

AGÊNCIAS REGULADORAS, CONSUMIDOR E MEIO AMBIENTE

Giseli Valezi Raymundo¹

Gisleni Valezi Raymundo²

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é apresentar a análise acerca da inserção do consumidor no atual modelo de Estado brasileiro, considerando o ordenamento jurídico vigente. Quer-se demonstrar, ademais, a realidade já existente sobre o tema, ainda que tímida, de maneira a problematizar a responsabilidade que o consumidor, diante de seus hábitos de consumo e respectiva inércia, assume na atual sociedade tecnológica. Para tanto, o método de pesquisa mais eficaz e que por este motivo foi utilizado neste trabalho é a ampla pesquisa bibliográfica e consulta à legislação. Por meio dela, constatou-se que o modelo de Estado vem se modificando ao longo das últimas décadas, a fim de delegar a execução de diversas atividades de titularidade estatal para a iniciativa privada, em perspectiva de existência de um Estado mínimo e regulador. Nesse sentido, surgiram entidades da Administração Pública Indireta, com o objetivo precípua de regular e fiscalizar a execução de aludidas atividades exercidas pela iniciativa privada, as Agências Reguladoras. O consumidor, inserido nessa realidade, é destinatário direto da atuação de citadas entidades, questionando-se a legitimidade legislativa e sancionatória dos entes regulatórios, bem como a possibilidade de controle judicial acerca do mérito de atos administrativos de referidos entes e a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (CDC) à execução de serviços públicos, disciplina essa afeta às regras próprias do direito administrativo. Não obstante a análise acima contextualizada, todos esses agentes sociais, consumidores e Agências Reguladoras estão imersos em mudanças de hábitos, em razão da otimização de ações, visando à preservação do meio ambiente, diante da perspectiva de busca pelo desenvolvimento sustentável. Com base em tal perspectiva, os resultados trazidos pela pesquisa realizada demonstraram que a aplicação do CDC às relações entre consumidores não afasta a aplicação de outras normas, a exemplo das de Direito Administrativo próprias, por exemplo, do regime das Agências Reguladoras. Essas, contudo, não apresentam até o presente momento histórico satisfatório cumprimento de suas finalidades institucionais.

Palavras-chave: Consumo, Reforma, Agência Reguladora

¹ Advogada em Curitiba (PR) – Mestre em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. (falegigi@yahoo.com.br)

² Advogada em Curitiba (PR) – Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal e em Teoria Geral do Direito pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. (gislenivr@yahoo.com.br)

REFORMA DO MODELO DE ESTADO BRASILEIRO

O modelo de Estado brasileiro vem sofrendo modificações paulatinas desde a década de 90, com o fim do regime militar e a ascensão do regime democrático, modelo esse consagrado no artigo 1º do texto constitucional.

O governo do ex-presidente da República Fernando Collor de Mello foi precursor do processo efetivo³ de reforma do modelo estatal, até então intervencionista, quando da promulgação da Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990⁴. Tinha o objetivo precípua, com essa promulgação, de iniciar o processo de desestatização, como se depreende de um dos fundamentos de referida lei, a seguir destacado: "*Artigo 1º: É instituído o Programa Nacional de Desestatização, com os seguintes objetivos fundamentais: I – reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público*".

Com o advento do processo de desestatização, o Estado brasileiro, diante de uma perspectiva liberal, objetivava transferir à iniciativa particular a exploração de atividades indevidamente exploradas pelo poder público, a fim de que se atendessem aos interesses dos cidadãos, com observância a determinados princípios, tais quais eficiência e modicidade das tarifas.

Contudo, deve-se levar em consideração que a experiência de modelo estatal acima contextualizada é muito anterior à data indicada alhures, já que tal perspectiva de modelo Estatal surgiu após a Segunda Guerra Mundial, com raízes precedentes no texto *O Caminho da Servidão* de Friedrich Hayek, datado de 1944.

As ideias de Hayek se propagaram em um momento de crise econômica pós-guerra, como se depreende das lições de Perry Anderson (1998, p. 10/11), a seguir transcritas:

A chegada da grande crise do modelo econômico do pós-guerra, em 1973, quando todo o mundo capitalista avançado caiu numa longa e profunda recessão, combinando, pela primeira vez, baixas taxas de crescimento com altas taxas de inflação, mudou tudo. A partir daí as ideias neoliberais passaram a ganhar terreno. As raízes da crise, afirmavam Hayek e seus companheiros, estavam localizadas no poder excessivo e nefasto dos sindicatos e , de maneira mais geral, do movimento operário, que havia corroído nas bases de acumulação

³ Efetivo, assim descrito, porque durante o regime militar já havia espécies normativas que contemplavam a descentralização do modelo estatal, citando-se a promulgação do Decreto nº 83.740/79, durante o governo de João Baptista Figueiredo, cujo artigo 3º previa a redução da interferência do governo na atividade do cidadão e do empresário. Não se afastando, ademais, a existência do Decreto-lei 200/67, no qual já se disciplinava uma administração pública gerencial, conferindo autonomia à administração pública indireta, com criação de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista.

⁴ A Lei cria o Programa de Desestatização e dá outras providências.

capitalista com suas pressões reivindicativas sobre salários e com sua pressão parasitária para que o Estado aumentasse cada vez mais os gastos sociais. Esses dois processos destruíram os níveis necessários de lucros das empresas e desencadearam processos inflacionários que não podiam deixar de terminar numa crise generalizada das economias de mercado. O remédio, então, era claro: manter um Estado forte, sim, em sua capacidade de romper o poder dos sindicatos e no controle do dinheiro, mas parco em todos os gastos sociais e nas intervenções econômicas.

O modelo estatal preconizado por Hayek se efetivou, no Estado brasileiro, durante o governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, período em que foi lançada a cartilha (1995), intitulada *Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (PDRE)*, cujo objetivo precípua se transcreve abaixo:

A crise brasileira da última década foi também uma crise do Estado. Em razão do modelo de desenvolvimento que Governos anteriores adotaram, o Estado desviou-se de suas funções básicas para ampliar sua presença no setor produtivo, o que acarretou, além da gradual deterioração dos serviços públicos, a que recorre, em particular, a parcela menos favorecida da população, o agravamento da crise fiscal, e por consequência, da inflação. Nesse sentido, a reforma do Estado passou a ser instrumento indispensável para consolidar a estabilização e assegurar o crescimento sustentado pela economia. Somente assim será possível promover a correção das desigualdades sociais e regionais.⁵

Diante dessa perspectiva, o Estado deixaria de ser intervencionista⁶, atuando, a fim de regular as atividades cuja exploração foi delegada à iniciativa privada. Esse modelo se concretizou, definitivamente, pela promulgação da Lei nº 9.491 de 9 de setembro de 1997⁷, regulamentando o procedimento de desestatização e revogando a Lei nº 8.031/90, essa contemporânea ao governo Fernando Collor de Mello.

Sobre o prisma técnico, para melhor entendimento dos preceitos encartados em aludido Plano Nacional de Desestatização, salutar indicar breves aspectos, adiante, da Lei em destaque.

⁵ Trecho Retirado do item "2" (As Três Formas de Administração Pública) do Plano Diretor de Reforma do Estado, disponível na internet no site "www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI2.HTM", acesso em 25.04.06.

⁶ Em sentido diverso: "Equivoca-se quem identifica hoje entre nós um processo de desregularização ou redução da atividade regulatória estatal. Vivemos na verdade um processo de fortalecimento da regulação estatal, marcado pela ampliação dos campos sujeitos à forte regulação, porém num contexto de mudança dos paradigmas regulatórios". (NETO, 2002. p, 14/29).

⁷ Lei que altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências.

EVOLUÇÃO DO PLANO NACIONAL DE DESESTATIZAÇÃO (PND) E DEMAIS PREVISÕES LEGISLATIVAS

Como já enfatizado no tópico precedente, o processo de desestatização brasileiro se efetivou com a Lei nº 9.491/97⁸, meio pelo qual se objetivou alcançar a redução da dívida pública, dinamizar a intervenção do Estado na economia e aumentar investimentos na atividade privada (artigo 1º). Tal regulamentação normativa contemplou diversas formas de desestatização⁹, previstas em seu artigo 4º, das quais citar algumas: permissão ou autorização de serviços públicos, alienação de participação societária.

As operações realizadas sob a ótica da Lei nº 9.491/97 devem observar a ampla publicidade, nos termos do artigo 11 do PND, já que todo o processo de desestatização devia ser divulgado por meio de editais no Diário Oficial da União, bem como em jornais de grande publicação.

