

UNIVERSIDADE FUMEC
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE - FCH
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO

ALINE SATHLER PEREIRA DE SOUZA MAIA

**DESAFIOS REGULATÓRIOS: ANÁLISE DO RESSARCIMENTO AO SUS E DOS
MECANISMOS FINANCEIROS DE UTILIZAÇÃO DISPONÍVEIS AOS PLANOS DE
SAÚDE E A RELAÇÃO COM O CONTROLE EXERCIDO PELO STF SOBRE OS
ATOS NORMATIVOS DA ANS**

BELO HORIZONTE

2023

ALINE SATHLER PEREIRA DE SOUZA MAIA

<http://lattes.cnpq.br/5506319947688504>

**DESAFIOS REGULATÓRIOS: ANÁLISE DO RESSARCIMENTO AO SUS E DOS
MECANISMOS FINANCEIROS DE UTILIZAÇÃO DISPONÍVEIS AOS PLANOS DE
SAÚDE E SUA RELAÇÃO COM O CONTROLE EXERCIDO PELO STF SOBRE OS
ATOS NORMATIVOS DA ANS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade FUMEC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia. Linha de pesquisa: Esfera pública, legitimidade e controle (Direito Público)

Orientador: Prof. Dr. Carlos Victor Muzzi Filho

BELO HORIZONTE

2023

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

M217d Maia, Aline Sathler Pereira de Souza, 1982-
Desafios regulatórios: análise do ressarcimento ao SUS e dos mecanismos financeiros de utilização disponíveis aos planos de saúde e a relação com o controle exercido pelo STF sobre os atos normativos da ANS. / Aline Sathler Pereira de Souza Maia. - Belo Horizonte, 2023.
98 f.

Orientador: Carlos Victor Muzzi Filho
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Belo Horizonte, 2023.

1. Sistema Único de Saúde (Brasil). 2. Saúde suplementar. 3. Operadoras de planos de saúde. I. Título. II. Muzzi Filho, Carlos Victor. III. Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 316.485.6



FUMEC

Dissertação intitulada “DESAFIOS REGULATÓRIOS: ANÁLISE DO RESSARCIMENTO AO SUS E DOS MECANISMOS FINANCEIROS DE UTILIZAÇÃO DISPONÍVEIS AOS PLANOS DE SAÚDE E A RELAÇÃO COM O CONTROLE EXERCIDO PELO STF SOBRE OS ATOS NORMATIVOS DA ANS” autoria de **ALINE SATHLER PEREIRA DE SOUZA MAIA**, aprovada pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Carlos Victor Muzzi Filho – Universidade FUMEC
(Orientador)

Prof. Dr. Marcelo Barroso Lima Brito de Campos – Universidade FUMEC
(Examinador Interno)

Prof. Dr. Elias José de Alcântara – Escola Superior Dom Helder Câmara
(Examinador Externo)

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas
Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito
Universidade FUMEC

Belo Horizonte, 08 de maio de 2023

CAMPUS

Rua Cobre, 200 - Cruzeiro
30310-190 - Belo Horizonte, MG
Tel: (31) 3228-3000
www.fumec.br

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que contribuíram para a realização deste projeto pessoal, em especial à minha família: meu marido Gustavo, pelo incentivo e amor e minha filha Juliana que me inspira a alcançar novos objetivos a cada dia. Aos meus pais Edna e Wagner, pelo carinho, compreensão e amor e aos demais familiares e amigos que, de alguma forma, contribuíram nesta minha jornada.

Agradeço à Deus, porque sem ele não somos nada e a quem devo gratidão pela vida para aplicar em minhas conquistas um lema constante na frase de Guimarães Rosa: “O homem nasceu para aprender tanto quanto a vida lhe permita”.

Agradeço aos colegas e mestres, pela caminhada em comum. Aos professores da Universidade FUMEC, pelos ensinamentos e contribuições doados para a finalização deste trabalho, em especial ao meu orientador, Professor Dr. Carlos Victor Muzzi Filho, especialmente, em razão da sua humildade com que demonstrou seu conhecimento para me auxiliar com os ensinamentos necessários para este estudo.

Também dedico um agradecimento aos funcionários do apoio técnico e administrativo da Universidade FUMEC, os quais sempre foram solícitos às demandas que lhes foram apresentadas. Destaco a referida Universidade como Instituição de grande valor para quem deseja ampliar seus conhecimentos.

Agradeço, ainda, aos colegas da ANS, instituição em que trabalho, por todo suporte material e cabedal teórico e técnico, sem o qual não teria conseguido cumprir o objetivo aqui proposto.

RESUMO

Em uma democracia, deve haver um equilíbrio de ações entre o Poder Judiciário, o Poder Legislativo e o Poder Executivo, considerando que esses devem atuar em harmonia e colaboração em busca do bem comum. A pesquisa se fundamenta no ponto de vista da busca de um diálogo institucional. Entende-se que o Judiciário não deve ser sempre deferente ao decidido pela Administração Pública, mas também não deve ser protagonista das políticas públicas. O trabalho tem como objetivo descrever o ressarcimento ao Sistema Único de Saúde (SUS) estabelecido às operadoras de planos de saúde, segundo o volume de procedimentos e os valores correspondentes. A pesquisa baseou-se em publicações da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) no tocante ao volume de utilização de serviços do sistema público por beneficiários de planos de saúde e em dados coletados no Departamento de Informática do Sistema Único de Saúde – Datasus, acerca da quantidade e do valor totais de internações e procedimentos, com base nas Autorizações de Internação Hospitalar (AIH) e nas Autorizações de Procedimento de Alto Custo (APAC). Além disso, a pesquisa analisa a importância da discussão dos mecanismos financeiros de utilização nos contratos de planos de saúde, haja vista que, atualmente, a matéria está disciplinada por regramento genérico, e é necessário aprofundar o assunto, considerando se tratar de um mercado onde a assimetria de informações é notória. Justifica-se porque a adoção de mecanismos financeiros de utilização previstos em contrato pode inibir condutas que possam ser enquadradas na concepção de risco moral e evitar a utilização excessiva pelos beneficiários dos serviços disponibilizados pelas operadoras privadas de planos de saúde. Além disso, as condutas dos entes reguladores impactam sobremaneira todo o setor do mercado privado de planos de saúde, no tocante a custos e qualidade dos serviços. Para auxiliar, busca-se conceituar o que é a economia comportamental e analisar como essa ciência pode contribuir para o estudo deste assunto. Isto posto, a pesquisa propõe-se, através de metodologia documental e bibliográfica, discutir a garantia do direito à saúde, por meio de uma análise do instituto do ressarcimento ao SUS como um importante instrumento de regulação para o setor de saúde suplementar, bem como contextualizar os mecanismos financeiros de utilização disponíveis às operadoras privadas de planos nos contratos, refletindo acerca de questionamentos sobre o alcance do controle do STF sobre os atos normativos expedidos pela ANS.

PALAVRAS-CHAVE: regulação – deferência – controle - Sistema Único de Saúde - Saúde Suplementar

ABSTRACT

In a democracy, there must be a balance of actions between the Judiciary, the Legislative and the Executive, considering that they must act in harmony and collaboration in search of good of society. The present survey is based on the point of view of the search for an institutional dialogue. It is understood that the Judiciary should not always be deferential to what is decided by the public Administration, but also should not be the leading actor for the public choices. This search aims to describe the reimbursement to the Unified Health System (SUS) established for private health companies, according to the volume of procedures and the corresponding values. The study consulted Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)'s publications regarding the volume of use of the public health services by private health insurance beneficiaries and their respective values. Information of the Unified Health System (SUS) were also collected referred to Hospital Admission Authorization (AIH) e High Complexity Procedure Authorization (APAC). In addition, the work analyzes the importance of discussing financial regulation mechanisms in private health insurance contracts, given that, currently, the matter is disciplined by generic rules, and it is necessary to deepen the subject, considering that is a market where the asymmetry of information is notorious. It is justified because the adoption of financial regulation mechanisms in the private health insurance contracts can inhibit conducts that may be framed in the concept of moral hazard and prevent excessive use by private health insurance beneficiaries. In addition, the conduct of regulatory agencies greatly impact the entire sector of private health insurance and plans, with regard to costs and quality of services. To help, we seek to conceptualize what behavioral economics is and analyze how this science can contribute to the study of this subject. That said, the search proposes, through documentary and bibliographical methodology, to discuss the guarantee of the right to health, through an analysis of the institute of the reimbursement to the Unified Health System (SUS) as an important instrument of regulation, as well as contextualizes the financial regulation mechanisms available to private health companies in contracts, reflecting on questions about the scope of Judiciary control over normative acts issued by ANS.

KEY WORDS: regulation – deference – control - Unified Health System - Private Health Insurance and Plans.

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

ABI - Aviso de Beneficiário Identificado

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

AIH - Autorização de Internação Hospitalar

AIR – Análise de Impacto Regulatório

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar

APAC – Autorização de Procedimento de Alta Complexidade

CADIN - Cadastro informativo de créditos não quitados do setor público federal

DATASUS – Departamento de Informática do Sistema Único de Saúde

DIDES - Diretoria de Desenvolvimento Setorial

FNS - Fundo Nacional de Saúde

GRU - Guia de Recolhimento da União

IVR - Índice de Valoração do Ressarcimento

RE - Recurso Extraordinário

SAI/SIH - Sistema de Informações Ambulatoriais de Informação Hospitalar

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUS – Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	REFORMA DO ESTADO BRASILEIRO E O ATUAL MODELO REGULATÓRIO DISPOSTO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	14
2.1	A ordem política e econômica nas Constituições brasileiras a partir da Proclamação da República em 15 de novembro de 1891	14
2.2	A regulação no Brasil e o surgimento das agências reguladoras	24
3	CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO SOBRE OS ATOS NORMATIVOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	41
3.1	Releitura do princípio da legalidade e do princípio da separação dos poderes e poder normativo das agências reguladoras.....	41
3.2	Controle do Poder Judiciário sobre o mérito das decisões das agências reguladoras e sobre os atos normativos por essas editados.....	49
3.3	A importância do reconhecimento das capacidades institucionais para adoção de uma perspectiva que alia a possibilidade de verificação dos resultados das políticas públicas à preocupação com a instituição tomadora da decisão.....	56
4	O DIREITO À SAÚDE NO ESTADO BRASILEIRO, O MERCADO PRIVADO DAS AÇÕES DE SAÚDE E A ATUAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS	65
4.1	Ressarcimento ao SUS.....	68
4.1.1.	O procedimento de ressarcimento ao SUS no âmbito de atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar	71
4.1.2.	Abordagem crítico-reflexiva sobre o instituto do ressarcimento ao SUS	73
4.2	Reflexões sobre as razões da utilização pelos beneficiários de planos de saúde dos serviços do SUS e a relação com os mecanismos financeiros de regulação nos contratos de planos de saúde: a coparticipação.....	77
5	CONCLUSÕES	86
	REFERÊNCIAS	90

1 INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito à saúde é reconhecido como um direito social no artigo 6º. Além disso, está disposto nos artigos 196 a 200 da Constituição da República, de 05 de outubro de 1988. No artigo 197, há previsão de que a execução das ações e serviços de saúde poderá ser realizada por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, e no artigo 199 foi disciplinado que a saúde é livre à iniciativa privada, sendo facultado às pessoas físicas ou jurídicas de direito privado participarem de forma complementar do sistema único de saúde.

Cabe ao Estado, então, a tarefa de normatizar, fiscalizar e regulamentar o mercado da saúde suplementar. Nesse sentido, a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS foi criada pela lei 9.961, de 20 de janeiro de 2000, sendo caracterizada como autarquia de natureza especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com prerrogativas de órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde, conforme disciplina o artigo 1º. Portanto, a ANS detém competência para editar normas que disciplinarão o mercado da saúde suplementar.

A regulação econômica é objeto de ações e estudos do governo brasileiro, desde a década de 2000. A criação das agências reguladoras foi decorrente do processo de reforma administrativa do Estado brasileiro, por meio do plano diretor de reforma do aparelho do estado (PDRAE), quando se admitiu que o Estado não conseguia atender com eficiência as demandas sociais e era necessário que ele se fortalecesse, institucionalmente, congregando parcelas cada vez mais crescentes da sociedade civil. O plano diretor de reforma do aparelho do estado foi elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado e, depois de ampla discussão, aprovado pela Câmara da Reforma do Estado em reunião, na data de 21 de setembro de 1995. Em seguida foi submetido ao Presidente da República, que o aprovou na forma publicada.

O programa de fortalecimento da capacidade institucional para gestão em regulação – PRO-REG foi criado por meio do Decreto nº 6.062, de 16 de março de 2007. O programa foi concebido a partir de uma parceria entre o Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID e o governo federal, por intermédio da casa civil da Presidência da República. Por meio deste programa, o governo apresenta-se como fomentador e articulador de programas e ações para melhoria da qualidade regulatória.

Legislações recentes foram publicadas no ano de 2019, como a lei das agências reguladoras: lei 13.484, de 25 de junho de 2019, e a lei da liberdade econômica: Lei 13.874, de 20 de setembro de 2019, que tratam, inclusive, entre outros, sobre o assunto da avaliação de impacto regulatório. Estas leis fortalecem o sistema regulatório brasileiro e reforçam a política de governança regulatória no Estado brasileiro.

A promoção de um ambiente regulatório que favoreça a concorrência e o desenvolvimento do setor de saúde com eficiência e sustentabilidade é um dos eixos estratégicos da Agência Nacional da Saúde Suplementar. Uma política regulatória eficiente e de qualidade traz benefícios para sociedade, com relação à prestação de serviços de saúde pela iniciativa privada, o que impacta na prestação de serviços no Sistema Único de Saúde – SUS.

Além disso, a regulação econômica já é objeto de estudos de vários autores, no âmbito do direito administrativo e do direito econômico, fenômeno que também ocorre, em âmbito internacional, o que confere um amplo espectro teórico e bibliográfico sobre o assunto. O assunto também é fonte de decisões no âmbito do Poder Judiciário, conforme será dissertado ao longo da pesquisa.

A regulação é uma forma de interferência do Estado nas relações econômicas. Nessa medida, as formas organizacionais de um país influenciam a natureza dos problemas regulatórios. Em contrapartida, a credibilidade e efetividade da estrutura regulatória, no sentido da capacidade de incentivar investimentos privados, é determinada pela qualidade das instituições de um país.

O referencial teórico é a defesa do poder normativo e regulador das agências reguladoras, em especial, da Agência Nacional Saúde Suplementar, no seu âmbito de atuação no mercado da saúde suplementar.

Não se deve diminuir o papel das agências reguladoras, mas, sim, fortalecer sua independência e autonomia, sem, com isso, enfraquecer o papel do Legislativo. As agências reguladoras foram criadas, notadamente, com competências para normatizarem setores específicos, possibilitando apreciação técnica mais apurada do setor regulado. Essas competências influem diretamente na qualidade da regulação.

O objetivo geral do presente estudo é ratificar a autonomia e legitimidade da Agência Nacional de Saúde Suplementar e demonstrar seu papel crucial na integração entre o Sistema Único de Saúde - SUS e o mercado da saúde suplementar, ressaltando sua competência técnica

para edições de atos normativos sobre pautas pertinentes ao setor regulado. Assim, justifica-se a dissertação estar compreendida na linha de pesquisa: esfera pública, legitimidade e controle (direito público).

No primeiro capítulo, contextualiza-se o atual modelo de Estado previsto na Constituição da República de 1988, apresentando uma definição de constituição econômica. Defende-se que uma análise sistêmica da Constituição, em respeito à sua unicidade, é o melhor meio para interpretar os conflitos que possam surgir na contraposição de princípios que regem a ordem econômica brasileira. Apresenta-se um recorte histórico para analisar a ordem política e econômica nas Constituições brasileiras estabelecidas após a Proclamação da República em 1889, fazendo-se uma breve comparação com os contextos históricos ocorridos na ordem mundial, para melhor compreensão da reforma de Estado ocorrida a partir da promulgação da Constituição de 1988. Em seguida, faz-se análise da Reforma do Estado no Brasil a partir da promulgação da Constituição de 1988, apresentando-se alguns posicionamentos teóricos e doutrinários. Além disso, contextualiza-se o paradigma do Estado regulador, apresentando-se a teoria jurídica da regulação e o atual modelo regulatório.

No capítulo seguinte, passa-se à ideia do controle exercido sobre os atos normativos e decisões realizadas pelas agências reguladoras. Expõe-se nova interpretação para o princípio da legalidade no âmbito do direito administrativo, para adentrar, especificamente na questão do poder normativo das agências reguladoras em face do controle do Poder Judiciário sobre os atos regulamentares editados pelos entes reguladores.

Parte-se do pressuposto de que, em uma democracia, deve haver um equilíbrio entre o Poder Judiciário, o Poder Legislativo e Poder Executivo, considerando-se que devem atuar em harmonia e colaboração em busca do bem comum. A pesquisa fundamenta-se no ponto de vista da busca de um diálogo institucional, ou seja, deve haver equilíbrio na atuação do Poder Judiciário quanto ao controle sobre os atos dos demais poderes. Entende-se que o Judiciário não deve ser sempre deferente ao decidido pela Administração Pública, mas também não deve ser protagonista das políticas públicas.

Em seguida, apresenta-se abordagem sobre a importância do reconhecimento das capacidades institucionais para adoção de uma perspectiva que alia a possibilidade de verificação dos resultados das políticas públicas à preocupação com a instituição tomadora da decisão. No âmbito do sistema normativo brasileiro, em relação às agências reguladoras, o Judiciário ainda apresenta a última palavra sobre a interpretação das normas regulatórias, apesar

de haver indícios de deferência judicial sobre as decisões administrativas, mas isso não é unânime, nem constante.

No quarto capítulo, demonstram-se os desafios regulatórios do setor da saúde suplementar, contextualizando com os desafios do modelo regulatório adotado no Estado brasileiro; enfatizando a autonomia técnica e a legitimidade da Agência Nacional de Saúde Suplementar como ente regulador do setor da saúde suplementar. Demonstra-se como o Sistema Único de Saúde - SUS e o mercado da saúde suplementar estão integrados, com apresentação dos dados do setor publicados nos canais de acesso à informação disponibilizados pelo governo e pela ANS. Discute-se, também, a importância do instituto do ressarcimento ao SUS, legalmente disciplinado na lei 9.656, de 03 de junho de 1998 e referendado pelo STF na sua constitucionalidade. Apresenta-se, ainda, como os mecanismos financeiros de regulação impactam na utilização dos planos de saúde pelos seus respectivos beneficiários e sua correlação com a utilização dos serviços de saúde do SUS pelos beneficiários de planos de saúde.

Em seguida, mas no mesmo capítulo, busca-se conceituar o que é a economia comportamental e como essa ciência pode contribuir no estudo do direito. Faz-se referência a teoria da racionalidade limitada, de Daniel Kahneman (KAHNEMAN, 2012). Utiliza-se essa teoria para analisar, especificamente, a questão do comportamento dos entes regulados no mercado da saúde suplementar, quando da adoção dos mecanismos financeiros de regulação nos contratos de planos de saúde.

Isto porque, no mercado da saúde suplementar, observa-se uma notória assimetria de informações entre os beneficiários e as operadoras de planos de saúde. Assim, questiona-se se é necessária a elaboração de norma para tratar da questão dos mecanismos de utilização ou se o próprio mercado se autorregula, partindo do princípio de que o normativo atual é bastante genérico, só proibindo o financiamento integral do procedimento por parte do usuário, ou fator restritor severo ao acesso aos serviços. Ressalva-se que se trata de assunto que merece discussão, porque as condutas dos entes reguladores impactam sobremaneira todo o setor do mercado privado de planos de saúde, no tocante a custos e qualidade dos serviços.

Parte-se da hipótese de que ANS é a instituição apta a discutir sobre os mecanismos financeiros de utilização, posto que detém os dados e conhecimentos necessários para instrumentalizar as políticas públicas na intervenção na política de preços no setor, e, para tanto, defende-se a autonomia desse órgão regulador, não olvidando que podem ser constatadas falhas

regulatórias, mas que essas servem de aprimoramento para o equilíbrio das relações no mercado da saúde suplementar.

A dissertação parte da hipótese de que existe integração entre o SUS e a saúde suplementar, tendo em vista, por exemplo, que grande parcela de beneficiários de planos de saúde realizam procedimentos de média e alta complexidade no SUS, em consequência, por vezes, dos mecanismos financeiros de utilização estabelecidos pelas operadoras. Assim, busca-se analisar como a ANS pode, normativamente, corrigir essa situação, usando a autonomia técnica estabelecida em lei, para diminuir as falhas desse mercado.

Justifica-se o presente projeto pela importância da discussão dos desafios regulatórios existentes no mercado da saúde suplementar, o que perpassa por uma discussão maior sobre a política de governança regulatória existente no Estado brasileiro. Além disso, também merece aprofundamento a questão da regulação exercida pela ANS e seus reflexos no gerenciamento dos serviços de saúde realizados no SUS.

A pesquisa se embasará no método dedutivo, com base em instrumentos teóricos-documentais e bibliográficos. Além disso, embasar-se-á em pesquisa de dados públicos, com análise quantitativa e qualitativa. Além disso, especialmente, conta-se com a base de dados extraída de documentos públicos disponibilizados e publicados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, em seus domínios eletrônicos.

Ao final, será possível concluir que a pesquisa busca refletir sobre as críticas atuais à atuação das agências reguladoras, buscando construir mais conhecimento, no sentido de tentar menos fragilizar o regime jurídico dessas, mas, sim, trazer mais fatores que as legitimem e que fundamentem um entendimento de democracia constitucionalmente regulada.

2 REFORMA DO ESTADO BRASILEIRO E O ATUAL MODELO REGULATÓRIO DISPOSTO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

2.1 A ordem política e econômica nas Constituições brasileiras a partir da Proclamação da República em 15 de novembro de 1891

Uma Constituição é a fonte da qual se irradiam todas as demais fontes normativas a organizar uma sociedade em um determinado Estado. Uma Constituição é um documento jurídico onde são estabelecidas as normas fundamentais de organização do estado e da sociedade onde nele vive. Sua importância, portanto, é permitir que uma comunidade de indivíduos se organize e se estruture no território de um país, de modo que o poder constituído para tal organização esteja orientado a buscar o bem comum e a garantir os direitos fundamentais daqueles que formam. Segundo leciona Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2006b, p.1):

A Constituição jurídica de um Estado é condicionada historicamente pela realidade de seu tempo. Esta é uma evidência que não se pode ignorar. Mas ela não se reduz à mera expressão das circunstâncias concretas de cada época. A Constituição tem uma existência própria, autônoma, embora relativa, que advém de sua força normativa, pela qual ordena e conforma o contexto social e político. Existe, assim, entre a norma e a realidade uma tensão permanente, de onde derivam as possibilidades e os limites do Direito Constitucional, como forma de atuação social.

No concernente a como um Estado dirigirá ou intervirá na economia, surge a noção de Constituição econômica que deve ser compreendida como sendo o conjunto de normas contidas na Constituição, destinadas a regular o aspecto econômico da sociedade e do Estado. Assim define André Cyrino (CYRINO, 2018, p. 72):

a Constituição econômica nada mais é, como aprofundaremos a seguir, o conjunto de balizas e comandos, consubstanciados por meio de princípios, regras e postulados, os quais pautam a intervenção, em sentido amplo, do Estado na economia. São esses os pressupostos teóricos que, ao fim e ao cabo, demonstram a razão de existir e as funções da Constituição Econômica, consagrando a sua ética de legitimação e aplicação pelas várias instituições estatais, e determinando a sua irradiação por todo direito econômico, num processo paulatino de impregnação constitucional.

Em suma, para entender com uma regulação surge é preciso entender como um contexto social-histórico acontece, ou seja, a regulação não pode ser desvinculada do contexto histórico e político. As instituições funcionam de forma diferentes em cada lugar, e em cada época. Há uma ligação necessária, em cada época, entre estruturas econômicas e o papel do Estado na sociedade e nas instituições jurídicas.

Desta forma, o direito é quem, entre outras funções, traduz os objetivos da política econômica do Estado, em cada momento histórico, ao disciplinar instrumentos normativos. Além disso, compreende-se que a interpretação da Constituição está em constante mutação, fruto dos processos históricos decorrentes da evolução da sociedade. Como anota André Cyrino (CYRINO, 2018, p. 14):

Trata-se de perquirir o que justifica as normas que legitimam a intervenção do Estado na economia; as normas que compõem a Constituição econômica. Se a Constituição econômica tem a pretensão de conformar a realidade e instituir um modelo de intervenção, o entendimento sobre a sua justificação é fundamental a fim de se verificar no que consiste tal transformação. (...) As justificativas teórico-filosóficas da intervenção devem fazer parte das preocupações daqueles que lidam com o direito.

Assim, passa-se à análise das Constituições brasileiras promulgadas ou outorgadas após a Proclamação da República, para que se possa discorrer, em seguida, sobre a Constituição de 1988 e contextualizar o atual modelo regulatório no Estado brasileiro.

A primeira Constituição após a Proclamação da República foi a Constituição de 1891, promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Comparando-a com a Constituição atual, promulgada em 1988, constata-se ser bem mais sintética. Não restou consignado os objetivos e fundamentos tais quais dispostos na atual Constituição. No preâmbulo, fez expressa ressalva de organizar um regime livre e democrático, a partir da adoção de uma forma de governo republicana, instituindo a forma federativa de Estado e estabelecendo a separação entre Executivo, Legislativo e Judiciário¹. Foram assegurados direitos civis e políticos, tais como o direito ao sufrágio. Porém, quanto ao exercício desse, ainda havia restrições, por exemplo: o impedimento de que mendigos e analfabetos² votassem. Foi estabelecida a separação entre a Igreja e o Estado. Não foi disciplinado nenhum capítulo, em específico, para a ordem econômica³.

¹ Artigo 15.

² Artigo 70, parágrafo 1º.

