames do art. 4º do CDC. Quiçá o desfecho deste impasse esteja na aplicação, correta e adequada, da Política Nacional das Relações de Consumo, bem como de seus instrumentos estabelecidos no art. 5º do CDC, ou até na efetiva ação coordenada pelos órgãos que integram o Sistema Nacional das Relações de Consumo, como consagrado no art. 105 do CDC, conforme se depreende da seguinte passagem: “Em vez de sugerir soluções para nossos dilemas, apresento-me aqui a pergunta de como eles tendem a ser moldados (por que tipo de experiência), onde se encontram suas raízes e que questões precisam ser formuladas se quisermos desencavá-las.”³⁶⁵. Até porque “Nenhum território soberano, por maior que seja, populoso e dotado de recursos, pode proteger sozinho suas condições de sustento, sua

³⁶⁵ BAUMAN, Zygmunt. **A ÉTICA É POSSÍVEL NUM MUNDO DE CONSUMIDORES?**, p. 8

segurança, sua prosperidade a longo prazo, seu estilo de vida preferencial ou a segurança de seus habitantes.”³⁶⁶

Enfim, constatou-se que o sistema de regulação, notadamente da ANS e da ANATEL, é insatisfatório à nossa realidade, comprometendo a adequada prestação do serviço público, seja porque não se cumprem a contento os princípios da Administração Pública e nem os exige da concessionária quando essa executa o serviço público, seja porque, embora tenhamos o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG), não se executam os resultados da análise do impacto regulatório, seja porque o mesmo, ainda, é incipiente a nossa sociedade de consumo, seja porque não é possível fazer um “transplante” jurídico entre o modelo regulatório dos países desenvolvidos com o dos países subdesenvolvidos, uma vez que há entre eles características que lhes são peculiares e que, por isso, não trarão os mesmos resultados.

Desse modo, a assistência estatal não se restringe ao âmbito horizontal, ou seja, entre seus membros, mas também existe entre o Estado e os partícipes de uma relação jurídica, isto é, há, também, no contexto vertical. Além disso, compete ao Estado, como garantidor maior dos ditames constitucionais, zelar pelos direitos fundamentais do cidadão, *in casu*, o direito do consumidor, o direito da população usuária dos seus serviços públicos, o que, tristemente, não se constatou.

Foi possível verificar que o Sistema Nacional das Relações de Consumo, ao investigar a postura dos agentes que o integram, não está cumprindo satisfatoriamente suas funções e, por isso, termina por afetar a qualidade dos serviços públicos, notadamente na área da saúde e da telecomunicação. Ou seja, o sistema que deveria ser executado conforme planejado, na verdade, encontra-se desarticulado e totalmente desestruturado. Para tanto, foi primordial dissecar o art. 6º, X, da Lei 8078/90, dispositivo legal que estabelece como direito básico do consumidor a adequação dos serviços públicos em geral e que impõe, aos essenciais, a continuidade, segundo o comando do art. 22 da mesma lei, bem como se averiguou que o modelo das agências reguladoras aplicado aos aludidos serviços está totalmente fragilizado, dentre outros fatores, destacados no Terceiro Capítulo, que contribuíram com a aludida situação, têm-se

à falta de reflexão sobre as consequências das intervenções estatais para os administrados, à falta de transparência dos processos decisórios, à excessiva normatização, à falta de revisão das normas vigentes – o que faz com que muitas delas sejam obsoletas ou desatualizadas, especialmente em setores dinâmicos como o de telecomunicações - , à insuficiente concessão de oportunidades de participação

³⁶⁶ BAUMAN, Zygmunt. **A ÉTICA É POSSÍVEL NUM MUNDO DE CONSUMIDORES?**, p. 32

social e à incidência de indevidas influências do setor regulado e do próprio governo³⁶⁷

Mas, diante dos fatores acima mencionados, o modelo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro não suportou a pressão do sistema e se rendeu à captura, até porque não conseguiu conciliar os interesses de investidores privados com a proteção de consumidores contra a conduta abusiva e oportunistas dos investidores, o que constitui, certamente, um desafio complexo aos países subdesenvolvidos, notadamente o Brasil, que saíram de crises econômicas, dispostos a utilizar a regulação como meio de atuação do Estado na economia³⁶⁸.

Dessa forma, consoante entendimento de Diogo R. Coutinho³⁶⁹, com o qual compactuo, “Isso tudo revela uma tendência de que em países em desenvolvimento as privatizações sejam rápidas e a construção de aparatos regulatórios, lenta” e, por isso, faz-se necessário associar a privatização a capacidade regulatória para que haja uma melhoria em cada setor regulado.

Enfim, para que o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor cumpra seu papel na tutela do consumidor, especialmente no amparo ao usuário do serviço público, é imprescindível a harmonização entre os órgãos (público e privado) que o integram, impondo-se ao ente regulador o preenchimento dos seguintes requisitos, a saber: independência (exigindo uma mudança da cultura de centralização); atuação com máxima transparência; prestação de contas à sociedade, exercício de um controle social (essencial para o controle democrático desses organismos); definição com precisão dos limites de sua competência; autonomia financeira e gerencial e, por fim, perfil de excelência técnica dos quadros reguladores; a fim de evitar lesão aos interesses transindividuais e garantir a racionalização e melhoria dos serviços públicos.

Por fim, fez-se um exame, no Quarto Capítulo, sobre as várias modalidades de controle das condições gerais do contrato e observou-se que nenhuma satisfaz, isoladamente, a promoção da defesa do consumidor e, por isso, se o controle for efetuado tanto de forma abstrata quanto concreta, pois naquela se tem uma prevenção administrativa, legislativa e/ou judicial, e nesta, administrativa ou judicial, poderá ser uma forma adequada e efetiva para coibir os abusos constantes quando da elaboração das condições gerais dos contratos face à vulnerabilidade do consumidor. Significa afirmar que se nenhuma das espécies de controle cumpre seu papel se utilizada em particular, então, impõe-se um controle em conjunto ou

³⁶⁷ ALVES, Ana Paula Silvestrini Vieira. **Análise de impacto regulatório e normatização na Anatel**, p. 213

³⁶⁸ COUTINHO, Diogo R. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**, p. 92

³⁶⁹ COUTINHO, Diogo R. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**, p. 96

integrado, ou seja, administrativo, legislativo e judicial, a fim de se tutelar apropriadamente e satisfatoriamente o consumidor. O importante é destacar, repise-se, que a adoção por um determinado controle, não constitui renúncia ao outro.

Por sinal, verificou-se, ainda, que os atos decisórios das agências reguladoras devem, também, ser submetidos a um controle externo pelo Estado, seja através do Poder Executivo (acompanhando o desempenho e a conduta de seus administradores, instalando, se necessário, procedimento de natureza punitiva), Legislativo (fiscalizando a atuação das agências independentes) ou Judiciário (desconstituindo atos gerais ou abstratos ilegais ou abusivos), coibindo-se, enfim, o abuso de direito por parte dos entes reguladores, o que evidencia os princípios da eficiência e racionalidade, bem como a função essencial de um processo administrativo. No mais, discutiu-se sobre a possibilidade de sujeitar as Agências Reguladoras a uma supervisão ministerial e do Chefe do Poder Executivo, permitindo a Administração Pública direta rever os atos regulatórios por meio de um controle administrativo, com fulcro na interposição de recurso hierárquico impróprio contra decisão de entidade autárquica que extrapole sua função reguladora, o qual poderia ser dirigido ao Conselheiro Presidente da Agência Reguladora ou diretamente ao Ministro de Estado que estiver vinculado à agência.

Dessa forma, impõe-se aos termos de ajustamento de conduta firmados pelas agências reguladoras um controle externo do Estado, conforme demonstrado quando da análise do TC 022.280/2016-2, diante de suas ilegalidades e abusividades. No mais, se os compromissos firmados forem pautados em resoluções administrativas já obsoletas ou mesmo contrárias aos ditames consumeristas, devem, conseqüentemente, ser considerados ilegais e abusivos, merecendo, portanto, sua desconstituição através do controle externo do Estado. Assim, sabendo-se que a agência reguladora é órgão criado pelo Estado e este concede autonomia e independência àquela; a concessionária atua em nome do Estado, o qual delega a execução da prestação de serviço público que lhe competia; dúvida não há que a responsabilidade recai sobre o Estado, por não cumprir a contento seu papel de promotor da defesa do consumidor.

Outrossim, constatou-se que os vetos presidenciais ao §3º, do art. 51, e §5º, do art. 54, ambos do CDC, nos quais se atribuíam ao Ministério Público um controle administrativo abstrato preventivo sem prejuízo do controle judicial concreto, propiciou na eliminação de um relevante mecanismo de efetivação de tutela legal do contratante –consumidor, constituindo, reitere-se, em um verdadeiro retrocesso na promoção da defesa do consumidor, bem como

apresentou uma verdadeira incompatibilidade e incoerência com o caráter da legislação de consumo, desrespeitando o comando constitucional do art. 5º, XXXII, onde se impõe uma conduta enérgica por parte do Estado na promoção de defesa do consumidor. Ocorre, felizmente, que, na prática, os aludidos vetos não surtiram o efeito desejado, pois é conferida ao Ministério Público, com fulcro no art. 129, III, da CF/88, a função institucional de promotor de valores sociais; e, quando da análise da função do contrato, que persegue o interesse social, estar-se-á realizando o controle prévio e abstrato pelo Ministério Público, já que compete a esse questionar se as disposições contratuais estariam cumprindo o novo perfil contratual e desempenhando o princípio da socialidade, o qual produz efeitos também àqueles que não estão abarcados diretamente na relação processual.

No mais, verificou-se que houve uma ação efetiva do Estado na formação das condições gerais dos contratos de prestação de serviço público, consubstanciadas nas resoluções e instruções administrativas de suas respectivas agências reguladoras; assim, se o teor dos contratos de concessão se pautar em resoluções ilegais e abusivas, constatar-se-á a contaminação deles, o que implicaria a lesão aos interesses transindividuais. Outrossim, uma vez constatada a incompatibilidade do conteúdo deste contrato com a ideologia da legislação consumerista, poderia o Ente Regulador exercer um controle prévio contratual, por meio da celebração do termo de ajustamento de conduta, o que materializaria, ainda, o sistema de múltiplas portas, e efetivaria o acesso à justiça, se esta ferramenta fosse utilizada corretamente pelo ente, o que não ocorre, como apontado no TC 022.280/2016-2, persistindo em uma inadequada prestação dos aludidos serviços sem sua devida qualidade.

Observou-se, então, que esta ferramenta prévia não é utilizada corretamente pelo nosso modelo regulatório porque não ficou atento às peculiaridades dos contextos em que foram implementados, ou seja, os países em desenvolvimento, como o Brasil, “têm características e problemas únicos que parecem sugerir a importância de estratégias regulatórias distintas daquelas adotadas pela regulação convencional do mundo desenvolvido.”³⁷⁰, a exemplo, das carências e déficits de infraestrutura de serviços públicos. Assim, entre as diversas causas apontadas, no Terceiro Capítulo, da privatização do serviço público em países subdesenvolvidos, como o Brasil, e que repercutiu em ações regulatórias, pôde-se destacar a necessidade de expandir, em larga escala, redes físicas de serviços públicos até então inexistentes, que, por sinal, não se verificou quando da análise, no Quarto Capítulo, do Termo de Ajustamento de Conduta, conforme requisitos ali indicados.

³⁷⁰ COUTINHO, Diogo R. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**, p. 52

Verificou-se, também, a preferência pelo acordo substitutivo a aplicações de multa, pois aquele é certo e esta é incerta, ou seja, no primeiro, ficam logo estabelecidas as obrigações, de maneira certa e exigível, enquanto, na segunda, há possíveis direitos e os deveres ainda podem ser questionados.

Em outras palavras, sustentam Carlos Ari Sunfeld e Jacinto Arruda Câmara³⁷¹ que

Deve existir uma ponderação entre a vantagem da prestadora com a extinção do processo no qual a multa poderia ser aplicada e o porte do investimento e outras prestações assumidas no acordo substitutivo, demonstrando-se a vantajosidade da medida para o interesse público.

