

Coleção  
Eduardo Espínola

**Marcos Rolim da Silva**

**REGULAÇÃO ECONÔMICA  
E PROCESSO CIVIL:  
TUTELA INDIVIDUAL E COLETIVA  
NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS  
ENVOLVENDO SERVIÇOS PÚBLICOS**

2022

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

# A QUESTÃO PROCESSUAL NOS CONFLITOS DE MASSA RELACIONADOS A SERVIÇOS REGULADOS

## 1.1. ALGUNS DADOS SOBRE A LITIGIOSIDADE ASSOCIADA A SERVIÇOS REGULADOS

A Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015) posiciona a busca por celeridade e eficiência na prestação jurisdicional como dimensão relevante de um dos objetivos motores do diploma processual, consistente no estabelecimento de uma “*expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal*”<sup>1</sup>. Dentre as previsões do CPC/2015 que viriam a dar cumprimento a tais objetivos, encontram-se as técnicas de julgamento de casos repetitivos, precisamente, o incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos especial e extraordinário repetitivos.

Uma disposição comum às mencionadas técnicas faz referência direta a conflitos que “*tenham por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado*”<sup>2</sup>. Dizem os art. 985, §2º, e 1040, inc. IV, do CPC/2015, que, em tais situações, o resultado do julgamento do incidente ou do recurso repetitivo “*será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada*”.

A referência expressa a conflitos originados da prestação de serviços concedidos, permitidos ou autorizados submetidos a regu-

---

1. BRASIL. *Código de processo civil e normas correlatas*, 7 ed. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 13.04.2019, p. 26.

2. Trecho reproduzido tanto no art. 985, §2º, quanto no art. 1.040, inc. IV, do CPC/2015.

lação expõe a problemática da proliferação de demandas repetitivas relacionadas ao tema.

De fato, os serviços regulados atraem a atenção dos estudos sobre as causas de proliferação de demandas repetitivas e congestionamento do Judiciário conforme se apercebe da relevância numérica dos litígios referentes a divergências entre prestadoras de serviços públicos concedidos (concessionárias) e usuários/consumidores<sup>3</sup> dentre o universo de demandas pendentes na Justiça brasileira.

É notória a expressividade do número de processos nos quais essas empresas compõem algum dos polos, como bem demonstram os relatórios “100 Maiores Litigantes” do Conselho Nacional de Justiça (o último deles apontou o setor de telefonia como o 5º maior litigante nacional<sup>4</sup>), e o relatório “O uso da Justiça e o litígio no Brasil” elaborado pela Associação dos Magistrados Brasileiros, os quais expõem a presença do setor de telefonia sempre entre os maiores litigantes no polo passivo em pelo menos 11 estados da Federação<sup>5</sup>.

Outro indicador da alta litigiosidade existente entre prestadoras de serviços públicos concedidos é proporcionado pelos Boletins do Sistema Nacional de Informações ao Consumidor - SINDEC (ligada à Secretaria Nacional do Consumidor - SENACON), os quais apontam, ano a ano, o número de reclamações apresentadas aos PROCON's do país integrados a tal secretaria. Neles, os setores de telefonia e energia elétrica têm lugar de destaque:

- 
3. Utiliza-se, neste trabalho, frequentemente, o termo “usuários/consumidores”, a fim de se remeter, simultaneamente, às terminologias adotadas, tanto pela Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95), quanto pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), ao fazer referência aos benefícios dos serviços públicos prestados em regime de concessão.
  4. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Relatório 100 maiores litigantes*. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf), 2012, acesso em 07.06.2017.
  5. ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *O uso da justiça e o litígio no Brasil*. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/uso-justica-litigio-brasil-pesquisa-amb.pdf>, 2015, Acesso em 07.06.2017.

Tabela 1 - Lista dos 20 assuntos mais demandados nos PROCON's no ano de 2016.