³Tal omissão ajusta-se ao pensamento econômico liberal à época, segundo o qual a regra seria o *laissez faire, laissez passer*, devendo o Estado abster-se de ingerência na órbita econômica. Nessa linha de raciocínio destaca-se a obra de Adam Smith, como modelo econômico. Em 1776, o economista Adam Smith publicou a obra: “*An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*”, traduzida: A Riqueza das Nações. Nesta obra, o referido autor defende a livre concorrência como a melhor solução para a alocação de recursos, tendo em vista que os preços seriam naturalmente formados pelo próprio mercado e, conseqüentemente, alcançar-se-ia o equilíbrio desejado, ou seja, ele pregava que, quanto menor a intervenção estatal, melhor se atingiria o bem-estar econômico geral, haja vista que as pessoas tendem a tomar melhores decisões se puderem agir por conta própria. Conforme anota N. Gregory Mankiw (MANKIW, 2021, p. 09): “A visão de Smith apresenta um importante corolário: quando o governo impede que os preços se ajustem de forma natural à oferta e à demanda, impede que a mão invisível coordene as decisões de famílias e empresas que compõem a economia. Esse corolário explica por que os impostos têm um efeito adverso sobre a alocação de recursos: eles distorcem os preços e, com isso, as decisões das empresas e famílias. Explica também o mal ainda maior que pode ser causado por políticas de controle direto dos preços, como a de controle dos aluguéis.”

Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2006a) disserta que Constituição de 1891 foi promulgada no período que se chamou como pré-modernidade, ou também Estado Liberal. Na concepção de Estado Liberal reforça-se a proteção dos chamados direitos individuais, o que se chamou como primeira geração de direitos⁴, os quais, segundo Norberto Bobbio (BOBBIO, 2004, p. 19), consistem em liberdades, ou seja, direitos que reconhecem limitações ao exercício do Estado e que, de certa forma, determinam uma esfera de liberdade aos indivíduos em relação aos Estados. Estabelecem uma imposição ao Estado de não fazer, no sentido negativo. Preconizam a liberdade. Há um reconhecimento de uma igualdade genérica entre os indivíduos, de forma abstrata, sem distinções e/ou discriminações (BOBBIO 2004, p. 33).

A partir da segunda década do século XX, inicia-se o período da modernidade, ou Estado Social (*Welfare State*), na classificação mencionada por Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2006a), já citada, o que coincide com o surgimento do que se denomina segunda geração de direitos. Os ordenamentos jurídicos passam a construir sistemas normativos que objetivam prescrever prestações positivas ao Estado.

A segunda geração de direitos⁵ correspondem aos direitos sociais, econômicos e culturais, surgidos no início do século XX. A teoria da segunda geração dos direitos afirmou os direitos sociais (positivos ou prestacionais), e consubstanciou a imposição ao Estado de obrigações correspondentes aos deveres de fazer, ou seja, de entregar aos grupos sociais desprovidos direitos tais como: educação, saúde e segurança pública, entre outros, com objetivo de redução das desigualdades sociais.

⁴ Os direitos individuais, de origem marcada pelo jusnaturalismo tiveram como primeira manifestação “legislativa” da Declaração de direitos inglesa, de 1689. Não obstante, o seu ciclo de formação e aperfeiçoamento encontra-se mais ligado ao pensamento iluminista francês do século XVIII e à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Os direitos individuais, frequentemente denominados liberdades públicas, são a afirmação jurídica da personalidade humana. Talhados no individualismo liberal e dirigidos à proteção de valores relativos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, contém limitações ao poder político, traçando a esfera de proteção jurídica do indivíduo em face do Estado. Os direitos individuais impõem, em essência, deveres de abstenção aos órgãos públicos, preservando a iniciativa e autonomia dos particulares (BARROSO, 2006b, p. 96-97).

⁵ Os direitos econômicos, sociais e culturais, identificados, abreviadamente, como direitos sociais, são de formação mais recente, remontando à Constituição mexicana, de 1917, e à de Weimar, de 1919. Sua consagração marca a superação de uma perspectiva estritamente liberal, em que passa a considerar o homem para além de sua condição individual. Com eles surgem para o Estado certos deveres de prestações positivas, visando à melhoria das condições de vida e à promoção da igualdade material. A intervenção estatal destina-se a neutralizar as distorções econômicas geradas na sociedade, assegurando direitos afetos à segurança social, ao trabalho, ao salário digno, à liberdade sindical, à participação no lucro das empresas, à educação, ao acesso à cultura, dentre outros. Enquanto os direitos individuais funcionam, principalmente, como escudo protetor em face do Estado, os direitos sociais operam como “barreiras defensivas do indivíduo perante a dominação econômica de outros indivíduos (BARROSO, 2006b, p. 97).

Discorrendo sobre a história do Estado Brasileiro, Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2006a) entende que a modernidade teria começado no Brasil a partir da Revolução de 1930, e institucionalizada a partir da Constituição promulgada em 1934.

Então, digressionando na história, depois de nova Assembleia Constituinte organizada em 1933, no período presidido por Getúlio Vargas, foi promulgada em 16 de julho, a Constituição de 1934. No preâmbulo, foi destacada a promoção de um Estado com a finalidade de assegurar o bem-estar social e econômico. Nesta Constituição já foi destinado um capítulo para a ordem econômica. Ficou estabelecido que a ordem econômica deveria ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilitasse a todos existência digna. Dentro desses limites, foi garantida a liberdade econômica⁶⁷. Ainda foi ressalvado a possibilidade de a União monopolizar determinadas atividades econômicas e industriais⁸. Também foi feita regra expressa sobre a nacionalização de bancos de depósitos e empresas de seguros em todas as suas modalidades⁹. Ou seja, vislumbrava-se um Estado mais interventor na economia.

Neste capítulo da Constituição de 1934 também foram inseridos alguns direitos sociais, concernentes à proteção dos trabalhadores, tais como: instituição de jornada de trabalho de oito horas diárias, repouso semanal, férias remuneradas e indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa. Vislumbrava-se, pois, uma preocupação do Estado sobre as relações de trabalho.

Em 10 de novembro de 1937, Getúlio Vargas revogou a Constituição de 1934, dissolveu o Congresso e outorgou ao país a Constituição de 10 de novembro de 1937. Houve

⁶ Art. 115.

⁷ Maria Hermínia Tavares de Almeida (ALMEIDA, 2007, p. 23) descreve que de 1930 a 1945 foi o período da definição de políticas de promoção do desenvolvimento econômico; de construção de instituições, mecanismos e instrumentos de regulação e intervenção estatal nos mercados; e, também, de criação e extensão dos direitos sociais, segundo os princípios do corporativismo. O período presidido por Getúlio Vargas (1930-1945) deu início à construção de um aparato complexo de regulação e de modalidades diretas de intervenção estatal na produção de bens e serviços, que deu forma à grande transformação socioeconômica promovida pela industrialização por substituição de importações. Criaram-se empresas públicas, com frequência monopolistas, produtoras de insumos básicos, requeridas pela expansão industrial. Organismos especializados se encarregaram de regular alguns mercados de produtos primários: café, açúcar e álcool, madeira, etc. Um conjunto de políticas ativas de promoção industrial foi posto em marcha: incentivos fiscais, crédito subsidiado, proteção tarifária, reserva de mercado, proteção cambial.

⁸ Art 116: Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações, devidas, conforme o art. 112, nº 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos Poderes locais.

⁹ Art 117: A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País.

retrocesso na garantia e direitos individuais¹⁰. Foi estabelecido que a intervenção do Estado no domínio econômico só se legitimaria para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção e que a intervenção no domínio econômico poderia ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta¹¹. Ao mesmo tempo, foi estabelecido, no artigo 136, que o trabalho é dever social e que a caberia ao Estado garantir a todos a proteção do direito ao trabalho como fonte de subsistências, assegurando-lhe condições favoráveis e meios de defesa. No entanto, proibiu-se a greve e o *lock-out*, no artigo 139.

Em 18 de setembro de 1946, após a eleição do Presidente Eurico Gaspar Dutra, ocorrida em 1945¹², foi promulgada nova Constituição, após as deliberações do Congresso recém-eleito, que assumiu as tarefas de Assembleia Nacional Constituinte. Essa Constituição, retomou a linha democrática de 1934¹³.

No tocante às disposições econômicas, no capítulo definido para a ordem econômica, ficou estabelecido que essa deveria ser organizada conforme os princípios da Justiça social,

¹⁰ Maria Hermínia Tavares de Almeida (ALMEIDA, 2007, p. 22), disserta que entre 1937 e 1945, período do Estado novo, presidido por Getúlio Vargas, desapareceram a federação e as instituições democráticas e representativas. O congresso foi fechado; os governos dos estados, reduzidos à condição de províncias sem autonomia, foram entregues a interventores do governo federal; os partidos políticos, proibidos; as eleições, suspensas por prazo indeterminado. Pela primeira e única vez na história do país, a disputa e a negociação políticas deixaram de recorrer ao mecanismo eleitoral e passaram a depender exclusivamente da arbitragem do governo federal e da mediação das burocracias centrais.

¹¹ Art. 135.

¹² Em fevereiro de 1945, Vargas anunciou uma reforma constitucional que aprovava a realização de novas eleições. Em fevereiro de 1945, o governo estabeleceu datas para a realização de eleições, por meio da Lei Constitucional nº 9, e proclamou uma anistia geral. Em maio, o Decreto-Lei nº 7.586 fixou o dia 2 de dezembro do mesmo ano para a realização das eleições e recriou o Tribunal Superior Eleitoral. A partir de então, os grupos políticos se organizaram em partidos, com destaque para o Partido Social Democrático (PSD), o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) e a União Democrática Nacional (UDN). Na mesma época, surgiu em vários setores da sociedade um questionamento quanto às responsabilidades dos futuros congressistas: se eles poderiam ser também constituintes. Diante das dúvidas suscitadas em representação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e em consulta feita pelo Partido Social Democrático (PSD), acerca da extensão dos poderes dos futuros eleitos, o TSE editou a Resolução nº 215, de 2 de outubro de 1945, cujo relator foi o Ministro Antônio Sampaio Dória. Na ementa, dispôs-se que "O Parlamento Nacional, a ser eleito em 2 de dezembro de 1945, além de suas funções ordinárias, terá poderes constituintes, apenas, sujeito aos limites que ele mesmo prescrever. "Desgastado politicamente, Getúlio Vargas renunciou, no final de outubro de 1945. Como não havia o cargo de vice-presidente da República, assumiu a direção do país o presidente do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral, Ministro José Linhares, que permaneceu no cargo de 30 de outubro de 1945 a 31 de janeiro do ano seguinte. Diante da resposta do Tribunal Superior Eleitoral às questões suscitadas pela OAB e pelo PSD, José Linhares editou a Lei Constitucional nº 13, de 12 de novembro de 1945, estabelecendo que os representantes eleitos para a Câmara dos Deputados e para o Senado Federal teriam poderes ilimitados para votar a Constituição do Brasil (art. 1º), e a Lei Constitucional nº 15, de 26 de novembro de 1945, segundo a qual o Congresso Nacional teria poderes ilimitados para elaborar e promulgar a Constituição do país (art. 1º). Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/jurisprudencia/julgados-historicos/assembleia-constituente-1946>> Acesso em 24 de outubro de 2022.

¹³ Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infograficos/2017/10/uma-breve-historia-das-constituicoes-do-brasil>. Acesso em 24 de outubro de 2022.

conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano¹⁴. Ressalvou-se que o trabalho é uma obrigação social, assim como na constituição anterior. Também foi disciplinado que a União, em razão de lei especial, poderia intervir no domínio econômico, com base no interesse público e tendo como limites os direitos fundamentais¹⁵. Condiicionou-se o uso da propriedade ao bem-estar social¹⁶.

Entretanto, em 1964, houve uma ruptura com o regime democrático até então vigente, para ser constituído um regime de governo, conduzido por militares, que perdurou até o ano de 1984. Em 1964, houve a manutenção do Congresso Nacional, mas controlado pelo Poder Executivo. Em 1967, foi encaminhada proposta de Constituição que foi aprovada pelos parlamentares e promulgada no dia 24 de janeiro de 1967¹⁷.

Foi disciplinado, no artigo 157, que a ordem econômica tinha como objeto realizar a justiça social, baseada nos seguintes princípios: liberdade de iniciativa; valorização do trabalho como condição de dignidade humana; função social da propriedade; harmonia e solidariedade entre os fatores de produção; desenvolvimentos econômico e repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros.

Foram mantidos direitos trabalhistas tais quais previstos nas outras Constituições, também reconhecendo o direito de greve, exceto nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei. Salvaguardou-se, no artigo 163, às empresas privadas a preferência na organização e exploração das atividades econômicas, mas com estímulo e apoio do Estado. Ao Estado restou a competência suplementar como interventor direto na atividade econômica.

¹⁴ Art. 145.

¹⁵ Art. 146.

¹⁶ Art. 147.

¹⁷ Mais sintética do que sua antecessora, essa Constituição manteve a Federação, com expansão da União, e adotou a eleição indireta para presidente da República, por meio de Colégio Eleitoral formado pelos integrantes do Congresso e delegados indicados pelas Assembleias Legislativas, conforme artigo 76. O Judiciário também sofreu mudanças, e foram suspensas as garantias dos magistrados. Essa Constituição foi emendada por sucessiva expedição de Atos Institucionais (AIs), que serviram de mecanismos de legitimação e legalização das ações políticas dos militares, dando a eles poderes extra-constitucionais. De 1964 a 1969, foram decretados 17 atos institucionais, regulamentados por 104 atos complementares. Um deles, o AI-5, de 13 de dezembro de 1968, foi um instrumento que deu ao regime poderes absolutos e cuja primeira consequência foi o fechamento do Congresso Nacional por quase um ano e o recesso dos mandatos de senadores, deputados e vereadores, que passaram a receber somente a parte fixa de seus subsídios. Entre outras medidas do AI-5, destacam-se: suspensão de qualquer reunião de cunho político; censura aos meios de comunicação, estendendo-se à música, ao teatro e ao cinema; suspensão do *habeas corpus* para os chamados crimes políticos; decretação do estado de sítio pelo presidente da República em qualquer dos casos previstos na Constituição; e autorização para intervenção em estados e municípios. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infograficos/2017/10/uma-breve-historia-das-constituicoes-do-brasil>. Acesso em 24 de outubro de 2022.

Nesse período, reconheceu-se um novo ciclo desenvolvimentista, tendo se verificado a expansão de empresas públicas produtoras de bens e serviços, assim como políticas de promoção industrial¹⁸.

Em 1985, por meio da Emenda Constitucional 26, foi convocada a Assembleia Nacional Constituinte com a finalidade de elaborar novo texto constitucional para expressar a realidade social pela qual passava o país, que vivia um processo de redemocratização após o término do regime militar.

Assim, em 05 de outubro de 1998, foi promulgada nova Constituição que se encontra vigente até os dias atuais, com ampliação das liberdades civis e os direitos e garantias individuais. Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2006a) classifica o período vigente como pós-modernidade.

O Estado Brasileiro organiza-se, hoje, a partir da promulgação da Constituição da República, em 1988, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. Neste ordenamento, além dos direitos da primeira geração e segunda geração já consolidados, estão dispostos os direitos de terceira geração¹⁹.

Os direitos de terceira geração se consubstanciam na fraternidade e na solidariedade e refletem na proteção dos direitos: à paz, autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao

¹⁸ Em 1974, foi lançado o II Plano Nacional de Desenvolvimento (II PND) definindo uma série de investimentos em setores-chave da economia. Combinava ação do Estado, da iniciativa privada e do capital externo. Instaurava uma política de estímulo à industrialização nacional, para estímulo à substituição de importâncias e uma política de diminuição da dependência externa de petróleo e outras fontes energéticas, com estímulo à produção interna. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/anexo/ANL6151-74.PDF>. Acesso em 24/10/2022.

¹⁹ De fato, como destaca Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2006b, p. 98), caracterizam-se eles por pertencerem a uma série indeterminada de sujeitos e pela indivisibilidade de seu objeto, de forma tal que a satisfação de um dos seus titulares implica na satisfação de todos, do mesmo passo que a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade. Integram essa natureza de interesse a preservação do meio ambiente, a defesa da qualidade de produtos e a garantia contra manipulações de mercado (proteção ao consumidor) e a salvaguarda de valores culturais e espirituais (proteção ao patrimônio histórico, artístico e estético). Esses novos direitos foram positivados em Constituições mais recentes, como a espanhola de 1978, e portuguesa, de 1976 (revista em 1982, 1989, 1992 e 1997), e têm recebido ampla acolhida no Brasil, com sede doutrinária e legislativa. A Constituição de 1988 consagra sua proteção em diversos dispositivos (e.g. arts. 5º, XXXII, LXXIII, e 225).

meio ambiente, e qualidade de vida, bem como ao direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito à comunicação. A titularidade é difusa ou coletiva²⁰.

Hoje, infere-se uma mudança de paradigma de proteção dos direitos fundamentais. Flávia Piovesan (PIOVESAN, 2012) destaca a tendência de um constitucionalismo globalizado, um dirigismo comunitário, com objetivo de proteção aos direitos humanos de propagação para todas as nações.

Da Constituição brasileira de 1988, extrai-se a ideia de restrição do Estado como explorador direto de atividade econômica e enfatiza-se a concepção de um Estado Regulador, como se infere do artigo 174²². A Constituição de 1988 estabelece como um dos objetivos do

²⁰ Segundo Norberto Bobbio (BOBBIO, 2014, p. 95), a luta pelos direitos teve como primeiro adversário o poder religioso; depois, o poder político; e, por fim, o poder econômico. Hoje, as ameaças à vida, à liberdade e à segurança podem vir do poder sempre maior que as conquistas da ciência e das aplicações dela derivadas dão a quem está em condição de usá-las. Entramos na era que é chamada de pós-moderna e é caracterizada pelo enorme progresso, vertiginoso e irreversível, da transformação tecnológica e, conseqüentemente, também tecnocrática do mundo. (...) Os direitos da nova geração, como foram chamados, que vieram depois daqueles em que se encontraram as três correntes de ideias do nosso tempo, nascem todos dos perigos à vida, à liberdade e à segurança, provenientes do aumento do progresso tecnológico. Bastam estes três exemplos centrais do debate atual: o direito de viver em um ambiente não poluído, do qual surgiram os movimentos ecológicos que abalaram a vida política tanto dentro dos próprios Estados quanto no sistema internacional; o direito à privacidade, que é colocado em sério risco pela possibilidade que os poderes públicos têm de memorizar todos os dados relativos à vida de uma pessoa e, com isso, controlar os seus comportamentos sem que ela perceba; o direito, o último da série, que está levantando debates nas organizações internacionais, e a respeito do qual provavelmente acontecerão os conflitos mais ferrenhos entre duas visões opostas da natureza do homem: o direito à integridade do próprio patrimônio genético, que vai bem mais além do que o direito à integridade física, já afirmado nos artigos 2 e 3 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

²¹ Para além das 3 gerações anteriormente citadas, diversos autores hoje desenvolvem os conceitos de quarta, quinta e até sexta geração dos direitos fundamentais. Após a terceira, contudo, não há mais unanimidade doutrinária. Por exemplo, nos registros da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, infere-se as seguintes classificações de direitos: “A evolução histórica dos direitos humanos Vale referir, (...) até mesmo em face da justa preocupação revelada pelos povos e pela comunidade internacional em tema de direitos humanos, que estes, em seu processo de afirmação e consolidação, comportam diversos níveis de compreensão e abordagem, que permitem distingui-los em ordens, dimensões ou fases sucessivas resultantes de sua evolução histórica. Nesse contexto, (...) impende destacar, na linha desse processo evolutivo, os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos), que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais, e que realçam o princípio da liberdade. Os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), de outro lado, identificam-se com as liberdades positivas, reais ou concretas, pondo em relevo, sob tal perspectiva, o princípio da igualdade. Cabe assinalar (...) que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível (...). [ADI 3.540 MC, voto do rel. min. Celso de Mello, j. 1º-9-2005, P, DJ de 3-2-2006.] = ADI 1.856, rel. min. Celso de Mello, j. 26-5-2011, P, DJE de 14-10-2011. (grifamos). Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/CTJ_Direitos_Humanos.pdf>. Acesso em 24 de outubro de 2022. No presente estudo, não serão analisadas essas classificações, restringindo o tema até a classificação de direitos de terceira geração.

²² Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Estado Brasileiro garantir o desenvolvimento nacional²³ e tem como fundamentos os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa²⁴.

No plano econômico, ressalta-se, novamente, que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, consoante artigo 170. Destaca também a defesa dos princípios: soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego; tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País²⁵. Também enfatiza que a todos é garantido o livre exercício de qualquer atividade econômica²⁶.

Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2006a, p. 63) registra que a reforma do Estado no Brasil envolveu três transformações estruturais que se complementam, mas não se confundem. Duas delas tiveram que ser precedidas de Emendas Constitucionais e a terceira se fez mediante a edição de legislação infraconstitucional e prática de atos administrativos²⁷.

A primeira citada foi a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro, a partir da edição da Emenda Constitucional nº 06 que suprimiu o artigo 171, da Constituição.

A segunda linha de reformas foi, conforme mencionado pelo autor, a flexibilização dos monopólios estatais, que se deu a partir das aprovações das Emenda Constitucionais: nº 05, 08 e 09. E a terceira linha de reforma foi a que se denominou privatização, a partir da aprovação da Lei 8.031, de 12 de abril de 1990, que instituiu o Programa Nacional de Privatização, depois substituída pela Lei 9.491, de 09 de setembro de 1997.

Argumenta Ana Frazão (FRAZÃO, 2020, p. 115):

²³ Art. 3º, II.

²⁴ Art. 1º, IV.

²⁵ Art. 170.

²⁶ Art. 170 e parágrafo único.

²⁷ Em complementariedade, cita-se Bernadete Lima Domingues (DOMINGUES, 2006, p. 207) que, assim descreve a proposta de reformulação estatal, na década de 90, partiu da existência de quatro problemas básicos, e objetivou, em síntese: delimitar o Estado; redefinir seu papel regulador; recuperar a governança ou capacidade financeira e administrativa de implementar as decisões políticas; aumentar a governabilidade ou capacidade política do governo de intermediar interesses, garantir legitimidade e governar. Importa notar que delimitação do Estado envolve as ideias de privatização, publicização e terceirização; a desregulação refere-se ao grau de intervenção estatal no mercado, enquanto o aumento da governança diz respeito à superação da crise fiscal e da forma burocrática de administrar o Estado. Por fim, o aumento da governabilidade é pertinente à legitimidade do governo e à adequação das instituições políticas.

aliás, já se viu que a ordem econômica constitucional é reflexo de um novo paradigma – o Estado Democrático de Direito – que, procurando superar as deficiências dos anteriores – tanto do Estado Liberal como do Estado Social -, propõe um distinto arranjo entre mercado e sociedade, sem os extremos dos paradigmas anteriores. Abre-se, assim, caminhos para a busca de uma posição intermediária entre um Estado ausente e um Estado interventor, mas sempre se evitando os reducionismos em favor de um modelo ou outro.

No entanto, Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2006a) faz uma crítica de que o Brasil chega a pós modernidade sem ter conseguido ser liberal, nem moderno, isto porque, para o autor, no período liberal, o Estado ainda se fez bastante onipresente.

Então, na perspectiva do Estado Democrático de Direito, não é mais possível ao Estado ser o centralizador de todas as atividades finalísticas definidas no ordenamento jurídico como essenciais para salvaguarda dos direitos fundamentais dos indivíduos na sociedade. O Estado, por si só, não consegue abarcar todas as atividades necessárias e prestá-las, satisfatoriamente, com o objetivo de garantir os direitos fundamentais da população em sua integralidade. Por outro lado, o mercado, também, por si só, não é capaz de regular todas as relações jurídicas, permitindo, assim, que todos os indivíduos sejam atendidos nas suas necessidades mais básicas, haja vista que, convive-se com um cenário de desigualdades sociais, que não permite esse modelo perfeito sem a presença de um Estado forte.

Segundo Takeshy Tachizawa (TACHIZAWA, 2002, p. 16):

o setor governamental, provedor de serviços públicos, face seu extraordinário crescimento, influenciou a estagnação da capacidade do Estado em fazer frente às suas tradicionais atividades-fim, como saúde, segurança, saneamento básico, educação, transportes, dentre outras. O crescimento das estatais se deu de forma pouco articulada e planejada, o que limitou as possibilidades de realização de estratégias conjuntas, não só entre as diferentes esferas, federal, estadual e municipal, como entre órgãos da administração direta e indireta, reduzindo, com isso, a eficácia das políticas macroeconômicas.

Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2006a, p. 64) argumenta que:

a redução expressiva das estruturas públicas de intervenção das estruturas públicas de intervenção direta na ordem econômica não produziu um modelo que possa ser identificado com o Estado Mínimo. Pelo contrário, apenas deslocou a atuação estatal do campo empresarial para domínio da disciplina jurídica, com a ampliação de seu papel na regulação e fiscalização dos serviços públicos e atividades econômicas. O Estado, portanto, não deixou de ser um agente econômico decisivo.

Ana Clara Bliacheriene (BLIACHERIENE, 2016) defende que a Constituição de 1988 acolheu como princípio fundamental o da boa administração pública e sob a matriz do Estado Democrático, nesta concepção de Estado Regulador, preza-se o controle de resultados, mediante uma gestão descentralizada. Há a imposição de participação dos cidadãos nos

processos decisórios e de acompanhamento das políticas públicas, além de estímulo à transparência.

Complementando, como aponta Ana Frazão (FRAZÃO, 2020, p. 111):

Uma realidade que ficou clara com a experiência do Estado liberal é a de que o mero reconhecimento das liberdades formais não é suficiente para assegurar que as pessoas realizem os seus projetos de vida, pois esses dependem de uma certa quantidade de recursos materiais sem os quais a liberdade cai no vazio. É inequívoco que não pode haver autonomia sem que se encontre uma forma de compensar as desigualdades existentes por meio de um critério de justiça distributiva.