São contemporâneas à legislação em destaque a venda de indústrias do setor de siderurgia e petroquímica, a destacar a Companhia Vale do Rio Doce, cuja alienação estava prevista no artigo 26, § 4º do PND¹⁰.

Nesse contexto, outras legislações, seguindo a proposta de renovação do modelo estatal brasileiro, contemplavam a realidade ora exposta, como se depreende da exposição abaixo.

No que diz respeito às demais previsões legislativas acerca do tema em debate, a efetivação e regulamentação, previstas na Lei nº 8.031/90, são anteriores à data do citado diploma legal, uma vez que o texto constitucional, em seu artigo 175, já dispunha acerca do regime de concessão ou permissão, matéria regulamentada pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, complementando-se por ulterior edição da Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995.

Mais recentemente, outro mecanismo legislativo foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio, com o escopo de dar efetividade ao processo de desestatização, prevendo a possibilidade de criação de parceria público-privada (Lei

⁸ Embora já houvesse ocorrido em 1992 alienações de empresas estatais, em setores petroquímicos, siderúrgicos e de fertilizantes, como a Celma S/A, Aços Finos Piratini S/A, Polisul Petroquímica S/A, dentre outras.

⁹ É de se destacar que a desestatização é gênero das seguintes atividades: privatização, concessão, permissão, terceirização e gestão de funções públicas.

¹⁰ Art. 26. A União transferirá ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES 94.953.982 (noventa e quatro milhões, novecentos e cinquenta e três mil, novecentos e oitenta e duas) ações ordinárias nominativas e 4.372.154 (quatro milhões, trezentos e setenta e duas mil, cento e cinquenta e quatro) ações preferenciais nominativas, de sua propriedade no capital da Companhia Vale do Rio Doce, § 4º Até vinte dias antes da realização do leilão público especial de desestatização da Companhia Vale do Rio Doce será efetivada a transferência de 62.000.000 (sessenta e dois milhões) de ações ordinárias nominativas do total de que trata o *caput* deste artigo, devendo as ações remanescentes ser transferidas no dia útil seguinte ao da liquidação financeira do leilão.

nº 11.079/04). A aludida lei contempla duas modalidades de parceria: patrocinada (concessão [delegação] de serviços públicos ou obras públicas previstos na Lei nº 8.987/95, de maneira que haja contraprestação pecuniária do poder público ao parceiro privado, mediante adicional à tarifa cobrada dos usuários) e administrativa (Administração Pública é usuária direta ou indiretamente de serviços que envolvem execução de obra ou fornecimento e instalação de bens). Ressalte-se que tal parceria somente pode ser celebrada diante de alguns requisitos previamente observados, como valor do contrato de no mínimo R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais).

Não se olvide, ainda, que o texto constitucional, nesse contexto, sofreu diversas emendas (aditamentos), destacando-se a emenda nº 09/95, a qual aboliu o monopólio da exploração de petróleo; a 08/1995, que introduziu o artigo 22, XI, autorizando à União a exploração do serviço de telecomunicações por meio de concessão, autorização ou permissão.

Diante da contextualização precedente, constata-se que o modelo de Estado brasileiro sofreu significativas mudanças (Estado mínimo), de forma que a titularidade do Estado se observa apenas na exploração de atividades exclusivas, como poder regulamentar e fiscalizador. No novo cenário, há um Estado regulador com novos entes, Agências Reguladoras¹¹, modelo esse em que se insere o consumidor brasileiro, assunto objeto de análise nos tópicos seguintes.

MATERIAIS E MÉTODOS

Sobre o método de pesquisa escolhido para que se possibilitasse o desenvolvimento do tema em debate, ressalta-se sua essência estritamente bibliográfica e de consulta à legislação.

Isso porque artigos científicos e leis na área do direito acerca do assunto em apreço são vastos e de boa qualidade.

Assim, a base doutrinária dará respaldo ao estudo das agências reguladoras, no contexto do consumidor e do meio ambiente, mediante exposição do significado e do alcance normativo das agências, de sua relação com o direito do consumo, a intervenção judicial que pode se fazer necessária, serviços públicos, meio ambiente e desenvolvimento sustentável.

AGÊNCIAS REGULADORAS

¹¹ De acordo com os ensinamentos de Celso Antonio Bandeira de Mello (2002, p. 151), a função exercida pelas agências reguladoras não é nova, de maneira que já existiam entidades com finalidades regulatórias, como é o caso da DNAEE (Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica), a qual cumpria as mesmas funções da ANEEL.

Sob o prisma de Estado regulador mencionado no parágrafo precedente, é de salutar importância destinar um tópico do presente trabalho aos agentes da Administração aos quais foi incumbida a tarefa regulatória. citando, para maior compreensão, características das Agências Reguladoras.

Originários do direito norte-americano, os entes em destaque foram criados com o objetivo de regular atividades exercidas pelo setor privado, diferente da função característica exercida em seu país de origem, local onde têm maior autonomia¹².

No ordenamento jurídico, as agências são autarquias sob regime especial, ultimamente criadas com a finalidade de disciplinar e controlar certas atividades (MELLO, 2002, p.149).

Trata-se de pessoas jurídicas de direito público, integrantes da Administração Pública Indireta, criadas por meio de lei, que deverão primar pela independência política, a fim de preservar seu caráter estritamente técnico.

Tal independência¹³ é consagrada, por exemplo, na Lei que instituiu a ANATEL (Lei nº 9.472/97). Em seus artigos 8º e 9º, prevê-se o mandato fixo e respectiva estabilidade de seus diretores. É de se ressaltar que não existe uma lei que regulamente a atuação das agências reguladoras¹⁴, motivo pelo qual essas devem ser regidas pela regulamentação da lei de sua respectiva criação.

Diante da rápida contextualização, inicia-se estudo dos reflexos sofridos pelos consumidores, diante da mudança de modelo estatal, de maneira a preceituá-lo não apenas usuário do serviço público, nos termos da doutrina administrativista, mas como consumidor, amparado pelas leis que lhe são afetas. Ressalta-se, ainda, a atuação das Agências Reguladoras nesse novo modelo estatal, como se expõe adiante.

Em relação às agências reguladoras e ao poder normativo que as cerca, é preciso destacar que embora as finalidades do processo de privatização tenham

¹² “[...] as agências reguladoras têm poderes “quase legislativos” e “quase judiciais”, pois fixam regras que afetam diretamente a vida dos *players* e os consumidores envolvidos em determinado setor, bem como fiscalizam o exercício destes *players*, fixando multas e penalidades, tendo poderes, inclusive, para intervir e liquidar operadores que não preencham as exigências fixadas pela agência.” (SILVA, José Luiz Toro da. Agências Reguladoras. *Projeto traz polêmica sobre administração do Estado*. Artigo disponível em www.conjur.com.br, acesso em 17/07/06.)

¹³ De acordo com os ensinamentos de José Carlos Bucheb (2003, p. 83/103), a independência das agências reguladoras busca-se desqualificando o político e supervalorizando o técnico, de maneira a destacar os requisitos essenciais à caracterização da independência: 1- estabilidade dos dirigentes: impossibilidade de demissão, salvo falta grave apurada mediante devido processo legal; 2- mandato fixo; 3- nomeação de diretores com lastro público; 4- impossibilidade de recurso administrativo ao Ministério a que estiver vinculada: inexistência de instância revisora hierárquica a qualquer instância de governo; 6- estabelecimento de fontes primárias de recursos para o órgão, se possível geradas do próprio exercício da atividade regulatória.

¹⁴ Ressalte-se acerca da existência de Proposta de Emenda Constitucional nº 81 de 2003, em trâmite no Congresso Nacional, a qual acrescenta o artigo 174- A a Constituição Federal, compreendendo como atividade regulatória, a regulamentação, habilitação e fiscalização, inclusive aplicação de sanções, a fim de promover, dentre outros, o funcionamento adequado dos serviços públicos em regime de autorização, concessão ou permissão, atendendo aos interesses dos consumidores.

princípios que objetivam garantir o acesso do consumidor aos serviços públicos¹⁵, talvez isso não tenha sido alcançado na prática, por se tratar, o Brasil, de um país carente de possibilidades para concretizar tal planejamento, Explica-se melhor.

Um dos problemas que circundam a atuação das Agências Reguladoras é o seu poder normativo, bem como a possibilidade de que os atos administrativos correlatos possam ser analisados pelo Poder Judiciário. Como já citado no tópico precedente, originariamente, as Agências Reguladoras deveriam ser entes independentes, exercendo a função dos poderes legislativo e judicial, diferentemente do que ocorre no contexto jurídico brasileiro.