Posição	Assunto	Quantidade	%
1º	Telefonia Celular	326.714	13,9%
2º	Telefonia Fixa	191.614	8,1%
3º	Cartão de Crédito	171.128	7,3%
4º	Banco comercial	145.188	6,2%
5º	TV por Assinatura	126.047	5,3%
6º	Aparelho Celular	118.231	5,0%
7º	Energia Elétrica	104.327	4,4%
8º	Financeira	75.464	3,2%
9º	Água / Esgoto	51.513	2,2%
10º	Móveis	50.147	2,1%
11º	Eletrodomésticos Linha Branca	49.114	2,1%
12º	Internet (Serviços e Produtos) <sup>2</sup>	41.771	1,8%
13º	Plano de Saúde (Médico / Odontológico) <sup>3</sup>	35.318	1,5%
14º	Seguros (exceto Saúde) <sup>4</sup>	35.298	1,5%
15º	Cartão de Loja	32.198	1,4%
16º	Escola ( Pré, 1º, 2º Graus e Superior )	30.709	1,3%
17º	Vestuário (Calçados / Roupas / Acessórios) <sup>5</sup>	30.048	1,3%
18º	Microcomputador / Produtos de Informática	29.199	1,2%
19º	Televisão / Aparelho DVD / Filmadora	25.706	1,1%
20º	Carros	23.024	1,0%
	Demais Assuntos	664.755	28,2%
	<b>Total</b>	<b>2.357.513<sup>6</sup></b>	<b>100,0%</b>

Fonte: SINDEC<sup>6</sup>

Apesar do expressivo número de reclamações, não todas as insatisfações dos consumidores são alçadas ao Judiciário, pois, como aponta pesquisa de opinião conduzida pela extinta Secretaria de Reforma do Judiciário entre os anos de 2012 e 2013, 19% dos consumidores não têm o hábito de reclamar seus direitos e 34% os reclamam apenas esporadicamente, concluindo-se que “a insatisfação com a prestação de serviços – e particularmente a prestação de serviços regulados nos setores analisados neste projeto – pode ser ainda maior do que a revelada pelos órgãos de defesa do consumidor.”<sup>7</sup> Portanto, perce-

- BRASIL. Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor. *Boletim SINDEC 2016*. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/sindec/boletim-sindec-2016.pdf>, 2016. Acesso em 08.06.2017 p. 5.
- OLIVEIRA, Fabiana Luci; RIBEIRO, Leandro Molhano (Coord.). *Utilização de meios de resolução extra-judicial de conflitos no âmbito de serviços regulados por agências governamentais*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário, 2013, p. 15.

be-se que a litigiosidade vinculada aos serviços prestados em regime de concessão, além de apresentar números preocupantes, possui um grande potencial de expansão.

No que se refere às insatisfações que adentram o Judiciário, diversos são os fatores que podem explicar um panorama de litigiosidade repetitiva em excesso, como concluiu o estudo coordenado por Daniela Monteiro Gabbay e Luciana Gross Cunha acerca das “causas da excessiva judicialização dos conflitos de interesses e as soluções para combater a morosidade da Justiça”, no qual se constatou que fatores endógenos e exógenos ao Judiciário contribuem para o aumento de processos ajuizados anualmente, tais como questões socioeconômicas, marcos institucionais, práticas de gestão empresarial, regulações administrativa e legislativa que criam ou que restringem o exercício de direitos, etc. (*fatores exógenos*); e impactos da judicialização dos conflitos, gerenciamento do volume de processos, falta de uniformização das decisões, organização judiciária, conduta das partes, etc. (*fatores endógenos*).<sup>8</sup>

Também é notório o impacto de uma série de inovações legislativas ocorridas entre os anos 80 e 90, as quais foram fortalecidas pela promulgação da Constituição Federal em 1988, que oportunizaram uma maior aproximação do cidadão ao sistema de justiça, promovendo a absorção de uma litigiosidade latente, como observa Maria Cecília de Araújo Asperti:

Também nessa época foram promulgadas a Lei dos Juizados de Pequenas Causas, de 1984, que abriu novas portas para a entrada no sistema oficial de justiça, e a Lei da Ação Civil Pública, de 1985, que estabeleceu algumas das principais bases para a tutela coletiva de direitos. O Código de Defesa do Consumidor compõe esse quadro de medidas, regulamentando os direitos dos consumidores, sua defesa em juízo e a tutela transindividual desses direitos. São criados os Juizados Especiais Cíveis e Juizados Especiais Federais, voltados especialmente para a absorção da já mencionada litigiosidade latente e para uma maior aproximação do cidadão do sistema de justiça. Ao mesmo tempo que há significativa ampliação da arena de atuação do Judiciário com a constitucionalização de direitos sociais e coletivos, o texto constitucional também confere guarda a garantias constitu-

8. GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (Org.). *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no Judiciário: uma análise empírica*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 151-152.

cionais processuais, em especial de acesso à justiça, devido processo legal, ampla defesa, contraditório, motivação das decisões judiciais, publicidade do processo, dentre outros. São positivados remédios constitucionais que visam conferir uma tutela mais adequada aos direitos sociais arrolados, ampliados os poderes do Ministério Público e criada a Defensoria Pública, principal responsável pela concretização do direito à assistência jurídica gratuita e integral, também assegurada pela Constituição Federal.<sup>9</sup>

No caso das prestadoras de serviços públicos concedidos, a demanda judicial pode ser em parte explicada pela notória expansão do acesso ao consumidor/usuário percebida a partir das privatizações de empresas prestadoras de serviço público ocorridas nos anos 90. Exemplo expressivo se encontra no setor de telefonia que, de 1997 a 2015, passou de um total de 21,5 milhões de unidades de telefone, com uma densidade de 13,4 telefones para 100 habitantes<sup>10</sup>, para 301 milhões de unidades de telefone, com densidade de 147 telefones para 100 habitantes<sup>11</sup>.

Contudo, dentre os motivos para a multiplicação de demandas enumeradas pelo estudo coordenado por Gabbay e Cunha, confere-se destaque, também, à existência de “zonas cinzentas de regulamentação”, isto é, inseguranças na interpretação e aplicação do direito causadas pela excesso de normas regulamentando a atividade privada<sup>12</sup>, fator esse que marca uma das principais características das demandas nas quais os entes privados se encontram em algum dos polos do processo:

- 
9. ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. Litigiosidade repetitiva e a padronização decisória: entre o acesso à justiça e a eficiência do Judiciário. In: *Revista de Processo*, vol. 263, ano 42. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 236.
  10. ANATEL. *Relatórios consolidados - Indicadores de 1997 a 2001*. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/dados/2015-02-04-18-43-59/numeros-do-setor-indicadores-de-1997-a-2001>. Acesso em 08.06.2017.
  11. ANATEL. *Relatórios consolidados - Indicadores de 2012 a 2015*. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/dados/2015-02-04-18-43-59/indicadores-de-2012-a-2014>. Acesso em 08.06.2017.
  12. “Outra atuação do Poder Público que contribui para a construção de um ambiente propício ao aumento da litigiosidade é a forma de regulamentação das relações público-privadas e entre os próprios entes privados, marcada pelo excesso de normas e por ‘zonas cinzentas de regulamentação’ que favorecem o surgimento de conflitos interpretativos acerca do Direito aplicável a determinada situação de fato, bem como de oportunidades para a criação de teses jurídicas que chegam ao Judiciário.” (op.cit., p. 28).

Além do litigante repetitivo do setor público, os tribunais brasileiros também são arena para litigantes repetitivos privados, dentre os quais é especialmente impactante a presença de instituições financeiras, empresas de telefonia e outros fornecedores de serviços. Esses litigantes têm em comum o fato de que eles desenvolvem suas atividades em áreas que são altamente reguladas pelo Estado e suas agências. Quando lidam com o consumidor final, esses litigantes também têm de cumprir com a legislação consumerista estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor, uma compreensiva e protetiva legislação que assegura direitos para consumidores face a práticas e contratos abusivos e o direito de requerer indenização contra fornecedores de produtos e serviços.<sup>13</sup>

Com efeito, se, de um lado, as concessionárias de serviço público estão sujeitas às normas expedidas pelas agências reguladoras e às cláusulas do contrato de concessão, de outro, elas também se submetem às normas protetivas ao usuário/consumidor, por conta do que dispõem o Código de Defesa do Consumidor (art. 22<sup>14</sup>), a Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicas (Lei nº 8.987/95)<sup>15</sup>, as próprias leis instituidoras das agências reguladoras –, tais como a Lei nº 9.472/97, a qual criou a Agência Nacional de Telecomunicações