Passa-se à análise, então, do processo de surgimento das agências reguladoras no Brasil, a partir da promulgação da Constituição de 1988, a partir do processo de reformulação do Estado.

2.2 A regulação no Brasil e o surgimento das agências reguladoras

Regulação é uma ferramenta à disposição do Estado cuja finalidade é a consecução de objetivos político-jurídicos predeterminados, em prol da proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos com a maior eficiência possível. Destaca-se a palavra eficiência porque, quando se fala em políticas públicas, também é preciso pensar nos efeitos dessas, conforme expresso no art. 37, da Constituição brasileira.

Nesse sentido, Eduardo Jordão (JORDÃO, 2016, p. 36) assevera que

Assim não é mais suficiente que a administração atue sem violar a ordem jurídica e os direitos dos cidadãos. É também necessário que suas prestações se façam de forma expedita, adequada e econômica, sem despender de forma desproporcional os recursos escassos da sociedade (eis a busca da eficiência).

Rafael Silveira Silva et al. (SILVA et al., 2020) escrevem:

A regulação implica a integração de diversas funções no sentido de impor à atividade econômica regras estáveis que visem ao devido desenvolvimento da atividade, considerando os interesses das diversas forças sociais envolvidas. Normalmente, há algum antagonismo entre os prestadores, os consumidores e o próprio interesse público. Cabe ao Estado estabelecer as regras, trazer estabilidade, previsibilidade, eficiência e, também, estabelecer equilíbrio dos interesses envolvidos.

Conforme afirma Gustavo Binenbojm (BINENBOJM, 2020, p. 163):

a atividade de regulação tem à sua disposição uma grande variedade de métodos, técnicas e instrumentos destinados a modelar e preservar, em termos estruturais e finalísticos, o funcionamento de distintos setores econômicos, com vistas à consecução de objetivos político-jurídicos predeterminados.

Para o autor acima destacado (BINENBOJM, 2020, p. 191-192), há a seguinte questão: afinal, por que regular? E ele responde:

Pela ótica da ciência econômica, a resposta segue uma lógica simples: sempre que o mercado concretamente analisado apresentar falhas estruturais e comportamentais *vis-à-vis* das características do modelo ideal de mercado em concorrência perfeita (...), está-se diante de falhas de mercado que justificam a regulação estatal. Todavia, o diagnóstico a respeito da existência de determinada falha de mercado não é uma solução final à questão, pois se abre uma nova questão excessiva – talvez mais complexa – ao regulador: definir o modo de intervenção e a sua intensidade adequada para reequilibrar o funcionamento do mercado em termos eficientes. Além disso, sempre será possível orientar a escolha regulatória pela busca de outros valores considerados relevantes no processo democrático, seja para inibição de efeitos indesejáveis (degradação ambiental, lesão a consumidores, discriminação de grupos minoritários), seja para a promoção de efeitos desejados pelo mercado (higidez do meio ambiente, ampliação da oferta de bens essenciais, inclusão de pessoas com necessidades especiais ou historicamente discriminadas).

A atividade de regular não é uma ciência exata, e está ligada ao poder de polícia administrativa e tem por escopo garantir a eficiência do serviço, proteger o administrado e defender a concorrência. Em sentido amplo, pode se dizer que regular significa organizar o mercado, visando o seu funcionamento adequado. Nessa linha, o Estado deve procurar empreender mecanismos de participação social, buscando compatibilizar a garantia dos direitos fundamentais com a maior eficiência possível.

Marcello Baird (BAIRD, 2020, p. 29) faz uma correlação entre a interação da política, no caso aquela estudada pela Ciência Política, caracterizada como as decisões de Estado e as políticas públicas, em si, no sentido das ações realizadas pelo Estado. Destaca, ainda, que a regulação configura apenas uma parte do conjunto de políticas públicas.

Outro elemento que deve ser acrescentado em uma análise holística de determinada regulação estatal é o contexto ou a configuração do setor. Quem pioneiramente introduziu essa ideia foi Lowi (1972: 299), ao inverter a lógica tradicional da ciência política e afirmar que não apenas a política impacta as políticas públicas, mas as políticas públicas também afetam a política, de tal modo que “é difícil imaginar qualquer contribuição para a política da regulação sem introduzir o contexto geral da política pública do qual a regulação é apenas uma pequena, embora importante, parte”. Isso significa que as inter-relações políticas só podem ser entendidas se observadas no contexto específico de setores de políticas públicas.

Como já foi dito anteriormente, para entender como um ato de regulação surge é preciso entender como um contexto social-histórico acontece, ou seja, a regulação não pode ser desvinculada do contexto histórico e político. Antes de adentrar à teoria jurídica que modulou a atuação do Estado brasileiro, far-se-á uma breve síntese sobre algumas teorias da regulação.

W. Kip Viscusi (VISCUSI, 2005, p. 363) reporta as primeiras concepções de teorias econômicas da regulação, a partir dos anos de 1870, nos Estados Unidos, quando dois eventos importantes merecem destaque: o primeiro, decisão da Suprema Corte, em 1877, no caso *Munn v. Illinois* que permitiu ao Estado de Illinois regular as taxas dos armazéns de grãos para evitar o surgimento de monopólios; segundo caso remete à regulação federal, por meio do *Interstate*

Commerce Act of 1887, que criou a *Intestate Commerce Comission* (ICC) com o objetivo de regular as taxas de ferroviárias, e posteriormente, também os preços, porque se percebeu, à época, que as ferrovias estavam praticando políticas de preços discriminatórias face a consumidores diferentes.

Desde então, conforme aponta W. Kip Viscusi (VISCUSI, 2005, p. 364), a partir de 1930, após o momento histórico da Grande Depressão, ou crise de 1929, ocorreu uma onda de regulação, nos Estados Unidos. Nesse cenário, depois da guerra mundial, na década de sessenta, surgiram as teorias normativas da regulação ou também chamadas teorias do interesse público²⁸. Resumem-se a partir do entendimento de que, constatadas falhas de mercado, caberia ao Estado intervir para assegurar novamente o equilíbrio dos mercados. As falhas de mercado, identificadas por essas teorias, seriam: bens públicos (a oferta de tipos de bens e serviços que só fazem sentido se forem disponibilizados pelo governo, haja vista o não interesse do setor privado), falhas de competição (monopólios/oligopólios), externalidades, mercados incompletos e assimetria de informação.

Gustavo Binenbojm (BINENBOJM, 2020, p. 189) destaca:

a teoria econômica desenvolveu, então, a concepção do que seria um mercado ideal em concorrência perfeita, apto a funcionar de forma eficiente ao longo do tempo. A despeito de algumas divergências é possível dizer que um mercado ideal em concorrência perfeita é: (i) composto por produtos idênticos (substitutos perfeitos) negociados por muitos agentes econômicos (consumidores e produtores), os quais possuem (ii) informações completas em caráter simétrico, (iii) têm livre entrada e saída do mercado, (iv) atuam individualmente, de forma racional, para maximizar seu bem-estar (lucros e utilidade, respectivamente) e (v) são “pequenos” em relação ao tamanho do mercado, no sentido de que sua conduta individual tanto como demandante quanto como ofertante é incapaz de *per se* afetar o preço de equilíbrio (price-takers)

Rafael Silveira Silva et al. (SILVA et al., 2020) discorrem sobre o surgimento da agência reguladoras nos Estados Unidos:

Contudo, o fenômeno da agencificação se intensificou nos EUA na década de 1930, quando o Estado teve que regular a atividade econômica para responder à grande depressão decorrente da crise de 1929. Ou seja, as agências independentes foram o instrumento para o Estado interferir na economia e tentar corrigir as falhas inerentes ao liberalismo econômico. As agências foram se multiplicando nos EUA, de tal forma que, hoje, o Direito Administrativo norte-americano é praticamente confundido com o direito das agências. Tais Agências americanas, portanto, estabeleceram-se nessa tentativa de equilibrar interesses de quem oferta e de quem demanda bens e serviços e foram delineadas pela jurisprudência.

²⁸ *There is basis for government intervention in that under certain conditions, unrestrained competition does not work very well. Two common circumstances are that an industry is a natural monopoly or that it is plagued by externalities.* (VISCUSI, 2005, p. 376)

Em seguida, surgiram as teorias positivas da regulação, dentre elas: a teoria da captura abordada por George Stigler. O contexto, entre os anos de 1970 a 1980, por sua vez, era uma onda de desregulação (VISCUSI, 2005, p. 367). Esse processo estendeu-se até os anos de 1990.

George Stigler (STIGLER, 2004), em sua teoria, aponta que as tarefas centrais das teorias econômicas da regulação são justificar quem arcará com os benefícios de uma regulação e quem sofrerá os ônus de uma regulação. Defende que a regulação, tanto pode ser perseguida por uma indústria, quanto imposta a essa. Alega que, na maioria das vezes, a primeira circunstância é que a ocorre, mas a segunda situação também acontece, gerando custos excessivos e desproporcionais. O autor destaca que a regulação pode ser vislumbrada sobre duas perspectivas. A primeira visão é a de que a regulação visa à proteção e benefício de uma certa coletividade. Já a segunda visão é aquela derivada dos processos políticos, os quais, segundo o autor, mesclam vários interesses, por vezes, conflituosos, ora compreendendo atos de grandes virtudes, ora atos de baixa venalidade (congressistas atuando nos próprios interesses). Assevera que o Estado possui os instrumentos apropriados para atender aos anseios da sociedade. Nessa linha de raciocínio, aponta o autor que o problema da regulação seria o de descobrir quando um setor regulado é capaz de usar um Estado a seu favor, e quando é escolhido pelo Estado para ser usado em favor de outros.

Marcus André Melo (MELO, 2000, p.16) sintetiza a teoria acima, “Stigler modulou a regulação como um mercado em que políticos individuais e interesses organizados interagem estrategicamente. À semelhança de uma situação de mercado, políticos e ‘élites regulatórias’ ofertam e os interesses organizados demandam a política regulatória”.

Segundo Marcus André Melo (MELO, 2000, p. 17), Stigler teria apontado dois mecanismos por meio dos quais os interesses das empresas tenderiam a prevalecer no processo político. O primeiro seria que os custos da regulação incidem de forma difusa sobre os consumidores em geral e os seus benefícios incidem de forma concentrada, o que favoreceria as empresas. O segundo mecanismo tem a ver com os custos da informação que são maiores para os consumidores do que para as firmas ou empresas.

No entanto, não obstante as críticas que George Stigler fazia aos argumentos das teorias normativas, as ideias lançadas pelo autor, especialmente, no seu trabalho que foi valorizado com o Prêmio Nobel em 1982, pelo trabalho no domínio das estruturas de mercado e da regulação pública, permitiu avanços para se entender o porquê de regular. Além disso, colocou

adiante suposições e previsões sobre quais setores deveriam ser regulados e quais as formas de regulação que levariam às conclusões de seus estudos (VISCUSI, 2005, p. 381).

A teoria de George Stigler foi expandida por estudiosos tais como: Peltzman e Becker (MELO, 2000, p. 17). Segundo Peltzman, em crítica a Stigler, não se poderia afirmar, empiricamente, que somente as firmas e empresas se beneficiariam da regulação, isto porque o Estado tende a conciliar os interesses dos consumidores e do mercado (MELO, 2000, p. 17). Os políticos tendem a maximizar os ganhos políticos (MELO, 2000, p. 17)²⁹.

A partir de 1980, segundo Marcus André Melo (MELO, 2000, p. 18), surgem outras teorias, também denominadas teorias neo-institucionalistas da regulação ou teoria institucional da regulação. Nesse ponto de vista, supera-se a dicotomia entre Estado e mercado e adota-se um paradigma contratualista para examinar as instituições e a interação dos indivíduos ou grupos de indivíduos nessas instituições. Assim, nesse contexto, toda relação (ou transação) que ocorra no tempo pode ser analisada como contrato e cabe às instituições o papel de garantia, dando credibilidade às relações sociais em uma economia de mercado. Dois expoentes dessa teoria são Levy e Spiller, citados em Marcus André Melo (MELO, 2000, p.23)

como assinalam Levy e Spiller (1996b, p. 4) os incentivos regulatórios têm sido a preocupação central de, virtualmente, quase todo trabalho teórico sobre regulação, em detrimento da governança regulatória. No entanto, a efetividade de uma estrutura de incentivos regulatórios depende, fundamentalmente, da estrutura de governança regulatória. Tanto a estrutura de governança como a de incentivos são variáveis de escolhas dos reguladores, mas ambas são tolhidas pela estrutura institucional de um país. Essa estrutura é composta, segundo a literatura neo-institucionalista, das instituições do Legislativo, Executivo e Judiciário, de regras informais que são tacitamente aceitas pelos atores sociais e da capacidade institucional de um país. As instituições políticas influenciam a estrutura de governança regulatória em função dos limites que estabelecem para a ação dos governantes. Tais limites são estabelecidos por uma variedade de mecanismos, como a separação de poderes, regras constitucionais de limitando o poder legislativo dos presidentes, federalismo, estabelecendo competências distintas para níveis específicos de poder, além do presidencialismo e legislativos bicamerais.

Ou seja, no contexto da teoria institucional da regulação, a maneira como as instituições se organizam tem um impacto direto na regulação. As formas organizacionais das instituições legislativas, executivas e judiciárias de um país influenciam a natureza dos

²⁹ *The Stigler/Peltzman formulation has three crucial elements. First, regulatory legislation redistributes wealth. It may do Other things, but implicitly, Stigler and Peltzman argue, the primary determinant of the form of regulation is the way in which it transfers wealth among members of society. Second, the behavior of legislators is driven by their desire to remain in office, implying that legislation is designed do maximize political support. Third, interest groups compete by offering political support in Exchange for favorable legislation.* (VISCUSI, 2005, p. 382)

problemas regulatórios e a credibilidade e efetividade da estrutura regulatória é determinada pela qualidade das instituições.

A teoria também se pauta na compreensão da organização do processo regulatório, particularmente na relação entre o legislador e o regulador, ou seja, o Estado, que se personifica nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, por sua vez, delega funções, via legislação, aos agentes públicos que serão responsáveis por implementar as políticas públicas.

Resumindo o atual panorama regulatório, Alexandre Aragão (ARAGÃO, 2009, p. 33) classifica

Condensando o exposto até o momento, podemos enumerar como possibilidade de regulação *lato sensu* da economia, (a) a regulação estatal, feita pela regras emitidas por órgãos do próprio Estado, mesmo que deles participem representantes de organismos intermédios da sociedade; (b) a regulação pública não estatal, feita por entidades da própria sociedade, mas por delegação ou por incorporação das suas normas ao ordenamento jurídico estatal; (c) auto-regulação, levada a cabo autonomamente por instituições privadas, geralmente associativas (auto-regulação associativa), sem qualquer delegação ou chancela estatal; e (d) a desregulação, consistente na ausência de regulação institucionalizada, pública ou privada, ficando os agentes sujeitos apenas ao livre desenvolvimento do mercado.

Importante se fazer esse histórico para entender o processo de criação das agências reguladoras no Brasil, já que o modelo é originário do direito norte-americano, apesar de ter sido implantado no Brasil, em momento bem posterior ao que se verificou no Estados Unidos. Conforme resenha Alexandre Aragão (ARAGÃO, 2009, p. 226-227):

O estudo das agências reguladoras no direito norte-americano é de grande importância, uma vez que os E.U.A foram o primeiro país a adotar este modelo organizativo, apenas recentemente adotado em países da tradição francesa do Direito Administrativo, tais como a própria França, Itália, Espanha, Brasil e Argentina. A demora na adoção do modelo das agências reguladoras independentes por estes países se deve menos a suposto atraso na evolução do Direito Administrativo e mais às circunstâncias político-econômicas neles verificadas. Mais especificamente, os E.U.A sempre tiveram uma perspectiva liberal e não-estatizante bastante forte, ao passo que a América Latina e a Europa Continental se viram ao longo do século passado envolvidas em uma série de demandas e convulsões sociais que levaram o Estado a adotar uma política estatizante. Nestas circunstâncias, não era necessária a criação de agências independentes para regular atividades econômicas ou serviços públicos que já eram prestados pelo próprio Estado ou por empresas da Administração Indireta.

Passa-se, então, ao contexto das agências reguladoras no Estado brasileiro. Rafael Silveira Silva et al. (SILVA et. al., 2020) citam, em estudo, três momentos da agencificação e regulação no Brasil, registrados em diferentes épocas e governos, a partir da promulgação da Constituição de 1988. A primeira fase trata do período de reformas do governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, a partir do ano de 1994 até o período do encerramento do segundo mandato, em 2002.

Essa fase coincide com a citada no capítulo anterior através da leitura do autor Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2006a) que destaca que uma das transformações estruturais que consubstanciaram a reforma do Estado foi a que se denominou privatização, a partir da aprovação da Lei 8.031, de 12 de abril de 1990, que instituiu o Programa Nacional de Privatização, a qual foi substituída pela Lei 9.491, 09 de setembro de 1997.

A criação das agências reguladoras foi decorrente do processo de Reforma Administrativa do Estado Brasileiro, por meio do plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE)³⁰, quando se admitiu que o Estado não conseguia atender com eficiência as demandas sociais e era necessário que ele se fortalecesse, institucionalmente, congregando parcelas cada vez mais crescentes da sociedade civil. Caberia ao Estado as funções de fiscalizador, normatizador e regulador³¹, no domínio econômico. O Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE) propugnava a ideia de uma administração mais gerencial, voltada para o controle de resultados e descentralizada. Leia-se parte do documento oficial (PDRAE, 1995, p. 56-57):

A reforma do Estado permitirá que seu núcleo estratégico tome decisões mais corretas e efetivas, e que seus serviços – tanto os exclusivos, que funcionam diretamente sob o seu comando, quanto os competitivos, que estarão apenas indiretamente subordinados na medida que se transformem em organizações públicas-não-estatais operem muito mais eficientemente. Reformar o aparelho do Estado significa garantir a esse aparelho maior governança, ou seja, maior capacidade de governar, mais condição de implementar as leis e políticas públicas. Significa tornar muito mais eficientes as atividades exclusivas do Estado, através da transformação das autarquias em “agências autônomas”, e tornar muito mais eficientes os serviços sociais competitivos ao transformá-los em organizações públicas não-estatais de um tipo especial: “as organizações sociais”.

Um dos aspectos centrais do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado é o fortalecimento do Estado para que sejam eficazes sua ação reguladora, no quadro de uma economia de mercado. Também propugna o fortalecimento do Estado em relação aos serviços básicos que presta e às políticas de cunho social que precisa implementar. Traçou-se uma ideia de administração com foco em resultados e descentralizada para atendimento das necessidades e anseios dos cidadãos.

³⁰Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf> (acesso em 02/10/2022).

³¹Ana Frazão (FRAZÃO 2020, p. 113) aponta, em primeiro lugar, que é importante ressaltar que não há dúvidas de que temos que valorizar o empreendedorismo e readequar o papel entre o Estado e mercado, não somente para impedir intervenções abusivas do primeiro no segundo, como também para vedar ingerências indevidas do segundo sobre o primeiro, por diversas formas como compra de votos, lobby sem controle, captura e tantos outros fenômenos. O Brasil não pode continuar a ter um capitalismo sem risco, sem concorrência e dependente de favores estatais, havendo verdadeiro consenso em relação ao fato de que é necessário desburocratizar a economia, bem como prestigiar o empreendedorismo.

O instituto das agências reguladoras não é expressamente afirmado na Constituição brasileira de 1988. No artigo 21, XI, há menção sobre a necessidade de disposição de um órgão regulador sobre os serviços de telecomunicações e, no artigo 177, parágrafo 2º, III, há disposição específica sobre a previsão de um órgão regulador para regulação do monopólio de petróleo.

As primeiras agências foram criadas já a partir da aprovação do PDRAE, veja o exemplo da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), primeira a ser instalada no Brasil, em 5 de novembro de 1997³².

Contudo, alerta-se, conforme assevera Alexandre Aragão (ARAGÃO, 2009, p. 265):

É comum associar-se o surgimento das agências reguladoras ao movimento de desestatização verificado no Brasil principalmente a partir da década de noventa. Todavia, antes das agências reguladoras independentes que começaram a ser criadas no bojo do programa nacional de Desestatização – PND, já havia sido criada uma série de órgãos e entidades reguladores, tais como o Conselho Monetário Nacional – CMN, Banco Central do Brasil, o Instituto do Alcool e do Açúcar – IAA, o Instituto Brasileiro do Café – IBC e a Comissão de Valores Mobiliários – CVM. Nenhum deles, contudo, tinha ou tem o perfil de independência frente ao Poder Executivo afirmado pelas leis criadoras das agências reguladoras e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF.

Então, as legislações que foram estruturando as agências reguladoras conferiu a estas o formato jurídico de autarquias especiais, de forma a poderem ser classificadas entre os entes da administração pública previstos na Constituição Federal, no art. 37, XIX³³ e no Decreto-lei nº 200, de 1967³⁴. Por serem autarquias, devem ser criadas por lei, como determina o art. 37, XIX, da Constituição. Em razão do princípio da simetria, sua extinção também só pode se dar mediante lei específica e por motivos de interesse público. Rafael Silveira Silva et al. (SILVA et al., 2020) destacam:

Assim como no restante do mundo, de modo geral, as legislações que criaram as agências reguladoras brasileiras indicam as seguintes características para essas autarquias especiais: relacionadas ao propósito de atribuir ao setor privado a prestação

³² Estabelecido o marco regulatório, até o final dos dois mandatos do Presidente Fernando Henrique, que se deu em 2002, foram criadas as seguintes agências de âmbito federal: 1. Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), criada em 1997; 2. Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), criada em 1997; 3. Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), de 1997; 4. Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), criada em 1999; 5. Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), foi criada em 1999; 6. Agência Nacional de Águas (ANA), criada no ano 2000; 7. Agência Nacional do Cinema (Ancine), de 2001; 8. Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), de 2001; 9. Agência Nacional dos Transportes Terrestres (ANTT), de 2001.

³³ Art. 37, XIX: “somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”.

³⁴ Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se: I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

de serviços públicos, desafogando o Estado e o erário público de atividades que o setor privado pode prover; forma independente, buscando distanciamento do poder, especialmente do Poder Executivo, como forma de trazer ao setor regulado estabilidade, previsibilidade, confiança e segurança jurídica (de forma a induzir o investimento privado); a forma independente está relacionada à criação por lei, com determinação da finalidade, estabilidade no mandato de seus dirigentes; caráter técnico, ou seja, nas agências deve se buscar a competência técnica, tanto na composição do corpo funcional quanto efetivamente nas políticas adotadas, afastando-se a ingerência política e o nepotismo; funções administrativas, normativas e também de solução de litígios.

A segunda fase regulatória corresponderia ao período que se iniciou com o primeiro mandato do Presidente Luís Inácio Lula da Silva, a partir do ano de 2003, até o segundo mandato da Presidente Dilma Rosseuf que perdurou até o ano de 2016. Nessa fase, verificou-se uma postura mais ativa do Estado na economia. Várias críticas ao modelo de agências reguladoras foram feitas. Informa-se que, nesse período, foi criada a Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC³⁵.

O que se verifica é que muito se debateu e foi estudado³⁶, mas não foram concretizadas leis que disciplinassem o poder normativo e autonomia das agências reguladoras, por meio de uma norma geral. Criticava-se bastante o poder concedido às agências reguladoras existentes, especialmente no concernente à falta de controle sobre suas decisões e à ausência de mecanismos institucionais capazes de garantir a *accountability* e o exercício democrático das atividades das agências reguladoras.

O panorama é resumido no estudo feito por Rafael Silveira Silva et al. (SILVA et al., 2020, p. 26):

Boa parte dessas questões foram objeto de preocupação logo que se iniciou o mandato do Presidente Lula. A questão regulatória e a autonomia das agências reguladoras foi um assunto particularmente polêmico, pois demarcou uma divisão de posturas em relação à fase anterior. A postura do partido do Presidente revelou divergências em relação ao modelo vigente, causando grande discussão e principalmente desconforto nas administrações das agências reguladoras e nos diversos segmentos de mercados afetados, uma vez que esses órgãos foram idealizados dentro de uma estrutura que inviabilizasse influências políticas. As possíveis falhas detectadas nas ações das agências, muitas delas eventualmente extrapolando suas funções e dificultando a separação funcional com as competências dos ministérios, como o planejamento de políticas públicas, colocou na agenda de discussões do governo possíveis reavaliações do modelo regulatório.

³⁵ A Anac foi criada em 2005 para substituir o Departamento Nacional de Aviação Civil. E em 2017, passado os governos citados foi criada a Agência Nacional de Mineração, por meio da Lei n.º 13.575/2017, em substituição ao antigo DNPM.

³⁶ O Poder Executivo encaminhou, em 13 de abril de 2004, ao Congresso Nacional o Projeto de Lei 3.337/2004 que dispunha sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, mas o projeto não foi para frente, sendo retirado de pauta em 03/04/2013 e arquivado em 18/07/2013. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=248978>.

É fato que o poder econômico, em muitas situações, mantém uma ligação estreita com o poder político, e, isto, pode implicar no desvirtuamento das condutas dos entes reguladores, ocasionando a realização de atos não condizentes com as finalidades públicas. As agências reguladoras atuam em setores muito complexos, organizados e com interesses conflitantes. Em condições de assimetrias de informação, nos setores regulados, há um relevante desequilíbrio de acesso a informações entre as partes envolvidas em determinada relação econômica e cabe às agências, na sua finalidade de proteção ao interesse público, promover o equilíbrio nessas relações para amenizar essas falhas nas trocas de informações. Geralmente, os regulados tendem a esconder informações para que essas não beneficiem empresas concorrentes e as agências têm que recorrer a outras fontes de informações para conseguir disciplinar as regras que deverão ser impostas ao setor, e, em decorrência dessa assimetria, nem sempre as regras refletirão as melhores consequências na prática, o que pode ser utilizado pelos entes regulados para interesses próprios.