É sabido que o texto constitucional outorga somente ao Poder Judiciário o monopólio jurisdicional (artigo 5º, XXXV), bem como ao Poder Legislativo a prerrogativa de legislar, de maneira que esses, juntamente com o Poder Executivo, são considerados núcleo estratégico do Estado, os quais deverão, de acordo com sua respectiva função, atuar harmonicamente, nos termos do artigo 2º do texto constitucional. Sendo assim, seria juridicamente vedado às Agências Reguladoras legislar, por meio de atos administrativos, sob pena de violação ao princípio da legalidade, como se depreende dos ensinamentos de Maria Sylvania Zanella di Pietro (2003, p. 407), nos termos que se seguem:

Das características que vêm sendo atribuídas às agências reguladoras, a que mais suscita controvérsias é a função reguladora, exatamente a que justifica o nome da agência [...] a função normativa que exercem não pode, sob pena de inconstitucionalidade, ser maior do que a exercida por qualquer outro órgão administrativo ou entidade da Administração Indireta. Elas nem podem regular matéria não disciplinada em lei, porque os regulamentos autônomos não têm fundamento constitucional no direito brasileiro nem podem regulamentar leis, porque essa competência é privativa do Chefe do Poder Executivo [...] As normas que podem baixar resumem-se ao seguinte: (a) regular a própria atividade da agência por meio de normas de efeitos internos; (b) conceituar, interpretar, explicitar conceitos jurídicos indeterminados contidos em lei, sem inovar na ordem jurídica.

Embora a opinião da doutrinadora destacada seja contundente, o tema sobre o poder de normatização das agências reguladoras é controverso. Aqueles que defendem a existência de tal poder, assim o fazem, destacando que a atuação das agências reguladoras deva ser independente. Confira-se o posicionamento de Sérgio André R.G. da Silva (2004, p.299/320) sobre o assunto:

Nesse contexto, pode-se afirmar que as agências reguladoras gozam de uma discricionariedade técnica para adotar as ações que melhor se prestem à consecução dos fins insculpidos nas normas legais. Uma vez que o legislador não tem como identificar antecipadamente qual a melhor solução a ser adotada nos casos concretos, delegada às agências

¹⁵ Modicidade das tarifas e eficiência na prestação do serviço público, por exemplo.

uma competência limitada para estabelecer tais regras.[...]Por fim, a legitimidade da delegação legislativa depende da existência de mecanismos para o controle da atividade delegada [...] O controle exercido pelo Poder delegatário engloba aspectos de legalidade e mérito dos atos normativos editados pelas agências reguladoras (caso em que é possível que haja a interferência de interesses políticos sobre sua atuação técnica); enquanto o controle judicial volta-se principalmente à análise da legalidade de tais atos, sendo o controle de mérito limitado ao exame quanto ao respeito ao princípio da proporcionalidade (devido processo legal substantivo), não podendo o Judiciário questionar os parâmetros eminentemente técnicos adotados pelas agências, mas apenas sua adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Na mesma linha de raciocínio lógico¹⁶, mister destacar o posicionamentos daqueles que aceitam o poder normativo das agências reguladoras¹⁷, pois para esses (Aragão, 2005, p. 404) qualquer entidade normativa deve, quando do exercício da função regulamentar, observar o devido processo legal, em suas dimensões adjetivas e substantivas, visando ao atendimento de preceitos constitucionais.

Para outros doutrinadores, ainda, o exercício do poder regulamentar das agências reguladoras não é totalmente livre, uma vez que a lei condicionaria a produção administrativa de preceitos de caráter jurídico, limitando sua respectiva atividade (DUTRA, 2000, p. 239/256 apud CAMPOS, 1953, p.71).

Destaque-se, ainda, que no debate posto em questão, pode-se analisar o poder das Agências Reguladoras em relação à teorização dos pesos e contrapesos, como propõe Luís Roberto Barroso (229: 285-311, P. 309) nos termos a seguir transcritos:

o Legislativo conserva o poder de criar e extinguir agências, bem como de instituir as competências que desempenharão: o executivo, por sua vez, exerce o poder de nomeação dos dirigentes, bem como o de traçar as políticas públicas para o setor específico; o Judiciário exerce o controle sobre a razoabilidade e sobre a observância do devido processo legal, relativamente às decisões das agências.

Em razão da atuação normativa das Agências Reguladoras, mister tecer comentários acerca da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no mérito

¹⁶ Outros doutrinadores ainda defendem que a legitimidade da competência normativa para a Administração deve ser fixada pela própria lei, a qual imprime a obrigatoriedade de fixar parâmetros para a atuação do administrador, como Marília de Ávila e Silva Sampaio (2002 apud NETO, -).

¹⁷ Relembre-se que o princípio da legalidade tem suas origens na França (Revolução Francesa), momento em que houve a necessidade de conduzir todo o poder a uma regra de direito, a fim de imobilizar forças esparsas, contudo, tal realidade se modificou quando da necessidade de recepção de juízos discricionários, a exemplo do início de construção jurisprudencial.

do ato administrativo (poder normativo das agências reguladoras) já que tal realidade acarreta repercussões para todos os consumidores.

ACESSO AO JUDICIÁRIO E POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO NO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO

É sabido que o ato administrativo é prescrição normativa do agente administrativo, vinculada ou discricionária, enquanto ato jurídico (MEIRELLES, 2002, p. 145) tem por fim precípua possibilitar a aquisição, transferência, modificação, extinção de direitos ou imposição de obrigações aos administradores ou a si próprio.

Nesse contexto, prescrições das agências reguladoras, por meio de resoluções, por exemplo, são atos administrativos. Por vezes, tais atos são impugnados judicialmente, por meio de ações civis públicas e ações coletivas, com o objetivo de que o Judiciário modifique suas disposições, interferindo no mérito do ato administrativo.

Para maioria dos autores administrativistas, o Judiciário não tem a competência de interferir na análise do mérito do ato administrativo, pois esse deve somente se limitar ao controle da legitimidade de determinado ato administrativo.¹⁸ Contudo, há que se destacar posicionamentos (FAGUNDES, 1979, p. 109) diversos que enriquecem a presente análise, como enfatizado a seguir:

No Estado brasileiro ainda mais se acentua a importância do controle jurisdicional sobre os atos administrativos, porque, sendo o regime presidencial, caracteriza-se, particularmente, pela supremacia do Poder Executivo sobre o Legislativo, cujo controle sobre aquele é insignificante. Praticamente, no Poder Judiciário está o único elemento fiscalizador das atividades executivas.

Embora o entendimento acima transcrito dê azo à interpretação de que ao Judiciário incumbe a função de análise do mérito do ato administrativo, é de se destacar que os juízes, diante da complexidade de muitos assuntos (em sua maioria de caráter técnico¹⁹) restringem-se somente à apreciação da legitimidade

¹⁸ " O campo da apreciação meramente subjetiva [...] permanece exclusivo do administrador e indevassável ao juiz, sem o quê haveria substituição de um outro, a dizer, invasão de funções que se poria às testilhas com o próprio princípio da independência do Poderes, consagrado no art. 2º da Lei Maior." (MELLO, 2002.Op. Cit,p. 5).

¹⁹ " O controle exercido pelo Poder delegatário engloba aspectos de legalidade e mérito dos atos normativos editados pelas agências reguladoras (caso em que é possível que haja a interferência de interesses políticos sobre sua atuação técnica); enquanto que o controle judicial volta-se principalmente à análise da legalidade de tais atos, sendo o controle de mérito limitado ao exame quanto ao respeito ao *princípio da razoabilidade (devido processo legal substantivo)*, não podendo o Judiciário apenas questionar os parâmetros eminentemente técnicos adotados pelas agências, mas apenas sua adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito." (SILVA, 2004. p, 299/320)

do ato administrativo, sem modificação nenhuma de seu respectivo mérito, o que tem trazido repercussões no âmbito dos direitos dos consumidores, assunto tratado abaixo.

Nesse sentido, faz-se mormente citar trecho de decisão em Ação Civil Pública,²⁰ no âmbito das telecomunicações. O pedido objetivava a suspensão de cobrança da tarifa interurbana de ligações entre os municípios da região metropolitana de Curitiba e Bocaiúva do Sul, uma vez que grande parte dos habitantes dessa região trabalhava naquela, já que a cidade da região metropolitana de Curitiba era cidade dormitório.

Em aludida pretensão, todas as demandadas (rés) alegaram em suas contestações (defesas) que se tratava de pleito juridicamente impossível, uma vez que não incumbia ao Judiciário a análise do mérito do ato administrativo, já que a legalidade na cobrança das tarifas interurbanas entre os Municípios em questão se pauta em critérios técnicos, somente atribuídos pelas Agências Reguladoras.