- 
13. No original: "In addition to the public player repeat, Brazilian courts are also stage for repeat private players, among which the presence of financial institutions, telephone companies and other service providers is especially striking. These litigants have in common the fact that they develop their activities in areas that are highly regulated by the State and its agencies. When dealing with the final consumer, these players also have to comply with consumer legislation set forth in the Code of Defense of Consumer Rights (Código de Defesa do Consumidor), a comprehensive and protective legislation that secures rights for consumers against abusive contracts and practices and the right to plead damages against suppliers and service providers." (ASPERTI, Maria Cecília; COSTA, Susana Henriques da; GABBAY, Daniela Monteiro; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Why the "Haves" come out ahead in Brazil? Revisiting speculations concerning repeat players and one-shooter in the Brazilian litigation setting*. FGV Direito SP Research Paper Series, nº 141, Jan. 2016, Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2716242>, p. 9, tradução do autor).
  14. Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.
  15. 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; 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.

(ANATEL)<sup>16</sup> –, e, mais recentemente, a Lei nº 13.460/2017, que “*estabelece normas básicas para participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos prestados direta ou indiretamente pela administração pública*”<sup>17</sup>.

Isso significaria que o Judiciário põe em xeque a validade e o conteúdo das normas e procedimentos prescritos pelas agências reguladoras, em franco privilégio às normas de direito do consumidor e de proteção do usuário de serviço público? Não exatamente.

Muito embora as agências reguladoras figurem no ranking de 100 maiores litigantes da Justiça Federal<sup>18</sup>, estudos realizados sobre o comportamento do Judiciário brasileiro face a pedidos de revisão de atos regulatórios demonstram que, na maioria dos casos, as normas e os atos das agências são ratificados pelos órgãos judiciários nacionais. Pode-se citar, nesse sentido, os estudos realizados por Daniel Wei Liang Wang, Juliana Bonacorsi de Palma e Daniel Gama e Colombo<sup>19</sup>; Tércio Sampaio Ferraz Junior, Juliano Maranhão e Paulo Furquim de

16. Art. 5º Na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público.
17. Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas para participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos prestados direta ou indiretamente pela administração pública. (...) § 2º A aplicação desta Lei não afasta a necessidade de cumprimento do disposto: (...) II - na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, quando caracterizada relação de consumo.
18. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Relatório 100 maiores litigantes*. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf). Acesso em 13.04.2019. Figuram no ranking a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), a ANATEL, a Agência Nacional de Petróleo, Gás e Biocombustíveis (ANP), a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). Também constam na lista o Banco Central do Brasil (BACEN) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), órgãos que não se caracterizam como agências reguladoras, mas possuem, ainda assim, funções reguladoras do sistema financeiro e do mercado de capitais.
19. “vi) a primeira instância parece ter maior propensão a rever os atos das agências reguladoras que os tribunais; vii) não obstante o fato de, em regra, os tribunais manterem os atos das agências reguladoras, quando não o fazem, não demonstram grandes preocupações em justificar a razão pela qual possuem legitimidade para analisar um ato de agência reguladora; viii) em diversos casos, ainda que o julgador entenda que não seja capaz ou legítimo para analisar o ato da agência reguladora, ele efetivamente o faz; ix) os critérios de análise mais utilizados, seja para manter ou revisar o ato, são a legalidade e a competência normativa; x) percebe-se um uso cada vez maior de critérios de análise que facilmente se confundem como o que comumente se chama de análise de mérito. O que chama atenção é que nem sempre a análise por meio de princípios ou pelo uso da proporcionalidade e da razoabilidade são feitos com melhor desenvolvimento da argumentação.” (COLOMBO, Daniel Gama e; PALMA, Juliana Bonacorsi de; WANG, Daniel Wei Liang; Revisão judicial dos atos das agências reguladoras. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). *Direito econômico regulatório*. São Paulo: Saraiva/FGV Direito SP, 2010, p. 317).



Azevedo<sup>20</sup>; e Flávio José Roman<sup>21</sup>. Ou seja, quando o conteúdo em si da regulação outorgada pelas agências reguladoras é contestado perante o Judiciário, a tendência é que os atos de regulação sejam mantidos.