E, finalmente, confrontou esse mecanismo de controle prévio com a ideologia da legislação consumerista e com o modelo multiportas, o qual autoriza o exercício da função jurisdicional por outros órgãos administrativos, sob o fundamento do art. 3º do Novo Código de Processo Civil e os arts. 5º, XXXV c/c 174, da Constituição Federal de 1988; constatando que, embora, na teoria, haja uma harmonização entre os fins do instrumento administrativo com o sistema de múltiplas portas, bem como com o caráter da legislação de consumo; na prática, está sendo feito um uso inadequado do termo de ajustamento de conduta, o que inviabiliza a efetividade do acesso à justiça dos interesses transindividuais, seja porque são desrespeitados princípios, seja porque não são observadas as garantias, consubstanciando um mecanismo frágil, de suscetível invalidade ou até de adequação do ajuste, através do controle externo do Estado, uma vez que pode representar uma lesão irreparável a valores indisponíveis. Outrossim, convém, repisar, que a adoção por essa medida é atípica, pois “O certo é que só se admite nulidade do TAC em casos excepcionais. A excepcionalidade justifica-se pela parte envolvida (agente público) e causa determinante (integridade da lei)”; devendo-se evidenciar o aperfeiçoamento desse mecanismo, para que ele possa ser, de fato, considerado instrumento de efetividade dos direitos sociais. Podendo-se pontuar como formas de aprimorá-lo: sua ampla publicidade, enérgica participação dos atores envolvidos, submissão à aprovação do Ministério Público (quando não elaborado por este), homologação judicial melhorando sua credibilidade ou editando uma lei federal para regulamentá-lo.

Dessa forma, conclui-se que o modelo brasileiro de regulação, lamentavelmente, não é protetivo ao consumidor ou à população usuária do serviço público, pois a burocracia do nosso Sistema Nacional de Defesa do Consumidor cria entraves à sua efetivação, uma vez que, na verdade, desconstrói nossa Política Nacional das Relações de Consumo. Embora,

³⁷¹ SUNDFELD, Carlos Ari. CAMARA, Jacinto Arruda. **Acordos substitutivos nas sanções regulatórias**, p. 26

visualize-se uma autonomia doutrinária do nosso Código de Defesa do Consumidor, a desarticulação do nosso sistema reduz sua eficácia normativa. E, ainda, a privatização dos serviços públicos, pautando-se no regime de regulação adotado pelo nosso Estado, não respondeu, a contento, a premissa de universalização e qualidade impostas pela Administração Pública, fadando-se à captura.

Portanto, a presente hipótese a partir da reflexão sobre o papel do Estado junto ao mercado, conectando esse, através da livre iniciativa, e o contrato *standardizado*, na formação de suas condições gerais, é plausível e repercute em um sistema de regulação realizado pela agência reguladora que, por sinal, é órgão econômico e não de defesa do consumidor, e que, de fato, não protege, verdadeiramente e integralmente, a população, usuária desses serviços públicos, que são consideradas consumidoras pela legislação consumerista, no que se pautou a presente tese.

É notório que, geralmente, o conteúdo das condições gerais do contrato se atém a suprir aos anseios individualistas daqueles que a formulam, e, no nosso caso, é o Estado, desrespeitando-se a nova visão contratual, a qual objetiva proporcionar uma justa relação jurídica obrigacional, obrigando-se a refletir os interesses maiores da sociedade, o que não ocorreu, e ocasionou, assim, uma violação ao direito que o consumidor faz jus nos arts. 6º, X c/c 22, ambos do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse ínterim, a hipótese desta tese é a atuação do Estado na elaboração das condições gerais do contrato de prestação de serviço público. Foi demonstrada, esclarecendo que os contratos padronizados, embora sejam frutos do Estado social, não estão nos moldes do novo perfil contratual, pois não se cumpre com sua função social e, portanto, não ampara preventivamente a população, consumidora do serviço público, de possíveis e/ou futuros danos, aliais provoca dano à qualidade dos mesmos. No tocante ao problema, ora debatido, compreendeu-se que a perspectiva moderna do contrato se fez imprescindível diante da necessária participação estatal, de forma incisiva, na formação das condições gerais, através do poder concedido às agências reguladoras, o que repercutiu, ainda que indiretamente, na economia de mercado, e investigou a insatisfação do mecanismo administrativo denominado Termo de Ajustamento de Conduta no esforço pelo equilíbrio contratual na prestação de serviços públicos.

É imperioso, portanto, uma nova atitude estatal, agora mais firme e corajosa com seus propósitos, já que constitui dever do Estado promover a defesa do consumidor, fazendo

sentido os comandos constitucionais, como os arts. 1º, III; 3º, I e III; 5º, XXXII; 170, *caput*, V, e 174, todos da Constituição Federal de 1988. Do mesmo modo, convém repetir que o objetivo primordial da iniciativa econômica privada é o progresso coletivo, que deve, necessariamente, sobrepor-se e não se confundir com os propósitos privados do fornecedor, poder público.

Válido, mais uma vez, transcrever a passagem abaixo, a qual comprova que o contrato se tornou em instrumento de exercício de poder, sob o enfoque da economia globalizada, visto que

As condições gerais dos contratos, verdadeiros códigos normativos privados são predispostos pela empresa a todos os adquirentes e utentes de bens e serviços, constituindo em muitos países o modo quase exclusivo das relações negociais. A legislação contratual clássica é incapaz de enfrentar adequadamente esses problemas, o que tem levado todos os países organizados, inclusive os mais ricos, a editarem legislações rígidas voltadas à proteção do contratante juridicamente vulnerável, apensar da retórica neoliberal.³⁷²

Em virtude do exposto acima, pode-se afirmar que o objetivo geral do presente estudo, o qual consistiu em analisar o conceito e alcance dos efeitos do contrato contemporâneo, notadamente os do serviço público de saúde e telecomunicação foram devidamente atendidos no Segundo e Terceiro Capítulos. Já os objetivos específicos representados da seguinte forma: examinar, detalhadamente, o conceito de contrato na relação de consumo; analisar as condições gerais dos contratos de consumo; bem como identificar os limites do conteúdo das condições gerais do contrato foram todos eles acolhidos no Segundo Capítulo; discorrer sobre as cláusulas dos contratos de prestação de serviço público de saúde e telecomunicação e suas repercussões na vida do consumidor; determinar os meios utilizados pelos fornecedores para elaborar as aludidas condições; delimitar o alcance das condições gerais, com o propósito de demonstrar que o fornecedor age como um verdadeiro “legislador”; comparar o comportamento do fornecedor, no tocante à elaboração das condições gerais do contrato, antes e após o Código de Defesa do Consumidor foram abordados no Segundo Capítulo; equilibrar o princípio da livre iniciativa com o do direito do consumidor; discutir sobre a necessidade da intervenção estatal na formação das condições gerais, a fim de prevenir o consumidor de futuro dano; e, por fim, refletir sobre situações que podem minimizar, atenuar ou, até mesmo, elidir as controvérsias oriundas do tema, a exemplo de um controle preventivo na elaboração das condições gerais ou da adoção do modelo multiportas, através do termo de

³⁷² MARQUES, Claudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 252

ajustamento de conduta, em busca da efetiva promoção da defesa do consumidor foram objetos do Quarto Capítulo.

Oportuno mencionar que o acolhimento dos objetivos aqui traçados foi essencial para compreender que a atividade do fornecedor, poder público, deve abandonar a produção de efeitos puramente individualistas e conservadores na elaboração das condições gerais dos contratos de prestação de serviços públicos, típicos, ainda, do Estado liberal, a fim de realizar seu conteúdo social, preocupado com o ser, figura marcante do Estado social, a saber: a população, consumidora do serviço público.

Por fim, repisa-se, que os parâmetros de segurança metodológica, ora utilizados, não pretendeu tornar a temática desta tese definitiva, mas lhe conferiu, apenas, a inevitável prova de que tanto as premissas empregadas, baseadas nas diversas posições doutrinárias, quanto à conclusão estão consolidadas em pesquisas sérias e orientadas por critérios de coerência e plausibilidade.

A tese, portanto, foi confirmada pela apresentação dos enunciados legais sobre relação de consumo, os quais foram analisados em conjunto e que almejam a tutela do consumidor. Pretendeu-se abordar o tema, repita-se, não só sob o ponto de vista dogmático, mas, também, com o enfoque zetético de caráter social inspirador da Constituição Federal de 1988, posto que se verificaram transformações nas relações jurídicas privadas e sociais, como se pôde notar com o direito do consumidor.

Afinal, é pertinente reiterar que a relevância desse assunto manifesta não só na sua complexidade e, ainda, nos valores de seu conteúdo, diga-se ousado, e por não estar, ainda, bem sedimentada sua compatibilização com a promoção da defesa do consumidor, bem como não está consolidado o conceito de contrato dentro do ordenamento jurídico, posto a pluralidade de fontes materiais e formais que impedem a unidade do pensamento. Não convém, aqui, construir um novo conceito de contrato, pois o mesmo ficaria engessado à época, impossibilitando o cumprimento de sua função social. Insta, ao contrário, desconstruí-lo, admitindo-se suas mais variadas facetas, para que esteja apto a sua funcionalização independentemente do momento em que surge.

Em suma,

A massificação das relações jurídicas, as novas tecnologias e a ciência cibernética, enfim, os novos direitos, já deram conta de alertar sobre as variantes contratuais, que

são tantas. A busca de uma definição que pudesse “resumir” o fenômeno em **único conceito** implicaria um grande lapso³⁷³. (destaques no original)

Contrato é, portanto, uma relação jurídica complexa solidária³⁷⁴, o qual deve compatibilizar mercado com solidariedade, objetivo da nossa Carta Magna, destinando-se à consecução de valores não apenas patrimoniais, mas existenciais, como é o caso dos contratos de prestação de serviço público, zelando-se por sua qualidade, a qual refletirá na qualidade de vida do consumidor. Por sinal, esclarece Bauman que

Não haveria interesse algum na “qualidade de vida” (o próprio conceito dificilmente teria sido inventado) não fosse pela sensação generalizada, muitas vezes vaga, mas sempre aguda e irritante, de que a vida como ela é “não é boa o suficiente”. Discussões sobre qualidade de vida não são tanto sobre decidir como seria uma vida verdadeiramente boa, mas sobre dar alguma carne e osso a esse sentimento de desafeto vago, evasivo. Trata-se de expressar exatamente o que torna a vida como ela é algo não agradável o suficiente e no geral insatisfatória.

[...]

O conceito de “qualidade de vida” tem tido uma carreira tão espetacular no discurso intelectual precisamente por conta da ressonância entre as notórias indefinição e subdeterminação de seus conteúdos e semelhantes características consideradas endêmicas na experiência de vida pós-moderna. As estratégias de vida pós-moderna, assim como a ideia da qualidade de vida, são orientadas pelos princípios heurísticos de “manter as opções em aberto”, do evitar o compromisso e, mais genericamente, de ser cauteloso em relação a “hipotecar o futuro”.³⁷⁵

Por fim, oportuno colacionar a lição de Claudia Lima Marques, Antonio Herman Benjamin e Bruno Miragem acerca da temática, demonstrando a pertinência de sua discussão, *in litteris*:

O tema serviços públicos ainda é um dos mais judicializados e conflitual no Brasil, até mesmo porque as agências, via de regra, não se interessam pela proteção efetiva dos consumidores. Se poderão, as normas do CDC, no futuro reequilibrar esta relação na prática ainda é uma pergunta difícil de responder. Certo é que cabe à administração cumprir as leis e, na realidade, o CDC impõe a ela e a seus concessionários, na condição de fornecedores de serviços e eventualmente de produtos, deveres específicos, muitos deles relacionados ao equilíbrio do contrato. A nova disciplina dos contratos de fornecimento de serviços públicos deverá conciliar as imposições do direitos constitucional com a proteção do consumidor e as prerrogativas administrativas.³⁷⁶

³⁷³ NALIN, Paulo. **Do Contrato: Conceito Pós Moderno**, p. 252

³⁷⁴ NALIN, Paulo. **Do Contrato: Conceito Pós Moderno**, p. 254

³⁷⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Vida em fragmentos Sobre a ética pós-moderna**, pp. 67-68

³⁷⁶ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, p. 272

Urge, assim, observar o papel do Estado à luz da Constituição, devendo esta ser um projeto de transformação da sociedade, impondo-se uma nova visão do instituto codificado, isto é, o contrato, elegendo-se como modelo nossa Lei Maior, a qual se encontra no ápice do nosso sistema e serve como padrão de valores a todo ordenamento brasileiro. É imputado, portanto, ao Estado o dever de promover, verdadeiramente, a defesa do consumidor, não sendo possível se abster deste comando constitucional!