A captura ocorre quando uma agência reguladora age em favor dos interesses de agentes privados afetados, direta ou indiretamente, pela regulação, e, não mais, de acordo com a finalidade pública a qual, normativamente, deva ser pautar, por razões de ordem econômica ou política.

Por exemplo, em 2003, a Casa Civil, órgão atrelado à Presidência da República, elaborou um relatório de avaliação interministerial para avaliação das Agências Reguladoras e realizou conclusões sobre a captura das agências reguladoras. Do relatório citado, concluiu-se que

agravam o “risco de captura” circunstâncias como a dependência dos tomadores de decisões, a influência política, a dependência da agência reguladora em relação ao conhecimento tecnológico superior da indústria regulada, a seleção indiscriminada de quadros técnicos oriundos do setor ou indústria regulada para servir à agência, a possibilidade de futuras posições ou empregos na indústria ou setor regulado, a rotatividade dos próprios dirigentes das agências entre funções exercidas no governo e na iniciativa privada, e quando há necessidade, por parte da agência reguladora, do reconhecimento e cooperação da indústria regulada. Obviamente o risco de “captura” não é apanágio das agências, podendo ocorrer com qualquer órgão supervisor, inclusive ministérios, e a identificação de fatores que podem exacerbá-los normalmente se traduz por um desenho institucional que procure diminuí-los³⁷.

³⁷Disponível em: <[http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Agencias/avaliacao das agencias reguladoras - casa civil.pdf](http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Agencias/avaliacao%20das%20agencias%20reguladoras%20-%20casa%20civil.pdf). Acesso em 10/06/2021.

Então, a captura não é um problema somente das agências reguladoras, mas um problema das instituições atreladas ao Estado.

Nesse sentido, Alexandre Aragão (ARAGÃO, 2009, p. 366) também assevera:

que essa ingerência do poder econômico nas questões políticas não é um problema específico das Agências Reguladoras, mas, em razão do fato de essas instituições trabalharem com ordenamentos setorizados e o fato de os seus dirigentes, por vezes, terem formação técnico profissional especializada no setor, tendem a ter um contato mais estreito e frequente com os agentes econômicos, o que levaria a captura.

Contudo, somente no ano de 2019, em 25 de junho, no governo do Presidente Jair Messias Bolsonaro, foi disciplinado o marco legal das agências reguladoras, por meio da lei 13.848, de 25 de junho de 2019. A partir do fim do mandato da Presidente Dilma Rouseff, em 2016, pode se dizer que foi iniciada a terceira fase da regulação do Brasil.

A lei nº 13.848 trouxe inovações para o aprimoramento da qualidade regulatória no Brasil, exigindo das agências a elaboração de um conjunto de mecanismos e instrumentos de gestão que fazem parte de um novo modelo de governança a ser seguido, conforme se vê do artigo 3º, parágrafo 3º³⁸. Também foi disciplinado, no artigo 14, que o controle externo das agências reguladoras será exercido pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas da União. Determinou-se, ainda, que a agência reguladora deverá elaborar, para cada período quadrienal, plano estratégico que conterá os objetivos, as metas e os resultados estratégicos esperados das ações da agência reguladora relativos a sua gestão e a suas competências regulatórias, fiscalizatórias e normativas, bem como a indicação dos fatores externos alheios ao controle da agência que poderão afetar significativamente o cumprimento do plano, consoante artigo 17.

Além disso, a análise de impacto regulatório - AIR apareceu no ordenamento jurídico brasileiro pela primeira vez, na lei 13.848. No artigo 6º³⁹, há disposição sobre a obrigatoriedade

³⁸ § 3º As agências reguladoras devem adotar práticas de gestão de riscos e de controle interno e elaborar e divulgar programa de integridade, com o objetivo de promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção.

³⁹ Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.

§ 1º Regulamento disporá sobre o conteúdo e a metodologia da AIR, sobre os quesitos mínimos a serem objeto de exame, bem como sobre os casos em que será obrigatória sua realização e aqueles em que poderá ser dispensada.

§ 2º O regimento interno de cada agência disporá sobre a operacionalização da AIR em seu âmbito.

§ 3º O conselho diretor ou a diretoria colegiada manifestar-se-á, em relação ao relatório de AIR, sobre a adequação da proposta de ato normativo aos objetivos pretendidos, indicando se os impactos estimados recomendam sua adoção, e, quando for o caso, quais os complementos necessários.

de utilização dessa ferramenta quando da ocorrência de adoção ou de propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores e usuários dos serviços prestados.

A análise de impacto regulatório facilita o controle de legalidade das decisões regulatórias, na medida em que confere transparência a cada uma das etapas em que a decisão foi formada, definindo com clareza, por exemplo, sua motivação, seu critério de proporcionalidade, sua finalidade, entre outros.

Nesse sentido, é que se reforça que o instrumento de análise de impacto regulatório se mostra necessário e importante para evitar a captura das Agências porque ao se amparar em decisões motivadas, permite uma maior transparência aos controladores para verificação se os atos dos gestores públicos estão de acordo com os princípios estabelecidos para a Administração Pública no Estado Democrático de Direito.

Além disso, a AIR pode ser utilizada para envolver importantes grupos de pressão, eleitores e qualquer outro sujeito no processo de tomada de decisão regulatória e, com isso, manter a agência responsável pelas suas decisões e interesses. Com relação ao Poder Executivo, o Presidente da República poderá melhor avaliar se a agência está ou não atendendo aos interesses da sociedade. Conforme afirma Patrícia Valente (VALENTE, 2010):

Ao mesmo tempo em que a avaliação de impacto regulatório permite o exercício do controle da atividade regulatória por parte dos administrados (tanto a sociedade civil quanto os particulares engajados no setor) e por parte dos poderes institucionais, ela possibilita também maior independência dos agentes reguladores em relação aos poderes institucionais. Em outras palavras, com o uso da AIR o agente regulador pode buscar sua credibilidade junto à sociedade diretamente, e de forma mais independente em relação aos Poderes Legislativo e Executivo. A legitimidade, nesse caso, encontra fundamento no processo administrativo que essa ferramenta observa.

Salienta-se que o instituto não deve ser aplicado somente, formalmente, para cumprir o requisito imposto pela legislação. A finalidade da AIR é a motivação e a participação dos cidadãos na tomada de decisões e, por conseguinte, a transparência na gestão pública e qualidade da regulação. Se os fins não forem esses, e, se a ferramenta for utilizada apenas com intuito formal, de atender à obrigatoriedade disposta nas normas, o instituto não cumprirá a sua finalidade que é a melhoria dos processos regulatórios em prol dos interesses dos cidadãos.

§ 4º A manifestação de que trata o § 3º integrará, juntamente com o relatório de AIR, a documentação a ser disponibilizada aos interessados para a realização de consulta ou de audiência pública, caso o conselho diretor ou a diretoria colegiada decida pela continuidade do procedimento administrativo.

§ 5º Nos casos em que não for realizada a AIR, deverá ser disponibilizada, no mínimo, nota técnica ou documento equivalente que tenha fundamentado a proposta de decisão.

Além disso, a utilização da AIR dá margem a um maior controle das instituições sobre as decisões tomadas pela Administração Pública porque inclui em sua finalidade o dever jurídico de motivação. E, assim, evita, sim, práticas de corrupção, já que as decisões serão amparadas em um procedimento sujeitos à avaliação popular e controle sobre os motivos dos atos, o que dificulta a captura dos entes reguladores por interesses privados. A AIR não é um instrumento que resolverá todos os problemas ocasionados por falhas na regulação. Porém, se for utilizada com o objetivo de obter uma regulação melhorada é um instrumento que trará benefícios aos interesses da coletividade.

Depois, a utilização da análise de impacto regulatório foi ampliada para além do âmbito das agências reguladoras, a partir da edição da lei de liberdade econômica, lei 13.874, de 20 de setembro de 2019, no artigo 5º⁴⁰, para ser adotada no âmbito da Administração Pública Federal, incluindo as autarquias e fundações.

Adentrando nas disposições da lei de liberdade econômica, constata-se que essa se define como uma norma geral de direito econômico, como se lê no artigo 4º. Ou seja, trata-se de norma que traz princípios para interferência do Estado na economia, ressaltando o papel deste com agente normativo e regulador. Estabelece como princípios norteadores: a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas; a boa-fé do particular perante o poder público; a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado⁴¹.

Entende-se que a livre iniciativa deve ser compreendida como um princípio disposto na Constituição, mas também como um direito.

⁴⁰ Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico. (Regulamento)

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre a data de início da exigência de que trata o caput deste artigo e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada.

⁴¹ Art. 1º Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do caput do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do caput do art. 174 da Constituição Federal. § 1º O disposto nesta Lei será observado na aplicação e na interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação e na ordenação pública, inclusive sobre exercício das profissões, comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente.

Então, faz-se, neste trabalho, a reflexão se tal regramento seria necessário, haja vista que repete o que já está disciplinado na Constituição. Pelo exposto, entende-se que se reforça a importância de se compreender a Constituição econômica como conjunto de regras e princípios que permitem a interpretação de como um Estado dirigirá ou intervirá na economia.

Ana Frazão (FRAZÃO, 2020, p. 97-98) defende que, pela análise sistemática da Constituição, não há como considerar a liberdade de iniciativa como um valor absoluto ou prioritário sobre os demais. Argumenta que, pela exegese do artigo 170, da Constituição, não é mera coincidência que os princípios: da livre iniciativa e da valorização social do trabalho tenham sido colocados lado a lado.

Entende-se, entretanto, que a interpretação da referida lei não deve ser no sentido de priorizar o princípio da livre iniciativa em relação aos demais, não obstante a norma em comento tenha dado mais destaque ao mesmo. Isto porque a Constituição assim não procedeu e é considerando, primeiramente, as normas constitucionais que devemos pautar as discussões com o objetivo de empreender melhores conclusões.

Porém, também deve se aclarar que a previsão de que o Estado pode agir na regulamentação do setor econômico não autoriza a violação ao princípio da livre iniciativa, que, repita-se, constitui fundamento da República e da ordem econômica. Nesse sentido, André Cyrino (CYRINO, 2018, p. 56) afirma:

A tese é a de que o nível de intervenção estatal deverá variar informado pelos valores de justiça e de democracia num diálogo permanente entre liberdade e bem-estar. Não existe, necessariamente, uma posição insuperável entre essas ideias. Em verdade, uma pode estar a serviço da outra.

Ana Frazão (FRAZÃO, 2020, p. 99) critica o teor da Lei de Liberdade Econômica considerando que, em um país com tanta desigualdade social, não há como defender o mercado como substituto do Estado e força regulatória da sociedade⁴². Para a autora não há como defender na sociedade brasileira atual que exista liberdade de escolha para todos.

⁴² Ana Frazão critica o argumento utilizado para defender a justiça dos livres mercados, qual seja: que esses possibilitam que cada qual utilize a sua liberdade econômica para a fazer a melhor escolha: ou resolve empreender, com todos os riscos e benefícios daí resultantes, ou resolve ofertar a sua força de trabalho, recebendo salário correspondente. Isto porque, na sua visão, isso só seria verdadeiro se as pessoas partissem de posições minimamente equânimes. Para muitos cidadãos, diante da pobreza e da falta de instrução, sua única alternativa é ofertar sua força de trabalho por preços cada vez mais precarizados (FRAZÃO, 2020, p. 99). Concorda-se com a referida autora que o Brasil é um país de muitas desigualdades sociais e econômicas, mas isto não impede reconhecer os aspectos positivos disciplinados na Lei de Liberdade Econômica.

A autora destaca como marco teórico a obra de John Rawls⁴³, a qual se torna importante por enquadrar o liberalismo no reconhecimento da igualdade à autonomia⁴⁴.

A liberdade econômica não é incompatível com a regulação. O desenvolvimento econômico que é um objetivo do Estado brasileiro previsto na Constituição, só se aperfeiçoa quando há liberdade, especialmente liberdade econômica e tal só é possível na presença de instituições fortes e autônomas que conduzam a gestão pública para uma maior participação social possível.⁴⁵

No entanto, a lei traz disposição que compete ao Poder Público evitar abuso do poder regulatório⁴⁶. A própria lei não dispõe sobre o que pode se configurar abuso regulatório. Elenca algumas situações que podem decorrer de abuso regulatório, mas não o define, por si só. Dependendo da interpretação que se dá a essa expressão, a regulação estatal pode ficar ameaçada e o trabalho realizado pelas agências reguladoras ser prejudicado, em razão da insegurança jurídica. A lei traz aspectos bastante favoráveis para a regulação no Brasil, pois se

⁴³ Rawls defende o liberalismo político, destacando que o liberalismo político não se ocupa dos problemas gerais da filosofia moral. Não defende uma concepção política de justiça como verdadeira, mas remete à justiça como uma concepção razoável fruto de um processo de construção social. A justiça é resultado de um procedimento de construção no qual pessoas racionais (ou seus representantes), sujeitas a condições razoáveis, escolhem princípios que deverão regular a estrutura básica da sociedade (RAWLS, 2011). Para o filósofo, desde que todos estejam em situação semelhante e ninguém seja capaz de estabelecer princípios que favoreçam suas condições pessoais, os princípios de justiça são o resultado de acordo ou negociação justos. N. Gregory Mankiw (MANKIW, 2021, p.331) explica a teoria de Rawls apresentando o que se convencionou critério maximin. Assim resume: “quando se estabelecem políticas públicas, devemos, portanto, procurar aumentar o bem-estar da pessoa que está em pior situação na sociedade. Ou seja, em vez de maximizar a soma da utilidade de todos, como fariam os utilitaristas, Rawls maximizaria a utilidade mínima”.

⁴⁴ Ana Frazão (FRAZÃO, 2020) citando RAWLS destaca que o problema central dos nossos tempos é como assegurar o pluralismo de ideias inerentes à democracia em um contexto de intersubjetividade, de forma que os projetos de vida de um não impossibilitem os projetos de vida dos outros. É a partir desta tensão que se busca os fundamentos de uma sociedade justa, motivo pelo qual a vinculação entre liberdade e justiça é visceral.

⁴⁵ Floriano Neto (NETO) defende que a triste conjuntura do país acabou por demonstrar, como se fosse necessário, que democracia não são só eleições livres. Ela se completa com instituições fortes, Judiciário independente, devido processo, liberdades públicas respeitadas, minorias acolhidas. Agências reguladoras independentes fazem parte desse arcabouço institucional. Não são perfeitas, nada é. Mas são melhores que as alternativas. E como mostraram os fatos recentes, entregam um superávit democrático em tempos turvos, como queríamos demonstrar.

⁴⁶ Art. 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente: I - criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes; II - redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado; III - exigir especificação técnica que não seja necessária para atingir o fim desejado; IV - redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco; V - aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios; VI - criar demanda artificial ou compulsória de produto, serviço ou atividade profissional, inclusive de uso de cartórios, registros ou cadastros; VII - introduzir limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas; VIII - restringir o uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal; e IX - exigir, sob o pretexto de inscrição tributária, requerimentos de outra natureza de maneira a mitigar os efeitos do inciso I do caput do art. 3º desta Lei.

verifica destaque para mecanismos de transparência e controle. Contudo, também, põe em risco a regulação ao dispor que o Poder Público deve evitar o abuso do poder regulatório, sem especificar o que se qualificaria, deixando margem para o controle do Poder Judiciário definir as situações enquadradas nesta hipótese legal, o que gera insegurança jurídica e pode vir a causar prejuízo ao desenvolvimento econômico do país.

Para regulamentar os artigos 5º e 6º da Lei de Liberdade Econômica foi publicado, o decreto 10.411, de 30 de junho de 2020⁴⁷. Neste decreto, foi estabelecido que a AIR não será aplicada em atos de natureza administrativa, cujos efeitos sejam restritos ao âmbito interno do órgão ou da entidade; atos de efeitos concretos, destinados a disciplinar situação específica, cujos destinatários sejam individualizados; que disponham sobre execução orçamentária e financeira; que disponham estritamente sobre política cambial e monetária; que disponham sobre segurança nacional e que visem a consolidar outras normas sobre matérias específicas, sem alteração de mérito.

Além disso, a AIR poderá ser dispensada, mediante decisão fundamentada, nos casos de atos qualificados com urgência; atos normativos destinados a disciplinar direitos ou obrigações definidos em norma hierarquicamente superior que não permita, técnica ou juridicamente, diferentes alternativas regulatórias; atos normativos considerados de baixo impacto; atos normativos que visem à atualização ou à revogação de normas consideradas obsoletas, sem alteração de mérito; atos normativos que visem a preservar liquidez, solvência ou hígidez: a) dos mercados de seguro, de resseguro, de capitalização e de previdência complementar; b) dos mercados financeiros, de capitais e de câmbio; ou c) dos sistemas de pagamentos; atos normativos que visem a manter a convergência a padrões internacionais; atos normativos que reduzam exigências, obrigações, restrições, requerimentos ou especificações com o objetivo de diminuir os custos regulatórios; atos normativos que revisem normas desatualizadas para adequá-las ao desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente, nos termos do disposto no Decreto nº 10.229, de 5 de fevereiro de 2020.

O decreto estabelece que o relatório de AIR pode ser objeto de participação social, antes da decisão sobre a melhor alternativa para enfrentar o problema regulatório identificado e antes da elaboração de eventual minuta de ato normativo a ser editado. Contudo, em se

⁴⁷O processo de AIR e participação social é regulamentado na ANS pela Resolução Normativa nº 548, 10 de outubro de 2022.

tratando de AIR, realizado no âmbito das Agências Reguladoras, essa participação é obrigatória.

Ressalta-se que, quando a participação ocorre apenas em uma fase avançada do processo regulatório, com a minuta do ato normativo já elaborada, as discussões concentram-se em torno do texto. Assim, inibe-se a reflexão dos atores externos sobre a correta identificação do problema e sobre a avaliação adequada das alternativas e soluções impostas.

Quanto a essa questão, o próprio fato de a participação social ser obrigatória antes das decisões e antes da elaboração de minutas de atos normativos no âmbito das Agências Reguladoras já qualifica a AIR como um instrumento que aperfeiçoa o processo democrático.

3 CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO SOBRE OS ATOS NORMATIVOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

3.1 Releitura do princípio da legalidade e do princípio da separação dos poderes e poder normativo das agências reguladoras

As agências reguladoras possuem autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira, conforme se verifica do artigo 3º, da lei 13.484⁴⁸, acima destacada. No entanto, o Poder Legislativo exercerá o controle externo, com auxílio do Tribunal de Contas da União. Ademais, as agências reguladoras têm competência para edição de atos normativos, devendo observar, em suas atividades, a devida adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público⁴⁹.

No Estado brasileiro, como se infere do Preâmbulo⁵⁰, e do artigo 1º, parágrafo único⁵¹ da Constituição da República de 1988, a sociedade concede poderes ao Estado, para que este se forme e se organize, a partir da criação de leis votadas por representantes eleitos ou diretamente.

O Estado, que se personifica nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, por sua vez, delega funções, via legislação, aos agentes públicos que serão responsáveis por implementar as políticas públicas. No presente trabalho, dar-se-á destaque às agências reguladoras como responsáveis por implementar as políticas públicas.

O Poder Legislativo detém a competência de criação das agências reguladoras, e, além disso, dispõe sobre os limites de atuação desses órgãos reguladores. Também compete ao Poder Legislativo a função de restringir ou excluir determinada função atribuída ao ente regulador. O próprio Poder Legislativo, em verificando a atuação exorbitante das agências, poderá, com

⁴⁸ Art. 3º A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.

⁴⁹ Art. 4º, da Lei 13.848.

⁵⁰ PREÂMBULO: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”. (grifou-se)

⁵¹ Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

fulcro expresso no art. 49, V, da Constituição⁵², “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar”.

Nesse sentido, explica Patrícia Valente (VALENTE, 2010, p. 143):

De um lado está a sociedade, que espera que seus interesses sejam representados pelos políticos eleitos, punindo-os ou premiando-os de acordo com o seu desempenho e, de outro, os políticos, que delegam poderes aos agentes reguladores para que estes decidam como executar uma política pública, de cujo sucesso os políticos dependem para obter uma boa avaliação por parte da sociedade. Surge, assim, uma fonte de tensão entre as agências reguladoras e os políticos democraticamente eleitos explicada pela teoria do agente-principal, segundo a qual o Congresso Nacional e o Presidente da República correspondem à figura do principal, pois delegam poderes ao agente (a agência reguladora, bancos centrais, etc.).

As agências reguladoras devem amparar os seus atos administrativos no que a lei dispôs como parâmetro. Contudo, o princípio da legalidade perde seu caráter superior e deve ser analisado em conjunto com os demais princípios dispostos no ordenamento jurídico.

A administração pública deve pautar sua atuação não somente pelo critério da mera legalidade, mas, também, pela conformidade com a Constituição. Renato Deák e Edilson Pereira Nobre Jr. (DEÁK, NOBRE JUNIOR, 2017) ao analisarem o referencial teórico do princípio da juridicidade estudado por Adolf Merkl, ressaltam que o princípio da juridicidade não se confunde; não substitui o princípio da legalidade. São dois princípios distintos, duas metodologias de análise e de aplicação, sem deixar de reconhecer que se tratam, efetivamente, de princípios correlacionados.

Para Gustavo Binenbojm, (BINENBOJM, 2006, p. 131), a Constituição se presta não só como norma direta e imediatamente habilitadora de competências administrativas, como também serve de critério imediato de decisões administrativas.

Adolf Merkl (MERKL, 2018, p. 132), enfatiza o princípio da juridicidade, ressaltando a subordinação das leis e demais normas à Constituição:

claro que un derecho constitucional formal se distingue de toda la materia jurídica, merced a la forma especial de la legislación constitucional, mejor que un derecho constitucional puramente material. De todas maneras, esa diferencia de rango produce una demarcación natural, que coloca la ciencia del derecho constitucional como disciplina científico-jurídica especial. Tratándose de la teoría del derecho judicial y del derecho administrativo, no existe una diferencia de rango – siempre que se entienda por derecho igualmente subordinados a la Constitución y únicamente diferenciados mediante el órgano competente para su ejecución – pero sí una diferencia en cuanto a la forma de los preceptos jurídicos, a saber, la posibilidad, que caracteriza positivamente a la administración y negativamente a la justicia, de ser condicionada mediante instrucciones, con lo cual queda

⁵² Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

injustificada la division sistemática del derecho ejecutivo em um derecho judicial y um derecho administrativo, y el tratamiento especial em las disciplinas correspondientes.

A propósito, no julgamento da ação declaratória de constitucionalidade - ADC nº 12, (BRASIL, 2009, p.19) a Ministra Carmem Lúcia destacou a vinculação da atuação administrativa à juridicidade, emanada tanto dos princípios constitucionais, como dos valores contidos na Constituição Federal. É como se depreende do seguinte trecho extraído do julgado:

a juridicidade que obriga o Poder Público, em qualquer de suas manifestações pelos órgãos próprios, emana dos comandos constitucionais, não assim de norma infraconstitucional. Os princípios constitucionais aplicam-se a todos os Poderes da união, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Mas é necessário reafirmar que a legalidade é uma forma qualificada de juridicidade. A lei, em si, ainda, tem proeminência, mas deve obediência à Constituição.

Os autores Renato Deák e Edilson Pereira Nobre Jr. (DEÁK, NOBRE JUNIOR, 2017) também concordam ser importante destacar que, não obstante a defesa da ideia de uma atuação administrativa respaldada no ordenamento jurídico em sua noção de sistema, a lei ainda é indispensável para compreensão dos institutos do direito administrativo.

Gustavo Binenbojm *et al* (BINENBOJM *et al*, 2020, p. 90) destacam:

a legalidade administrativa, como a mais tradicional expressão da vinculação administrativa à juridicidade, apresenta-se sob duas acepções distintas: (i) a preferência da lei (também referida como precedência ou preeminência da lei); e (ii) a reserva da lei. O princípio da preferência significa que os atos da Administração Pública, tanto os concretos como os normativos, devem reverência aos dispositivos legais, anteriores ou posteriores, sob pena de invalidade. Já o princípio da reserva da lei significa que determinadas matérias, em virtude da especial proteção constitucional que lhes foi conferida, deverão necessariamente, ter tratamento em maior ou menor medida, por lei em sentido formal (ato legislativo aprovado por Parlamento, como leis ordinárias e leis complementares) ou material (ato com força de lei, embora não derivado do processo legislativo formal, como medidas provisórias e leis delegadas). Nesses casos, cabe ao legislador, além de habilitar as competências administrativas, tomar as decisões fundamentais ou estabelecer parâmetros suficientes relativos à matéria versada, de modo a guiar a futura ação normativa ou concreta, da Administração.

Neste sentido, o poder regulamentar é manifestação da competência ou poder normativo da Administração Pública. Rafael Silveira Silva *et al*. (SILVA *et. al*, 2020) definem poder regulatório como:

o poder regulatório é, portanto, composto de competência de normatizar (normalmente regras voltadas ao caso concreto, com respeito a aspectos técnicos e por meio de atos infralegais), competência coercitiva e judicante (no âmbito do contencioso administrativo, podendo, naturalmente, sofrer controle judicial) e competência coercitivo-penal (reprimir as infrações e, em alguns casos, impor diretamente sanções, como a suspensão de atividades ou cassação de autorização). Essas funções envolvem atribuições dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que se deslocam para o Poder Executivo, especificamente para as entidades denominadas agências reguladoras.

Renato Deák e Edilson Pereira Nobre Jr. (DEÁK, NOBRE JUNIOR, 2017, p. 150) rechaçam a ideia simplista, de cunho apenas formalista, da relação entre regulamento e lei, partindo do pressuposto de que os regulamentos devem ser expedidos apenas para fiel execução da lei, não podendo ser emitido *contra legem* ou *ultra legem*, entendendo aquele em escala inferior de hierarquia em um ordenamento jurídico⁵³. Ressaltam:

Esse posicionamento parece-nos, se não inteiramente equivocado, ao menos insuficiente. Seja porque nem o art. 5º, II, CF traduz o princípio da legalidade em sua completude, nem o poder regulamentar se encerra na dicção do inciso IV, art. 84, CF; seja por não levar em conta as modificações sociais e técnicas que vêm produzindo uma sociedade cada vez mais plural e complexa, insuscetível de ser normatizada de forma ampla e exclusiva pela lei formal aprovada pelo Parlamento.

No julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 4874 (BRASIL, 2019), a ministra relatora Rosa Weber enfatiza (BRASIL, 2019, p. 40) que:

É certo que não se confunde a função normativa das agências reguladoras com a função tradicionalmente exercida pela Administração de regulamentar as leis de modo a viabilizar o seu cumprimento (art. 84, IV, da Lei Maior), e nem com a figura do regulamento autônomo (arts. 84, VI, 103-B, § 4º, I, e 237 da CF).

É o que defendem Ana Keuly Bezerra et. al (BEZERRA et al., 2020, p. 97):

a função regulamentar se exaure na edição do ato normativo que complementa a lei. A função regulatória tem na edição de ato normativo o desempenho parcial de suas atribuições. Neste sentido, o poder normativo do órgão regulador é meramente instrumental, ao passo que o poder regulamentar é exercício de competência constitucional e emanção autônoma de poder político. Afasta, desta maneira, a tese da delegação de poderes.

Charles Eisenmann (EISENMANN, 1959, p. 49) afirma que, por muito tempo, o princípio da legalidade ficou restrito à noção lei-atos administrativos, traduzida na situação da dependência entre a Administração e o Parlamento, não se configurando uma relação, mas um objeto, na medida em que a legalidade só era interpretada como um conjunto de normas, respaldada apenas na lei em sentido estrito. No entanto, essa visão mudou para um entendimento de relação, no sentido de que as ações da Administração não estão condicionadas somente às normas legislativas, mas, no mínimo, a todas as espécies de normas do direito que têm ou podem ter a marca daqueles atos⁵⁴.

⁵³ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

⁵⁴ Seguindo esse o raciocínio, o Professor (p. 50) destaca: “a Administração deve respeitar: 1º) a Lei (normas constitucionais e normas legislativas ordinárias); 2º) os regulamentos; 3º) os tratados internacionais; 4º) a jurisprudência; e 5º) o costume (fazendo um parênteses, o autor adota a concepção de lei, mais restritiva, que é a de direito positivo.

Contudo, para Charles Einsenmann (EISENMANN 1959, p. 52) não se pode dizer que os regulamentos vinculam a Administração da mesma forma que o fazem as leis. As leis continuam sendo intangíveis para Administração Pública que delas não pode dispor e nem agir de modo contrário ao que estabelecem. Isso constitui a superioridade da lei em face da Administração. Os regulamentos são eles próprios atos administrativos.

Para Charles Einsenmann (EISENMANN 1959, p. 56), partindo de uma ideia de conformidade, a lei serviria como uma regulamentação-modelo, como condição necessária para cada ato. Por sua vez, a ausência de regulamentação impede *a priori* que o ato possa ser satisfeito.

O Supremo Tribunal Federal defende que, desde que exista uma lei que discipline parâmetros mínimos para atuação do administrador, já se ratifica o poder normativo dos órgãos executivos. É o que se verifica da ementa da ADI 4679 (BRASIL, 2018b):

A moderna concepção do princípio da legalidade, em sua acepção principiológica ou formal axiológica, chancela a atribuição de poderes normativos ao Poder Executivo, desde que pautada por princípios inteligíveis (intelligible principles) capazes de permitir o controle legislativo e judicial sobre os atos da Administração. In casu, os arts. 9º, parágrafo único, 21 e 22 da Lei nº 12.485/11, apesar de conferirem autoridade normativa à Agência Nacional do Cinema (ANCINE), estão acompanhados por parâmetros aptos a conformar a conduta de todas as autoridades do Estado envolvidas na disciplina do setor audiovisual brasileiro (ex vi do art. 3º da Lei do SeAC), impedindo que qualquer delas se transforme em órgão titular de um pretenso poder regulatório absoluto.

Enfatizando o raciocínio acima, como explicitado no voto da ministra Rosa Weber na ação direta de inconstitucionalidade nº 4874 (BRASIL, 2019), amparada em doutrina:

É legítima a outorga de competência normativa para a Administração quando a própria lei fixe estes parâmetros de forma clara e completa, fazendo com que ela exerça essa competência em conformidade com a vontade do legislador (ou da lei). Ou seja, devem estar contidos na própria lei os princípios, os limites da atuação da Agência no exercício da competência normativa e as finalidades que devem, por meio delas, ser alcançadas

Também, neste sentido, observa-se o mesmo entendimento explanado no julgamento do Recurso Extraordinário 597.064/RJ (BRASIL, 2018a), quando o Ministro Alexandre de Moraes escreveu sobre o poder normativo da ANS:

A delegação de competências normativas mais fluidas a instâncias administrativas é uma realidade no paradigma institucional vigente no ordenamento brasileiro, que não se contrapõe às exigências da legalidade, senão que complementa as suas virtudes, respondendo a duas premissas da contemporaneidade: (a) a de capacitação técnica, permitindo que temas de alta complexidade sejam regulados em ambientes decisórios especializados, com ganhos de celeridade e proficiência; e (b) de participação popular, viabilizando que os administrados diretamente interessados pela regulação participem mais imediatamente dos processos de decisão. Há motivos para evidenciar que a

outorga de competência à ANS para esse fim se enquadra satisfatoriamente nesse contexto.

Desenvolvendo melhor o assunto sobre a análise dos princípios da juridicidade e da legalidade, Gustavo Binjenbojm (BINENBOJM, 2006, p. 207/208) teoriza sobre os graus de vinculação de vinculação à juridicidade:

o mérito – núcleo do ato -, antes intocável, passa a sofrer a incidência direta dos princípios constitucionais. Deste modo, ao invés de uma dicotomia em moldes tradicionais (ato vinculado v. ato discricionário), já superada, passa-se a uma classificação em graus de vinculação à juridicidade, em uma escala decrescente de densidade normativa vinculativa: a) atos vinculados por regras (constitucionais, legais ou regulamentares); atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados (constitucionais, legais ou regulamentares); c) atos vinculados por princípios (constitucionais, legais ou regulamentares).

Assim, os regulamentos são considerados leis em sentido material, possuindo legitimidade em decorrência da competência normativa atribuída às agências reguladoras por meio de lei, e são passíveis de controle pelo Poder Judiciário.

Então, visualizando as ideias acima explanadas, a teoria da separação dos poderes, na concepção dos autores clássicos, especialmente aquela explicitada por Montesquieu, deve ser reanalisada. Devemos entendê-la como uma forma de organização do aparato estatal apta a conter o abuso de poder.

André Cyrino (CYRINO, 2018, p. 238) argumenta que a ideia clássica da separação de Poderes (Montesquieu e Madison⁵⁵), segundo a qual o poder de fazer as leis deve estar separado do poder de implementá-las, deve ser atualizada para significar muito mais que um requisito formal da democracia. A noção não deve ser apenas de separação orgânica, a fim de que se diminuam as chances de tirania, mas de institucionalização técnico-profissional.

Para Ronaldo Brêtas (BRÊTAS 2004, p. 67), no mesmo sentido, não está em Montesquieu qualquer explicação que leve ao entendimento de que uma teoria da separação dos poderes implicava em separação absoluta dos órgãos que exercem a função executiva e

⁵⁵ James Madison - Federalist Papers No. 51 (origem: 1788): “to what expedient, then, shall we finally resort, for maintaining in practice the necessary partition of power among the several departments, as laid down in the Constitution? The only answer that can be given is, that as all these exterior provisions are found to be inadequate, the defect must be supplied, by so contriving the interior structure of the government as that its several constituent parts may, by their mutual relations, be the means of keeping each other in their proper places”. Disponível em: <<https://billofrightsinstitute.org/primary-sources/federalist-no-51>>.

legislativa. Entendia que devia existir uma ação contínua dos dois poderes um sobre o outro, uma verdadeira colaboração⁵⁶.

O referido autor alerta que Montesquieu propôs uma teoria que levasse ao entendimento de que as três espécies de poder fossem distribuídas de forma obediente ao princípio do equilíbrio⁵⁷, com o objetivo de garantir a liberdade individual (BRÊTAS, 2004, p. 68).

Além disso, Ronaldo Brêtas defende a doutrina de que é equivocado falar em três poderes, porque o poder é uno. Existe um poder único do Estado que se estende sobre os indivíduos pelo exercício das suas três fundamentais funções jurídicas: a executiva, a legislativa e a jurisdicional.

Ou seja, segundo dissertado, é melhor falar em separação de funções, no sentido distribuição de funções do Estado a diferentes órgãos, em decorrência da necessidade de se controlar o exercício do poder político (BRÊTAS, 2004).

Em resumo, Ronaldo Brêtas (BRÊTAS, 2004, p. 74) defende que os Poderes do Estado só podem ser compreendidos, segundo concepção doutrinária mais atual, como sistemas ou complexos de órgãos aos quais as normas da Constituição atribuem competências para o exercício das qualificadas funções fundamentais do Estado.

Adolf Merkl (MERKL, 2018, p. 146) reforça o entendimento da releitura do princípio da legalidade e da separação de poderes, conforme se vê abaixo:

En estas fuentes lejanas a nuestro ámbito jurídico se observa que la diferencia, tan importante para nosotros, entre actos legislativos y actos ejecutivos, se van disipando hasta terminar en la posibilidad del intercambio. Con esto se aminora la diferencia entre legislación y ejecución, que para la teoría de las fuentes jurídicas dominante significa la diferencia esencial entre formulación del derecho e aplicación del mismo, y que una nueva teoría de las fuentes considera como mera diferencia de rango de preceptos jurídicos en esencia iguales, es decir, una pura diferencia formal de ciertas manifestaciones jurídicas. Cuando las fuentes jurídicas presentan este aspecto, la diferenciación de las manifestaciones jurídicas en los dos grandes dominios de legislación y administración y, sobre todo, el hipostasiar estas manifestaciones jurídicas en otros tantos poderes independientes del Estado, pierde sentido.

⁵⁶ Eduardo Jordão (JORDÃO, 2016, p. 622) também concorda: “Em lugar nenhum, sua adoção significou a perfeita e imaculada fragmentação dos Poderes do Estado, nem a atribuição das atividades típicas de cada Poder exclusivamente a ele.

⁵⁷ “Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder”. Trecho de Montesquieu, na obra “O Espírito das Leis”, de 1869, em Paris, Livro XI, p. 142, Garnier Frères, Libraire-Éditeurs, citado por Celso Antônio Bandeira de Mello, em “Curso de Direito Administrativo, p. 31, 32. Ed. Malheiros, São Paulo, 2009.

Então, a Constituição delimita as funções do Executivo, Judiciário e Legislativo, cada qual com sua competência para específicas atribuições, mas isto não quer dizer que um não possa exercer outra função que não seja a expressamente determinada. Um exemplo: sabe-se que foi definido que o Judiciário tem a função de julgar, mas ao avaliar os recursos financeiros que lhe são dispostos, gerindo seu próprio orçamento, está exercendo função administrativa. Então, nesse caso, não se pode falar que o Judiciário estar-se-ia apoderando-se de função executiva, e, por conseguinte, violando a separação de poderes. A ideia da separação de poderes deve ser entendida como sistema em que os órgãos do Estado devem se organizar para buscar um equilíbrio, de modo que um não ultrapasse o que foi atribuído ao outro como função típica. Dessa forma, não há, necessariamente, no estabelecimento de controle de um órgão sobre outro órgão um comprometimento da separação de poderes.

A Administração Pública no exercício de suas funções está sujeita ao controle sobre os próprios atos, bem como se sujeita ao controle por parte dos Poderes Legislativo e Judiciário. Além do controle exercido pelo Estado, o administrado também o pode exercê-lo, não apenas na defesa dos interesses individuais, mas também na defesa de interesses coletivos.

Assevera Maria Sylvia Di Pietro (DI PIETRO, 2003, p. 598):

a finalidade do controle é a de assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade; em determinadas circunstâncias, abrange também o controle de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa.

Pautando-se na ideia de que o controle perpassa a noção de verificar se a Administração Pública está exercendo suas funções de acordo com os princípios estipulados na Constituição, dentre os quais: o princípio da legalidade, moralidade e eficiência, é preciso buscar no procedimento e no resultado a legitimidade necessária para aprimorar a atividade regulatória estatal. Maria Coeli Simões Pires e Jean Nogueira (SIMÕES PIRES, NOGUEIRA, 2021) demonstram a importância do controle jurisdicional sobre os atos da Administração Pública:

No centro do arranjo de controle da Administração Pública, figura o controle jurisdicional, na vertente de proteção do administrado contra lesão ou ameaça ao direito. Instruída pelo princípio da unicidade e universalidade da jurisdição, essa modalidade de controle traz também por objeto a atividade administrativa em seus diversos níveis, em suas diversas manifestações, e as relações que são travadas a propósito delas. Quando o poder judiciário, pela natureza da sua função, é chamado a resolver as situações contenciosas entre a Administração Pública e o indivíduo, tem lugar o controle jurisdicional das atividades administrativas. Os conflitos tomam, então, a forma de pleitos judiciais, estabelecendo-se o debate em torno da situação jurídica, de modo que seja possível esclarecer, definir e precisar com quem se acha a razão. Se com o Estado, negando direitos do administrado ou dele exigindo

prestações, se com o próprio administrado, quando pede o reconhecimento de direitos, ou se revela insubmisso, alegando ilegalidade no procedimento administrativo.

Rogério Bastos Arantes et al. (ARANTES et al., 2014, p. 109), anota que o controle é uma das exigências normativas associadas ao funcionamento da democracia representativa e sua burocracia pública. Porque, nas democracias, a sociedade clama que a conduta dos agentes públicos e o resultado de suas políticas sejam passíveis de verificação e sanção permanentes.

Ana Clara Bliacheriene (BLIACHERIENE, 2016, p. 116-117) descreve as formas de controle:

de modo geral, a sociedade organizada estabelece mecanismos de controle ou de coordenação para a manutenção do equilíbrio entre desejos, necessidades e possibilidades coletivas aos olhos da Gestão Pública. Sob o ponto de vista institucional, as ferramentas de controle do Poder Público são divididas em três subgrupos: (i) o Estado (sistema legal ou jurídico com normas e instituições fundamentais da sociedade); (ii) o mercado (sistema econômico no qual o controle se faz por meio da competição); e (iii) a sociedade civil." Sob a perspectiva funcional - que se sobrepondo à institucional não lhe é inteiramente coincidente - também há três mecanismos de controle: (i) o hierárquico ou administrativo (interno às organizações públicas ou privadas); (ii) o democrático ou social (em termos políticos, exercido sobre organizações e indivíduos); e (iii) o controle econômico (via mercado) (BRESSER PEREIRA, 1998)

Então, percebem-se dois tipos de controle: pela litigância e pela regulação. O controle pela litigância envolve a atuação, mediante provocação, do Poder Judiciário. Já o controle pela regulação é decorrente da atuação independente e técnica que as agências reguladoras possuem para elaboração de normas e aplicação de sanções diante do caso concreto. No controle pela regulação, não há necessidade de autorização judicial para exercício de suas funções.

Nesse sentido, André Castro Carvalho e Otavio Venturini. (CARVALHO, VENTURINI, 2019, p. 153) alertam sobre a existência do controle misto, no Brasil, de litigância e regulação:

Existe o controle pela litigância, o qual envolve a atuação, mediante a provocação do Poder Judiciário e o controle pela regulação, o qual, por sua vez, é pautado pela atuação da entidade "independente" e "técnica" que possui competências para a elaboração de normas aplicação de sanções diante do caso concreto. A regulação possui competência normativa e prescinde da provocação para se fazer atuar. Com o desenvolvimento das agências reguladoras no Brasil, o controle do serviço público passa a ser desenvolvido teoricamente por meio de um modelo misto, composto pela litigância pela regulação.

Adiante, analisa-se a questão do controle do Poder Judiciário sobre o mérito das decisões e sobre os atos normativos editados pelas agências reguladoras.

3.2 Controle do Poder Judiciário sobre o mérito das decisões das agências reguladoras e sobre os atos normativos por essas editados

Cabe ao Judiciário controlar os atos da Administração Pública, quando eivados de ilegalidade ou forem irrazoáveis ou incompatíveis com os princípios disciplinados no ordenamento jurídico da Constituição. Quando um ato administrativo estiver baseado em fatos e circunstâncias que violem a razoabilidade ou a proporcionalidade será possível ao Judiciário controlá-lo, decretando sua nulidade.

Patrícia Valente (VALENTE, 2010, p. 139-140) discorre sobre controle judicial sobre os atos editados pelos agentes reguladores:

quando se fala em instrumento de controle, é preciso identificar os sujeitos que fazem uso desse instrumento. Vários são os sujeitos que podem exercer alguma espécie de fiscalização das atividades dos agentes reguladores. Tendo em mente a esfera federal brasileira, o Congresso Nacional e o Presidente da República seriam os dois mais importantes, por decorrer deles a delegação de poder que faz com que os agentes reguladores reúnam competência para tomar decisões relevantes dentro do setor em que cada um deles atua. Isto é, o Congresso Nacional elaborou as leis de criação das agências e dos demais agentes, as quais delimitam a abrangência da competência regulatória para elaborar normas aplicáveis aos setores regulados, e o Presidente delegou competências que tradicionalmente lhe eram imputadas. Além deles, pode-se falar ainda do Poder Judiciário. Qualquer discussão acerca das atividades dos agentes reguladores pode ser levada aos juízes e tribunais, os quais vão analisar se as agências exerceram suas competências como determinaram os Poderes Legislativo e Executivo (art. 5º, XXXV, CF/88). A revisão judicial exerce importante papel no exame da legalidade dos atos administrativos emanados das agências reguladoras, bem como para reconhecer quando o agente regulador é indevidamente omissor.

Quando o mérito de uma decisão estiver baseado em fatos e circunstâncias que violem a razoabilidade ou a proporcionalidade será possível ao Judiciário controlar a legalidade dos elementos do mérito discricionário.

Segundo Ada Pellegrini Grinover (GRINOVER, 2010, p. 19), a razoabilidade mede-se pela aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade significa, em última análise, a busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados.

Logo, por critérios de razoabilidade e proporcionalidade, o Judiciário pode apreciar mérito discricionário. Entretanto, não pode se manifestar sobre a oportunidade e conveniência, sob pena de violar a independência e harmonia dos Poderes.

Ada Pellegrini Grinover (GRINOVER, 2010) destaca ainda que cabe ao Poder Judiciário investigar os fundamentos de todos os atos estatais a partir dos objetivos fundamentais inseridos na Constituição. Para a jurista, não se permite mais falar em neutralidade do Judiciário. Defende uma judicialização da política para promoção de uma atuação da Administração Pública em consonância com os dizeres da Constituição, o que é

diferente do que se entende de uma politização da Justiça. Vanice Regina Valle (VALLE, 2016, p. 153) reforça a ideia da judicialização da política desde que devidamente motivada para controle dos resultados:

Eis aqui um ponto de maior relevância que se impõe a aclarar: uma decisão judicial que se dedica não a superar uma lesão a direitos, mas, sim, ao controle de políticas públicas, tem seus olhos voltados para o futuro, como é próprio a um quadro normativo do agir estatal. Uma decisão judicial, em matéria de políticas públicas, tem a pretensão transformadora de um cenário de inércia ou insuficiência da ação pública e, nesse sentido, é de se entender que ganhe uma nova dimensão o requisito constitucional da motivação da decisão judicial – que há necessariamente se conectar com os ditos resultados futuros que se pretende alcançar.

Ou seja, quando os motivos determinantes da prática de um ato forem inexistentes ou inverídicos, haverá ilegalidade e o Judiciário poderá anular o ato. Mas, nem todo elemento inverídico ou inexistente de um ato, terá aptidão para provocar sua nulidade, somente quando tiver sido determinante para a sua prática. É o que se infere da exegese do artigo 20, da lei de introdução às normas do direito brasileiro⁵⁸.

O controle judicial sobre as decisões e atos normativos das agências reguladoras deve proteger a especificidade técnica que, muitas vezes, embasa as condutas dos gestores públicos, posto que o Judiciário não é detentor dos conhecimentos técnicos e específicos que fundamentam as condutas dos entes reguladores. Por outro lado, também, deve cuidar da promoção dos interesses da coletividade, analisando se os direitos e garantias dispostos na Constituição estão sendo observados.

Rafael Issa (ISSA, 2015, p. 89-90) assevera que o Poder Judiciário deve se atentar a três diretrizes: deferência do Judiciário em relação às decisões regulatórias que se mostrem formal e materialmente legítimas; não substituição do regulador pelo Juiz; e análise consequentialista dos efeitos da decisão:

Além do controle de juridicidade da atividade regulatória, pelo qual o Judiciário afere se o ato normativo atendeu ou não aos princípios e regras do setor regulado, com a verificação da razoabilidade, proporcionalidade, motivação, atendimento às finalidades e diretrizes do setor regulado etc., o controle judicial deve se pautar por três diretrizes. Em primeiro plano, entendemos que deve haver uma deferência do Judiciário em relação às decisões regulatórias que se mostrem formal e materialmente legítima. Neste passo, caso o processo judicial demonstre que a agência observou os parâmetros que deveria, com regular procedimento prévio, no qual todos os

⁵⁸ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Incluído pela lei nº 13.655, de 2018)

interessados participaram e foram devidamente ouvidos, com suas contribuições sopesadas pela agência no momento da decisão, bem como que a decisão chegou a uma solução eficiente, razoável e proporcional, dentre as alternativas possíveis – não a melhor solução, mas a solução possível –, não nos parece possível que o Judiciário possa anular o ato ou mesmo substituir a opção do regulador pela sua própria. Cabe-lhe, então, a deferência ao que fora decidido pela agência, o que tem sido feito com a finalidade de manter o equilíbrio e a estabilidade dos setores regulados. Em segundo lugar, caso entenda o magistrado haver ilegalidade no ato normativo, não nos parece que o Judiciário possa substituir a figura do regulador pela do magistrado, uma vez que, institucionalmente, compete às agências reguladoras expedir as normas para regulamentar os serviços prestados nos sistemas por elas regulados. Aqui, o argumento se centra não tanto na ausência de conhecimentos técnicos dos Tribunais para decidir tais questões – para o quê bastaria a contratação de servidores especializados ou mesmo de peritos do juízo –, mas sim de ausência de competência institucional para solucionar a questão. Neste passo, a decisão judicial pode determinar, no máximo, a anulação do ato normativo, sem haver a substituição do regulador pelo juiz. No entanto, e aqui entramos na terceira diretriz, esta anulação, por envolver um sistema em tese equilibrado pelo ato normativo impugnado judicialmente, deve ser feita de acordo com uma análise consequentialista, ou seja, o magistrado deve verificar, de modo prospectivo, quais os efeitos da sua decisão (em sede de liminar ou no julgamento de mérito) para o sistema regulado e se este atingirá melhor suas finalidades legalmente previstas sem o ato impugnado, ou seja, se a invalidação total e retroativa do ato regulatório é efetivamente necessária para a salvaguarda da legalidade e da finalidade do setor regulado.

De modo a sistematizar uma teoria adequada para a realização do controle judicial dos atos emanados pela Administração Pública, Gustavo Binenebojm (BINEBOJM, 2006, p. 235-237) propõe a análise de parâmetros (também chamados de *standards*) a serem observados em concreto. Assim, teoriza:

- (i) quanto maior o grau de restrição imposto a direitos fundamentais (tanto em proveito de outros direitos fundamentais, como em prol de interesses difusos constitucionalmente consagrados), mais intenso deve ser o grau de controle judicial. (...)
- (ii) quanto maior o grau de objetividade extraível dos relatos normativos incidentes à hipótese em exame, mais intenso deve ser o grau de controle judicial. (...)
- (iii) quanto maior o grau de tecnicidade de matéria, objeto de decisão por órgãos dotados de expertise e experiência, menos intenso deve ser o grau de controle judicial. (...)
- (iv) quanto maior o grau de politicidade da matéria, objeto de decisão por agente eleitoralmente legitimado (chefe do executivo e parlamentares, por exemplo), menos intenso deve ser o grau de controle judicial. (...)
- (v) quanto maior o grau de efetiva participação social (direta ou indireta) no processo de deliberação que resultou na decisão, menos intenso deve ser o grau de controle judicial. (...)

Dessa forma, existe a possibilidade de controle do Poder Judiciário sobre os atos normativos editados pela Agências Reguladoras. Pelo exposto, o Supremo Tribunal Federal, por vezes, é chamado a exercer o controle de constitucionalidade. Um exemplo, é o entendimento explicitado na ação direta de inconstitucionalidade - ADI nº 4923 (BRASIL, 2018c) da qual se extraem fundamentos sobre o poder normativo da agências reguladoras sob a visão do Supremo Tribunal Federal.

Foi ajuizada ação direta de inconstitucionalidade - ADI nº 4923 (BRASIL, 2018c), que teve relatoria do Ministro Luiz Fux, a qual culminou no julgamento conjunto de três ações diretas de inconstitucionalidade autuadas sob os números 4.679, 4.747, 4.756 e 4.923, ajuizadas, respectivamente, pelo Partido Democratas (DEM), pela Associação NEOTV, pela Associação Brasileira de Radiodifusores (ABRA) e pela Associação Brasileira de Televisão por Assinatura em UHF (ABTVU), todas contra a Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011. Sem adentrar na matéria específica pertinente ao setor de comunicações, quanto ao marco regulatório da TV por assinatura brasileira, vale o registro sobre os fundamentos principiológicos apontados na decisão.