Além disso, a definição de região metropolitana se baseava na eleição de critérios históricos e políticos, de forma que qualquer alteração na tarifação acarretaria desequilíbrio econômico-financeiro das concessões.

Diante dos argumentos supramencionados, a sentença se posicionou nos termos a seguir transcritos:

[...] por mais que seja de competência da Anatel fixar os parâmetros da cobrança do serviço de telecomunicações, ao Poder Judiciário é possibilitado o exame da legalidade de seus atos.

[...] O poder regulamentar das agências reguladoras não lhes foi impunemente conferido, pois o uso de regulamentos e atos administrativos normativos confere ao órgão regulador a maior flexibilidade e agilidade na fixação de seus objetivos.[...] Também foi conferido esse poder regulamentar às agências, tendo em vista que o serviço público, não raro, depende de detalhes técnicos que o legislador desconhece. Ademais, as agências possuem um corpo técnico que poderá auxiliar na fixação de políticas de determinado setor, haja vista que o conhecimento específico se mostra fundamental para a sua regulação.[...] Com relação aos serviços de telefonia, ficou a cargo da Anatel a regulação deste setor [...] Acerca da área local, a Anatel, utilizando-se das competências que lhe foram atribuídas por lei, definiu-a na Resolução nº 85/98 [...] a fixação da área local depende eminentemente de critérios técnicos e não políticos [...] anoto que o aspecto econômico também deve ser levado em consideração no momento de tomada de decisão. Isso porque existe uma relação de equilíbrio econômico-financeiro entre as concessionárias e o poder concedente, que será rompida caso a sentença julgue o pedido

²⁰ Ação Civil Pública, autuada sob o nº 2004.70.00.019409-4/PR, promovida pelo Município de Bocaiúva do Sul em face de ANATEL, TELEPAR, GVT, INTELIG e EMBRATEL.

procedente. Isso, em última análise, repercutirá para outros usuários do serviço de telefonia, uma vez que será necessário recompor o equilíbrio provocado. Por todas essas razões, entendo por bem não acolher o pedido do município autor”.

Como se denota de trechos de sentença alhures, a opção do Judiciário tem se apresentado no sentido de manter decisões de caráter técnico aos limites dos atos administrativos já expedidos pelas agências reguladoras (no caso paradigma Resolução nº 85/98 da ANATEL), o que elide a possibilidade de adentrar ao mérito do ato administrativo, consignando controle somente sobre sua legalidade. Nesse contexto, é de se enfatizar que o poder atribuído às agências reguladoras é amplo, sem, contudo, que exista direta democratização de seus respectivos atos administrativos, uma vez que seus dirigentes e respectivo corpo técnico não são eleitos pelo povo.

Tal contextualização é de salutar importância para a defesa dos direitos do consumidor na sociedade atual, uma vez que muitos de seus comportamentos e direitos serão definidos pelas normas emanadas das agências reguladoras. Diante de qualquer ameaça ou violação a direitos e a garantias consumeiristas, restará aos consumidores invocar a tutela jurisdicional, direito assegurado no artigo 5º, XXXV do texto constitucional, tema a ser estudado adiante, quando da análise do consumidor diante da prestação de serviços públicos.

Contudo, antes de adentrar especificamente no tema acima indicado, cumpre destacar que diversos setores regulados e fiscalizados pelas agências reguladoras são nominados como serviços públicos, de maneira a se tornar necessária a delimitação sobre a nomeação de usuários ou consumidores de determinado serviço público, assunto a seguir explicado.

USUÁRIOS E CONSUMIDORES

Em relação à nomenclatura atribuída àqueles que se beneficiam da utilização dos serviços públicos, importante destacar que, independentemente do nome a ser utilizado, esses cidadãos se beneficiam do respectivo serviço prestado, por meio de concessão ou de delegação do Poder Público, mediante remuneração (pagamento de tarifa).

Tal problemática é de salutar importância, uma vez que as agências reguladoras não têm o condão de somente regular as atividades dos concessionários ou permissionários de direito público, mas também de auxiliar os usuários - consumidores, quando da violação de regras na prestação do serviço público, bem como no âmbito de solução de conflitos²¹.

²¹ Relembre-se recentemente o problema ocorrido com o “apagão aéreo”, situação em que a ANAC tentou, ainda que infrutiferamente, auxiliar os passageiros que estavam com problemas em diversos aeroportos.

Sobre o tema, enfatize-se que existem posicionamentos diversos, destacando-se a existência de quatro correntes: a primeira evita tratar de problemas relativos à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos; a segunda defende uma interpretação extensiva do Código; a terceira defende uma posição extensiva mitigada; e, finalmente, a quarta corrente defende uma interpretação restritiva (BARBOSA, 2002, p. 231/251 apud JÚNIOR, 2000, p. 240), tema estudado nos parágrafos que se seguem.

USUÁRIOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Caso se considere que a utilização dos serviços públicos seja realizada por usuários, devem-se aplicar as regras pertinentes ao regime jurídico de direito administrativo, ressaltando-se que o texto constitucional, nesse item, previu proteção aos usuários dos serviços públicos, como se destacada a seguir.

Aos usuários dos serviços públicos foi garantido no artigo 37, § 3º do texto constitucional, por meio de edição de lei²²: (a) a possibilidade de reclamações para a manutenção do serviço público; (b) acesso aos usuários de informações dos governos; e (c) representação contra exercício negligente do cargo. Não se olvide, ainda, que, no âmbito do direito público, a responsabilidade é objetiva, nos termos do artigo 37, § 6º do texto constitucional.

Adicione-se, também, que o artigo 5º do texto constitucional contempla outras garantias, as quais poderão ser aplicadas ao usuário de serviços públicos, destacando-se o direito de informação a ser prestado pelos órgãos públicos, como se infere no disposto no artigo 5º, XXXIII. Não se afaste a disciplina da Lei de Concessões (8.987/1995)²³, com previsão constitucional no artigo 175, II, na qual há normatização acerca da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, destacando-se o direito de recebimento de serviço adequado, nos termos do artigo 6º da Lei de Concessões ou Permissões.

Não obstante a Lei de Concessões e Permissões contemple direitos dos usuários de serviços públicos, é de extrema importância que se lembre que o próprio Código de Defesa abarca dispositivos de proteção ao consumidor de serviço público, como a seguir destacado.

A respeito do consumidor e de sua relação com os serviços públicos, sabe-se que a defesa do consumidor foi erigida à categoria de princípio da ordem econômica, nos termos do artigo 170, V do texto constitucional, direito assegurado, ademais, no artigo 5º, XXXII da Constituição da República. Nesse sentido, foi editado o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/1990, o qual traz regulamentações afetas aos usuários de serviços públicos²⁴, merecendo

²² Destaque-se que aludida lei ainda não foi aprovada ainda pelo Congresso Nacional.

²³ Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários: [...].

²⁴ Não se olvide acerca da previsão contida no artigo 6º, X do Código de Defesa do Consumidor, o qual garante, como direito básico do consumidor, a adequada e eficaz prestação de serviços públicos.

destaque o artigo 22 de referido diploma legal, cuja redação assegura o fornecimento adequado, eficiente, seguro e, quando essencial, contínuo de serviços públicos prestados pelos órgãos públicos, bem como de suas concessionárias, empresas e permissionárias.

Ora, o legislador, diante da exposição precedente, objetivou que recaísse a proteção consumerista sobre os usuários de serviços públicos, uma vez que assim o fez expressamente. É de se lembrar, nesse contexto, que o velho jargão estudado por todos os profissionais da área jurídica já dispunha que o legislador não se utilizará de palavras inúteis, de maneira que todos os termos da lei devem ser observados. Sendo assim, se o legislador não quisesse a efetiva aplicabilidade das normas consumeristas aos usuários de serviços públicos, não teria se manifestado, como o fez, nos termos do conteúdo normativo dos artigos anteriormente destacados.

Nesse sentido, faz-se necessária a exposição acerca da vontade do legislador quando da previsão expressa de tutela à prestação adequada aos serviços públicos, diante da existência de relação consumerista, tornando-se imperioso destacar o que os autores do anteprojeto do CDC comentam (FILOMENO, 2001, p. 133) sobre a redação do artigo 6º, X:

Quando aqui se tratou do conceito de fornecedor, ficou consignado que também o Poder Público, como produtor de bens ou prestador de serviços, remunerados não mediante a atividade tributária em geral (impostos, taxas e contribuições de melhoria), mas por tarifas ou "preço público", se sujeitará às normas ora estatuídas, em todos os sentidos e aspectos versados pelos dispositivos do novo Código do Consumidor, sendo, aliás, categórico o seu art. 22.