Enfim, corroborando e reforçando o dever estatal para com a sociedade de consumo, convém trazer à baila a lição de Bauman, eis que

Para evitar mal-entendidos, deixemos claro que o Estado social na sociedade de consumo não é nem planejado nem posto em prática como uma alternativa ao princípio da liberdade do consumidor – assim como ele não tencionava ser, nem atuou como, uma alternativa para a ética do trabalho na sociedade de produtores. Os países com princípios e instituições de Estado social firmemente estabelecidos na sociedade de consumidores também têm níveis altíssimos de consumo; da mesma maneira, aquele com princípios e instituições de Estado social firmemente estabelecidos nas sociedades de produtores eram países de indústria próspera. O propósito do Estado social na sociedade de consumidores, assim como na sociedade de produtores, é defender a sociedade contra o “dano colateral” que o princípio guia da vida causaria caso não fosse monitorado, controlado e constringido. Esse Estado foi indicado para proteger a sociedade da multiplicação de fileiras de “vítimas colaterais” do consumismo – os excluídos, os desterrados, as subclasses. Sua tarefa é resguardar a solidariedade humana da erosão e proteger o sentimento de responsabilidade ético do desvanecimento.³⁷⁷

O que não ocorre, lamentavelmente, deixando o consumidor, verdadeiramente, desamparado!

Por sinal,

Ao contrário do que se propaga, inexistente em nosso País a denominada *indústria das indenizações*, mas uma verdadeira *indústria de lesões*, diante da constante violação de direitos, implicando danos provocados às pessoas pelo Estado, pelos fornecedores, em decorrência da celebração de contratos de massa que provocam serviços e produtos massificados, ou ainda pelas partes, nas relações de direito civil.³⁷⁸ (realces no original)

Até porque,

Nas relações de consumo há disposição expressa quanto à prevenção de danos, consoante se verifica do art. 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90):[...]. Essa prevenção refere-se à postura, em um primeiro momento, que os fornecedores devem ter para que o evento danoso não ocorra, evitando, assim, que haja prejuízo aos consumidores ou terceiros, [...]. Em um segundo momento, cabe ao **Poder Público essa incumbência**, seja por intermédio de sanções administrativas (art. 55 do CDC) ou por meio da tutela jurisdicional (arts. 83 e 84 do CDC), sempre **com o escopo de evitar o dano.**³⁷⁹ (destaques de hoje)

³⁷⁷ BAUMAN, Zygmunt. **A ÉTICA É POSSÍVEL NUM MUNDO DE CONSUMIDORES?**, pp.147-148

³⁷⁸ DONNINI, Rogério. **Prevenção de danos e a extensão do princípio neminem laedere**, p.501:

³⁷⁹ DONNINI, Rogério. **Prevenção de danos e a extensão do princípio neminem laedere**, pp. 496-497

Não obstante o flagrante desrespeito ao direito do consumidor, notadamente a qualidade dos serviços públicos, em face de atos normativos arbitrários, que integram os supostos “contratos” de prestação de serviço público, compete a nós, operadores do direito, combater, veementemente, essa injustiça, eis que

A história tem demonstrado, felizmente, que o pessimismo nem sempre se justifica. Até mesmo porque, se o direito é um jogo, e as regras permanecem as mesmas, cabe aos jogadores a tarefa de estabelecer novos paradigmas.³⁸⁰

³⁸⁰COSTA FILHO, Venceslau Tavares. **Direitos fundamentais e relações privadas: crítica à interpretação patrimonializante**, p. 65

REFERÊNCIAS

- AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (Brasil). **Formas de contratação de plano de saúde**. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/contratacao-e-troca-de-plano/dicas-paraescolher-um-plano/formas-de-contratacao-de-planos-de-saude>. Acesso em: 10 mar. 2019.
- AGUILLAR, Fernando Herren. **Serviços Públicos**: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2011
- ALBUQUERQUE, Fabiola Santos. **Princípios Sociais dos Contratos nas Relações de Consumo**. 2002. 243 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2002
- ALBUQUERQUE JÚNIOR, R. P. de; AZEVEDO, Rafael. O consumidor com deficiência: hipervulnerabilidade, decisão apoiada e deveres anexos nas relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 116, p. 51-67, 2018.
- ALBUQUERQUE JÚNIOR, R. P. de. Arrependimento do consumidor na ausência de vício: o prazo de reflexão e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **In-Pactum**, Recife, p. 5, 01 dez. 2009.
- ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. Dirigismo contratual nos contratos de saúde. **Revista da AJURIS**, v. 39, n. 128, p. 219-237, dez. 2012.
- ALONSO, Felix Ruiz. Pessoa, intimidade e o direito à privacidade. *In*: MARTINS FILHO, Ives. **Direito à privacidade**. São Paulo: Centro de Extensão universitária, 2005.
- ALVES, Ana Paula Silvestrini Vieira. Análise de impacto regulatório e normatização na Anatel. **Revista Brasileira de Infraestrutura**, Belo Horizonte, p. 213-243, jul./dez. 2012.
- ALVES, José Ricardo Teixeira. A tutela da boa-fé objetiva no Direito Administrativo. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1917, 30 set. 2008. Disponível em:<http://jus.com.br/artigos/11783>. Acesso em: 16 abr. 2018.
- ALVES, Othon Moreno de Medeiros. Agências reguladoras e proteção do consumidor de serviços de telecomunicações. **Revista de Direito Administrativo**, n.226, p.219-229, out./dez. 2001.
- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 217-219, jul./set. 2001
- ANATEL. **Homologação de Contratos**. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/setorregulado/component/content/article/119-competicao/405-homologacao-de-contratos>. Acesso em: 3 out. 2018.
- ANDRADE, Alexsander Fernandes de. Bom senso para nortear o TAC. **Valor econômico**, v. 15, n. 3545, p. E2, 11 jul. 2014.

ARAGÃO, Alexandre. **O Conceito de Serviços Públicos no Direito Constitucional Brasileiro**. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=353>. Acesso em: 31 mar. 2018.

ARAGÃO, Alexandre. **Serviços Públicos e Direito do Consumidor: Possibilidades e Limites da Aplicação do CDC**. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=297>. Acesso em: 31 mar. 2018.

ARAGÃO, Alexandre. **As Agências Reguladoras Independentes e a Separação dos Poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais**. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=198>. Acesso em: 31 mar. 2018.

ARAGÃO, Alexandre. Agências Reguladoras e Agências Executivas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 105-122, abr./jun. 2002.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e o Novo Código Civil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná**, p. 5-22.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. **A ética é possível num mundo de consumidores?** Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **A sociedade individualizada: Vidas contadas e histórias vividas**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. E-book.

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Zahar, 2000. E-book.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida em fragmentos Sobre a ética pós-moderna**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. E-book.

BELMONTE, Claudio Petrini. Principais reflexos da sociedade de massas no contexto contratual contemporâneo, disposições contratuais abusivas. *In*: BELMONTE, Claudio. MELGARÉ, Plínio (Coord.). **O Direito na sociedade contemporânea: estudos em homenagem ao Ministro José Néri da Silveira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 158-178.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade: de acordo com o Novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BESSONE, Darcy. **Do Contrato. Teoria Geral**. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

BITTAR, Carlos Alberto. Contratos de Adesão e a Defesa do Consumidor. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 29, v. 114, p. 237-252, abr./jun. 1992.

BOLSAN, Fabricio. Serviço Público e a Incidência do Código de Defesa do Consumidor. *In*: BOLSAN, Fernanda Mariela; BOLSAN, Fabricio (Org.). **Leituras Complementares de Direito Administrativo**: Advocacia Pública. Salvador: JusPODIVM, 2010. p. 221-256.

BORBA, Joselita Nepomuceno. Repensando o termo de ajustamento de conduta (TAC): vicissitudes de sua desconstituição. **REVISTA LEGISLAÇÃO DO TRABALHO - LTR**, v.76, n.11, p. 1299-1307, nov. 2012.

BONFANTE, Bruna. O controle das cláusulas abusivas nos contratos padronizados e de adesão por meio de tutelas preventivas e coletivas. **Ciência Jurídica ad litteras et verba**, ano 23, v. 149, p. 91-162, set./out. 2009.

BRANCO, Gerson. **Função social dos contratos**: interpretação à luz do Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **TC 022.280/2016-2**. Disponível em: <http://www.telesintese.com.br/wp-content/uploads/2017/05/TAC-TELEFONICA-TCU-1.pdf>. Acesso em 22 de março de 2018.

BRASIL. TJ-MS. EI: 18002 MS 2006.018002-1/0001.00, Relator: Des. Luiz Carlos Santini, Data de Julgamento: 21/05/2007, 3. Seção Cível, Data da publicação, 21 de setembro de 2007.

BRASIL. TJ-RS. **AC: 70064432420 RS**, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Data de Julgamento: 25 de outubro de 2017, 5. Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça 27 de outubro de 2017.

BRASIL. TJ-RJ - **APL: 03612442920128190001** Rio de Janeiro, Capital 18 vara Cível, Relator: Teresa de Andrade Castro Neves, Data de Julgamento: 27 de julho de 2016, 6. Câmara cível, Data de publicação: 01 de agosto de 2016.

BRASIL. TJ-SP **10095303920178260576** SP 1009530-39.2017.8.26.0576, Relator: A.C.Mathias Coltro, Data de Julgamento: 28 de fevereiro de 2018, 5. Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 01 de março de 2018.

BRASIL. STJ. **REsp 1279622/MG**, Rel. Ministro Humberto Martins, 2. T., j. 06 de agosto de 2015, DJe 17 de agosto de 2015.

BRASIL. STJ. **RMS 26.397/BA**, Rel. Min. Humberto Martins, 2. T, j. 01 de abril de 2008, DJ 11 de abril de 2008.

BRASIL. STJ. **REsp 154448/PE**, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 3. Turma, j. 18 de fevereiro de 2016, DJe 26 de fevereiro de 2018.

BRASIL. STJ. **REsp 802060 RS 2005/0201062-8**, Relator(a):Ministro Luiz Fux, Julgamento: 17 de julho de 2009, Órgão Julgador T1- Primeira Turma, Publicação: DJe 22 de fevereiro de 2010.

BRASIL, STJ. **Súmula nº 608**, Seção 1, julgado em 11 de abril de 2018, DJe 17 de abril de 2018.

BRASIL. STJ. **Segunda Turma afirma competência do Procon para interpretar cláusulas contratuais.** Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Segunda-Turma-afirma-compet%C3%A2ncia-do-Procon-para-interpretar-cl%C3%A1usulas-contratuais. Acesso em 03 de junho de 2018

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Informativo de Jurisprudência.** Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=ans&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 03 out. 2018.

BRASIL. **Projeto de lei do senado nº 97 de 1989.** Brasília: Congresso Nacional. 1989.

BRASIL. **Mensagem nº 664, de 11 de setembro de 1990.** Brasília: Presidência da República. 1990.

BRIZZIO, Cláudia Rita. La teoria general del contrato y el derecho del consumidor . **Revista de Direito do Consumidor**, n. 23-24, p. 13, jul./dez. 1997.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CARLINI, Angélica. A ANS e a efetividade de sua missão dificuldades, perspectivas, controle eficaz dos fornecedores. **Fórum de contratação e gestão pública**, v. 15, n. 176, p. 9-15, ago. 2016.

CAMPOS, Rodrigo Augusto de Carvalho. **O princípio da boa-fé objetiva nos contratos administrativos.** Disponível em: http://anape.org.br/site/wpcontent/uploads/2014/01/004_052_Rodrigo_Augusto_de_Carvalho_Campos_06082009-14h41m.pdf. Acesso em: 16 abr. 2018.

CARPENA, Heloisa. Redesenhando a cidadania: o Ministério Público e a defesa do consumidor. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). **20 anos da Constituição Cidadã de 1988.** Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 327-340.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2016.

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

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Súmula 608-STJ.** Disponível em: <https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2018/05/sc3bamula-608-stj.pdf>. Acesso em: 04 out. 2018.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. **Agências reguladoras no direito administrativo brasileiro.** Recife: O Autor, 1999. 123 f.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 219, p. 253-270, jan./mar. 2000.

CATALAN, Marcos Jorge. **Descumprimento Contratual**: modalidades, consequências e hipóteses de exclusão do dever de indenizar. Curitiba: Juruá, 2005.