No referido julgamento, o Ministro Luiz Fux explicitou:

o desafio que se coloca perante a Corte é, portanto, o de conciliar os valores democrático-republicanos, especificamente a existência de efetivo controle judicial dos atos estatais (judicial review), com os riscos associados à intervenção judiciária sobre os marcos regulatórios desenhados pelo legislador. É ciente deste delicado equilíbrio que o Supremo Tribunal Federal deverá julgar as presentes demandas.

Asseverou o Ministro relator que o princípio da legalidade não pode se prender mais ao paradigma liberal clássico que enxergava na lei formal o único padrão de regência da vida pública ou privada. Destacou para embasar seus fundamentos parecer de Carlos Ari Sundfeld:

Obviamente nem toda atribuição de poderes normativos à Administração Pública receberá o beneplácito constitucional. Como preleciona Carlos Ari Sundfeld, “a constitucionalidade da lei atributiva depende de o legislador haver estabelecido standards suficientes, pois do contrário haveria delegação pura e simples de função legislativa”. Sem embargo, “saber qual é o conteúdo mínimo que, nessas circunstâncias, a lei deve ter é uma das mais clássicas e tormentosas questões constitucionais, como se vê da jurisprudência comparada, em países tão diferentes quanto os Estados Unidos, a Alemanha e a França” (“Introdução às Agências Reguladoras” in *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 27).

O Ministro Edson Fachin (BRASIL, 2018c) reforçou que a Jurisprudência do STF reconheceu a autoridade normativa das agências reguladoras para regulamentar administrativamente em dinâmica própria setor econômico de sua alçada⁵⁹.

A ministra Rosa Weber (BRASIL, 2018c) discorreu sobre a questão do poder normativo das agências reguladoras e enfatizou que, apesar de possuírem autonomia, sua

⁵⁹ Citou decisão que tratou do poder normativo da Anatel, quando o Pleno do STF conferiu na ADI-MC 1668, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, j. 20.08.1998, DJ 16.04.2004, interpretação conforme a dispositivos para fixar a interpretação segundo a qual é constitucional a competência da agência para expedir normas, desde que subordinada aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado.

atuação é balizada por competências definidas por lei. Ressaltou que cabe à lei que formaliza a delegação preestabelecer as diretrizes de tais competências, mediante tipificação mínima do conteúdo normativo a ser integrado pela Administração:

Não é por outra razão que, embora dotadas de considerável autonomia, a medida da competência normativa em que são investidas as agências reguladoras será aquela perfeitamente especificada nas leis – atos do Parlamento – pelas quais são criadas. Embora apto a produzir atos normativos abstratos com força de lei, o poder normativo exercido pelas agências reguladoras vê os seus limites materiais condicionados aos parâmetros fixados pelo legislador. (...) A norma regulatória preserva a sua legitimidade quando cumpre o conteúdo material da legislação setorial. Nesse exercício, pode, sim, conter regras novas, desde que preservada a ordem vigente de direitos e obrigações, que se impõe como limite ao agir administrativo: regras novas, e não direito novo.

Nesse julgado, a Ministra Rosa Weber (BRASIL, 2018c) deixou explicitamente reforçado que as agências reguladoras não podem inovar no sistema jurídico, apenas preencher os espaços de discricionariedade deixados em aberto pelo Legislador:

A norma regulatória deve se compatibilizar com a ordem legal, integrar a espécie normativa primária, adaptando e especificando o seu conteúdo, e não substituí-la ao inovar na criação de direitos e obrigações. Seu domínio próprio é o do preenchimento dos espaços normativos deixados em aberto pela legislação, e não o da criação de novos espaços. Hierarquicamente subordinado à lei, o poder normativo atribuído às agências reguladoras não lhes faculta inovar *ab ovo* na ordem jurídica, mormente para “impor restrições à liberdade, igualdade e propriedade ou determinar alteração do estado das pessoas. As agências reguladoras deverão escolher tecnologias e estratégias de ação eficientes, com a ressalva de que não sigam interesses ou preferências próprias – apenas finalidades coletivas estabelecidas em lei devem ser perseguidas.

Na ação direta de inconstitucionalidade ADI nº 4874 (BRASIL, 2019) citada anteriormente, os ministros acordaram que não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional da exegese conferida por uma agência ao seu próprio estatuto legal, simplesmente substituí-la pela sua própria interpretação da lei. Arguiram que deve haver deferência da jurisdição constitucional à interpretação empreendida pelo ente administrativo acerca do diploma definidor das suas próprias competências e atribuições, desde que a solução a que chegou a agência seja devidamente fundamentada e tenha lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição.

Eduardo Jordão (JORDÃO, 2016, p. 34) defende que há uma pluralidade de formas e de graus em que a intensidade do controle judicial pode ser adaptada à complexidade da administração pública contemporânea, não sendo nenhuma solução abstratamente superior às demais.

Assim, conforme pode ser constatado pelos fundamentos trazidos no decorrer do capítulo, com a consagração da vinculação da Administração Pública à juridicidade administrativa, reduziu-se o espaço de liberdade do administrador. São exatamente esses limites constitucionais e legais que permitem o controle judicial da discricionariedade administrativa.

Mario Schapiro (SCHAPIRO, 2016, p. 314) resenhando sobre o controle de ações discricionárias encarregadas de promover estímulos para o desenvolvimento econômico, esclarece:

nessa medida, discricionariedade não é apenas o poder de escolher, entendendo escolha como uma opção sujeita ao capricho e ao desejo frívolo. É uma decisão assentada nos quadrantes da legalidade, que pode ser justificada por critérios racionais. Por outro lado, tal decisão também não resulta de um mero atendimento a regras previamente estabelecidas, mas de uma escolha efetiva, o que comporta alguma variedade de possibilidades, desde que sujeitas a motivação (HART, 2013, p. 656-660)

André Cyrino (CYRINO 2018, p. 129) prefere referir à expressão ductibilidade, quando se extrai da Constituição, devido a seu caráter compromissório, a existência de princípios contrapostos (por exemplo, ao lado do princípio da propriedade, deve ser observado o princípio da função social). Nesses casos, o autor conclui que, nos espaços de ductibilidade da Constituição Econômica deverá haver uma deferência saudável ao decidido pelo legislador e pelo órgão regulador, mas isso não significa a negativa da possibilidade de controle pelo Poder Judiciário (2018, p. 307)⁶⁰.

Quanto maior a ductibilidade, maior deverá ser o respeito pela deliberação da maioria. Assim, numa escala de deferência saudável, o controle da constitucionalidade econômica deverá ser mais forte quando estiver diante de regras e das zonas de certeza positiva e negativa dos conceitos jurídicos indeterminados, e deverá ser o mais brando possível quando se estiver diante de realização de princípios. Num grau intermediário, o controle deverá existir quando diante da realização de conceitos jurídicos indeterminados da Constituição Econômica, que deverá variar de acordo com o grau de certeza negativa ou positiva que se estiver presente. Na zona de penumbra, o controle deve ser diminuto. CYRINO (2018, p. 142/143)

O desafio é o estabelecimento de um arranjo institucional que aceite a necessidade de órgãos reguladores, no âmbito da Administração, com capacidade normativa, sem que se perca de vista a necessidade de que se confrontem os problemas de legitimidade daí decorrentes. No Brasil, ainda se percebe um movimento pendular, ora se vê um Poder Judiciário acatando o poder normativo das agências, aproximando da teoria da deferência, ora recusando essa

⁶⁰ O autor André Cyrino (CYRINO, 2018, p. 126-127) faz referência à ductibilidade da teoria de Gustavo Zagreblesky, para quem “a coexistência de valores e princípios, sobre o que hoje deve basear-se necessariamente uma Constituição para não renunciar a seus deveres de unidade, e integração e ao mesmo tempo não se fazer incompatível com a sua base material pluralista, exige que cada um de tais valores e princípios se assumam com caráter não absoluto, compatível com aqueles outros com os que deve se conviver.

autonomia. Adiante, discute-se a importância de um diálogo institucional, ou seja, deve haver equilíbrio na atuação do Poder Judiciário quanto ao controle sobre os atos dos demais poderes. Entende-se que o Judiciário não deve ser sempre deferente ao decidido pela Administração Pública, mas também não deve ser protagonista das políticas públicas.

3.3 A importância do reconhecimento das capacidades institucionais para adoção de uma perspectiva que alia a possibilidade de verificação dos resultados das políticas públicas à preocupação com a instituição tomadora da decisão

Eduardo Jordão (JORDÃO, 2016, p. 34) alerta, que sob uma perspectiva institucional, a Administração Pública avança em direção à pluralidade de centros decisórios. Defendendo a ideia da legitimidade do poder decisório das autoridades administrativas. Eduardo Jordão (JORDÃO, 2016, p. 627) escreve:

a autoridade administrativa está mais bem adaptada para tomar decisões de natureza política, quase política ou complexa tecnicamente não porque seus membros ou diretores são pessoalmente mais capacitados para entender os problemas. A adaptação superior advém de suas características institucionais, em especial da mais técnica e especializada composição de pessoal e da maior porosidade às informações e aos anseios dos setores que regulam.

André Cyrino (CYRINO, 2018, p. 215) adota a teoria da virada institucional, no sentido de que a proposta é a de que as estratégias interpretativas devam levar em consideração a capacidade da instituição responsável pela tomada da decisão, tendo como referencial teórico as ideias de Cass Sunstein.

Estudando a teoria de Cass Sustein e Adrian Vermeule (SUNSTEIN, VERMEULE, 2021), verifica-se que estes autores fazem uma análise do Estado Administrativo. Esta expressão originou-se a partir do arcabouço normativo estabelecido no modelo de Estado norte americano a partir do início do século XX. Estado Administrativo é a denominação para a construção doutrinária sobre o modelo de Estado norte americano em que se percebe a ampliação do poder normativo do Poder Executivo por meio das atuações das *independent agencies*⁶¹.

⁶¹ Em 1946, o Congresso Americano promulgou o Administrative Procedure Act. “*The Administrative Procedure Act (APA) is a federal act that governs the procedures of administrative law. The APA is codified in 5 U.S.C. §§ 551–559. The core pieces of the act establish how federal administrative agencies make rules and how they adjudicate administrative litigation. 5 U.S.C. § 551(5)–(7) clarifies that rulemaking is the “agency process for formulating, amending, and repealing a rule,” and adjudication is the final disposition of an agency matter other than rulemaking. That is, rulemaking goes beyond resolution of specific controversies between parties and includes management and administrative functions. Rulemaking and adjudication can be formal or informal, which in turn determines which APA procedural requirements apply”.*

Renato Deák e Edilson Pereira Nobre Jr. (NOBRE JÚNIOR, TEIXEIRA JÚNIOR, 2021, p. 53) entendem por Estado Administrativo:

o modelo de Estado estruturado por meio de agências reguladoras, que desenvolvem funções semilegislativas, semiexecutivas e semiadjudicatórias. Devido à ausência de previsão constitucional sobre a estrutura do Poder Executivo para o exercício de suas funções, trata-se de uma construção histórica-institucional, marcada por disputas e barganhas entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Os autores Cass Sustein e Adrian Vermeule (SUSTEIN, VERMEULE, 2021, p. 17-18) resumem os posicionamentos dos críticos e dos defensores do Estado Administrativo nos Estados Unidos. Primeiramente, expõem o pensamento dos críticos Estado Administrativo nos Estados Unidos:

Afirmam que os críticos do Estado administrativo argumentam que os direitos constitucional e administrativo autorizaram um aparato administrativo com poderes executivos de alcance e poderes assustadores. Para fundamentar isso, os críticos apresentam 03 pontos: 1) amplas concessões de autoridade às agências equivalem a uma transferência inconstitucional do Poder Legislativo para o Executivo. 2) algumas das agências mais poderosas são independentes do presidente e, portanto, representam usurpação ilegítima do Poder Executivo. 3) a regra moderna de deferência judicial às agências em questões de direito é uma usurpação do Poder Judiciário, ou talvez uma abdicação da obrigação dos juízes de dizer o que é a lei.

Ou seja, os críticos do Estado Administrativo⁶² defendem que nesse paradigma de Estado há violação do equilíbrio entre os poderes de todas as formas e que, por conseguinte, o Estado Administrativo é uma ameaça ao Estado de Direito.

Já os defensores do modelo de atuação estatal consignado no Estado Administrativo negam que o Estado Administrativo viole o significado original da Constituição dos Estados Unidos. Apontam para a legitimidade do Estado Administrativo consubstanciada em autorizações parlamentares válidas. Também destacam sua *accountability* democrática, mediada tanto pelo Congresso quanto pela Presidência, de maneiras diferentes. Eles observam que o Congresso que é democraticamente responsável, está sujeito à cidadania, mesmo que conceda ampla discricionariedade aos órgãos administrativos (SUNSTEIN, VERMEULE, 2021, p. 20).

Os autores Cass Sustein e Adrian Vermeule defendem que, enquanto a agência atuar dentro dos limites da concessão de autoridade legal, ela estará exercendo o seu poder executivo, mesmo que os limites sejam muito amplos. Percebe-se, na obra de Cass Sustein e Adrian

⁶² Os críticos ao Estado Administrativo deram origem a um movimento chamado: New Coke. É uma abreviatura para um conjunto de impulsos originados da crença na ilegitimidade do Estado Administrativo Moderno. Pode ser compreendido como um movimento constitucionalista vivo. A principal preocupação do New Coke é o medo predominante de que o Executivo abuse do seu poder (citou Charles Murray – *By the people: rebuilding liberty without permission*. Nova York: Crown Forum, 2015 – nota de rodapé). (SUNSTEIN, VERMEULE, 2021, p. 41)

Vermeule (SUNSTEIN, VERMEULE, 2021), que estes autores defendem a teoria de que o Direito Administrativo convergiu para os princípios da moralidade interna do direito como salvaguardas substitutas para a defesa do Estado Administrativo (SUNSTEIN, VERMEULE, 2021, p. 29).

Como referencial teórico, citam Lon Fuller⁶³, para defenderem que o Direito tem uma moralidade interna, incluindo tanto uma moralidade mínima do dever quanto uma moralidade mais elevada de aspiração. Assim, dissertam (SUNSTEIN, VERMEULE, 2021, p. 61):

Se um suposto sistema jurídico viola a moralidade interna do dever, afundando abaixo até mesmo de um limite mínimo, ele não é um sistema jurídico de forma alguma, exceto talvez no sentido pickwiano⁶⁴, no qual um contrato nulo ainda pode ser considerado um tipo de contrato. (...) Em que consiste a moralidade interna do Direito? Fuller explica explicitando 8 maneiras “pelas quais a tentativa de criar e manter um sistema de regras legais pode fracassar”: 1) Uma falha em estabelecer regras em primeiro lugar, endossando que todas as questões sejam decididas caso a caso; 2) Uma falta de transparência, no sentido de que as partes afetadas não são informadas das regras que devem cumprir; 3) Um abuso de retroatividade, no sentido de que as pessoas não podem confiar nas regras atuais e estão sob ameaça de mudança; 4) Uma falha em tornar regras compreensíveis; 5) Emissão de regras que se contradizem; 6) Regras que exigem que as pessoas façam coisas para as quais não têm o poder de fazer; 7) Mudanças frequentes nas regras, de modo que as pessoas não possam orientar sua ação de acordo com elas; e 8) Certa incompatibilidade entre as regras tal como são anunciadas e as regras tal como são administradas.

Contudo, os autores destacados entendem que a moralidade interna do direito administrativo possui limitações intrínsecas. Apontam três objeções à moralidade do Direito Administrativo (p. 125): (1) uma potencial ausência de fundamentação suficiente nos materiais jurídicos; (2) *trade-offs* complexos, motivados pela busca do bem-estar social, entre valores do Estado de Direito e valores alternativos; e (3) potencial falta de competência judicial para supervisionar as decisões das agências sobre esses *trade-offs*.

Quanto a terceira objeção vale destacar os argumentos abaixo, os quais valorizam a competência técnica das agências (SUNSTEIN, VERMEULE, 2021, p. 131):

Se a questão envolve suficiência e otimização não há dúvida de que as agências podem errar, talvez por incompetência, talvez por interesse próprio institucional (Holmes e Hornsby parecem ser exemplos disso). Mas os Tribunais também podem se equivocar e, ao fazê-lo, podem acabar prejudicando os esquemas racionais e previsíveis de elaboração de políticas de agência, diminuindo – e não promovendo – a satisfação dos

⁶³ Nas referências da obra de Cass Sustein e Adrian Vermeule constam as seguintes obras de Lon Fuller: *Positivism and fidelity do law: a reply to Professor Hart*, de 1958; *The forms and limits of adjudication*, de 1978; *The morality of law*, de 1962; *The morality of law*, de 1969.

⁶⁴ Pickiano refere-se a expressão inglesa “cherry-picking” que significa, em tradução literal, algo como “escolhendo as cerejas”, mas traduzindo para o âmbito jurídico, significa a teoria que consiste na prática de intencionalmente suprimir informações relevantes que possam contrariar a conclusão desejada, ou seja, escolher os argumentos a serem utilizados.

ideais fullerianos pelo sistema geral. (...) No mínimo, os Tribunais sem informações completas podem não estar na melhor posição para saber se uma agência cometeu um erro. (...) Sempre que as agências decidem sobre procedimentos, elas inevitavelmente estão alocando recursos entre programas e prioridades, levando em consideração os custos de oportunidade, os custos e benefícios diretos de mais procedimentos para uma série de casos, e a natureza do programa ou tarefa em questão.

Fez-se essa fundamentação teórica para demonstrar que a celeuma sobre a autonomia e o poder normativo das agências reguladoras, retratada no tópico anterior, não se verifica somente no Estado brasileiro, mas também em outros países. A atividade das agências reguladoras implica na análise de diversas questões, não apenas jurídicas, mas também técnicas e econômicas, o que cria uma complexidade muito maior para a expedição de atos regulatórios. Assim, os atos regulatórios possuem em sua base lógica elementos jurídicos, econômicos e técnicos. Por isso, é tão importante discutir sobre a ideia da deferência judicial sobre os atos emanados pelas agências reguladoras.

Novamente, volta-se ao direito comparado, para entender como se fundamenta a ideia da deferência judicial. Para explicitar melhor as análises das Cortes Americanas sobre a deferência judicial sobre os atos expedidos pelas agências independentes, primeiramente cita-se o caso *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*

Este julgamento foi um marco para discussão da legalidade da discussão acerca da deferência a uma decisão tomada por uma agência governamental. A decisão foi proferida pela Suprema Corte Americana, em 1984⁶⁵. André Cyrino (CYRINO, 2018, p. 208) sintetiza:

⁶⁵ Um exemplo de direito comparado, fora do Estado Unidos, para demonstrar que o Judiciário não pode ser o protagonista na realização de políticas públicas, mas pode exercer o controle sobre essas, foi o caso *Grootboom* na África do Sul, em que a Corte Constitucional da África do Sul teve que decidir sobre o alcance de uma norma programática do direito à moradia. O caso *Grootboom* é uma das mais famosas decisões de Corte Constitucional sobre direitos sociais. No presente caso, a Corte Constitucional da África do Sul teve de deliberar sobre o sentido e o alcance do direito constitucional a adequadas condições de moradia. Esse é um direito estabelecido como “fundamental” na Seção 26, da Constituição daquele País. Carlos Luiz Strapazzon e Robinson Tramontina (STRAPAZZON, TRAMONTINA, 2016) resumiram: “O objeto do julgamento foi decidir sobre a existência do dever constitucional de o Estado tomar medidas legislativas e outras medidas razoáveis, para assegurar a *progressiva realização* do direito de acesso à habitação adequada, conforme prevê a Seção 26, da Carta Fundamental. A tarefa desafiadora para a Jurisdição Constitucional passou a ser determinar o que seja a noção internacional de *nível mínimo essencial de obrigações sociais* e, também, o que sejam, no plano interno, *medidas estatais razoáveis* para realizar o mínimo essencial dessas obrigações. A posição da Corte foi a seguinte: como a Constituição exige que o Estado adote *medidas razoáveis para realizar o mínimo essencial dessas obrigações internacionais*, esse assunto há de ser desenvolvido em conjunto com o Poder Executivo. Por isso, decidiu que o governo deve apresentar “[...] um programa razoável, dessa forma, deve alocar, claramente, responsabilidades e deveres às diferentes esferas governamentais, na busca de assegurar que os recursos humanos e financeiros apropriados estejam disponíveis.” O Poder Judiciário, então, não indicaria, nem escolheria “[...] quais medidas seriam as mais desejáveis ou favoráveis para serem adotadas, ou como o dinheiro público poderia ser melhor aproveitado.” O que é decididamente justificável é, segundo a Corte, “[...] garantir que as medidas adotadas seriam razoáveis.” (§ 41). Ou seja, a intervenção judicial avalia se o Estado tem um *programa razoavelmente formulado* e se está envidando todos os esforços para que tal programa seja *razoavelmente implementado*, pois “[...] um programa razoável que não é implementado de maneira razoável não terá cumprido razoavelmente suas

sobre a Doutrina Chevron cumpre apenas registrar que a doutrina Chevron pode ser resumida na ideia da existência de dois passos para que se afira a juridicidade da atuação normativa das agências reguladoras. O primeiro passo: as cortes deverão utilizar as ferramentas tradicionais de interpretação, buscando verificar a verdadeira intenção legislativa. Se a norma legislativa for clara, a Corte poderá controlar a interpretação dada pela agência. Todavia, se não existir tal clareza, isto é, havendo um espaço para a atuação da agência avança-se para um segundo passo: a Corte deverá verificar se a norma da agência reguladora foi uma construção regulatória autorizada pelo ato legislativo a partir de critérios de razoabilidade, que orientam, na prática, para uma maior deferência judicial às decisões das agências. Segundo os parâmetros da doutrina Chevron, as agências têm amplo espaço de deliberação em matérias deixadas em aberto.

Outro caso interessante para discutir a deferência judicial às decisões tomadas por uma agência do Poder Executivo é a análise da Suprema Corte Americana, sobre o caso *Auer et al vs. Robbins et al.* que originou o posicionamento que implicou no precedente e na teoria denominada: a deferência *Auer*. Rodrigo Bentemuller (BENTEMULLER 2018, p. 32-33) resume o caso concreto:

O caso centrava-se na interpretação dada pelo Secretário do Trabalho acerca do conceito de salário-base, para fins de exclusão do pagamento de hora- extra. O Fair Labor Standards Act (FLSA) de 1938, quanto à percepção de overtime pay, definiu que aqueles empregados que recebessem um salário-base (piso salarial), que seria aquele pago semanalmente e que não estaria suscetível à redução por qualidade ou quantidade do trabalho executado, estariam excluídos da percepção de hora extra. Além disso, a norma igualmente excepcionou os empregados "*bona fide executive, administrative, or professional*" do recebimento de hora-extra. Inicialmente, tal previsão legislativa era exclusivamente aplicável ao serviço privado; entretanto, foi estendido ao serviço público pelo Congresso, em 1974. Com base em tal diploma normativo, alguns sargentos e um tenente do Departamento de Polícia de *St. Louis*, em Missouri, ingressaram com uma demanda contra *St. Louis Board of Police Commissioners*, pleiteando a percepção de hora-extra, tendo em vista que, no regulamento da Polícia de *St. Louis*, havia a possibilidade de redução salarial, com base em sanções disciplinares. Tal abatimento de sua remuneração afastaria, portanto, o conceito de piso salarial, pois haveria redução do salário com base em quantidade ou qualidade do trabalho executado, não se enquadrando em nenhuma regra excepcional da norma aqui debatida. O caso foi julgado improcedente no *District Court* como no *Eighth Circuit Court of Appeals*, ficando estabelecido por esta que os policiais autores percebiam salário-base e que as deduções disciplinares não desvirtuavam o piso salarial. A Suprema Corte americana, quando avaliou o caso, confirmou a decisão de 2º grau, estatuinto que a interpretação do *Secretary of Labor do FLSA*, para redução salarial por questões disciplinares, era válida dentro do contexto normativo, em especial porque, na iniciativa privada, os executivos, agentes administrativos e profissionais são penalizados com demissão, perda do cargo ou limitação de seus serviços, não abrangendo redução salarial como punição direta. No serviço público, como são normalmente inviáveis esses tipos de punição, a sanção mais adequada para cumprimento das regras disciplinares é a pecuniária, o que não invalida o salário-base. A importância desse julgado é que, citando expressamente o caso Chevron, não havendo comando expresso do Congresso, a autoridade deu interpretação aos dispositivos regulatórios (comandos secundários) e, assim, o

obrigações.” (§ 42). Agora, os resultados devem ser mensuráveis e efetivos, quer dizer, o relator advertiu que a implementação razoável de um programa social não significa apenas avanços estatísticos, pois “[...] se as medidas adotadas, embora estatisticamente bem sucedidas, deixam de responder às necessidades dos que delas mais necessitam, então não passam no teste da razoabilidade.” (§ 44).

Judiciário teve que guardar deferência à referida interpretação, desde que baseada em construção interpretativa válida do estatuto. Assim, a doutrina Auer vai além da doutrina Chevron, pois nesta o órgão regulador dava interpretação válida ao comando legislativo, enquanto naquela foi permitida que o próprio órgão regulador desse interpretação de previsões regulatórias, no caso de elas serem vagas ou imprecisas, o que expande a deferência administrativa então disposta pelo caso Chevron, evitando assim que o Judiciário interfira nas decisões das agências reguladoras, desde que possíveis dentro do arcabouço interpretativo, resguardando a discricionariedade interna do ente regulador.

Trazendo a discussão sobre a deferência judicial para o contexto brasileiro, Rafael Issa, (ISSA, 2015, p. 90) defende que:

Neste passo, ao controlar os atos regulatórios, o Judiciário deve se perguntar, por exemplo, (I) se a invalidação do ato normativo regulatório é o melhor meio de salvaguardar a legalidade e a finalidade do setor regulado sobre o qual se exerce o controle; (II) se a invalidação deve ou não retroagir à época da edição do ato normativo; (III) se é possível a permanência do ato regulatório no ordenamento até que outro seja expedido em substituição a ele; (IV) quais os efeitos concretos que a anulação total, parcial, retroativa ou não terá sobre o sistema regulado; (v) quais as razões que levaram a agência a adotar determinada política regulatória no sentido do ato normativo expedido.