Sendo assim, é de se concluir que a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor se efetivará em relação à prestação de serviços públicos quando da existência de uma relação de consumo²⁵. Nesse contexto, há posicionamentos doutrinários no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor somente poderá ser aplicado quando da inexistência da lei a regulamentar o artigo 37, § 3º do texto constitucional.

Ainda, nessa seara, é crucial citar o posicionamento de Rizzatto Nunes (2006.p, 115/116), doutrinador que defende a aplicabilidade das regras do CDC,

²⁵ Alerte-se para o fato de que se coaduna do posicionamento de parte da doutrina que assegura a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor quando de serviços remunerados mediante tarifa ou preço público, elidindo-se a respectiva aplicabilidade das normas em referência, quando a remuneração se efetivar por meio de taxa. No mesmo sentido, defendendo aplicabilidade do CDC à prestação de serviços públicos, mister transcrever os ensinamentos de Antônio Carlos Efig: "*Estas normas, cogentes e de interesse social, também se aplicam aos serviços públicos que devem estar adequados à demanda de mercado no que diz respeito à saúde e à segurança dos consumidores.*" (EFING, 2004. p, 244.) Adicione-se, também, entendimento de Newton de Lucca sobre a aplicabilidade do CDC à relação jurídica de prestação de serviços públicos: "[...] do alcance da aplicação do CDC, em determinados casos concretos [...] não se justificando, assim, nenhuma hesitação a respeito de sua integral aplicabilidade." (LUCCA, 2003.p ,213.)

quando da prestação de serviço público, sem prejuízo de outras leis que o complementem, nos termos que se seguem:

Nossa ressalva fica para a necessidade que existe, quando se trata de questão envolvendo o administrador-contribuinte, de levar em consideração as outras leis do sistema constitucional brasileiro aplicáveis no que for compatível com o subsistema da Lei nº 8.078.

O assunto em questão tem sido diariamente tratado pelos Tribunais, de maneira que há diversas decisões, em especial no âmbito das telecomunicações, que prevêm a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor na prestação de serviços de telefonia fixa e móvel²⁶. Tal conotação interessa ao estudo em questão, uma vez que os assuntos relacionados à telefonia fixa e ao poder normativo das agências reguladoras merecem ênfase para que se possa dar suporte à conclusão da presente reflexão, como se infere da explanação a seguir encartada.

Agências reguladoras e demanda consumeirista

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp – 265121, da 4ª Turma, Brasília DF, 04 abril.2002. CIVIL E PROCESSUAL. COBRANÇA DE LIGAÇÕES PARA "TELE-SEXO". OFERECIMENTO DE SERVIÇO OU PRODUTO ESTRANHO AO CONTRATO DE TELEFONIA SEM ANUÊNCIA DO USUÁRIO. INVALIDADE. ÔNUS DA PROVA POSITIVA DO FATO ATRIBUÍVEL À EMPRESA CONCESSIONÁRIA. INSCRIÇÃO DA TITULAR DA LINHA TELEFÔNICA NO CADIN. DANOS MORAIS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ARTS. 6º, VIII E 31, III. I. O "produto" ou "serviço" não inerente ao contrato de prestação de telefonia ou que não seja de utilidade pública, quando posto à disposição do usuário pela concessionária – caso do "tele-sexo" – carece de prévia autorização, inscrição ou credenciamento do titular da linha, em respeito à restrição prevista no art. 31, III, do CDC. II. Sustentado pelo fato de a autora não ter dado a aludida anuência, cabe à companhia telefônica o ônus de provar o fato positivo em contrário, nos termos do art. 6º, VIII, da mesma Lei n. 8.078/90, o que incorreu. III. Destarte, se afigura indevida a cobrança de ligações nacionais ou internacionais a tal título, e, de igual modo, ilícita a inscrição da titular da linha como devedora em cadastro negativo de crédito, gerando, em contrapartida, o dever de indenizá-la pelos danos morais causados, que não de ser fixados com moderação, sob pena de causar enriquecimento sem causa. IV. Recurso especial conhecido e provido em parte. Acessado em 15/05/2007, no endereço <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=telefonia+e+CDC&&b=ACOR&p=tr ue&t=&l=10&i=10>.

Em recente decisão, publicada em 10.04.2007 no Diário Oficial da União, 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, decidiu acerca da devolução de créditos de celular na modalidade pré-paga ao consumidor (aplicando o CDC à relação de serviço público de telefonia), como se infere da ementa a seguir transcrita: "BRASIL. Tribunal Federal da 4ª Região. Apelação Cível 2004.70.00.020661-8/PR, da 4ª Turma, Porto Alegre, RS, 10 abril. 2007.ADMINISTRATIVO. TELEFONIA CELULAR. MODALIDADE PRÉ-PAGA.CRÉDITOS. VALIDADE. NÃO UTILIZAÇÃO. DEVOLUÇÃO AO CONSUMIDOR. É ilegal a limitação do prazo para utilização dos créditos inseridos pelo usuário de celular pré-pago, enquanto não operacionalizado o serviço de devolução ao consumidor dos créditos não utilizados."

A atual realidade é alvo de críticas por muitos autores (FARENA, 2002, p.106) que veem o sistema contemporâneo com ressalvas, por carecer de manutenção o acesso aos serviços públicos a todos os usuários.

Fatos como a retratação do mercado consumidor, incapaz de arcar sequer com o pagamento da assinatura básica de telefonia, onze milhões de linhas ociosas, sem comprador, dez milhões de linhas desligadas por falta de pagamento, não podem ser tidos como imprevisíveis, nem as soluções apontadas – subsídios públicos- podem ser consideradas ruptura. Eles dizem respeito à própria gênese do sistema, que já trazia latente a sua saturação precoce, bem como implícitas as soluções ora apontadas como imprescindíveis para a continuidade da expansão da telefonia no Brasil e para a manutenção de sua 'qualidade.

Para complementar a problemática exposta no parágrafo anterior, transcreve-se a seguinte informação do Procon de São Paulo, publicada no Jornal do Brasil em 07.04.2002:

A telefônica, operadora de serviço fixo de São Paulo, liderou a lista de piores empresas com 1.387 reclamações no ano passado, de acordo com levantamento do Procon. Em segundo lugar ficou a Embratel, com 1.276 queixas...' A empresas de telefonia são reincidentes. Muitas vezes estornam uma conta e na próxima já cobram o valor errado novamente, lembrou a assistente de direção do Procon-SP Lúcia Helena Magalhães.

Nesse ínterim é de se destacar que o cenário brasileiro se modificou com atuação regulatória do Estado brasileiro, como se denota da atual situação do sistema de telecomunicações, o qual é sempre lembrado pela doutrina. Contextualizando tal problemática, transcreve-se a seguinte realidade (JÚNIOR, 2004.p, 1/15):

[...] na época do Sistema Telebrás, o preço oficial de uma linha telefônica fixa chegou a ser superior a US\$ 3 mil e a espera por uma linha adquirida pelos chamados planos de expansão ultrapassava dois anos [...] o telefone celular era inaccessível à maioria esmagadora da população, tanto pelo preço dos aparelhos quanto pelas exigências estatais para a aquisição de uma linha [...] De 1998 até junho de 2003, o Brasil passou de pouco mais de vinte e dois milhões de telefones fixos instalados para mais de trinta e nove milhões [...].

Independente do levantamento de aspectos positivos ou negativos da presença dos agentes regulatórios na atualidade, é de se concluir que no cenário jurídico exposto nos tópicos precedentes, as agências reguladoras têm exercido amplo poder normativo, e o Poder Judiciário tem se quedado reticente em interferir no mérito dos atos administrativos expedidos por essas entidades, em

razão da questão técnica que os permeia, o que demonstra a acentuada autonomia que as autarquias em questão veem adquirindo, com visíveis reflexos no âmbito consumeirista.

Além disso, outro aspecto merecedor de análise conclusiva é a possibilidade de aplicar o Código de Defesa do Consumidor a prestação de serviços públicos.

Como se depreende do julgado colacionado em tópico próprio, a aplicabilidade da legislação consumeirista à prestação de serviços públicos tem assento jurisprudencial²⁷, de maneira que a disciplina da Lei de Concessões deve ser aplicada em caráter subsidiário, em benefício do consumidor.

Diante de tal realidade, torna-se imperioso destacar a atuação do consumidor e dos entes regulatórios em observância ao desenvolvimento sustentável, bem como das atribuições das agências reguladoras diante de sua autonomia ora apresentada no contexto em questão.

Porém, antes de trazer à baila tal problemática, mister contextualizar historicamente as consequências das mudanças de hábitos dos consumidores mundiais, as quais resultam no atual cenário brasileiro, como delineado abaixo.

BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA – MEIO AMBIENTE

As preocupações com as alterações ambientais se iniciaram em 1972, data em que a Organização das Nações Unidas realizou a Conferência de Estocolmo, reconhecendo responsabilidade dos países em relação à exploração de recursos naturais. Décadas depois, realizou-se a RIO 92, conferência em que a problemática de alterações ambientais emergiu novamente, com a assinatura a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas²⁸, cujo objetivo precípuo era alcançar a estabilização das concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera.

No Estado brasileiro, a primeira lei que regulamentou questões do Meio Ambiente como tal, e não somente atrelada a recursos naturais isolados, foi a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, nº 6.938/81²⁹, a qual inclusive legitimava o Ministério Público para ajuizar demandas por danos ambientais, conforme previsão do artigo 14, §1º³⁰.

²⁷ Ainda, as normas do ordenamento jurídico devem ser as mais favoráveis para o cenário consumeirista.

²⁸ Não se olvide acerca da existência do Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas (IPCC), conjunto de cientistas que se juntam periodicamente para fazer projeções acerca das mudanças climáticas e impactos ambientais.

²⁹ Destaque-se que referida lei prevê em seu artigo 2º, X a educação ambiental em todos os níveis de ensino, como princípio da Política Nacional do Meio Ambiente. Assim o faz também o texto constitucional em seu artigo 225, § 1º VI, bem como da existência da Lei nº 9.795/1999, a qual prevê que a educação ambiental é componente essencial e permanente da educação nacional (artigo 2º).

³⁰ Atualmente o meio processual mais utilizado para tal prática é da Ação Civil Pública.

Adicione-se, ademais, que no âmbito constitucional, tal regulamentação somente foi contemplada no artigo 225 com a promulgação em 1988 da atual Constituição, sendo que em textos pretéritos, a única indicação de matéria assemelhada se circunscrevia ao direito à saúde, contemplado na Constituição de 1969.

A atual previsão constitucional sobre o tema tem conotações relevantes, ao erigir o direito ao meio ambiente saudável à categoria de princípio constitucional, nos termos destacados por Silvio Wanderley do Nascimento Lima (2007,p. 142/157), a seguir transcritos:

Segundo nossa matriz constitucional, a ordem econômica tem como um de seus fundamentos a liberdade de iniciativa. Contudo, a liberdade de atuação conferida à iniciativa privada resta subordinada ao interesse social, o qual é perseguido, precipuamente, pela ação estatal. O exercício da atividade econômica, Como expressamente determina a Carta Magna, subordina-se a vários princípios³¹, dentre eles a defesa do meio ambiente, o qual releva para o presente opúsculo.

Contextualizando o tema sob uma perspectiva histórica, é de se destacar que várias são as consequências notadas pelo ser humano em razão de alterações do meio ambiente, em especial cite-se o aquecimento global³², fenômeno tão comentado na atualidade e que já trouxe e continuará trazendo alterações irreversíveis para o cenário global. Tais mudanças trazem implicações na forma de agir e de atuar do consumidor e do Poder Público, motivo pelo qual a preocupação social tem se acentuado, a fim de alcançar um desenvolvimento sustentável, assunto de repercussão jurídica a ser tratado nos parágrafos seguintes.

³¹ 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 - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

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.

³² Com o escopo de impedir a continuidade do aquecimento, foi assinado o Protocolo de Kyoto, em 1997, o qual estabeleceu metas para países desenvolvidos, a fim de reduzir emissões de gases do efeito estufa, por meio de a) implementações conjuntas; b) comércio de emissões de CO₂; e c) mecanismos de desenvolvimento limpo.

DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: OS CONCEITOS

A conceituação do desenvolvimento sustentável tem como marco o ano de 1987, quando a então presidente da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, Gro Harlem Brundtland, apresentou, para a Assembleia Geral da ONU, o documento “Nosso Futuro Comum”, que ficou conhecido como Relatório Brundtland (Veiga, Desenvolvimento sustentável, o desafio do século XXI, 2005, p. 191).

Nesse Relatório o desenvolvimento sustentável foi conceituado como sendo “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades” (COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1991, p. 46).

Mesmo tendo este marco para sua conceituação, a noção de desenvolvimento sustentável exhibe uma evolução de conceitos a partir do “ecodesenvolvimento”, que vinha sendo defendido desde 1972, ano de realização da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, em Estocolmo (Ignacy Sachs, Desenvolvimento: incluyente, sustentável, sustentado, 2004, p. 36).

Segundo Veiga (2005, obra citada, p. 17-18), três são os entendimentos acerca do desenvolvimento com sustentabilidade.

A primeira corrente seria a dos fundamentalistas. Nesse entendimento, o desenvolvimento teria o mesmo significado de crescimento econômico. Essa noção ainda apresenta grande força na atualidade, tendo como principal exemplo de sua aplicação a comum medição do desenvolvimento com base no Produto Interno Bruto per capita de um país. O desenvolvimento seria uma decorrência natural do crescimento econômico em razão do que se chama de “efeito cascata” (Ignacy Sachs na obra citada, 2004, p. 26).

Esse entendimento foi enfraquecido com o Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento (PNUD) através do “Relatório do Desenvolvimento Humano” e do lançamento do “Índice de Desenvolvimento Humano” (IDH). A criação desse programa e do índice teve como causa a percepção de que o crescimento econômico apresentado por alguns países na década de 1950 não trouxe consigo os mesmos resultados sociais ocorridos em outros países considerados desenvolvidos (Veiga, 2005, na obra citada, p. 18 – 19).

A segunda corrente de pensamento nega a existência do desenvolvimento, tratando-o como um mito. São denominados de pós-modernistas. Para o grupo, a noção de desenvolvimento sustentável em nada altera a visão de desenvolvimento econômico, sendo ambas o mesmo mito. (Ignacy Sachs, 2004, na obra citada, p. 26).

Giovanni Arrighi é um dos autores dessa vertente. Divide os países em pertencentes do “núcleo orgânico”, “semiperiféricos” e “emergentes”, não

acreditando ser possível, somente em condições excepcionais, que um país altere a sua posição.

Ainda como pós-modernistas encontra-se Oswaldo de Rivero, Majid Rahnema e Gilbert Rist. Nessa interpretação o que os países em desenvolvimento precisariam buscar não seria o desenvolvimento e sim a sobrevivência, com todas as consequências ambientais que esta postura determina. Não se pode culpar alguém por executar uma ação que agride o meio ambiente, quando a sobrevivência das pessoas depende disto.

O terceiro e mais complexo entendimento ganha força com o primeiro Relatório do Desenvolvimento Humano em 1990, e obtendo maior consistência nas palavras Amartya Sen em 1996 e 1997 com a noção de desenvolvimento como liberdade de modo que só poderia ocorrer se fossem garantidos a todas as pessoas os seus direitos individuais, que efetivariam a sua liberdade.

Assim, liberdade em nenhum momento poderia se restringir e ser entendida como renda *per capita*, devendo abranger questões culturais, sociais, entre outras (Veiga, 2005, obra citada, p. 33–34). Essa é a noção que mais se aproxima das discussões atuais sobre o desenvolvimento sustentável, tendo grande importância nesse processo de transformação.

Isso explica a necessidade cada vez maior de participação das comunidades nas discussões ambientais, seja na avaliação de projetos em audiências públicas, seja na elaboração e implantação de políticas públicas de meio ambiente.

Alguém poderia perguntar, em que esta abordagem se relaciona com meio ambiente? A resposta é em tudo, na medida em que o meio ambiente é a consequência de todas as relações desenvolvidas entre os meios físico, biológico e antrópico, produzida pelo homem para suprir suas necessidades, mas com potencialidade de impactar a própria humanidade.

DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Muitos doutrinadores negam³³ a possibilidade de existir desenvolvimento sustentável³⁴, uma vez que os objetivos do capitalismo aniquilariam qualquer possibilidade de sustentabilidade. Contudo, se tal posicionamento assim fosse admitido, poderia se afirmar que o avanço tecnológico resultaria em disseminação certa dos seres humanos, o que se configuraria em raciocínio pessimista ao extremo.

Entretanto, como a meta desta análise não se resume a aceitar a manutenção da situação como apresentada atualmente, pode-se concluir que o desenvolvimento sustentável compreende a continuidade de atividades que garantam o desenvolvimento econômico, em equilíbrio com a preservação do meio

³³ Nesse sentido Leonardo Boff (2002, p. 55).