Todavia, como observam Alexandre Faraco, Caio Mario da Silva Pereira Neto e Diogo Rosenthal Coutinho, os litígios observáveis no campo da regulação têm, em geral, diferentes composições de partes: (i) regulador versus regulado; (ii) consumidor versus regulador; (iii) consumidor versus regulado; e (iv) regulador versus órgãos de supervisão (como, por exemplo, o Tribunal de Contas da União)<sup>22</sup>. O maior contingente de litígios relacionados a questões regulatórias aparenta, no entanto, estar concentrado nos conflitos envolvendo consumidores versus regulado (isto é, concessionárias de serviço público).

Isso foi o que observaram Patrícia Sampaio e Ricardo Morishita Wada no que toca à litigiosidade envolvendo o setor elétrico. Afirmam, esses autores, que o maior contingente de demandas judiciais (especificamente os litígios de massa) **sequer conteria discussões diretas sobre o conteúdo da regulação exercida pela ANEEL**, mas tão somente sobre a relação entre as concessionárias de distribuição e os consumidores. Ademais, salientam que tais demandas estariam sendo

- 
20. “A pesquisa realizada, em seus aspectos quantitativo, qualitativo e também a partir das entrevistas realizadas com os procuradores das Agências, permite traçar, em resumo, o seguinte diagnóstico para a revisão judicial de decisões das agências reguladoras e do CADE: O Judiciário (a) consome tempo excessivo para responder em definitivo às demandas de revisão, (b) com frequência concede liminares suspensivas dos efeitos da decisão administrativa e da atividade instrutória, (c) os provimentos liminares ‘mudam de sinal’ excessivamente (são revogadas e novamente concedidas no curso do sistema recursal), (d) a qualidade técnicas das decisões é baixa (em particular revelam despreparo pessoal e institucional para apreciar políticas regulatórias, questões técnicas econômicas ou setoriais e ponderar interesses individuais e coletivos em jogo) e (e) os tribunais superiores mostram uma tendência a confirmar a decisão das agências.” (AZEVEDO, Paulo Furquim de; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *As inter-relações entre o processo administrativo e o judicial, sob a perspectiva da segurança jurídica do plano da concorrência e da eficácia da regulação pública*. São Paulo: USP, 2011. Relatório da pesquisa. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat\\_pesquisa\\_usp\\_edital1\\_2009.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_usp_edital1_2009.pdf). Acesso em: 27.12.2017, p. 304).
21. “Os dados levantados em nossas pesquisas no STJ e a referência a julgados esparsos permitem concluir que a jurisprudência nacional reconhece certa deferência ou limite ao controle jurisdicional dos atos que envolvem alta complexidade técnica na regulação da Ordem Econômica e, em especial, dos serviços públicos, ainda que em alguns casos essa deferência não se revele por meio da invocação da expressão ‘discricionariedade técnica’” (ROMAN, Flávio José. *Discricionariedade técnica na regulação econômica*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 119).
22. FARACO, Alexandre D.; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; COUTINHO, Diogo R. A judicialização de políticas regulatórias de telecomunicações no Brasil. In: PRADO, Mariana Mota (Org.). *O Judiciário e o Estado Regulador brasileiro*. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, p. 163. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17700/O-judiciario-e-o-estado-regulador.pdf?sequence=3&isAllowed=y>.

judgadas sob o ponto de vista exclusivo do direito do consumidor, **o que representaria, segundo os autores, um risco considerável para o processo regulatório**, dada a maior familiaridade do Judiciário para lidar com conflitos de alcance individual, em detrimento de questões que envolvem interesses coletivos, tais como as normas de regulação<sup>23</sup>.

No mesmo sentido, Ferraz Junior, Azevedo e Maranhão apontam para a tendência de o Judiciário privilegiar a defesa individual dos interesses dos consumidores, passando ao largo da tentativa de compatibilização de interesses difusos e coletivos mediante as normas regulatórias<sup>24</sup>.