Então, atualmente, cabível a defesa de uma real necessidade de que se considerem aspectos ligados às capacidades institucionais das agências reguladoras. Acredita-se que tal esforço de conciliação deva passar pela busca de novas formas de relação entre o Poder Judiciário e outros órgãos decisórios, de modo a aperfeiçoar o arranjo institucional do Estado regulador brasileiro. As agências têm cabedal, informação e competências normativas para melhor análise de situações envolvendo os setores específicos que se destinam a regular. Porém, é óbvio que não estão isentas de controle, como já foi analisado.

Nestes termos, Mario Schapiro (SCHAPIRO, 2016, p. 337) argumenta:

isso porque enquanto a resposta judicial é assentada em uma lógica comutativa, que leva em conta apenas a relação bilateral entre as partes, os problemas regulatórios têm natureza distributiva e envolvem múltiplos interesses, muitos dos quais não estão representados em uma lide judicial. Em cenários como esse, a solução mais adequada para a correção de eventuais desacertos regulatórios passa por um redesenho das regras de regulação, o que pressupõe a reconsideração do impacto dos custos do serviço prestado e a forma de repartição entre os consumidores. Em suma, é um problema cuja resposta será mais satisfatória se for processada no âmbito de um controle republicano, por meio de uma análise de impacto regulatório, por exemplo. É verdade que esse tipo de controle é incipiente no Brasil, mas a resposta judicial, ao suplantá-lo, não favorece o seu fortalecimento.

A racionalidade e a conformidade do procedimento com as normas pertinentes é um importante aspecto a ser considerado pela perspectiva institucional proposta, conforme propõe André Cyrino (CYRINO, 2018, p. 226). Ou seja, o que se propõe é um diálogo entre as instituições, ou a defesa de um modelo promotor da interação e da cooperação entre os diversos

órgãos e entidades técnicos e magistrados, com um intuito de aperfeiçoar a regulação, a realização de direitos e o controle judicial. Explica André Cyrino (CYRINO, 2018, p. 278):

Não se defende tão somente uma deferência pura e simples ao decidido pelo órgão regulador, o que poderia significar a negação do projeto adotado de Estado Democrático de direito e de separação de Poderes. A sugestão é a de compatibilizar a necessidade de controle, com a exigência das circunstâncias da regulação da economia, a qual convive com considerações de aspectos sistêmicos como forma de garantir os direitos fundamentais e o bem-estar.

Adentrando, agora, em uma análise mais empírica do que foi resenhado acima, vale destacar estudo feito por Eduardo Jordão (JORDÃO et al, 2020) sobre como o Supremo Tribunal Federal tem decidido sobre a autonomia e poder normativo das Agências Reguladoras no Estado Brasileiro.

Ao final, chegou-se ao resultado de 18 ações diretas de inconstitucionalidade, envolvendo a ANATEL (2), a ANTT (4), a ANTAQ (2), a ANP (3), a ANCINE (1), a ANVISA (1), a ANA (2) e todas as agências em uma mesma ação (4). (...) Em síntese, a despeito do reduzido número de processos de controle concentrado examinados para a pesquisa, foi possível observar que (i) as ações são dominadas por partidos políticos, a despeito de associações dos setores regulados apresentarem uma crescente participação nestes processos. Além disso, (ii) embora a existência das agências reguladoras tenha sido contestada *em abstrato* no início do seu surgimento, as ações diretas de inconstitucionalidade se sofisticaram com o tempo e apresentam demandas sobre aspectos específicos de seus regimes jurídicos, com o objetivo de impor limites à sua atuação. Por fim, foi possível verificar que (iii) partidos políticos possuem a tendência de contestar os atos normativos criadores de competências de agências reguladoras em um curto espaço de tempo desde sua edição, enquanto associações e federações tem pretensões em tempos consideravelmente mais extensos, muitas vezes em razão de elementos contextuais da atividade concreta da agência reguladora. (...) Já em relação ao Supremo Tribunal Federal, é possível notar que a Corte desempenhou (e ainda desempenha) papel relevante na consolidação do modelo das agências reguladoras no Brasil, processo este ainda em andamento. Nos cinco casos em que 562 houve julgamento pelo Plenário (ADI nº 1668, 3273, 3366, 4679 e 4874), o Tribunal validou o modelo das agências reguladoras, embora alguns ministros tenham apresentado cautelas quanto à extensão da independência de tais instituições. De um modo geral, foram identificadas como diretrizes da jurisprudência da Corte (i) a constitucionalidade da atribuição de competências técnicas às agências reguladoras; (ii) a necessidade de que seus poderes estejam sujeitos à observância dos parâmetros previstos em leis (a ideia de “princípios inteligíveis”); e (iii) sua independência não afasta a possibilidade de posterior controle de seus atos, embora seja recomendável a adoção de uma postura deferente do Poder Judiciário.

Tomando como exemplo o estudo acima, foi feita uma busca pelas ações em desfavor da ANS. Realizando pesquisa no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, e solicitando busca pela expressão Agência Nacional de Saúde Suplementar, bem como filtrando por acórdãos, foram listadas 12 ações diretas de inconstitucionalidade. No entanto, somente uma delas foi ajuizada contra a ANS, em face de seu poder normativo. Foi a ação direta de inconstitucionalidade ADI nº 5853 (BRASIL, 2020), proposta pela Federação Nacional dos Clubes Esportivos- Fenaclubes contra dispositivo da Resolução Normativa nº 195, de 14 de julho de 2009, editada pela ANS. No entanto, referida ação foi rejeitada por unanimidade,

porque foi decidido pelo Tribunal que a parte requerente não possuía legitimidade ativa, e, portanto, não foi analisado o mérito.

As demais ações, não foram ajuizadas contra a ANS, porém discutiam legislação atinente ao âmbito de atuação da referida agência ou destacavam a ANS como *amicus curiae*.

Refazendo a pesquisa, e filtrando por decisões monocráticas, foram listados 15 documentos correspondentes a: ADI e ADPF com a expressão Agência Nacional de Saúde Suplementar. Foi localizada a ADI 5500 (BRASIL, 2016) em desfavor da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Nesta ação foi decidido que, apesar de o normativo editado pela ANS estar respaldado em preceito legal, concluiu-se que ato administrativo não goza de suficiente abstração para ensejar o controle concentrado de constitucionalidade⁶⁶. A ADI 7088 não foi ajuizada contra a Agência Nacional de Saúde Suplementar, mas trata-se de ação que impugna o art. 4º, III, da Lei nº 9.961/2000; os arts. 10, §§ 4º, 7º e 8º, em todas as suas redações, e 10-D, § 1º, § 2º, I, II, III, IV, V e VI, § 3º, I, II e III, e § 4º, da Lei nº 9.656/1998; e o art. 2º da Resolução Normativa ANS nº 465, de 24 de fevereiro de 2021. Os dispositivos em questão estabelecem a competência da ANS para definir a amplitude das coberturas de planos de saúde, regulam o procedimento de atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar e afirmam o seu caráter taxativo.

Ou seja, analisando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que o Poder Judiciário desempenhou (e ainda desempenha) papel relevante na consolidação do modelo das agências reguladoras no Brasil, processo este ainda em andamento. Enfatiza a constitucionalidade da atribuição de competências técnicas às agências reguladoras, desde que observados parâmetros legais. Registra-se, ainda, que a independência das agências reguladoras não afasta a possibilidade de posterior controle, embora se recomende a adoção de uma postura

⁶⁶ Uma consideração importante do julgado referente a ADI 5500, é que demonstra que o STF reconhece a possibilidade de controle abstrato de normas de hierarquia inferior à de lei extrai-se da ementa da decisão, conforme adiante se lê: “Observem a organicidade do Direto. O controle abstrato de validade de normas de hierarquia inferior à de lei pressupõe a ausência de preceito legal interposto, sob pena de ter-se, caso contrário, conflito de legalidade considerado o parâmetro envolvido. No caso, a discrepância da Instrução Normativa nº 61/2015 dá-se em relação ao que previsto em Resolução Normativa da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, o que não afasta o óbice à sequência da ação direta. Ao revés, o incrementa, pois o paradigma de controle da aludida instrução consiste em ato infralegal. O dispositivo atacado regulamenta o prescrito pela Resolução Normativa nº 364/2014, da ANS, a qual encontra fundamento na Lei nº 9.961/2000, inexistindo o imprescindível descompasso imediato entre a norma impugnada e o texto da Constituição. A respaldar essa óptica, vale notar que o “fator de qualidade” objeto da irrisignação da autora é previsto no artigo 7º da Resolução Normativa nº 364/2014 e apenas detalhado pela instrução questionada. Presente a natureza terciária do ato, mesmo quando ultrapassados os limites da execução da Resolução, o conflito se atém ao plano da simples legalidade. Daí o não cabimento da ação direta”.

deferente ao Poder Judiciário. Reforça-se, pelo exposto, que a posição do Judiciário não é a de se subrogar na posição de gestor público, mas sim a de exigir do Executivo que comprove a razoabilidade de sua escolha.

4 O DIREITO À SAÚDE NO ESTADO BRASILEIRO, O MERCADO PRIVADO DAS AÇÕES DE SAÚDE E A ATUAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS

Pois bem, como já assinalado na parte introdutória, o direito à saúde é um direito fundamental reconhecido no artigo 6º e disciplinado, também, nos artigos 196 a 200 da Constituição brasileira. No artigo 196, é definido que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, sendo que este deve garantir esse direito, por meio de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. No artigo 198, dispõe-se que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único e que estão baseadas nas diretrizes da descentralização, integralidade nos atendimentos e participação social.

No artigo 197, há previsão de que a execução das ações e serviços de saúde poderão ser realizadas por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado e, no artigo 199, foi disciplinado que a saúde é livre à iniciativa privada, sendo-lhes facultado participar de forma complementar do sistema único de saúde.

É importante registrar que o Brasil gasta em saúde 9,2% do PIB (soma de todas as riquezas produzidas), como se observa do estudo feito pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, por meio dos trabalhos que se denominam contas-satélites⁶⁷. Mas, no caso do Brasil, boa parte dessas despesas é de origem privada. Na maioria dos países ricos, a contribuição dos governos nas despesas com saúde é bem maior do que as contribuições do setor privado. Por exemplo, na Alemanha 9,5% do PIB das despesas com saúde foram do governo, contra 1,8%, do PIB, das despesas de famílias e instituições sem fins de lucro a serviços das famílias. Em 2017, o consumo final de bens e serviços de saúde no Brasil atingiu R\$ 608,3 bilhões. Desse total, R\$ 253,7 bilhões (3,9% do PIB) foram despesas de consumo do governo e R\$ 354,6 bilhões (5,4% do PIB) despesas de famílias e instituições sem fins de lucro a serviços das famílias⁶⁸.

Cabe ao Estado, então, a tarefa de normatizar, fiscalizar e regulamentar o mercado da saúde suplementar. Nesse sentido, a Agência Nacional de Saúde Suplementar foi criada pela

⁶⁷ As contas-satélites são uma extensão do Sistema de Contas Nacionais. Elas expandem a capacidade de análise sobre determinados setores da economia, como é o caso da saúde. A Conta-Satélite de Saúde é resultado de trabalhos desenvolvidos por representantes técnicos do Ministério da Saúde, da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, da Fundação Oswaldo Cruz - FIOCRUZ, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE e do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA.

⁶⁸ Fonte: www.ibge.gov.br. Contas Nacionais n. 71 • ISSN 1415-9813

Lei 9.961, de 20 de janeiro de 2000, sendo caracterizada como uma autarquia de natureza especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com prerrogativas de órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde, conforme disciplina o artigo 1º.

Dentre as suas prerrogativas e responsabilidades estão: articular-se com os órgãos de defesa do consumidor visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde; zelar pela qualidade dos serviços de assistência à saúde no âmbito da assistência à saúde suplementar; exercer o controle e a avaliação dos aspectos concernentes à garantia de acesso, manutenção e qualidade dos serviços prestados, direta ou indiretamente, pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde; avaliar a capacidade técnico-operacional das operadoras de planos privados de assistência à saúde para garantir a compatibilidade da cobertura oferecida com os recursos disponíveis na área geográfica de abrangência.

Segundo dados extraídos do sítio público da ANS⁶⁹, em junho de 2022, existiam 49.664.356 milhões de beneficiários em planos privados de assistência médica com ou sem odontologia e 29.842.380 milhões de beneficiários em planos privados exclusivamente odontológicos. Em julho de 2022, consoante informações extraídas do sistema de beneficiários da ANS e população IBGE/Datasus/2012, o número total de beneficiários correspondia a uma taxa de 25,6% referente ao total da população brasileira. Além disso, em julho de 2022, estavam registradas 939 operadoras de planos de saúde, sendo que: 694 eram operadoras médico-hospitalares e 245; operadoras que administram planos exclusivamente odontológicos. Também está informado que, nas regiões: Centro-oeste, Sul e Sudeste, a taxa de cobertura dos planos privados de assistência médica é de 20% a 30%, na maioria, sendo que, nos Estados: São Paulo, Rio de Janeiro e Espírito Santo chega ser maior que 30%. E, nas regiões Norte e Nordeste, a taxa de cobertura é um pouco menor, variando de 10% a 20%, sendo que, em alguns Estados, por exemplo: Acre, Rondônia, Roraima, Amapá, esse percentual, pode ser ainda, uma pouco menor, variando entre 5% a 10%. Essa última informação demonstra as desigualdades regionais no mercado brasileiro.

⁶⁹ Disponível em: <https://www.gov.br/ans/pt-br/aceso-a-informacao/perfil-do-setor/dados-gerais>. Acesso em 03/10/2022.

A promoção de um ambiente regulatório que favoreça a concorrência e o desenvolvimento do setor de saúde com eficiência e sustentabilidade é um dos eixos estratégicos da ANS.

A ANS defende essa atuação no mercado privado de saúde. Em uma manifestação, por meio de nota técnica, no processo administrativo nº: 33910.010106/2020-60⁷⁰, a ANS ressaltou que o objeto de sua regulação não são os serviços médico-hospitalares ou odontológicos em si, mas a garantia da cobertura assistencial pela administração de risco, que se caracteriza pela intermediação dos serviços de saúde pelas operadoras de planos de assistência à saúde, no caso os agentes regulados. A ANS enfatizou que não tem ingerência sobre as decisões dos atos médicos, ainda que a prestação dos serviços de saúde se dê de forma verticalizada pela formação de rede própria das operadoras. Explicitou como se organiza o setor da saúde suplementar

A contratação do plano de saúde se dá pela necessidade da transferência do risco da assistência à saúde do consumidor para a operadora, mediante o pagamento de uma contraprestação pecuniária (mensalidade). O risco é evento com condição aleatória, incerta e futura, que independe da vontade das partes. Assim, quando e se esse risco se concretizar e houver a necessidade de assistência ao beneficiário, a despesa deverá ser suportada pela operadora, conforme previsão contratual. (...) Sob essa perspectiva, a execução do contrato de plano de assistência à saúde envolve uma complexa cadeia de atividades, sob a gestão da operadora, que faz o elo entre diversos elementos que compõem a infraestrutura para a assistência à saúde (insumos, materiais, medicamentos, equipamentos, profissionais, estabelecimentos e unidades de atendimento) e seu destinatário final, que é o beneficiário. A cadeia da produção em saúde compreende, pois, uma engrenagem de arranjos contratuais e organizacionais entre fornecedores e provedores de serviço entre si e entre eles e a operadora, cujos efeitos da movimentação de uma de suas peças se projeta sobre o todo. Assim é que a entrega final do compromisso assumido com o beneficiário, que é o atendimento médico-hospitalar, não se dá pelas próprias mãos da operadora, pois, mesmo na verticalização, a atenção à saúde se desenvolve dentro de uma rede de relações entre fornecedores e provedores de serviços organizados na cadeia produtiva. A rede assistencial assume, com efeito, papel central para o cumprimento dos contratos pela operadora.

No referido voto da agência reguladora ainda foi enfatizado que o setor de saúde suplementar é demarcado por relações econômicas complexas, em que a remuneração não decorre do consumo direto do serviço de saúde prestado. Ressaltou a importância de um equilíbrio sistêmico, sob pena de desestruturação de toda cadeia de relações jurídicas formadas nesse mercado. Explicitou, ainda, que o sistema se erige sob a égide do princípio do mutualismo e que o sistema é caracterizado pela heterogeneidade de operadoras, ou seja, o mercado é operacionalizado, seja por pequenas empresas, seja por grandes grupos econômicos que operam

⁷⁰ Processo Nº: 33910.010106/2020-60 - Voto Nº 11/2020/DIGES - Nota Técnica Nº 4/2020/ASSNT-DIDES/DIRAD-DIDES/DIDES.

em bolsas de valores. Também descreveu as desigualdades regionais no mercado brasileiro, onde há regiões com grande concentração de profissionais, equipamentos, instalações e serviços, ao passo que, em outras, predomina o vazio assistencial, considerando, ainda, as limitações de deslocamento de pacientes para receber assistência.

4.1 Ressarcimento ao SUS

Um dos objetivos estratégicos da Agência Nacional de Saúde Suplementar é fortalecer a integração do setor de saúde suplementar com as políticas de saúde do país. Esse objetivo compreende: fortalecer e direcionar esforços para aprimorar a integração da saúde suplementar ao sistema nacional de saúde por meio das ações com ênfase na cooperação e no compartilhamento de tecnologias, modelos, dados e informações. E os indicadores para medição de cumprimento deste objetivo estratégico são: percentual de utilização do SUS por beneficiários e percentual arrecadado no Ressarcimento ao SUS em relação ao valor passível de arrecadação⁷¹.

Há previsão no artigo 32, da Lei 9656, de 03 de junho de 1998, de ressarcimento ao SUS, quando os beneficiários de planos de saúde utilizam dos serviços de atendimento à saúde prestados por instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde – SUS. O STF, inclusive, já decidiu sobre a constitucionalidade desse instituto jurídico, conforme decisão, por unanimidade, prolatada na ação direta de inconstitucionalidade - ADI nº 1931 (BRASIL, 2018d), e com aprovação de tese em repercussão geral no recurso extraordinário - RE 597.064/RJ (BRASIL, 2018a).

Na ADI nº 1931 (BRASIL, 2018d), acima citada, o relator Ministro Marco Aurélio descreveu que a Lei 9656, de 03 de junho de 1998, estabelece parâmetros para a atuação do particular no mercado de planos de saúde. Nessa medida, destaca que há uma colisão entre os princípios da livre iniciativa e do direito à saúde, sob a ótica de limitação dos poderes de regulação do setor pelo Poder Público.

O Ministro ressalta que os limites da intervenção estatal estão dispostos na Constituição, já que inexistente direito fundamental absoluto e, feitas essas considerações, destaca a atuação do Supremo Tribunal Federal como intérprete constitucional e, por conseguinte, um harmonizador diante desses conflitos que subsistem na realidade. No seu voto, o relator

⁷¹ Isso é o que se verifica do Plano Estratégico 2021 a 2024, realizado pela ANS, disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/A_ANS/Transparencia_Institucional/Plano-Estrategico-ANS-2021-2024/plano_estrategico_2021-2024.pdf. Acesso em 02/10/2022.

argumentou que a defesa intransigente do princípio da livre iniciativa é incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo o relator, verifica-se, mediante a leitura do diploma impugnado, ter o legislador atentado para o objetivo maior do Estado: “proporcionar vida gregária segura e com o mínimo de conforto suficiente a satisfazer valor maior – a preservação da dignidade do homem”. Mas ressaltou que, em nenhum momento, foi transferido ao particular um dever estatal. Ou seja, a promoção da saúde pelo particular não exclui o dever do Estado, mas deve ser realizada dentro das balizas do interesse coletivo.

O Ministro relator ressaltou que sob o ponto de vista formal a regra que dispõe sobre o ressarcimento ao SUS não implica a criação de nova fonte de receitas para a seguridade social, nos termos do artigo 195, § 4º, da Lei Maior, mas, sim, consiste em desdobramento da relação contratual entabulada em ambiente regulado. Isto porque o ressarcimento foi imposto não para aumento das receitas da seguridade social, mas para recompor despesas públicas atribuídas aos atores privados. Parte-se da premissa de que a atividade de operação de planos de saúde, apesar de visar a fins lucrativos, satisfaz o interesse coletivo de concretização do direito coletivo à saúde. Além disso, a norma questionada evitaria o enriquecimento ilícito, posto que evitar-se-ia que os planos de saúde continuassem recebendo as mensalidades dos usuários, sem contrapartida, quando os serviços fossem fornecidos pelo Estado.

Destacou que o fato de o ressarcimento ser precedido de um processo administrativo⁷², respaldado nos princípios da ampla defesa, contraditório e direito a recurso asseguram a circunstância de a responsabilidade do plano não ser absoluta, mas vinculada aos limites estabelecidos nos contratos celebrados.

O Ministro Edson Fachin (BRASIL, 2018d, p. 59), acompanhando o Ministro relator, adota a expressão atribuição patrimonial em referência aos estudos do autor Antunes Varela e destaca:

essa expressão atribuição patrimonial sem causa, em meu modo de ver, dá ensejo a compreensão de que estamos diante de uma relação entre o Sistema Único de Saúde, portanto, Poder Público, o Estado *lato sensu*, e as operadoras dos planos de saúde, o que emerge uma obrigação *ex lege* e esse dever jurídico, sob pena de gerar, em favor das operadoras de planos de saúde, uma atribuição patrimonial sem causa.

⁷²Em 30 de março de 2022, foi publicada a Resolução Normativa nº 502, que dispõe sobre os procedimentos administrativos físico e híbrido de ressarcimento ao SUS, previsto no art. 32 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998 e estabelece normas sobre o repasse dos valores recolhidos a título de ressarcimento ao SUS.

No julgamento do recurso extraordinário 597.064/RJ (BRASIL, 2018a), o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, apreciando o tema 345 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: “É constitucional o ressarcimento previsto no art. 32 da Lei 9.656/98, o qual é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS e posteriores a 4/6/1998, assegurados o contraditório e a ampla defesa, no âmbito administrativo, em todos os marcos jurídicos”.

O relator nesse julgado foi o Ministro Gilmar Mendes, o qual fez questão de frisar, que o debate acerca da possibilidade do ressarcimento ao SUS já estava resolvido como se explicitou na ação direta de inconstitucionalidade acima citada (BRASIL, 2018a, p. 9). Enfatizou a questão da função social do contrato. Nas palavras do Juiz (BRASIL, 2018a, p.20), o contrato de plano de saúde é contrato que já nasce com regulação:

Ademais, não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só se torna viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível. Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. É nesse contexto econômico-jurídico que deve ser analisada a presente demanda.

Argumentou que, caso se admita a impossibilidade desse ressarcimento, indiretamente estar-se-á financiando com recursos públicos as empresas privadas, as quais certamente calculam suas receitas como forma de compensar financeiramente os custos dos serviços contratados, criando situação de lucro certo [cálculo do valor da mensalidade (receita das operadoras) = consideração dos custos advindos dos serviços contratados + despesas administrativo-operacionais + lucro] (BRASIL, 2018a, p.37).

O Ministro Alexandre de Moraes (BRASIL, 2018a, p. 65) destaca que a previsão do art. 32 da Lei 9.656/1998 materializa uma decisão da sociedade de não tolerar uma externalidade negativa inerente ao modelo híbrido de proteção à saúde. É o que tem sido apontado pela doutrina especializada, com fundamento na teoria econômica: (...) impede que as operadoras de planos privados ofereçam uma cobertura de serviços insatisfatória, forçando o encaminhamento de clientes para a rede pública como forma de reduzir custos.

O Ministro Edson Fachin (BRASIL, 2021, p. 83), advertiu que, em se atendendo ao pleito formulado pela recorrente, é exatamente essa a situação a se configurar, uma vez que os valores despendidos pelo Estado para o atendimento do beneficiário dos planos de saúde já foi

por estes pago às operadoras, onerando o sistema público e representando certeza de lucro às empresas, em detrimento de toda a sociedade. Por um lado, se é certo que a sociedade financia a prestação de saúde pelo Poder Público por meio do pagamento de tributos, por outro lado não é possível que a coletividade venha a financiar o lucro das entidades privadas, que deixam de desembolsar valores previamente contratados no momento do atendimento, que vem efetivamente a ser prestado pelo Sistema Único de Saúde.

Ressaltou, ainda, que o escopo do artigo 32 da Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998, de é evitar que os custos de um serviço já pago pelo consumidor, pois integrante dos riscos do negócio da operadora de plano de saúde e, portanto, já acobertado pelos valores das mensalidades pagas pelos integrantes da carteira do plano, seja dividido pela integralidade da sociedade, de modo a assegurar um lucro certo às empresas sem a contrapartida necessária.

Após explicitadas as duas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, não restam dúvidas de que o entendimento vinculante no ordenamento jurídico brasileiro é o de que o ressarcimento ao SUS é constitucional. Necessário, adiante, descrever como funciona o procedimento do ressarcimento ao SUS no âmbito administrativo, no exercício das competências legais da ANS.

4.1.1. O procedimento de ressarcimento ao SUS no âmbito de atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar

Em 30 de março de 2022, foi publicada a Resolução Normativa nº 502, que dispõe sobre os procedimentos administrativos físico e híbrido de ressarcimento ao SUS, previsto no art. 32 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998 e estabelece normas sobre o repasse dos valores recolhidos a título de ressarcimento ao SUS e revoga as Resoluções Normativas nº 358, de 27 de Novembro de 2014, nº 377, de 08 de maio de 2015, e o art. 25 da nº 464, de 29 de dezembro de 2020.