CIMINO, Patrícia Esther Amaro. O Código de Defesa do Consumidor como Instrumento Normativo que Legitima o Exercício de Poder do Estado e da Sociedade: Uma análise sob o ponto de vista de Michel Foucault. **Revista Brasileira de Direito da Comunicação social e Liberdade de Expressão**: Doutrina e Jurisprudência, ano 3, v. 7, p. 151-274, jan./abr. 2013.

CONGRESSO NACIONAL (Brasil). **Anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor**. 2018.

COSTA FILHO, V. T. Direitos fundamentais e relações privadas: crítica à interpretação patrimonializante. *In*: COSTA FILHO, Venceslau Tavares; CASTRO JUNIOR, Torquato da Silva. (Org.). **A modernização do direito civil**. Recife: Nossa Livraria, 2011. v. 1. p. 33-70.

COSTA FILHO, Vidalvo Silvino. A agência nacional de telecomunicações: natureza jurídica, delegação de poderes e poder de polícia. **Revista de Direito Administrativo**, n.226, p.81-118, out./dez. 2001.

CÔRTEZ, Rafael Dias. O Regime Da Concorrência no Serviço Público: Exceção ou Regra? *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 391-404.

COUTINHO, Diogo R. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

DAVID, Tiago Bitencourt de. O sujeito(ado) como objeto de proteção do direito: breves comentários a respeito do direito privado à luz da função promocional da constituição federal de 1988. **Revista Jurídica**: órgão nacional de doutrina, legislação e crítica judiciária, ano 58, n. 387, p. 67-85, jan. 2010.

DE CICCIO, Maria Cristina. A pessoa e o mercado. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso internacional de direito civil-constitucional na cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas. São Paulo: Atlas, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Direito Regulatório**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DONNINI, Rogério. Prevenção de danos e a extensão do princípio *neminem laedere*. *In*: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). **Responsabilidade civil**: 270

estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 483-503.

FARENA, Duciran Van Marsen. Regulação e Defesa do Consumidor no setor de telefonia. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 59, p. 26-39, jul./set. 2006.

FARIAS, Talden. Termo de Ajustamento de Conduta e Acesso à Justiça. **Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)**, n. 52, p. 116-124, jul. 2007.

FEITOSA, M.L.P.A.M.; AZEVEDO, Pedro Pontes; CAVALCANTI, H. M. B. Desafios democráticos no novo marco regulatório brasileiro? o caso mal resolvido das Agências Reguladoras. **Nomos**, Fortaleza, v. 26, p. 185-208, 2007.

FEITOSA, M. L. P. A. M. Os sistemas de common-law e de civil-law na determinação do perfil atual dos contratos. **Verba Juris (UFPB)**, v. 5, p. 85-102, 2006.

FERNANDES, Sônia Caetano. **O novo modelo multiportas de solução dos conflitos e a novidade trazida pelo código de processo civil**: Câmaras de mediação e conciliação. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI257653,21048-O+novo+modelo+multiportas+de+solucao+dos+conflitos+e+a+novidade>. Acesso em: 05 out. 2018.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. O Poder Normativo das Agências Reguladoras à Luz do Princípio Da Eficiência. *In*: ARAGÃO, Alexandre (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 271-297.

FERREIRA, Simone Rodrigues. Direito do Consumidor, Serviço Público e Efetivação dos Direitos Sociais. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, p. 36-42, jan. 2007.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2015.

FISCILETTI, Rossana Marina De Seta. Contratos de adesão e condições gerais: diferenças terminológicas no direito comparado. **AREL FAAR**, Ariquemes, RO, v. 2, n. 1, p. 28-53, jan. 2014.

FREIRE, André Luiz. Comentários aos arts. 1º, 2º e 3º da Lei das PPS. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves et al (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 15-50.

FREITAS, Juarez. **Interpretação sistemática do Direito em face das antinomias normativas, axiológicas e principiológicas**. 1994. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1994.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti. BARIONE, Samantha Ferreira. SOUZA, André Evangelista de. A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial – critérios e experiências. *In*: SCHAWARZ, Rodrigo Garcia. **Direito administrativo contemporâneo**: administração pública, justiça e cidadania. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 77-110.

GHESTIN, Jacques. Perspectives pour l'avenir le droit des contrats. *In*: COSTA, José de Faria (Org.). **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**: Um código civil para a Europa, Coimbra, n. 64, 2002.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008

GUERRA, Sérgio. Agências Reguladoras e a Supervisão Ministerial. *In*: ARAGÃO, Alexandre (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 477-507.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Uma releitura do poder de modificação unilateral dos contratos administrativos (*jus variandi*) no âmbito das concessões de serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 107-125, jan./mar. 2000.

JUSTIN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTIN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

JUSTIN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na “Regulação Independente”? *In* ARAGÃO, Alexandre (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 302-332.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do consumidor**: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. São Paulo: Atlas, 2013.

LAZZARINI, Marielena. TRETTEL, Daniela Batalha. A dignidade da pessoa humana e a missão da ANS. **Revista Consulex**, ano 12, n. 282, p. 25, 15 out. 2008.

LEAL, Larissa Maria de Moraes. **Relação de Consumo. AgRg no AREsp 471.670-SP (Rel. Min. João Otávio de Noronha)**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-electronica-2015_240_1_capRelacaoJuridicadeConsumo.pdf. Acesso em: 25 out. 2016.

LEAL, Larissa. Os 18 anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor e os Contratos de Consumo. *In*: **IN-PACTUM**, Recife, ano 1, n. 3, jan./abr. 2009.

LEVI-FAUR, David. Regulation and regulatory governance. *In*: LEVI-Faur, David (Ed.). **Handbook on the Politics of Regulation**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2011.

LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. Contratos de adesão e condições gerais dos contratos. *In*: LOBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. (Coord.). **A Teoria do contrato e o novo código civil**. Recife: Nossa Livraria. 2003. p. 43-76.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições Gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. *In: Revista de Direito do consumidor*, São Paulo, n. 37, jan./mar. 2001.

MARCUCCI, Edoardo. Gare e contratti di servizio nei servizi pubblici locali. *Trasparenza ed efficienza dell'affidamento mediante concessione: il caso del transport pubblico locale*. *In: PERFETTI, L. Polidori, P. (a cura di). Analisi econômica e método giuridico*, Cedam Padova, p. 123-166.

MARINONI, L. G. A tutela específica do consumidor. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*, ano 52, n. 315, p. 7-48, jan. 2004.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, São Paulo, 2016.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Claudia Lima. Boa-fé e combate à frustração dos contratos bancários, financeiros e de crédito ao consumidor no Brasil: reflexões após a entrada em vigor do CC/2002. *In: TORRES, Heleno Taveira (Coord). Tributação nos Mercados Financeiro e de Capitais e na Previdência Privada*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005. p. 241-282.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Serviço Público e Poder de Polícia: Concessão e Delegação**. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=129>. Acesso em: 31 mar. 2018.

MELO, Celso António Bandeira de. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELO, Thiago Dellazari. **A “Captura” das Agências Reguladoras: uma análise do risco de ineficiência do Estado Regulador**. Orientador: Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti. 2010. 127 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte Geral, Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954. t. 1.

MITNICK, Barry M. Capturing “capture”: definition and mechanisms. *In*: LEVI-FAUR, David (Ed.). **Handbook on the Politics of Regulation**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2011. p. 36.

MONTONE, Januário. A dignidade da pessoa humana e a missão da ANS. **Revista Consulex**, ano 12, n. 282, p. 24, 15 out. 2008.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações dos Serviços Públicos**. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=8>. Acesso em: 31 mar. 2018.

NALIN, Paulo. **Do Contrato: Conceito Pós Moderno**. Curitiba: Juruá, 2008.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O direito civil pela perspectiva da autonomia privada: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na pós-modernidade**. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara, 2010.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUNES, Rizzatto. Os contratos de adesão nas relações jurídicas de consumo. *In*: **Revista do Advogado**, ano 32, n. 116, p. 193-203, jul. 2012.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. RIBEIRO, Leandro Molhano. **Utilização de meios de resolução extrajudicial de conflitos no âmbito de serviços regulados por agências governamentais**. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

OLIVEIRA, Gesner **Agências Reguladoras: A Experiência Internacional e a Avaliação da Proposta de Lei Geral Brasileira**. Brasília: CNI, 2004.

PEREIRA, A. G. D. (Org.); CARDOSO, H. R.(Org.); FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer (Org.) . **Hipervulnerabilidade, saúde e humanização do direito civil-constitucional**. 1. ed. João Pessoa: Editora IDCC, 2016. v. 1. 245 p .

PESERNDORFER, Dieter. Risk regulation and precaution. *In*: FAUR-LEVI, David (Edited). **Handbook on the Politics of Regulation**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2011. p. 284-294.

POLI, Paula Ávila. **Súmula 608 do STJ: Código de Defesa do Consumidor não se aplica mais aos contratos firmados com planos de saúde geridos na modalidade de autogestão** Disponível em: <http://slpgadvogados.adv.br/noticias/sumula-608-do-stj-codigo-de-defesa-do-consumidor-nao-se-aplica-mais-aos-contratos-firmados>. Acesso em: 04 out. 2018.

QUINTAS, Fábio Lima. **Um Ensaio sobre a Função da Lei no Estado Democrático de Direito: uma reflexão a partir da obra de Neil MacCormick**. Brasília/DF: Instituto Brasiliense de Direito Publico IDP Ltda, 2014.

RAYMOND, Wilfredo Sanguineti. Privatización de La gestión de servicios públicos y precarización del empleo: la inaplazable necesidad de um cambio modelo. *In*: SCHAWARZ, Rodrigo Garcia. **Direito administrativo contemporâneo: administração pública, justiça e cidadania**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 161-194.

RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. **Regulação e Agências Reguladoras Governança e Análise de Impacto Regulatório**. Brasília: Anvisa, 2009.

RÊGO, Lúcia. **A tutela administrativa do consumidor regulamentação estadual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RELATÓRIO do grupo de trabalho interministerial, análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro, Brasília, set. 2003.

Roppo, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

ROLIM, Luiz Antônio. **A administração indireta, as concessionárias e permissionárias em juízo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANT'ANNA, Lucas. SAADI, Mário. PPS na área da saúde: a rede de atenção básica de Belo Horizonte e o Hospital do Subúrbio de Salvador. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves et al (Coords). **Parcerias Público-Privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 371-381.

SECRETARIA NACIONAL DO CONSUMIDOR. **Boletim Sindec 2012**. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/sindec/anexos/boletim-sindec-2012.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2018.

SECRETARIA NACIONAL DO CONSUMIDOR. **Boletim Sindec 2017**. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/sindec/boletim-sindec-2017.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2018.

SERRANO JUNIOR, Odoné. O termo de ajustamento de conduta e a atuação do Ministério Público pautada pela eficiência. *In*: MINISTÉRIO Público e princípio da proteção eficiente. São Paulo: Almedina, 2016. p. 225-240.

SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo código civil. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo código civil e a constituição**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. O Projeto de Lei 7.419/2006, a reestruturação da assistência suplementar à saúde no Brasil e a necessária atuação do Sistema nacional de Proteção e Defesa do Consumidor (SNDC). **Revista de Direito do Consumidor**, ano 27, v. 116, p. 217-260, mar./abr. 2018.

SILVA, Rodrigo. A regulação do mercado pelo estado brasileiro – equilíbrio entre a defesa do consumidor-usuário dos serviços públicos e a realização do interesse público através de uma interpretação sistemática. **Revista da AJURI**, Porto Alegre, v. 33, n. 104, p. 257-276, dez. 2006.

SILVA, Samira Ribeiro da; NEVES, Gabriela Angelo; RANGEL, Tauã Lima Verdan. Acesso à Justiça e sistema multiportas de composição de conflitos. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 19, n. 154, nov 2016. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18246&revista_caderno=21. Acesso em: 05 out. 2018.

SOUSA, Rosalina Freitas Martins de. **A função jurisdicional adequada e a releitura do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (CRFB/88, Art. 5º, XXXV)**. Orientador: Francisco Ivo Dantas Cavalcanti. 2017. 213 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Função Regulatória**. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=259>. Acesso em: 31 mar. 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. CÂMARA, Jacinto Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, p. 9-26, jan./mar. 2011.

TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Relações de Direito Civil na experiência brasileira. *In: Boletim da faculdade de Direito Stulia Jurídica*, Colloquio de Coimbra, Universidade de Coimbra, n. 48, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

THATCHER, Mark. **Delegation to Independent Regulatory Agencies in Western Europe**. Disponível em: <https://ecpr.eu/Filestore/PaperProposalQ995b4a43-0efc-4fbc-b7eb-b2d026f4c04e.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2018.