³⁴ Previsão constitucional no artigo 170, VI.

ambiente, merecendo destaque a definição de Flávia Nobre Galvão (2006,p.106/119) acerca do tema:

[...] a ideia de desenvolvimento sustentável, implicará sempre a necessidade de conciliação entre a economia e a preservação do meio ambiente [...] Isso significa que uma empresa ou um processo, para ser válido dentro dos conceitos atuais, deve ser economicamente rentável, ambientalmente compatível e socialmente justo. Para coibir as agressões inseqüentes e continuadas ao meio ambiente, espera-se que haja um apolítica clara e abrangente, que envolva a atuação conjunta de governos, empresário e comunidade.

Nesse contexto, para que se alcance o objetivo acima posto, deve haver a atuação conjunta do Poder Público e do consumidor, de maneira que o Poder Público atue impondo limites à liberdade de iniciativa econômica na seara ambiental desse, o consumidor. Ainda assim, não se pode olvidar a existência de milhões de cidadãos que estão à margem da sociedade de consumo, mas que contribuem para a manutenção da realidade socioambiental que se acentua com desemprego, não acesso ao saneamento básico³⁵, com despejo indiscriminado de resíduos diários, sem qualquer preocupação ambiental, até mesmo porque a posição desses indivíduos na sociedade, à margem de acesso a tecnologias e à educação apropriada, os tornam consumidores despreocupados com qualquer ação que possa causar danos ambientais.

Sendo assim, antes de adentrar a análise das legislações preocupadas e afetas à cultura consumeirista, visando à preservação e ao incentivo de um consumo sustentável, mister destacar o que existe em sede de normatização das agências reguladoras sobre o tema, até mesmo porque, como já demonstrado no início do presente estudo, os consumidores, como destinatários de serviços públicos, estão fortemente adstritos a cumprir o previsto nas normatizações dessas autarquias, as quais têm comprovado sua real autonomia perante a Administração Pública Direta.

AGÊNCIAS REGULADORAS, MEIO AMBIENTE E CONDUTAS PRÉ E PÓS-CONSUMO

Seguindo o que disciplina o texto constitucional, o Poder Público deve buscar o equilíbrio entre a atividade econômica e a preservação do meio ambiente, posicionamento que irá refletir diretamente no consumidor final.

Nesse contexto, destaque-se a Lei nº 9.478/1997 que instituiu a Agência Nacional do Petróleo (ANP), a qual prevê como um dos objetivos de tal entidade o

³⁵ Mencione-se que o próprio Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), prevê em seu artigo 2º, I a garantia ao direito de cidades sustentáveis, como direito à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, dentre outros, para as presentes e futuras gerações.

de aproveitamento das fontes de energia. Adicione-se, ainda, que as concessionárias devam atuar, a fim de preservar o meio ambiente, com inclusão de licenças ambientais específicas para a respectiva atuação.

Trazendo a mesma conotação ambiental, a Lei nº 10.233/2001, que instituiu a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), prevê que deve ser observada a preservação do meio ambiente quando da utilização de vias que proporcionam o transporte, com observância à utilização de níveis sonoros e poluentes adequados.

Em relação aos recursos hídricos, a preocupação legislativa se intensifica, uma vez que a Lei nº 9.433/1997, criadora da Agência Nacional de Águas, diante do uso das águas, rios etc., prevê o respectivo uso sustentável.

É perceptível que as políticas públicas previstas na legislação acima mencionada devem ser utilizadas na prática por meio do cumprimento de contratos de concessão e de outras modalidades jurídicas de descentralização, até mesmo porque, diante da autonomia normativa que as agências reguladoras têm apresentado, o poder dessas entidades para direcionar a atuação das concessionárias e permissionárias e, conseqüentemente, dos consumidores é muito representativo. Nessa perspectiva, mister destacar os ensinamentos de Vladimir Passos de Freitas (2005, p. 239) sobre a questão:

Não há como dissociar a figura do empresário, a do Poder Público e a do consumidor na busca do desenvolvimento sustentável, imputando ao primeiro, com exclusividade, a responsabilidade pelo consumo dos recursos naturais. É verdade, sem dúvida, que àquele que explora o uso dos recursos da natureza cabe a maior e preponderante responsabilidade pela conservação. Mas os demais também devem cumprir sua parte.

Não obstante tais constatações, outras previsões legislativas têm como público-alvo os consumidores e fornecedores e serviços, impondo-lhes práticas pós-consumo que visam dar arrimo ao desenvolvimento sustentável, como a seguir destacado.

Como se depreende de breve exposição feita nos parágrafos anteriores, as alterações mundiais no meio ambiente vêm se acentuando com as práticas capitalistas e consumeiristas, de maneira que somente uma postura entre Poder Público, com especial conotação às Agências Reguladoras e consumidor, pode modificar o atual cenário global.

Significa, nesse ínterim, que a postura do consumidor deve se circunscrever a práticas cotidianas, como de permanecer poucas horas no chuveiro, efetuar a separação adequada dos resíduos domésticos, selecionar os produtos adquiridos, em relação a decomposição de suas embalagens, a fim de otimizar sua futura reciclagem, dentre outras condutas ideais para promoção de um desenvolvimento sustentável.

Mister destacar que tal operação realizada pelos consumidores deve ter apoio do Poder Público, o qual deverá instituir políticas públicas para suportar as

referidas iniciativas, destacando-se, por exemplo, o programa da Prefeitura Municipal de Curitiba, o qual prevê uma tabela de horários para a coleta do lixo tóxico domiciliar³⁶, a saber: pilhas, baterias, toner, tintas, embalagens de inseticidas, remédios vencidos, lâmpadas fluorescentes, óleo animal e vegetal embalados em garrafa pet de 2 litros.

Além disso, o Poder Público não deve atuar somente ao final da cadeia de consumo, como na destinação dada ao lixo, mas de maneira preventiva e ostensiva³⁷. Além disso, cite-se projeto de lei em trâmite no Senado (176/2005), o qual prevê que os produtos de limpeza devam informar os consumidores acerca dos problemas da escassez de água.

Adicione-se, ainda, que a mudança de hábitos do consumidor possa ser ditada pela própria indústria mundial, destacando-se os projetos de carros movidos a hidrogênio, fato que reduziria em demasia a emissão de gás carbônico, um dos gases que mais contribuem para a aceleração do efeito estufa. Nessa esteira, o governo norte-americano anunciou o investimento de US\$ 1,2 bilhões de dólares³⁸ para adotar a energia limpa, atuando em conjunto com companhias de energia, como General Motors e Shell, Ford e DaimlerChrysler com BP.

Nesse sentido, cite-se a produção de cuecas ecológicas, feitas de bambu, em substituição a fios sintéticos, já colocadas à venda na rede Wall-Mart, como política de sustentabilidade da empresa³⁹.

Destaque-se, também, que há poucas previsões que tratam de responsabilidade pós-consumo, como a Lei nº 7.809/98, que trata dos agrotóxicos, em seus artigos 6º, §§ 2º, 3º e 5º, prevendo a destinação que deve ser dada às respectivas embalagens. Outrossim, resoluções do CONAMA⁴⁰ (Conselho Nacional do Meio Ambiente) preveem destinação de pneus usados.

Como se depreende desta breve análise o desenvolvimento sustentável somente se concretiza quando da atuação conjunta do Poder Público, dos consumidores e das indústrias e da respectiva atuação pré e pós-consumo. Enfatiza-se que as Agências Reguladoras têm uma atuação importantíssima, destacando-se, por exemplo, a possibilidade de normatização acerca da destinação de baterias de aparelhos celulares ou até mesmo do desenvolvimento de tecnologias renováveis que produzam baterias degradáveis.

Diante dessa análise, alerta-se para o fato do numeroso lixo que será produzido quando da modificação do sinal de transmissão da TV analógica para a

³⁶ Não se olvide, também, que a prefeitura de Curitiba foi pioneira, dentre as prefeituras brasileiras, em programas de reciclagem de lixo.

³⁷ Nesse sentido, o artigo 9º, III da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, o qual preconiza o princípio da precaução que tem por escopo: "O princípio da precaução visa à durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e à continuidade da natureza existente no planeta". (MACHADO, 2003.p, 56).

³⁸ Notícia extraída do site: www.nytimes.com/2007/04/29/automobiles/29INTRO.html?ei=5070&em=850895793eaf1b1&ex=1179720000, acesso em 20/05/07.

³⁹ Nota extraída do Jornal Gazeta do Povo, Curitiba, 27 maio. 2007. Entrelinhas, p.2.

⁴⁰ Resoluções 258/99 e 257/99.