Põe-se em evidência, assim, um contraste evidente entre os perfis de judicialização de questões regulatórias: se a demanda judicial visa contestar ou revisar, expressamente, o conteúdo ou validade de uma norma de regulação, o Judiciário tenderia a ratificá-la; enquanto que nas demandas entre usuários/consumidores e as concessionárias de serviço público, o Judiciário tenderia a revisar os atos e procedimen-

---

23. “Todavia, em que pese a relevância da proteção ao consumidor, a litigiosidade impõe um risco considerável ao processo regulatório. O Judiciário parece não enfatizar o papel do regulador nesse processo, o que é evidenciado pelo fato de que raramente encontramos referências explícitas às normas de regulação setorial em decisões envolvendo consumidores. Diferentemente das normas regulatórias, que são geralmente técnicas e complexas, as normas de proteção e defesa do consumidor permitem uma interpretação casuística (fático-dependente) e pragmática. Os tribunais também estão mais familiarizados com a resolução de disputas individuais do que em lidar com interesses coletivos (embora as ações coletivas também sejam comuns em casos de proteção ao consumidor). Isso contrasta com o escopo coletivo do processo de elaboração de regras regulatórias e o papel da agência setorial responsável por produzir e aplicar tal regulação.” (SAMPAIO, Patrícia; WADA, Ricardo Morishita. A regulação e o Judiciário: o caso do setor de eletricidade. In: PRADO, Mariana Mota (Org.). *O Judiciário e o Estado Regulador brasileiro*. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, p. 142. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17700/O-judiciario-e-o-estado-regulador.pdf?sequence=3&isAllowed=y>.

24. Percebe-se, no entanto, que os autores qualificam a tutela individual do consumidor em matérias submetidas a regulação econômica de modo pejorativo e um tanto simplista, na medida em que se pressupõe que a atuação do regulador sempre viria a compatibilizar os interesses individuais e coletivos: “As ações baseiam-se em uma interpretação do Código de Defesa do Consumidor e da legislação das agências que é incapaz de perceber a compatibilização de interesses difusos ora coletivos presentes em uma política regulatória, tomando ainda toda a relação como uma questão de opressão do concessionário (leia-se “empresário”) frente a um particular, no caso, um consumidor “hipossuficiente”, que deveria ter tido sua dignidade amparada pelo Estado/gestor executivo do interesse público. Ocorre que a atuação de uma concessionária é parte relevante de uma política regulatória de inserção dos serviços no mercado e que está preocupada com uma gestão econômica capaz de atender também à universalização dos serviços, qualidade e tarifas módicas. A proteção isolada à inadimplência pelo Judiciário, em nome “da dignidade do consumidor”, sem a devida apreciação dos interesses difusos com todas as suas tecnicidades próprias, acaba por prejudicar os interesses coletivos e, dessa forma, os próprios consumidores, na medida em que a inadimplência cria um problema de gestão que precisa ser provisionado com recursos, que de outra forma, deixam de ser aplicados ou são postergados na aplicação em investimentos em universalização ou redução de tarifas.” (AZEVEDO; FERRAZ JUNIOR; MARANHÃO, op. cit., p. 301).

tos dessas empresas, ainda que amparadas nas normas e prescrições outorgadas pelas agências reguladoras.

Segundo Marcos Paulo Veríssimo, uma explicação para esse fenômeno pode partir da compreensão do esquema de relações jurídicas existentes entre os três principais atores envolvidos no cenário regulatório<sup>25</sup>, que são os usuários/consumidores, as concessionárias de serviço público e as agências reguladoras. De acordo com o autor, diferentes pontos de vista e subsistemas normativos podem ser privilegiados ao se interpretar a natureza da relação jurídica sob análise, muito embora o conjunto de vínculos entre concessionária de serviço público, agência reguladora e usuário trate de um mesmo todo relacional, concernente à regulação do setor e às atividades econômicas que se desenvolvem no seu interior<sup>26</sup>.

Assim, enquanto a relação entre concessionária e agência reguladora seria bem estruturada em torno da centralidade do órgão administrativo e de seu poder normativo, a perspectiva do usuário privilegiaria a interpretação de seu vínculo com as concessionárias segundo normas de direito do consumidor. Em terceiro lugar, as relações entre usuários e agências reguladoras seriam parcialmente inexistentes<sup>27</sup>. O autor propõe o seguinte esquema simplificado para o conjunto de relações existentes entre tais atores:

- 
25. O autor trata, especificamente, do setor de telecomunicações. Mas reputa-se, aqui, ser replicável o mesmo esquema para outros setores que envolvem relações entre concessionárias, agências reguladoras e usuários/consumidores.
  26. VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Defesa do consumidor, processo coletivo e judicialização da regulação tarifária das telecomunicações no Brasil. In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009 P. 856-857.
  27. *Ibid*, p. 857. Estudo patrocinado pelo Ministério da Justiça revelou que, pese a existência de canais de resolução extrajudicial de conflitos no âmbito da ANS, ANEEL e ANATEL (as agências que regulam os setores com os maiores índices de reclamação e judicialização), o conhecimento dos consumidores acerca do papel de mediação de conflitos por parte das agências reguladoras é mínimo. (OLIVEIRA; RIBEIRO, op. cit., p. 32).