THATCHER, Mark. **Regulation after delegation: independent regulatory agencies in Europe**. Disponível em: <https://eclass.uoa.gr/modules/document/file.php/PSPA113/THATCHER%201.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2018.

WALD, Arnold. Contratos de Adesão no Direito Brasileiro. *In: Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 17, n. 66, p. 257-266, abr./jun. 1980.

WEINGARTEN, Celia. La equidad como principio de seguridad econômica para lós contratantes. *In: Revista de Direito do Consumidor*, n. 39, p. 33, jul./set. 2001.

WULF, Sibylle Kessal; FRITZ, Karina Nunes. Experiências com o direito do consumidor europeu: uma análise crítica. *In: Revista dos Tribunais*, v. 934, p. 139-155, ago. 2013.

XAVIER, Marília Pedroso. FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. A Repersonalização das Relações Contratuais Cíveis e de Consumo a partir da obra de Paulo Luiz Netto Lôbo. *In: TEPEDINO, Gustavo. FACHIN, Luiz Edson (Org.). Pensamento crítico do direito civil brasileiro*. Curitiba: Juruá. 2011. p. 93-116.

ZANETTI, Andrea Cristina. **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012.
ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. **La pubblicità nei servizi di telecomunicazione**. Disponível em: <http://www.giur.uniroma3.it/materiale/docenti/zeno/materiale/2.48.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2018.

ANEXO A - TJ-PR - APL: 13017099 PR 1301709-9

Digitally signed by LUIZ LOPES:3383 Date: 2015.03.02 14:33:57 BRT Reason: Validade
Legal Location: Paraná - Brasil

APELAÇÃO CÍVEL N. 1.301.709-9 DO FORO CENTRAL DA COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA, 23.^a VARA CÍVEL APELANTE: UNIMED PAULISTANA SOCIEDADE COOPERATIVA DE MÉDICOS APELADO: GELSON DA SILVA RELATOR: ALBINO JACOMEL GUÉRIOS PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA DE IMPLANTE DE MARCAPASSO CARDÍACO E DESFIBRILADOR. RECUSA ILEGÍTIMA. DANO MORAL CARACTERIZADO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE POR MAIORIA

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1.301.709-9 do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, 23.^a Vara Cível, em que é apelante UNIMED Paulistana Sociedade Cooperativa de Médicos e apelado Gelson da Silva.

Acordam os Magistrados da Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por maioria de votos, em prover em parte a apelação, vencido o Desembargador Luiz Lopes que nega provimento ao recurso, com declaração de voto.

§ 1. Gelson da Silva demanda a condenação da ré, UNIMED Paulistana Cooperativa de Médicos, à cobertura do implante de um marcapasso e um desfibrilador, negado pela ré, e para tanto sustenta que sofreu um infarto e necessita do implante; sustenta que houve dano moral com a recusa.

A ré contestou alegando que o procedimento do qual o autor necessita não está previsto em resoluções da ANS A demanda foi acolhida.

A ré recorre insistindo nos mesmos argumentos deduzidos em primeiro grau, discutindo o valor da indenização e o termo inicial dos juros de mora.

O recurso foi respondido.

É o relatório.

§ 2. Resumo 1. O autor sofre de uma grave cardiopatia, que o levou a necessitar de um cateterismo de câmaras esquerdas com estudo cinecoronário em junho de 2012, após um infarto agudo do miocárdio em janeiro do mesmo ano.

2. O seu médico recomendou-lhe o implante de desfibrilador interno e marcapasso multissítio, placas e eletrotodos e implante de marcapasso multissítio, procedimento negado pela ré em 30 de agosto de 2012, apesar de solicitado em 25 de julho do mesmo ano.

3. O autor pretende agora: (i) o cumprimento coercitivo da prestação a cargo da ré e (ii) a compensação do dano moral.

4. A UNIMED Paulistana, a outra corré, UNIMED Curitiba, foi excluída do processo, contestou dizendo que o procedimento

solicitado não está previsto em resoluções da ANS e que o implante do marcapasso multissítio depende do preenchimento de diretrizes da ANS.

5. O MM. Juiz, em julgamento antecipado da lide, condenou a ré a realizar a cobertura do tratamento e a pagar ao autor R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de indenização do dano moral, com juros de mora desde a data da recusa.

6. Em suas razões de recurso a ré insiste nos mesmos argumentos deduzidos em primeiro grau e, alternativamente, sustenta que o valor da indenização é excessivo e que os juros de mora devem correr da citação.

2.1. Mérito do recurso A enfermidade do autor e a recusa à cobertura do tratamento médico solicitado representam fatos incontroversos. Continuam controvertidos, no entanto: i) o caráter da recusa - se legítima ou ilegítima: legítima porque o procedimento não se encontra previsto no rol da ANS e porque o implante do marcapasso multissítio depende de requisitos

estabelecidos pela mesma agência reguladora, quais sejam:

1. Cobertura obrigatória quando preenchidos todos os seguintes critérios: a. pacientes com fração de ejeção menor ou igual a 35%, em ritmo sinusal, com bloqueio completo de ramo esquerdo; e b. pacientes ambulatoriais com classe funcional III ou IV, apesar de terapia médica recomendada ótima (incluindo betabloqueadores, sempre que possível); e c. pacientes em acompanhamento em ambulatório de referência por pelo menos 3 (três) meses, com dissincronia cardíaca, evidenciada por QRS de duração superior a 0,12 segundos e comprovada ao ecocardiograma.

d.

2. Não é de cobertura obrigatória o implante do marcapasso multissítio/ressincronizador cardíaco (RC) em associação ao cardiodesfibrilador implantável - (CDI).

ii) a configuração do dano moral (e eventualmente o valor da respectiva indenização, ao lado do termo inicial dos juros de mora).

As resoluções da ANS vinculam os contratantes desde que não contrariem as do Código do Consumidor ou as da Lei dos Planos de Saúde, ou a princípios (constitucionais) como o da razoabilidade e proporcionalidade, conforme ressaltado por esta Câmara em outro julgamento, na Apelação Cível 645.486-4:

As omissões ou as disposições normativas da Agência Nacional de Saúde vinculam os contratantes? Até que ponto as normas de uma agência reguladora podem escapar ao controle jurisdicional e, especialmente, ao controle da sua constitucionalidade? São essas, quer me parecer, as questões fundamentais e que pedem o exame, ainda que rápido, de alguns pontos, quais sejam: (a) a extensão dos poderes das agências reguladoras; (b) a natureza do contrato de plano de saúde e dos valores nele envolvidos.

a) As agências reguladoras, mesmo aquelas previstas na Constituição (ANATEL e a ANP), não exercem função legislativa “propriamente dita, com possibilidade de inovar na ordem jurídica, pois isso contrariaria o princípio da separação de poderes e a norma inserida entre os direitos fundamentais, no art. 5.º, II, da Constituição, segundo a qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Ao falar em órgão regulador, está a Constituição reconhecendo ao mesmo a possibilidade de regulamentar a lei a partir de conceitos genéricos, princípios, standards, tal como as agências reguladoras norte-americanas. Além disso, as matérias que podem ser objeto de

regulamentação são única e exclusivamente as que dizem respeito aos respectivos contratos de concessão, observados os parâmetros e princípios estabelecidos em lei. Não podem invadir matéria de competência do legislador”.¹ Os atos normativos editados, por outro lado, mesmo que formalmente compreendidos na competência regulamentadora da agência, não estão imunes ao controle jurisdicional em um Estado Constitucional de Direito e que tem o Direito como uma unidade centrada na Constituição Federal, sem que se possa encontrar no princípio da separação dos poderes um possível impedimento ao controle desses ou dos atos administrativos ou legislativos em geral, princípio que não tem mais o significado que as constituições liberais lhe conferiam, mas, sim, nos dias de hoje, o sentido de “uma divisão de funções especializadas, o que enfatiza a necessidade de controle, fiscalização e coordenação recíprocos entre os diferentes órgãos do Estado democrático de direito. Assim, as diversas figuras que caracterizam os diferentes graus de vinculação à juridicidade (vinculação plena, conceito jurídico indeterminado, margem de apreciação, opções discricionárias, redução da discricionariedade a zero) nada mais são do que os códigos dogmáticos para uma delimitação jurídico-funcional dos âmbitos próprios da Administração e dos órgãos jurisdicionais”.² A partir da ideia de funcionalização, o âmbito do controle dos órgãos da Administração por outros órgãos do Estado aumenta em muito, no Brasil o controle pelo Poder Judiciário, onde vigora

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito administrativo, 17.ª ed., São Paulo: Atlas, 2004,

pp. 407 e 408; e no mesmo sentido: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Curso de direito administrativo, 21.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 167.

2 BINENBOJM, Gustavo, Uma teoria do direito administrativo. Direitos fundamentais, democracia e

constitucionalização, Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2006, p. 40.

o “sistema de jurisdição única, de sorte que assiste exclusivamente ao Poder Judiciário decidir, com força de definitividade, toda e qualquer contenda sobre a adequada aplicação do Direito a um caso concreto, sejam quais forem os litigantes ou a índole da relação jurídica controvertida.

Assim, o Poder Judiciário, a instâncias da parte interessada, controla, in concreto, a legitimidade dos comportamentos da Administração Pública, anulando suas condutas ilegítimas, compelindo-a àquelas que seriam obrigatórias e condenando-a a indenizar os lesados, quando for o caso. Diz o art. 5.^o, XXXV, da Constituição brasileira que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciária lesão ou ameaça de lesão”.³ Não se deve mais falar, assim, em uma discricionariedade fixa, mas em graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade, definidos por princípios como o da moralidade administrativa, eficiência e, principalmente, ao reconhecimento da eficácia normativa dos princípios jurídicos, designadamente dos princípios constitucionais, graus de vinculação que se podem resumir deste modo: “I) quanto maior o grau de restrição imposto a direitos fundamentais (tanto em proveito de outros direitos fundamentais, como em prol de direitos fundamentais, como em prol de interesses difusos constitucionalmente consagrados), mais intenso deve ser o grau do controle judicial. Este standard é uma decorrência da adoção, no sistema brasileiro, do judicial review, tanto em relação aos atos legislativos (controle de constitucionalidade), como em relação a atos administrativos (controle de juridicidade). Com efeito, sua adoção aponta para a necessidade da defesa dos direitos básicos dos cidadãos, especialmente daqueles ubilicalmente ligados ao arcabouço jurídico-institucional da democracia, por órgãos independentes e insulados tanto da política-partidária como da burocracia do Estado. Sendo uma opção do modelo adotado no país, os juízes devem exercer um escrutínio mais severo sobre medidas restritivas de tais direitos. Em uma sintonia ainda mais fina, a intensidade do controle deve ser tão maior quanto mais próximo o

3BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Curso de direito administrativo, 21.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 900.

direito fundamental restringido esteja ao princípio democrático e ao sistema de direitos fundamentais.

II) quanto maior o grau de objetividade extraível dos relatos normativos incidentes à hipótese em exame, mais intenso deve ser o grau do controle judicial. Aqui, além da tipologia da norma aplicável (numa escala decrescente de densidade normativa: regras, conceitos indeterminados ou princípios), o magistrado deverá levar em conta critérios de lógica (e.g., se a medida é abstrata e genérica, o exame da proporcionalidade deve ser feito no plano da abstração e generalidade; se a medida é concreta, o exame de proporcionalidade deve ser feito no plano individual e específico em questão) e de coerência (e.g., respeito aos parâmetros da objetividade construídos nos precedentes).

III) quanto maior o grau de tecnicidade da matéria, objeto de decisão por órgãos dotados de expertise e experiência, menos intenso deve ser o grau do controle judicial. Por evidente, esse standard é inaplicável aos casos em que a autoridade técnica é competente para proferir decisão de conteúdo estritamente político; IV) quanto maior o grau de politicidade da matéria, objeto de decisão por agente eleitoralmente legitimado (Chefe do Executivo e parlamentares, por exemplo), menos intenso deve ser o grau de controle judicial. Por evidente, esse standard é inaplicável aos casos em que autoridade política é competente para proferir decisão de conteúdo estritamente técnico.