TV digital, momento em que todos os consumidores terão que comprar aparelhos adequados para essa modalidade de transmissão. Indaga-se, qual o destino dos aparelhos antigos? A ANATEL já possui algum posicionamento nesse sentido? Perguntas, sem resposta, põem em dúvida a possibilidade de alcançar-se realmente o desenvolvimento sustentável necessário para a manutenção da qualidade de vida dos consumidores brasileiros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Antes de tecer comentários específicos e conclusivos do presente trabalho, destaque-se que a atual tendência do direito brasileiro é de proteção a tutelas sociais, motivo pelo qual qualquer análise a ser realizada em razão do panorama apresentado nos tópicos precedentes deve sopesar tal realidade, como afirmado por Caio Tício (2005, p. 159/165):

De uma parte, o fortalecimento dos direitos individuais se complementa com a garantia de direitos sociais e, mais recentemente, pela afirmação de direitos coletivos e difusos, em proteção da comunidade e da cidadania, conforme o modelo do direito comparado, obrigado, entre nós, na profusa coletânea de normas da Constituição de 1988.

Nesse contexto, importante citar que a dimensão de universalidade acima indicada se subsume ao tema proposto pelo presente trabalho, merecendo destaque, para tanto, o entendimento de Paulo Bonavides (2003, p. 571) para o qual os direitos de quarta geração são o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, parecendo o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

Nesse sentido, cite-se que todos os ramos do direito devem se inter-relacionar para análise e solução de qualquer ponto controvertido no caso concreto, assim como apresentado no presente estudo, de maneira mais favorável ao consumidor brasileiro, diante de uma perspectiva de interdisciplinaridade.

Significa, portanto, que a aplicabilidade do CDC à prestação de serviços públicos não representa negativa da aplicação de normas de direito administrativo, mas a harmonização entre as duas fontes normativas citadas, a fim de aplicar a norma mais favorável para o consumidor no caso concreto. Tal conotação deve ser atrelada, ademais, ao novo contexto mundial que se intensifica, diante da construção de um consumo sustentável, motivo pelo qual se deve fazer uma releitura do atual sistema capitalista.

Em relação à competência decisória e normativa das agências reguladoras, mormente lembrar que os dirigentes de tais entidades não exercem seu mandato com legitimação popular, a semelhança do que ocorre com a casa legislativa formada por representantes do povo. Nesse sentido, os ensinamentos de José

Afonso da Silva (2001,p.423) sobre o princípio da legalidade são fundamentais, para esclarecer que a lei é entendida como expressão da vontade geral, a qual só se materializa em um regime de divisão de poderes, de maneira a ser criada por órgãos de representação popular.

Queda-se importante, dessa forma, analisar a atuação das agências reguladoras diante da proteção do direito consumeirista, de maneira a destacar que a preocupação da atuação desses entes diante das relações de consumo não tem sido satisfatória, como se depreende de avaliação de Marilena Lazzarini (2004, p. 71):

Avaliamos também se essas instituições trabalham, de alguma forma, na educação sobre os direitos do consumidor em relação ao setor que está sendo regulado ou regulamentando, a facilidade de acesso a esses contatos, se há Internet e postos de atendimento descentralizados. O que aconteceu – acompanhamos muito isso com a privatização – é que a facilidade de contato das concessionárias, das empresas com o consumidor diminui muito. Muitos postos de atendimento foram fechados, em nome da redução de custos.

Nesse íterim, alguns doutrinadores (BARBOSA, 2002, p, 231/251) exaltam a importância da prevenção de conflitos por parte das agências reguladoras, prática não comumente vislumbrada no cotidiano da sociedade brasileira, mas que poderia ser utilizada para uma política de assistência à demanda de litígios consumeiristas, uma vez que no Estado brasileiro: “ganha lugar aquilo que se convencionou chamar de regulação reflexiva, na qual o estado deixa de ser um adjudicador de direitos e passa a ser um mediador de interesses, sem perder a função de tutor das hipossuficiências sociais⁴¹.”

Nesse contexto, a interdisciplinaridade entre diversas disciplinas do direito brasileiro, como demonstrado ao longo do presente estudo, faz-se necessária, a fim de trazer à baila soluções para as dificuldades e os impactos ambientais enfrentados pela sociedade do consumo. Atrélendo-se a tal realidade, a preocupação de que a conservação ambiental se estende também às futuras gerações, com observância ao princípio da solidariedade intergeracional, com guarida expressa no *caput*, do artigo 225 do texto constitucional.

⁴¹ NETO, . Op. Cit.p, 2.

REGULATORY AGENCIES, CONSUMER AND ENVIROMENT

ABSTRACT

The aim of this paper is to present the analysis on the insertion of the consumer in the current model of State in Brazil, considering the nowadays legal system. It is wished to be shown, moreover, the already existing reality on the theme, even if modest, so to in a way to question the responsibility of the consumer, according to its consuming habits and its inertia, takes in today's technological society. To such proposal, the most effective research method, and, for this reason had been used in this paper, is the extensive bibliography research and legislation consultation. Through it, it had been found that the State model has changed over the past decades in order to delegate the execution of various activities of State ownership to private enterprise, in view of the existence of a minimal State and governor. In this sense, there were created the Regulatory Agencies, which are indirect public administration entities, with the ultimate objective of regulating and supervising the execution of those legal activities, performed by the private sector. The consumer, inserted in this reality, is the direct recipient of the action of the mentioned entities, questioning the legislative and sanction legitimacy of the regulatory entities as well as the possibility of judicial review on the merits of administrative actions of these entities and the applicability of the Brazilian Code of Defense of the Consumer (CDC) to the execution of public services, a discipline that affects the administrative law rights. Notwithstanding the above analysis in context, all these social workers, consumers and regulatory agencies are immersed in changing habits, due to the optimization of actions, aimed at preserving the environment, the prospect of achieving sustainable development. Based on this perspective, the results brought by the survey showed that the application of the Brazilian Code of Defense of the Consumer in relations between consumers does not preclude the application of other standards, like the Administrative Law, for example, the system of regulatory agencies. These, however, have not presented, until the present historical moment, satisfactory performance of its institutional purposes.

Keywords: Consumption, Retirement, Regulatory Agency

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Perry. **Balço do Neoliberalismo**. In. **Pós- Neoliberalismo**. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2.ed. São Paulo: Forense, 2005.

REDES, Santa Cruz do Sul, v. 16, n. 2, p. 5 - 31, maio/ago. 2011

BARBOSA, Sandra Pires. O usuário de Telecomunicações. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.227, p 231/251, jan/mar 2002 .

BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 229: 285-311, jul/set,p. 309.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13.ed. 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

BUCHEB, José Carlos. In. A Autonomia das Agências Reguladoras e A Estabilidade de seus Dirigentes. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n.232, p. 83/103, abr/jun 2003.

CÂMARA DOS DEPUTADOS: Ouvidoria Parlamentar. Comissão de Minas e Energia. Comissão de Defesa do Consumidor , Meio Ambiente e Minorias. **Agências Reguladoras: avaliação de performance e perspectivas**. Brasília: Centro de Documentação e Informação Coordenação de Publicações, 2004.p, 71.

BOFF, Leonardo. **Um ethos para salvar a Terra. Meio Ambiente Brasil**. São Paulo: Estação Liberdade, 2002.

DUTRA, Pedro. O Poder Regulamentar dos Órgãos Reguladores. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 221, p. 239/256, jul/set 2000.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo** . 2.ed. Curitiba: Juruá, 2004.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 5.ed.Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FARENA, Duciran Van Marsen. Telefonía: Crise do Modelo e Desrespeito ao Consumidor.Revista de Direito do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, Ano 11, p, 106, out/dez 2002.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

FREITAS, Vladimir Passos. **A Constituição federal e a Efetividade das Normas Ambientais**. 3.ed. RT: São Paulo, 2005.

Jornal Gazeta do Povo, Curitiba, 27 maio. 2007. Entrelinhas, p.2.

LIMA, Silvio Wanderley do Nascimento. Agências Reguladoras e Meio Ambiente. **Revista de Direito Administrativo**, nº 015, , p. 142/157, março 2007.

LUCCA, Newton de. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Quarter Latin, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. 3ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006.

NETO, Marques; AZEVEDO, Floriano Peixoto de. A nova regulação dos serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**, n, 228, p, 14/29, Abr/jun2002.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, Sampaio. ÁVILA Marília. O Poder Normativo das Agências Reguladoras. **Revista de Direito Administrativo**, n, 227, p. 337/347, jan/mar 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**.19.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Sérgio André R. G. da. A legitimidade das agências reguladoras. **Revista de Direito Administrativo**,n. 235, , p. 299/320, jan/mar/2004.

TÍCIO, Caio. A Reforma do Estado e a Modernidade Administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, n, 242, p. 159/165, out/dez 2005.

Sites consultados:

www.conjur.com.br; www.planalto.gov.br; www.stj.gov.br; www.nytimes.com.