Figura 1 - Esquema de relações jurídicas e subsistemas normativos subjacentes à prestação de serviços públicos concedidos.



Fonte: VERÍSSIMO, 2009, p. 857<sup>28</sup>.

Marcos Paulo Veríssimo conclui, então, que os litígios envolvendo setores regulados da economia refletem um fenômeno comum no direito contemporâneo, de coexistência entre diversos subsistemas normativos dotados de racionalidades parcialmente distintas que incidem sobre a realidade de forma muitas vezes incongruente<sup>29</sup>. Assim, segundo o autor:

Dotados de racionalidades próprias, cada um desses subsistemas normativos poderá, eventualmente, dar respostas diferentes e parcialmente contraditórias para uma mesma situação real, cabendo ao aplicador da lei a tarefa hercúlea de compatibilizar essas respostas muitas vezes erráticas e incompatíveis. Se pensarmos no processo de aplicação do direito como um processo que também envolve agentes múltiplos, e que cada um desses agentes poderá ter preferência pela aplicação de um determinado subsistema normativo que lhe seja mais familiar em detrimento dos demais (o Judiciário talvez sinta-se mais

28. Ressalte-se, no entanto, que o esquema desenhado por Veríssimo é uma adaptação de esquema construído por Marcos Wohlers de Almeida e Juliana Centurion Braga (ALMEIDA, Marcio Wohlers de; BRAGA, Juliana Centurion. A nova realidade do sistema de telecomunicações no Brasil: a relação usuários-Anatel-operadoras. In: *Marco Regulatório*, n. 1, 1998 apud VERÍSSIMO, 2009, p. 856).

29. *Ibid.*, p. 858.

confortável vendo as relações que lhe são apresentadas sob o prisma do direito do consumidor, que se estrutura de uma forma que lhe é mais conhecida – duas partes em litígio, jogo de soma zero, discurso baseado em direitos – ao passo em que o órgão de regulação tenderá a vê-las sob o prisma do direito administrativo regulatório, e o órgão antitruste, por exemplo, sob o viés do direito concorrencial, e assim sucessivamente), perceberemos que mesmo essa meta de compatibilização tem chances pequenas de ser bem sucedidas na realidade concreta e que, no mais das vezes, seremos forçados a conviver com níveis maiores ou menores de irracionalidade normativa.<sup>30</sup>

Portanto, a coexistência de subsistemas normativos dotados de racionalidades distintas é que lançaria indefinições sobre o marco normativo de regência das relações existentes entre usuários/consumidores, concessionárias de serviço público e agências reguladoras, o que configura uma verdadeira “*zona cinzenta de regulamentação*”.

De fato, são diversas as fontes de indefinição das finalidades perseguidas com a criação de um ambiente de serviços públicos prestados por entes privados submetidos à regulação estatal. Afinal, são de difícil compatibilização propósitos como a justa remuneração das concessionárias, a expansão dos serviços públicos e a garantia de serviços adequados ao usuário/consumidor. No subcapítulo seguinte, serão apresentadas as razões reputadas por este trabalho como determinantes para a existência desse conflito de racionalidades subjacentes à prestação de serviços públicos por empresas privadas sob o regime de concessão, algo que reflete, também, sobre o debate acerca da medida adequada de intervenção judicial sobre a matéria.

## **1.2. A ZONA CINZENTA SOBRE OS FINS DA REGULAÇÃO ECONÔMICA: ENTRE A EFICIÊNCIA E A EQUIDADE**

### **1.2.1. Regulação econômica e Estado Regulador**

Regulação não é um termo unívoco, afinal seus variados sentidos podem abarcar: (a) uma perspectiva mais generalista, na qual ele se referiria a todas as formas de controle e influência social; (b) uma ideia de um conjunto de regras de comando; (c) uma deflagrada influência estatal; (d) uma função exercida por determinada agência

---

30. Ibid., p. 859.