IV) quanto maior o grau de efetiva participação social (direta ou indireta) no processo de deliberação que resultou na decisão, menos intenso deve ser o grau do controle judicial. Este standard é aplicável também aos atos legislativos, conforme o grau de consenso democrático para sua aprovação”.⁴

Em termos gerais, e concluindo, nas relações administrado- Administração, será “imperioso reconhecer que existe direito à proteção judicial toda vez que (a) a ruptura da legalidade cause ao administrado um agravo pessoal do qual estaria livre se fosse mantida íntegra a ordem jurídica, ou (b) lhe seja subtraída uma vantagem a que acederia ou a que se propõe nos termos da lei a aceder e que pessoalmente desfrutaria ou faria jus a disputá-la se houvesse a ruptura da legalidade”.⁵ O controle deve, portanto, compreender a pertinência do ato regulamentador à competência reguladora da agência,

4 BINENJOJM, Gustavo, ob. c., p. 236.

5 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, ob. c., p. 902.

servindo aqui como limite as disposições legais, que não poderão ser contrariadas, e o plano constitucional, ou seja, a conformidade do conteúdo dos normativos aos imperativos constitucionais (controle também das omissões, assim como ocorre com o controle das omissões legislativas).

b) O contrato de plano de saúde é de consumo, inegavelmente de consumo. Basta o recurso aos conceitos de consumidor e de fornecedor adotados pelo Código do Consumidor para assim se concluir. Com efeito, será de consumo o contrato que possuir lado a lado um consumidor, autêntico ou por equiparação, e um fornecedor. Para o que interessa ao caso: consumidor autêntico é o consumidor que adquire o produto ou o serviço como destinatário final, como último agente da cadeia de consumo. Adquire-os para usá-los em proveito próprio e não para recolocá-los no mercado de consumo atuando como empresário. Fornecedor, por sua vez, é a pessoa jurídica ou natural ou mesmo ente despersonalizado que, com habitualidade e mediante remuneração, presta serviços ou produtos no mercado de consumo. Esses requisitos estão presentes nos contratos de plano de saúde ou de seguro saúde: a UNIMED atua no mercado de prestação de serviços de assistência médico- hospitalar, serviços que, também indubitavelmente, destinam-se ao uso próprio dos aderentes, ou de pessoas físicas que os consomem, que os aproveitam como destinatários finais (com consultas médicas, internamento em hospitais, exames etc.), donde as seguintes conclusões: (a) o contrato dos autos é de consumo e, portanto, (b) o julgamento do mérito deve partir não do Código Civil, mas do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido:

“Pode-se dessarte inferir que toda relação de consumo: a) envolve basicamente duas partes bem definidas: de um lado, o adquirente de um produto ou serviço (‘consumidor’), e, de outro, o fornecedor ou vendedor de um produto ou serviço (‘produtor/fornecedor’); b) tal relação destina-se à satisfação de uma necessidade privada do consumidor; c) o consumidor, não dispendo, por si só, de controle sobre a produção de bens de consumo ou prestação de serviços que lhe são destinados, arrisca-se a submeter-se ao poder e condições dos produtores daqueles mesmos bens e serviços”.⁶

No sentido da natureza do plano de saúde:

“A jurisprudência brasileira é pacífica ao considerar tais contratos, tanto os de assistência hospitalar direta, como os de seguro-saúde, ou de assistência médica pré-paga como submetido às normas do CDC”⁷

“Ao limitar a cinco dias a internação em UTI, conferindo exclusivamente ao Convênio Médico a possibilidade de prorrogação desse prazo, sem sequer fixar-lhe um critério para isso, a disposição contratual guerreada mostra-se de um lado como exagerada vantagem para a demandada prestadora de serviços, e, de outro ângulo, é verdadeira restrição de direito que decorre naturalmente de um ajuste.

Portanto, isto estabeleceu uma desvantagem exagerada para o conveniado, impondo-se a nulidade da cláusula também com apoio no art. 51, IV, do CDC”⁸.

Da natureza de consumo do contrato de plano de saúde, por sua vez, resultam estas consequências: 1) Uma maior ênfase a um direito que tem fundamento constitucional, está previsto no Código do Consumidor (arts.

4º, IV, 6º, III, 46 e 52 do CDC, dentre outros) e decorre do princípio da boa-fé objetiva: o direito à informação. Justifica- o em um primeiro plano a própria estrutura do Estado

6 FILOMENO, José Geraldo Brito, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, obra conjunta, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 26, 1991.

7 MARQUES, Cláudia Lima, Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 4ª ed., São Paulo: RT, 1998, p. 403.

Democrático de Direito, que pressupõe participação e esta, por sua vez, a informação: para que possa reagir e atuar na tomada de decisões políticas o cidadão necessita da informação correta e completa prestada pelo Estado, por agências intermediárias ou por outras pessoas. O mesmo ocorre na proteção de outros direitos fundamentais não relacionados aos direitos políticos ou aos direitos de cidadania: para que possa proteger a sua honra, tem a pessoa direito ao acesso a cadastros, repartições etc. (artigo 5º, inciso XIV, e ainda os incisos XXXIII, LXXII, por exemplo).

Nas relações interindividuais, de consumo ou não de consumo, para que o contratante possa contratar livre e conscientemente, a contraparte deve informá-lo de modo conveniente a respeito de todos os aspectos do contrato, existindo para os contratos de consumo princípios e regras específicas, como a do artigo 6º, inciso III, 46 e 52 do Código de Defesa do Consumidor. Mas não basta qualquer informação; esta há de ser adequada, capaz de levar o consumidor a compreender com exatidão os seus direitos e deveres:

“O direito fundamental à informação visa à concreção das possibilidades objetivas de conhecimento e compreensão por parte do consumidor típico destinatário do produto ou do serviço.

Cognoscível é o que pode ser conhecido e compreendido pelo consumidor. Não se trata de fazer que o consumidor conheça e compreenda efetivamente a informação, mas deve ser desenvolvida uma atividade razoável que o permita e facilite. É um critério geral de apreciação das condutas em abstrato, levando-se em conta o comportamento esperado do consumidor típico em circunstâncias normais. Ao fornecedor incumbe prover os meios para que a informação seja conhecida e compreendida”⁹.

8MENEZES, José Carlos, Código do Consumidor, Jurisprudência Seleccionada, São Paulo: Bookseller, 1996, p. 183.

9 NETTO LÔBO, Paulo Luiz, Deveres gerais de conduta nas obrigações civis, in Questões controvertidas..., ob. c., p. 92.

2) Todo contrato de consumo deve assegurar a adequada satisfação dos interesses do consumidor, especialmente os interesses que correspondem imediatamente à dignidade da pessoa humana, como a saúde. Tal decorre do sistema do Código de Defesa do Consumidor, que quer que os produtos e serviços não sejam perigosos ou tenham a sua natural potencialidade de risco reduzida segundo os avanços científicos, que eles sejam fornecidos na quantidade e com a qualidade prometida e esperada, que os direitos dos consumidores sejam efetivamente respeitados etc., e da própria Constituição Federal, que ordena a proteção irrestrita da dignidade humana. O sistema de saúde privado, nessa linha protecionista e de efetividade, tem de, necessariamente, dar resposta às necessidades dos usuários; a operadora deve oferecer aos consumidores o máximo possível, dar-lhes a maior cobertura possível, a fim de que o contrato de plano de saúde realize a sua função social e os interesses privados protegidos pela norma e idealizados pelas partes. Justifica-o também os princípios da

equivalência contratual e da boa-fé: na medida em que há uma contraprestação, espera-se, salvo prova em contrário, que os valores despendidos pelo consumidor serão adequados e correspondentes a um serviço eficiente e efetivo, capaz de protegê-lo convenientemente.

Eventual cláusula de não-cobertura em hospital não-convênio ou não cobertura de determinado tratamento médico-hospitalar, poderá ser questionada a partir do artigo 51, parágrafo 1.º, do Código do Consumidor. Ou seja: em princípio a não-cobertura plena coloca em risco o próprio objeto do contrato de plano de saúde, na medida em que mantém o usuário em uma situação de risco contrária ao

programa contratual, programa que tem em vista a proteção da saúde do consumidor; embora devendo prestar um serviço adequado e eficiente, a operadora simplesmente forneceria um serviço incompleto, sem justificativa alguma, sem justificativa em termos de razoabilidade ou proporcionalidade; embora visando garantir a sua saúde, o consumidor veria esse objetivo frustrado. Para se escapar a um óbice assim e ao vício de ineficácia da cláusula, porque abusiva, deve-se recorrer ao princípio da razoabilidade, que recomenda que o contrato como um todo seja interpretado da seguinte maneira: assegurado contratualmente determinado tratamento, todos os procedimentos e técnicas médicos necessários para a cura do paciente e que integram o tratamento permitido estarão também cobertos. Será desarrazoado dizer, por exemplo, que o tratamento de angiologia é assegurado, mas não as técnicas necessárias para o adequado tratamento médico, ou que o tratamento de quimioterapia ou radioterapia é garantido, mas por um breve período de tempo insuficiente para a cura. Equivaleria a exegese contrária à redução do programa e do objeto contratual. O tratamento médico estaria ao mesmo tempo assegurado e afastado, formalmente previsto, mas praticamente inacessível, em evidente conduta desarrazoada (entendido o postulado da razoabilidade como equidade, medida e adequação com a situação fática). Por outro lado, apegando-se à boa-fé objetiva: a leitura do contrato dessa forma, em obediência a esse postulado, é conforme com uma conduta da operadora esperada pelo consumidor mediano.

Este interpreta o contrato desse modo e atua dentro da legítima confiança despertada por essa razoável maneira de compreender as cláusulas contratuais, e existindo uma situação de confiança legítima, a solução judicial deve tutelá-la, mantendo a declaração contratual tal como interpretada.

Pois bem, permitido o exame crítico dos atos da Agência Nacional de Saúde, mesmo as omissões, ou não inclusão de certos tratamentos, qual a consequência disso para o caso em julgamento? Todos os atos jurídicos em geral, incluindo os normativos, mais ainda os restritivos de direitos fundamentais, devem ser interpretados a partir de princípios como o da conformidade à Constituição Federal, da razoabilidade, da proporcionalidade, da unidade e supremacia da Constituição etc.

Especificamente um princípio, ou, melhor, um postulado, tem especial relevância ao caso: o da razoabilidade, para o qual interessa a relação entre critério e medida e que pode ser visto também como razoabilidade-equivalência, ou seja: de correspondência, a partir de critérios quantitativos e qualitativos, entre o que se busca com a medida e as consequências desta¹⁰. Ainda, como atos normativos que passam a regular contratos de consumo, as resoluções da ANS devem ser confrontadas com as normas do Código do Consumidor para se evitar um ato capaz, quando e se introduzido no contrato de plano de saúde, de redundar em uma cláusula abusiva.

Qual a razão para a exclusão da radioterapia com intensidade modulada se a radioterapia em geral é permitida pela resolução da Agência Nacional de Saúde e pelo contrato? A ré nada menciona a respeito para justificar uma interpretação restritiva à resolução. Prende-se a UNIMED a uma suposta literalidade do texto e à impossibilidade da sua interpretação extensiva. Isso é pouco. Nenhum texto normativo pode ser interpretado literalmente, muito embora o método gramatical constitua o primeiro passo do trabalho hermenêutico. Por outro

lado, a interpretação extensiva somente é vedada para os atos normativos excepcionais, que restringem direitos. A adequada interpretação da resolução, assim, deve orientar-se, especialmente, pelo princípio (postulado) da razoabilidade, pesquisando-se o eventual critério para a suposta restrição de uma espécie do gênero radioterapia. Razoavelmente, como entender a permissão para a cobertura da radioterapia em geral e a restrição para a de intensidade modulada? Se o critério é o de preservação do equilíbrio contratual -- equilíbrio entre valor da prestação e custo do tratamento --, então seria necessário que dos autos constassem elementos suficientemente idôneos a indicar, por exemplo, o custo maior da de intensidade modulada em comparação com a intensidade não-modulada, digamos.

Ocorre que nada o revela, sem que se possa entrever, por sua vez, outra razão plausível para o discrimen. Como justificar o tratamento desigual para espécies do mesmo gênero? Na falta de dados que revelem não possuir os dois tratamentos as mesmas vicissitudes relacionadas com o custo, é possível o emprego do argumento da divisão. Daí a não-razoabilidade de uma possível diferenciação. Somente seria possível a diferenciação e eventualmente a exclusão de algumas espécies de radioterapia se, justificando-o, concorressem dados médicos indicando a sua ineficiência clínica ou o seu maior custo econômico, exorbitantemente

10ÁVILA, Humberto, Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 6.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 141.

maior a ponto de colocar em risco a economia do contrato. Na falta de dados como esses, é de se concluir que a não cobertura do tratamento de que a autora necessita é desarrazoada na medida em que coloca em risco, como dito, um valor essencial, a dignidade da pessoa.

A partir da ideia de razoabilidade como equivalência, portanto, pode-se dizer que a interpretação dada pela ré é inadequada, contrária ao postulado da razoabilidade.

Prosseguindo. A exclusão, se vingasse, importaria na introdução no contrato de uma cláusula abusiva, exatamente pela falta de correspondência entre a exclusão e o princípio da justiça contratual. Sem que se provasse nos autos eventual não-correspondência entre prestação e custo do tratamento, de modo a, eventualmente, onerar indevidamente a ré, se estaria simplesmente afrontando, com a recusa, um direito do consumidor e que constitui a verdadeira razão de ser do contrato de plano de saúde, que tem por objeto a efetiva garantia da saúde do aderente (art. 51, CDC).

A interpretação favorável à autora, por fim, concorre para a máxima efetividade dos direitos fundamentais -- na falta de uma justificativa razoável para a restrição ao direito do consumidor e fundamental à saúde, hão de prevalecer os princípios que justificam a proteção contratual do usuário.

De qualquer modo, a título de argumento, ainda que a exegese dada pela ré à resolução da ANS fosse a mais adequada, ainda assim a boa-fé objetiva impunha à UNIMED um dever acessório de conduta: o de informar a autora sobre a restrição, inserindo no contrato ou em avisos posteriores a eventual não cobertura do tratamento com IRMT.

Enfim, e resumindo: o ato da ANS não exclui o tratamento indicado à autora; e ainda que excluísse, teria a ré

descumprido o dever de informar, necessário para que a autora pudesse, ciente da restrição, adotar providência para a melhor proteção da sua saúde.

Dizendo de outro modo:

Demais disso, serve o Código como baliza para o exercício da atividade da Agência reguladora do setor, a ANS. Quando se faz esta afirmação, não se quer apenas evidenciar que a ANS deva também, e não apenas o Judiciário, interpretar a LPS de acordo com os princípios do CDC, ou aplicar as normas insculpidas nesse Código na sua atividade fiscalizatória. O que se preconiza é mais que isto. Afirma-se, aqui, que mesmo os poderes normativo e regulamentar da ANS devem ser exercidos com observâncias das normas insertas no CDC, inclusive os seus princípios, revelando-se ilegais, ofensivos à ordem jurídica, sempre que

desses limites discreparem, sujeitando-se ao controle judicial em tais hipóteses.

O que não se pode conceber é que a ANS, como sói acontecer, se arvore em legislador para, a pretexto de exercer poderes que lhe são pretensamente conferidos pela LPS e Lei 9.961/2000, violar o CDC, norma de ordem pública e origem constitucional.

...

Realmente, causa perplexidade a constatação de que, frequentemente, fontes normativas da mais elevada hierarquia no ordenamento jurídico, como a Constituição federal e, abaixo dela, o Código de Defesa do Consumidor, suas regras e, sobretudo, princípios, são ignoradas quando da elaboração de atos administrativos editados a pretexto de regular os contratos de aqui se trata. A pirâmide normativa é colocada de ponta-cabeça, numa agressão colossal à concepção sistêmica do direito.

...

Aqui, o grande problema consiste em interpretar-se as referidas normas como se houvessem outorgado à ANS poderes para definir, num elenco exaustivo, os procedimentos e eventos em saúde cuja cobertura é obrigatória, ficando excluídos dessa obrigatoriedade aqueles que não ingressarem na listagem...

Ora, se a Lei determinou cobertura abrangente, não pode a norma administrativa, pela sua condição hierárquica inferior, limitar o que a Lei não limitou.

A dinâmica da medicina atual, em constante e virtinosa evolução, com cotidianas descobertas científicas, é absolutamente incompatível com a existência de um rol fechado de procedimentos, em numerus clausus, fora dos quais não seria obrigatória a cobertura assistencial pelos planos de saúde.¹¹

No caso específico dos autos: 1) própria ré admite que o implante de marcapasso multissítio é um procedimento autorizado pela ANS (p. 76), embora restrito a certos critérios - e talvez a recusa da UNIMED fundamente- se nesses critérios, eventualmente não satisfeitos - a contestação não é clara a respeito (nela a ré sustenta que o procedimento não se encontra coberto) - ou, talvez, na associação do marcapasso com o desfibrilador implantável; 2) se a recusa deu-se por que a associação não está prevista no rol da ANS, então: (i) a omissão na lista de procedimentos autorizados não implica, como visto, na não-cobertura, por terem as resoluções da ANS caráter de uma enumeração numerus clausus, e daí a possibilidade da associação; (ii) seria necessário, por outro lado, a prova da razoabilidade do veto pela agência reguladora à associação do marcapasso com o desfibrilador; e a respeito não há evidência alguma, quer do ponto de vista médico, quer do ponto de vista de justiça contratual, de cálculos atuariais etc.; 3) indicando a necessidade do procedimento médico e o preenchimento de todos os requisitos previstos pela ANS para o implante do desfibrilador e do marcapasso há a recomendação do médico assistente, em nenhum momento contraposta pela ré.

Desse modo, é de se admitir como não vedado o procedimento de que o autor necessita.

Nesse mesmo sentido:

PLANO DE SAÚDE AÇÃO COMINATÓRIA APELADO PORTADOR DE TAQUICARDIA VENTRICULAR SUSTENTADA COM INSTABILIDADE HEMODINÂMICA, A QUEM FOI PRESCRITO O IMPLANTE DE MARCAPASSO DESFIBRILADOR RECUSA DA SEGURADORA, SOB O FUNDAMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL EXCLUDENTE E INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 9.656/98 AOS CONTRATOS FIRMADOS ANTERIORES AO SEU ADVENTO - DESCABIMENTO PREVISÃO DE COBERTURA DE CIRURGIA CARDÍACA MARCAPASSO INERENTE AO ATO CIRÚRGICO PRECEDENTES CONTRATO DE TRATO SUCESSIVO APLICAÇÃO DO CDC E DA LEI 9.656/98 SENTENÇA MANTIDA RECURSO DESPROVIDO.(TJ-SP - APL: 234687720118260011 SP 0023468-77.2011.8.26.0011, Relator: Theodureto Camargo, Data de Julgamento: 04/07/2012, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 31/07/2012) AGRAVO DE

INSTRUMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER.

CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. CIRURGIA. CARDÍACA.

IMPLANTAÇÃO DE MARCA-PASSO BIVENTRICULAR.

RISCO DE MORTE SÚBITA. RECOMENDAÇÃO MÉDICA.

AUSÊNCIA DE COBERTURA. ABUSIVIDADE. NULIDADE À LUZ DO CDC. SÚMULA 469 DO STJ. DIREITO À SAÚDE.

RECURSO PROVIDO. 1. É inidônea a recusa de realização de implante de cardio-desfibrilador com fundamento de que ele não consta na lista de procedimentos básicos da ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar. A previsão de cobertura mínima não exclui o dever de garantir assistência indispensável em hipóteses de inequívoca necessidade. 2. A operadora de plano de saúde não pode eximir-se do dever de prestar assistência e tratamento médico em hipótese e urgência com risco de morte súbita. 3. As cláusulas limitadoras dos direitos do consumidor que o coloquem em extrema desvantagem e sob risco de morte, são nulas de pleno direito. 4. A jurisprudência sumulada do Superior Tribunal de Justiça entende que “Aplica-se o Código de

11 SAMPAIO, Aurisvaldo, Contratos de plano de saúde, 1.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 267 e ss.

Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde” (Súmula 469-STJ). 5. Recurso conhecido e provido. (TJ-DF - AGI: 20140020150114 DF 0015121-14.2014.8.07.0000, Relator: ALFEU MACHADO, Data de Julgamento: 24/09/2014, 1.^a Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 02/10/2014. Pág.: 70) Plano de saúde Paciente com 83 anos e portador de taquicardia ventricular, com sério risco de morte súbita Necessidade de realização de cirurgia para o implante de marcapasso com desfibrilador “CDI” Negativa de cobertura sob a alegação de expressa exclusão contratual [cláusula 6.26] e por não constar do rol de procedimentos da ANS Inadmissibilidade Exclusão que contraria a função social do contrato [art. 421 do CC] Procedimento, ademais, que fora incluído no rol de coberturas mínimas obrigatórias da ANS [RN n^{os} 167, 211 e 262] - Manutenção da decisão que condenou a SUL AMÉRICA em arcar com todas as despesas decorrentes do procedimento realizado pelo autor - Ocorrência de danos morais, na hipótese, mantido o valor de R\$ 10.000,00 fixado na r. sentença Não provimento.(TJ-SP , Relator: Enio Zuliani, Data de Julgamento: 22/05/2014, 4.^a Câmara de Direito Privado).

Remanesce a questão do dano moral.

Tal decidido por esta Câmara em outra oportunidade, o descumprimento do contrato de plano de saúde pode ou não causar dano moral - definido como a consequência desvaliosa da ofensa a direitos da personalidade -, quando a recusa do tratamento médico (i) ou agravar o estado de saúde do usuário do plano ou, não ocorrendo isso, ou seja: a ofensa ao direito à saúde, (ii) a recusa acarretar uma situação que perturbe gravemente a integridade psíquica do enfermo. Para essa segunda hipótese será preciso descer-se ao caso concreto, tomando-se em conta a gravidade da doença, a reação do usuário ao receber a recusa, as dificuldades que ele encontrou, por exemplo, para conseguir os recursos financeiros para a cobertura do tratamento recusado pela operadora, o tempo de espera, etc.

Apenas o não cumprimento da prestação pela operadora do plano, sem o dano, não autorizará a indenização; eventualmente poderá conduzir a penalidades administrativas pela agência reguladora.

Nesse sentido o voto na Ap. Cív. n. 1.193.655-7:

Conforme esta Câmara tem decidido, o descumprimento do contrato pode ou não causar dano moral dependendo ou do bem tutelado pela norma jurídica e pela norma contratual e lesado ou das consequências do descumprimento na vida (de relações, ou privada, ou íntima, ou psíquica) do contratante inocente. Também de acordo com esta Câmara, embora o dano moral não possa ser conceituado como sofrimento da alma, profunda dor experimentada pela pessoa,

mas como consequência da ofensa a direitos da personalidade, porque dentre esses direitos encontra-se o direito à integridade psíquica, há situações em que o juiz pode partir de máximas da experiência comum e definir que, naquele específico caso, porque comumente as pessoas reagem de determinada forma diante do infortúnio e sofrem intensamente, independente de produção de provas orais ou pericial, existe um dano moral, ou, por outras palavras: uma grave perturbação à integridade psíquica da pessoa.

Nesse sentido a Ap. Civ. 674.664-6:

“O rompimento ou o descumprimento de um contrato pode causar danos morais desde que disso resulte lesão a um direito fundamental, à dignidade da pessoa humana, à integridade psicofísica do contratante, como ocorre com sentimentos negativos e que, por serem negativos, causam um sofrimento do espírito: `Relações patrimoniais têm também suscitado lesões de cunho moral, dada a interpenetração de interesses e diversidade de efeitos que das ações humanas podem advir. Suscetíveis de surgir em negociações preliminares, em relações contratuais, ou mesmo, depois de extinto o vínculo ensejam elas a reparação pela teoria em análise, como, por exemplo, de promessas unilaterais enganosas, de declarações de intenção dissociada da real vontade do interessado, de descumprimento de obrigações assumidas por meio de contrato...

A frustração de objetivos visados é que, nessa área, produz os danos morais, no exato ponto em que atinge a moralidade ou afetividade do lesado, como em certas modalidades de contratos, embora em quaisquer outras posições negociais se possam sentir os mesmos reflexos negativos.’¹²

12 BITTAR, Carlos Alberto, *Reparação Civil por Danos Morais*, São Paulo: RT, 1993, p. 189 e 191.

“Quizás sea más preciso decir que en el incumplimiento contractual mas aún que la existencia y gravedad del perjuicio económico, se debe atender o debe preocupar la índole de los bienes o servicios de los cuales se ve privado uno de los celebrantes -- bienes ou servicios que son el contenido de las prestaciones, objeto de las obligaciones nacidas del negocio -- y el efecto que la privación tiene, por lo normal, en los estados de espíritu de una persona.’¹³

Contratos como o dos autos envolvem diretamente um direito fundamental, o direito à saúde. A negativa de cobertura a determinado tratamento etc. pode, assim, de modo direto, pela privação dos meios e recursos necessários para a cura da enfermidade, causar um dano moral. Pode também, mesmo sem colocar em risco o direito à saúde, causar um dano dessa natureza quando, por exemplo, a recusa ou a demora provocar não o agravamento da doença mas uma aflição maior ao usuário. Aí já se estará falando em violação a outro direito fundamental: do direito à integridade psíquica, ao direito de não ser perturbado em sua psique, de não ter de experimentar sentimentos negativos que causem sofrimento anímico, mais ainda em pessoas bastante idosas como o autor, para as quais a sensibilidade às doenças aumenta, pelo temor natural de que a sua natural debilidade física acelere o processo mórbido.

Nesse sentido, destacando esse aspecto:

“II - Em determinadas situações, a recusa à cobertura médica pode ensejar reparação a título de dano moral, por revelar comportamento abusivo por parte da operadora do plano de saúde que extrapola o simples descumprimento de cláusula contratual ou a esfera do mero aborrecimento, agravando a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, já combatido pela própria doença.

Precedentes. Agravo Regimental provido’ (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1096560/SC AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL2008/0219183-5).

“Civil. Ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Negativa ilegal de cobertura, pelo plano de saúde, a atendimento médico de emergência. Configuração de danos morais.

- Na esteira de diversos precedentes do STJ, verifica-se que a recusa indevida à cobertura médica pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito daquele. Recurso especial provido'. (STJ, REsp 907718/ES RECURSO ESPECIAL 2006/0266103-0).

13ITURRASPE, Jorge Mosset, Responsabilidad por Daños, t. IV, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1986, p. 76.

No caso dos autos, o estado de saúde do autor era gravíssimo. Ele sofrera um infarto meses antes e continuava com um bloqueio de coronária (p. 25). Ainda: o procedimento foi solicitado em 25 de julho de 2012, sobrevivendo a recusa da ré em 30 de agosto, enquanto que a liminar antecipado de tutela foi deferida em 23 de outubro do mesmo ano. Quer dizer: o autor permaneceu por quase dois meses no aguardo do implante, sob intenso risco de morte ou de agravamento do seu estado de saúde. Mais ainda: id quod pleunque accidit, o sofrimento psíquico que a situação causou ao autor: ao menos por algum tempo ele passou também a temer pela demora e por possíveis riscos à sua saúde, sendo possível inferir-se dessa situação o dano moral, representado não talvez pelo eventual agravamento do estado de saúde, mas pela presumida (presunção hominis) intensificação do sofrimento espiritual do enfermo, do aumento do medo que não ocorresse o não atendimento pronto e eficiente contratualmente prometido, do receio de permanecer sem o tratamento de que tanto necessitava.

Completamente inviável o argumento de que o comportamento da ré justifica-se diante da existência de uma cláusula contratual ou de restrição definida pela ANS. Primeiro, como visto, a restrição administrativa não se aplicava ao caso; competia aos prepostos da ré o exame atento do caso médico a eles submetido, sem a parcialidade rigorosa de um burocrata, mas de um homem de Medicina cujo compromisso ético é com o bem estar humano, não com o lucro. Segundo, mesmo que existisse uma cláusula contratual, teria interesse apenas a ilegalidade da cláusula, imposta ao consumidor, e daí uma primeira ilicitude, mais ainda quando se considera que se trata de reconhecer, nas demandas indenizatórias, algo que ocorrera no passado e dando-lhe o caráter de um ato ilícito aplicar ao lesante as sanções materiais correspondentes. Terceiro, a prevalecer o entendimento contrário ao dever de indenizar da operadora, bastaria aos fornecedores

impor cláusulas abusivas, negar atendimento ao consumidor e uma vez demandados procurar justificativa na cláusula imposta ao aderente; aí não existiria mais razão de ser do consumidor vir à Justiça para reclamar indenizações. A interpretação que deve prevalecer é a objetiva, não a do contratante, a partir da compreensão do homem prudente e consciente do outro, não do indivíduo mesquinho, descomprometido com o co-contratante.

Quarto, também, não é lícito falar-se em culpa, uma vez que a responsabilidade do fornecedor é objetiva (arts. 12 e 14, CDC).

No que diz com o valor da indenização: R\$ 10.000,00 (dez mil reais): admitida a compensação do dano moral, e sendo este constituído pela lesão a interesses não-patrimoniais, os critérios mais adequados para a definição da indenização -- como por mim sustentando em outros recursos dos quais fui Relator -- deveriam prender-se exclusivamente à gravidade do dano, à sua extensão, sem se pensar em uma função punitiva ou preventiva¹⁴, como, aliás, estabelece o artigo 944, parágrafo único, do novo Código Civil. Entretanto, o uso das duas funções, ressarcitória e punitiva, ao lado do efeito dissuasivo, é aceito na doutrina, majoritariamente, e nos tribunais quase que unanimemente, e afina-se a um senso ético-moral mínimo que quer que o ilícito seja de algum modo punido.

“O professor Carlos Alberto Bittar encontrou o ponto de equilíbrio ao fazer a simbiose entre o caráter punitivo do ressarcimento do dano moral e o caráter ressarcitório. A conjunção de ambos os critérios é apontado em diversos julgados dos Tribunais do País. A gravidade da lesão, a magnitude do dano e as circunstâncias do caso, além do efeito dissuasório da indenização devem ser observados, de forma conjugada e com bastante rigor na fixação do

montante indenizatório”¹⁵. E reconhecida a necessidade da indenização cumprir aqueles papéis, os critérios mais

14 MORAES, Maria Celina Bodin de, *Danos à Pessoa Humana, Uma Leitura Civil Constitucional dos Danos Morais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 303 e seguintes.

15 SANTOS, Antonio Jeová, *ob. c.*, p. 162.

razoáveis e apropriados à sua fixação devem ser: (i) os inerentes à lesão em si, ou seja, aqueles que retratam a extensão desta (como a essencialidade do bem atingido, o sofrimento causado à vítima quando isso ocorrer); (ii) os relacionados ao comportamento do ofensor, ao lado de dados econômico- financeiro e sociais, muito embora esses dados não devam relacionar-se à vítima, por não se coadunarem “com a noção de dignidade, extrapatrimonial, na sua essência, quaisquer fatores patrimoniais para o juízo de reparação”¹⁶. O efeito dissuasório deve ser empregado quando a atividade danosa do ofensor puder repetir-se, quando a situação de fato indicar a necessidade de refrearem-se possíveis condutas semelhantes e igualmente ilícitas.

Mas a função ressarcitória é que deve prevalecer, por ser própria do Direito dos Danos o princípio da ressarcibilidade da vítima, por consistir a compensação do dano, em outras palavras, a própria razão de ser da indenização. As outras duas funções, embora relevantes, são acessórias, e devem interferir na definição do montante da indenização, embora secundariamente, sem perder de vista a necessidade da correção de condutas impróprias do fornecedor.

E ao lado de critérios gerais como a incomensurabilidade do dano moral, o atendimento à vítima, à minoração do seu sofrimento, o contexto econômico do País etc., a doutrina recomenda o exame: (i) da conduta reprovável, (ii) da intensidade e duração do sofrimento; (iii) a capacidade econômica do ofensor e (iv) as condições pessoais do ofendido ¹⁷.

A ré, pelo que consta, goza de boa situação patrimonial.

Embora caracterizado, e a despeito do valor do direito fundamental atingido, não se tem a exata noção da extensão do dano, das suas repercussões na vida de relações e privada do autor, o que dependeria de provas sobre o

16 MORAES, Maria Celina Bodin de, *ob. c.*, p. 306.

17 SANTOS, Antonio Jeova, p. 180 e seguintes.

estado emocional do autor que se seguiu à recusa etc.; sabe-se aquilo que ordinariamente acontece em casos como o dos autos, a aflição que uma doença cardíaca provoca ao enfermo, pelo risco palpável de morte. Os prepostos da ré foram extremamente negligentes na interpretação das condições contratuais, desconsiderando todos os direitos do consumidor.

Agora quanto ao aspecto dissuasório da indenização: a ré atua em um segmento do mercado que atrai para o seu negócio milhares de consumidores; e nessa medida, a indenização deve ser suficientemente idônea para alertá-la das consequências da reiteração de condutas como essa, essencialmente lesivas ao consumidor. O comportamento da ré evidencia o que a doutrina chama de ilícitos lucrativos: são condutas lesivas que “valem a pena”. “Os lucros dela auferidos são superiores aos eventuais prejuízos a serem ressarcidos, o que pressupõe uma visão econômica dessa dinâmica”¹⁸. Desse modo, a sentença deve ser mantida integralmente, salvo quanto ao termo inicial dos juros de mora, por ser contratual a responsabilidade - esse termo deve ser fixado na citação.

§ 3. PELO EXPOSTO, a Câmara, por maioria de votos, provê em parte o recurso de apelação para que os juros de mora corram da citação inicial, vencido o Desembargador Luiz Lopes, que nega provimento ao recurso, com declaração de voto.

Participaram do julgamento os Senhores Desembargadores Luiz Lopes (Presidente) e Arquelau Araujo Ribas (Revisor).

18 LEVY, Daniel de Andrade, *Responsabilidade civil. De um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 110.

Curitiba, 12 de fevereiro de 2015.
(assinado digitalmente) Albino Jacomel Guérios Relator
Luiz Lopes Des. vencido

ANEXO B - Boletim Sindec 2012

Posição	Assunto	Total	%
1º	Telefonia Celular	172.119	9,17%
2º	Banco comercial	169.427	9,02%
3º	Cartão de Crédito	154.501	8,23%
4º	Telefonia Fixa	125.403	6,68%
5º	Financeira	97.032	5,17%
6º	Aparelho Celular	78.997	4,21%
7º	TV por Assinatura	69.705	3,71%
8º	Móveis	63.667	3,39%
9º	Energia Elétrica	54.429	2,90%
10º	Eletrodomésticos Linha Branca	48.256	2,57%
11º	Microcomputador / Produtos de Informática	48.071	2,56%
12º	Internet (Serviços)	40.526	2,16%
13º	Televisão / Aparelho DVD / Filmadora	32.654	1,74%
14º	Água / Esgoto	32.452	1,73%
15º	Cartão de Loja	25.526	1,36%
16º	Plano de Saúde	25.437	1,35%
17º	Escola (Pré, 1º, 2º Grau e Superior)	23.174	1,23%
18º	Cursos Livres Outros	16.493	0,88%
19º	Estabelecimento comercial	15.950	0,85%
20º →	Incorporação (Construtoras e Incorporadoras)	14.650	0,78%
	Demais Assuntos	569.497	30,33%
	Total²	1.877.966	100,00%

Fonte: Tabela retirada dos Assuntos Mais Demandados (p. 6)

ANEXO C - Boletim Sindec 2017

Posição	Assunto	Quantidade	%
1º	Telefonia Celular	309.150	14,0%
2º	Telefonia Fixa	187.027	8,5%
3º	Cartão de Crédito	163.277	7,4%
4º	Banco comercial	141.562	6,4%
5º	Energia Elétrica	108.354	4,9%
6º	Aparelho Celular	107.883	4,9%
7º	TV por Assinatura	95.411	4,3%
8º	Financeira	73.588	3,3%
9º	Água / Esgoto	54.645	2,5%
10º	Móveis	43.027	1,9%
11º	Seguros (exceto Saúde)	42.821	1,9%
12º	Eletrodomésticos Linha Branca	39.588	1,8%
13º	Cartão de Loja	36.645	1,7%
14º	Internet (Serviços e Produtos)	31.364	1,4%
15º	Escola (Pré, 1º, 2º Grau e Superior)	29.465	1,3%
16º	Plano de Saúde (Médico / Odontológico)	29.376	1,3%
17º	Vestuário (Calçados / Roupas / Acessórios)	27.158	1,2%
18º	Carros	22.585	1,0%
19º	Televisão / Aparelho DVD / Filmadora	22.185	1,0%
20º	Cursos Livres Outros	20.948	0,9%
	Demais Assuntos	623.893	28,2%
	Total	2.209.952¹	100,0%

Fonte: Tabela retirada dos Assuntos Mais Demandados em 2017 (p. 6)