Falando sobre o procedimento de ressarcimento ao SUS, o mesmo se inicia quando a ANS recebe do Departamento de Informática do SUS (DATASUS) a base de dados com informações sobre os atendimentos ocorridos na rede pública/privada conveniada ao SUS e faz a conferência dessas informações com o seu Sistema de Informação de Beneficiários (SIB). Uma vez verificado que o atendimento prestado ao beneficiário no sistema único preenche os requisitos para a ocorrência do ressarcimento ao SUS, são encaminhadas às operadoras, notificações, denominadas de Aviso de Beneficiário Identificado (ABI), para efetuarem o pagamento dos valores apurados ou apresentarem defesa em âmbito administrativo.

O ressarcimento ao SUS será cobrado de acordo com os valores praticados pelo SUS multiplicados pelo Índice de Valoração do Ressarcimento – IVR⁷³, conforme artigo 6º.

O procedimento de defesa instaurado no âmbito da ANS é composto por duas instâncias. A primeira é inaugurada com o protocolo de uma impugnação, em que a operadora poderá alegar o motivo pelo qual o ressarcimento não é devido. A segunda somente tem início se for apresentado um recurso contra a decisão anteriormente proferida. Caso a operadora não efetue o pagamento do valor devido, o débito será inscrito em Dívida Ativa e no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal (CADIN). Por fim, os valores arrecadados pela agência reguladora são encaminhados ao Fundo Nacional de Saúde (FNS), nos termos do que preceitua o artigo 32, § 2º, da Lei nº 9.656/98, com redação dada pela Lei nº 12.469/11.

No ano de 2020, conforme mapa de utilização do SUS, publicado pela ANS, em 19/08/2022, foram registrados 47.439.571 milhões de beneficiários de planos de assistência privada à saúde.

Consoante dados extraídos do sítio da ANS, na 10ª edição do Boletim Informativo, publicado em 09/10/2020, no primeiro semestre de 2020, a ANS fez o repasse de R\$ 491 milhões ao SUS. Na mesma publicação, consta a informação que, em média a cada trimestre, desde 2015, são realizadas no SUS, 2,9 milhões de internações (AIHs) e 7,4 milhões de atendimentos ambulatoriais de média e alta complexidade (APACs). Desse total, cerca de 54,1 mil internações e 93,9 mil atendimentos ambulatoriais dizem respeito a atendimentos potencialmente passíveis de serem ressarcidos, referentes a beneficiários de planos privados de saúde.

Conforme dados extraídos do sítio da ANS, na 11ª edição do Boletim Informativo, desde o início do ressarcimento ao SUS foram cobrados R\$ 6,84 bilhões, que equivalem a 4.436.248 atendimentos realizados no SUS. Mesmo com as suspensões de prazos processuais durante um período de cinco meses, no ano de 2020, a agência reguladora cobrou cerca de R\$1 bilhão, referente a mais de 630 mil atendimentos.

Na 13ª edição, publicada em dezembro de 2021, foi relatado:

⁷³ O IVR é o índice estabelecido pela RN nº 251/2011, que alterou o art. 4º da RN 185/2008, mantido pela RN 504, de 30 de março de 2022, utilizado para determinar o valor a ser ressarcido pela operadora. O valor cobrado no ressarcimento ao SUS é o resultado da multiplicação do IVR, estipulado em 1,5, pelo valor lançado na AIH ou na APAC. Esclareça-se, por oportuno, que esse valor é obtido em consonância com as regras de valoração do SUS e com a Tabela de Procedimentos Unificada do SIA/ SUS e do SIH/SUS.

a efetiva cobrança do ressarcimento ao SUS, com a emissão da Guia de Recolhimento da União (GRU), pode ocorrer: i) ao fim do prazo de defesa em primeira instância, quando não há a apresentação da respectiva impugnação pela operadora; ou ii) ao fim do processo administrativo, quando a operadora, após o devido contraditório e ampla defesa, não prospera em suas impugnações/recursos. Desde o início do ressarcimento ao SUS, foram cobrados mais de R\$ 7,8 bilhões, que equivalem a 5.163.153 atendimentos realizados no SUS. Mesmo com as suspensões de prazos processuais durante um período de cinco meses, em 2020 a agência reguladora cobrou quase R\$1 bilhão, referente a mais de 626 mil atendimentos. Já no ano de 2021, com os prazos processuais e o encerramento de processos administrativos regularizados, foram cobrados cerca de 743 mil atendimentos, representando em aspecto financeiro um total de R\$ 1,12 bilhão. Dos atendimentos notificados entre os anos de 2017 e 2021 com cobranças já emitidas (ABIs 59 a 86), destacaram-se pelos maiores valores cobrados no grupo das internações: transplante de rim, cirurgias múltiplas, partos normais, tratamento de outras doenças bacterianas e tratamento de pneumonias ou influenza (gripe); já entre os maiores valores cobrados em atendimentos ambulatoriais de média e alta complexidade estão: hemodiálise, quimioterapia, acompanhamento de pacientes pós-transplante, e radioterapia. Em relação ao local de ocorrência, o Estado de São Paulo possui o maior número de atendimentos cobrados com GRU em comparação às demais unidades federativas. O valor observado naquela localidade supera em quase três vezes o montante do Estado de Minas Gerais, segundo colocado no que diz respeito às cobranças com GRU. A distribuição dos atendimentos cobrados guarda relação direta com o número de beneficiários em cada UF.

4.1.2. Abordagem crítico-reflexiva sobre o instituto do ressarcimento ao SUS

Não obstante o entendimento pacificado no Supremo Tribunal Federal de que o instituto do ressarcimento ao SUS é constitucional, há ainda quem defenda a sua inconstitucionalidade. Como exemplo, localizou-se dissertação apresentada ao Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR por Vinícius Caleffi Moraes (MORAES, 2019, p. 108-109):

Portanto, a ideia de restrição orçamentária, inclusive como reserva do possível, é superada pela própria jurisprudência como argumento capaz de obstar a disponibilização do atendimento à saúde pelo Estado, de modo que, mesmo os valores do ressarcimento ao SUS, não se dispõem como condição ao funcionamento do serviço público de saúde, porquanto a eficácia concreta do direito fundamental à saúde, decorre do próprio modelo de Estado adotado pela Constituição Federal, no qual se pressupõe que o mister do Estado é a persecução do fundamento da dignidade da pessoa humana. Por esse motivo, o fato de o usuário de sistema público de saúde ser contratante plano privado de saúde não modifica a relação jurídica que já está estabelecida entre o dever do Estado de garantir o acesso à saúde e o conteúdo material do direito fundamental à saúde. De igual modo, o fato de o consumidor contratante ter buscado o atendimento na rede pública de saúde não modifica a relação jurídica estabelecida entre a operadora de planos de saúde e o Poder Público. Em outros termos, ainda que um grande contingente acima do esperado, passe a recorrer da assistência à saúde do SUS, subsiste o dever constitucional do Estado à prestação do serviço público de saúde, isso porque o direito à saúde não tem a eficácia dependente do seu custo, de forma que o fato de o indivíduo contratante do plano de saúde procurar o atendimento da rede pública de saúde não pode ser considerado como uma externalidade negativa da atividade econômica.

Para o Ministro Alexandre de Moraes (BRASIL, 2018a, p. 112), a transferência dos encargos econômicos do SUS às operadoras de planos de saúde, como forma de promover uma possível distribuição de ônus com o atendimento à saúde, bem como meio de evitar o suposto

enriquecimento sem causa das operadoras de planos de saúde é fundada numa igualdade teórica e não econômica de custos, ao passo que produz uma necessidade de nova litigiosidade com o sistema para a cobrança dos valores do ressarcimento ao SUS.

O autor Vinícius Moraes (MORAES, 2019) assevera que as recusas indevidas por parte das operadoras devem ser reprimidas por outros instrumentos, tais como aqueles que já funcionam na fiscalização da atividade e não por uma espécie de indenização ao Poder Público, posto que o dever obrigacional do Estado não é suprimido pela lógica constitucional. O autor Vinícius Moraes (MORAES, 2019, p. 117-118) reitera a inconstitucionalidade do instituto nas seguintes palavras

Nessa perspectiva, a operadora de planos de saúde passa operar com essa nova dinâmica do ressarcimento ao SUS, que também permite a ela uma litigiosidade com o Estado, ao passo que ao Poder Público traduz na possibilidade de um novo ingresso de receita em meio à ineficiência da gestão pública do sistema de saúde, enquanto que, nesse contexto, o consumidor contribuinte paga à seguridade pelo seu acesso universal à saúde, ao mesmo tempo que paga o preço de uma assistência médico privada inserida na dinâmica do ressarcimento ao SUS. Em razão dessa lógica, o ressarcimento ao SUS não é constitucional porque não se trata de destinação de recursos públicos às operadoras de planos de saúde, como também não tem como fim uma gestão pública e privada eficiente para tornar concreto direito de acesso à saúde do indivíduo, que também pode ter como veículo a saúde suplementar.

Ora, as operadoras já internalizam todos os seus custos no exercício das atividades. O Estado vê-se com a responsabilidade direta de assumir todos os custos de um atendimento, haja vista a previsão de universalidade do sistema, já previsto para ser suportado pelos planos de saúde. Essa previsão é calculada pela própria operadora, ao realizar seus cálculos atuariais para fixar as mensalidades. No processo administrativo a operadora detém a prerrogativa de impugnar os atendimentos e só arcará com os valores do que de fato teria que cobrir caso os beneficiários tivessem buscado serviços da rede credenciada e não os serviços públicos de saúde.

No voto do recurso extraordinário (BRASIL, 2018a, p. 27- 28) acima citado, ficou claro o entendimento que as operadoras não são obrigadas a suportar um ônus maior do que deveriam caso se estivesse considerando a utilização dos serviços por elas administrados.

Não há dúvidas, portanto, que os planos de saúde ofertados pelas operadoras possuem seus cálculos atuariais próprios [consideração de todas as variáveis: risco do processo de subscrição; risco de precificação; risco de desenho do produto; risco de sinistro/eventos; risco do ambiente econômico; risco de retenção líquida; e risco das provisões. (SANTOS, Oclair Precificação de Planos De Saúde 2), eis que são planejados a assegurar receitas contratuais capazes de suportar os serviços contratados. Frise-se que, nos termos do §8º do art. 32 da lei ordinária ora tachada, resta assegurado que

“Os valores a serem ressarcidos não serão inferiores aos praticados pelo SUS e nem superiores aos praticados pelas operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei”, de forma que, ante a imposição de limite máximo de ressarcimento como sendo os valores praticados pelas próprias operadoras, não haverá superação das forças contratuais assumidas entre estas e os cidadãos usuários dos planos de saúde.

O entendimento que deve prevalecer é o de que o ressarcimento ao SUS se trata de uma obrigação imposta por Lei, *ex lege*, decorrência de uma atividade de intervenção do Estado para concretização do direito à saúde, em consonância com princípio da solidariedade que é um objetivo fundamental posto na Constituição da República. É objetivo da República Federativa do Brasil construir uma sociedade solidária. Cabe ao Estado a formulação e execução de políticas econômicas e sociais que estabeleçam condições que assegurem acesso universal e igualitário. Nesse sentido, a lei estabeleceu uma obrigação às operadoras de ressarcimento ao SUS dos atendimentos realizados pelos seus beneficiários, quando os contratos destes os garantissem o atendimento da mesma forma, no setor privado. Atualmente, não se pode conceber, mais, a ideia de apenas preservar a saúde econômica das operadoras, mesmo que o setor represente parcela significativa de gastos no Estado brasileiro, mas, também, pensar no Sistema Único de Saúde, e nos custos a ele inerentes também. O SUS e a saúde suplementar são interdependentes. O Estado, como refletido acima, não consegue por si só assumir todas as responsabilidades.

O instituto do ressarcimento ao SUS é, sim, um importante instrumento de regulação no mercado da saúde suplementar. Sua constitucionalidade foi declarada em Plenário, por unanimidade, pelo Supremo Tribunal Federal, conforme resenhado acima⁷⁴.

Não obstante, ainda há quem assevere que tal instrumento regulatório é inconstitucional, como apontado.

Como já abordado, o conceito de saúde, tanto no ordenamento jurídico pátrio e, quanto em documentos internacionais que tratam de direitos humanos, é bastante amplo, perpassando a ideia mínima de controle e recuperação no controle de doenças.

⁷⁴ Em 03/06/2022, A Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), em atuação conjunta com a Procuradoria-Regional Federal da 1ª Região, obteve, na 2ª Vara da Seção Judiciária de Roraima, uma decisão que corrobora a atuação da agência reguladora: o atendimento de beneficiário de plano de saúde em instituição do sistema público deve ser ressarcido pela operadora ao Sistema Único de Saúde. Nesse caso, a Federação de Sociedades Cooperativas Médicas do Acre, Amapá, Amazonas, Pará, Rondônia e Roraima (FAMA) havia ajuizado ação contra a ANS e outros entes públicos para pedir que a União se abstinhasse de cobrar os valores gastos pela rede pública com tratamento de Covid-19 de seus beneficiários.

Concorda-se com o entendimento do Judiciário de que a obrigação legal referida no artigo 32 da Lei 9.656/1998 não exonera o Poder Público das responsabilidades que lhe cabem na provisão de serviços de saúde, tampouco fulmina a liberdade de iniciativa do empresariado no mercado de saúde suplementar.

Segundo Erick Lopes (LOPES, 2016, p.25)

Com tamanha responsabilidade e atribuição, o financiamento dessas ações é de extrema importância, uma vez que sem recursos financeiros adequados e apropriados elas não serão corretamente implementadas. Este é um aspecto que influi decisivamente na efetivação do direito à saúde. De fato, um sistema público de saúde como o SUS necessita de um financiamento público permanente, constante e suficientemente equilibrado para que possa cumprir com o seu importante objetivo de promoção, proteção e recuperação da saúde (2). Neste contexto, este artigo se propõe a apresentar: (a) a necessidade de financiamento crescente para a saúde; (b) a interface legislativa existente entre a Saúde Suplementar e o SUS; (c) as questões atinentes à legitimidade da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) quanto aos poderes regulador e normativo; (d) os debates existentes acerca do ressarcimento das operadoras de planos de saúde ao SUS, bem como das multas aplicadas pela ANS às operadoras de planos de saúde e sua destinação.

Há interdependência entre o SUS e a saúde suplementar. Isso é fato.

Aqui cabe um posicionamento exposto por Paul Hunt e Rajat Khosla (HUNT, KHOSLA, 2008, p.16) sobre a solidariedade entre os cidadãos e também sobre a responsabilidade das empresas.

Concorda-se, cada vez mais, com a idéia de que as empresas, como todos os atores na sociedade, possuem algumas obrigações jurídicas e éticas perante os direitos humanos. De acordo com o seu Preâmbulo, a Declaração Universal de Direitos Humanos estabelece certos deveres em direitos humanos para "todos os órgãos da sociedade", expressão essa que deve incluir as empresas privadas. O Pacto Global das Nações Unidas, no qual participam mais de 2.300 empresas, afirma que o setor privado deveria apoiar e respeitar a proteção internacional dos direitos humanos. As Diretrizes para Empresas Multinacionais da Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OCED) exige que as empresas "respeitem os direitos humanos daqueles afetados por suas atividades, de acordo com as obrigações e compromissos assumidos pelo Estado no qual elas operam". Embora defenda que o projeto intitulado "Normas sobre as Responsabilidades das Corporações Transnacionais e outros Empreendimentos Privados com relação aos Direitos Humanos" da Subcomissão sobre a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos não possua força jurídica vinculante, a Comissão de Direitos Humanos afirmou que tais Normas contêm "elementos e idéias úteis". Alguns tribunais internos, reconhecem o impacto das políticas de preço das empresas do setor farmacêutico nos direitos dos pacientes. De maneira significativa, algumas dessas empresas têm elaborado as suas próprias diretrizes e outras espécies de declarações sobre responsabilidade social, expressamente afirmando as obrigações que possuem em direitos humanos. (...) Atualmente, duas são as questões principais. Em *primeiro lugar*, esclarecer a finalidade e o conteúdo da responsabilidade das empresas privadas em direitos humanos. Em *segundo lugar*, identificar, dentre essas obrigações, quais delas são jurídicas e quais são éticas. O projeto de Diretrizes é um singular esforço nesse sentido, especialmente centrado na primeira questão, limitado ao contexto específico das empresas do setor farmacêutico. Quanto à segunda questão, é impossível conceber que alguns direitos humanos não imponham deveres jurídicos às empresas privadas.

4.2 Reflexões sobre as razões da utilização pelos beneficiários de planos de saúde dos serviços do SUS e a relação com os mecanismos financeiros de regulação nos contratos de planos de saúde: a coparticipação

Os contratos de planos de saúde são disciplinados por regramento específico, a lei 9656, de 03 de junho de 1998, mas também se submetem às disposições do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078/90, por se enquadrarem em uma relação de consumo⁷⁵.

Assim sendo, por corresponderem a situações jurídicas que envolvem uma relação de consumo devem se atentar aos princípios consumeristas, no caso, aqui tratar-se-á mais detidamente dos princípios da informação e transparência⁷⁶.

Nesse sentido, o estudo da economia comportamental se faz importante porque permite fazer melhores avaliações em contextos nos quais ocorrem assimetria de informações, que dificultam as escolhas dos consumidores. Gustavo Binembojm (BINENBOJM, 2020, p. 253) disserta:

A questão posta pela economia comportamental é saber se os indivíduos, agindo por meio das instituições democráticas no exercício de sua autonomia, podem tomar *metadecisões*, isto é, decisões de segunda ordem, que tornarão mais provável o acerto das suas decisões naquelas situações de limitação cognitiva? A regulação para correção de falhas de escolha seria o meio utilizado pelo direito caso a resposta fosse afirmativa.

A teoria econômica clássica assume que um indivíduo é um ser racional, escolhendo sempre a opção que maximiza sua utilidade, devido à sua capacidade de processar perfeitamente todas as informações que dispõe. No entanto, nem sempre é assim que funciona, uma vez que as pessoas nem sempre são capazes, devido a limitações cognitivas (por exemplo: tempo, memória, aversão à perda, etc.), de escolher a melhor alternativa. Portanto, os indivíduos agem de acordo com as regras da escolha racional dentro dos limites de suas limitações cognitivas.

⁷⁵A Lei nº 8.078/90 tem clara origem constitucional (arts. 170 e 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988 – CF/88 e art. 28 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT), subjetivamente direito fundamental e princípio macro, ordenador da ordem econômica do país. E igualmente lei geral principiológica⁵¹ em matéria de relacionamentos contratuais e de acidentes de consumo. Lei geral principiológica porque não trata especificamente de nenhum contrato firmado entre consumidor e fornecedor em especial, nem de atos ilícitos específicos, mas estabelece novos parâmetros e paradigmas para todos estes contratos e fatos juridicamente relevantes, que denomina, então, de relações de consumo. Esta lei consumerista regula assim todo o fornecimento de serviços no mercado brasileiro e as relações jurídicas daí resultantes, mesmo os serviços prestados sem prévia solicitação ou autorização (art. 39, III e VI, do CDC), exigindo apenas “remuneração” do serviço (art. 3º, § 2º, do CDC). Tal remuneração, como a jurisprudência está a indicar, pode ser direta ou mesmo indireta, fato cada vez mais comum no mercado de consumo complexo atual. (LIMA MARQUES, 2021)

⁷⁶ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

Essa racionalidade reduzida foi denominada racionalidade limitada, aqui, amparando-se na teoria de Daniel Kahneman (KAHNEMAN, 2012).

Para referido autor (KAHNEMAN, 2012), o pensar humano rápido, que se define nas respostas imediatas, e o pensar humano devagar, que é aquele onde há maior avaliação das causas e consequências, coexistem nos cotidianos das pessoas. Pensar rápido inclui ambas as variações de pensamento intuitivo, o especializado e heurístico, bem como as atividades mentais inteiramente mentais da percepção e memória

Ou seja, as pessoas empregam heurísticas, que funcionam como uma espécie de atalho mental que permite a recepção, processamento e recuperação de informações mais rápidas e eficientes. No entanto, esses atalhos também criam preconceitos e erros cognitivos que podem levar a decisões irracionais e, portanto, não são necessariamente ideais. Gustavo Binembojm (BINEMBOJM, 2020, p.252) disserta sobre a questão das escolhas:

Outro fator bastante estudado pelo comportamentalismo econômico é o das escolhas que produzam efeitos diferidos no tempo. Nessas situações, frequentemente os indivíduos realizariam escolhas irracionais quando os benefícios delas decorrentes (ainda que pequenos) fossem imediatos, em comparação com seus custos (ainda que grandes) a serem suportados apenas em futuro remoto (...) A ação heurística pode levar o indivíduo ao imediatismo da juventude, comprometendo o seu sustento na terceira idade.

Nessa linha de raciocínio, entra a questão das escolhas dos consumidores por planos de saúde comercializados com mecanismos financeiros de regulação ou sem mecanismos de regulação. A escolha do consumidor pela compra de um produto com tais mecanismos financeiros varia do preço a seu estado de saúde no momento da contratação. O consumidor leva em consideração seus próprios interesses, avaliando as propostas de serviços ofertadas, e contrata aquelas que melhor atendam a suas condições particulares. Mas essas escolhas nem sempre podem ser as mais razoáveis. Daniel Kahneman (KAHNEMAN, 2012, p. 374) define o conceito de aversão:

O conceito de aversão à perda é certamente a contribuição mais significativa da psicologia à economia comportamental. Isso é estranho, pois a ideia de que as pessoas avaliam muitos resultados como ganhos e perdas, e de que as perdas assomam como maiores do que os ganhos, não surpreende ninguém.

Nessa esfera de escolhas é que entra a questão do risco moral⁷⁷ e seleção adversa⁷⁸ no concernente aos mecanismos financeiros de regulação. Quando não há previsão de mecanismos financeiros de regulação ou quando estes são vedados, é possível que o consumidor possa se utilizar do plano de saúde sem reais necessidades, já que não terá nenhum custo extra, em razão de tal conduta. Dessa forma, a adoção de mecanismos financeiros de regulação previstos em contrato pode inibir condutas que possam ser enquadradas na concepção de risco moral e evitar a utilização excessiva pelos beneficiários dos serviços disponibilizados pelos planos de saúde. Natália Lara e Amanda Reis (LARA, REIS, 2019, p. 4) afirmam sobre os planos com fatores moderadores:

Os planos com fatores moderadores têm o potencial de reduzir desperdícios do uso de procedimentos desnecessários para tratamentos de saúde e mitigar o crescimento acelerado das despesas em saúde. Outro benefício é a redução da mensalidade devido ao compartilhamento de custos entre o beneficiário e a operadora sem interferir na entrega da qualidade dos serviços e da moderação do uso.

Há autores⁷⁹ que argumentam que a utilização de mecanismos financeiros, tais quais as franquias e coparticipações, tendem a ser antiseletivos isto é, têm maior probabilidade de adesão por parte das pessoas que são ou se consideram mais saudáveis, além do fato de inibir a escolha de pessoas com menos recursos financeiros, ou prejudicar o tratamento dessas pessoas quando na utilização dos serviços, quando terão que despender mais recursos para custear os valores referentes aos planos de saúde, o que influiria na qualidade do tratamento de saúde. Sim, concorda-se que essas circunstâncias devam ser consideradas, mas os mecanismos financeiros, coíbem, sim, desperdícios na utilização pelos consumidores dos planos de saúde⁸⁰. Então a questão não é a vedação destes mecanismos, mas a normatização de utilização dos mesmos de

⁷⁷ O risco moral é um problema que surge quando alguém, chamado agente realiza alguma tarefa em nome de outra pessoa, denominada principal. Se o principal não puder monitorar perfeitamente o comportamento do agente, este tende a empregar menos esforços do que o principal consideraria desejável. A expressão risco moral refere-se ao risco de comportamento inadequado ou “imoral” por parte do agente (MANKIW, 2021, p. 365).

⁷⁸ A seleção adversa é um problema que surge em mercados em que o vendedor sabe mais sobre os atributos de um bem que está sendo vendido que o comprador do bem. Como resultado, o comprador corre o risco de comprar um bem de baixa qualidade, ou seja, a “seleção” dos bens vendidos pode ser “adversa” do ponto de vista do comprador desinformado (MANKIW, 2021, P. 366).

⁷⁹ “Sabemos que a cobrança de altos valores pela utilização do plano, além do valor da mensalidade, torna o acesso aos procedimentos muito menor e não melhor ou mais racional. Segundo pesquisas recentes sobre o tema, verificou-se que a presença de fatores de regulação do uso do plano de saúde com altos limites não mudou o comportamento dos consumidores no sentido de fazê-los identificar os melhores serviços, mas, sim faz com que muitos consumidores de planos de saúde tenham que retirar parcela do orçamento dedicada a outras necessidades para pagar parte de seu tratamento, ou entrem em uma situação de endividamento³”. Eis o posicionamento na Carta - Carta Idec n° 140/2018/COEX, apresentada pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC, na consulta pública n° 60, que embasou a edição do Normativo n° 433, que será discutido adiante. Disponível em: < https://idec.org.br/sites/default/files/arquivos/franquia_e_copart_carta_entidades.pdf. Acesso em 04 de dezembro de 2021.

⁸⁰ Veja: PROCESSO N°: 33910.000554/2017-50 - NOTA TÉCNICA N° 11/2018/GASNT/DIRAD-DIDES/DIDES.

forma a possibilitar um melhor equilíbrio do setor, com a maior informação e transparência possível. Como Natalia Lara e Amanda Reis (LARA, REIS, 2019, p. 5) afirmam:

O objetivo, como mencionado anteriormente, dos fatores moderadores é evitar o uso desnecessário de procedimentos na saúde sem impactar na qualidade dos serviços. Por isso, para evitar a piora no quadro de saúde dos beneficiários, geralmente não incidem fatores moderadores nos serviços preventivos e isso é definido tanto na proteção de normas regulatórias nos países quanto por própria liberalidade dos operadores. Vale dizer que as próprias operadoras, por decisão de seus gestores, podem isentar de coparticipação o uso de procedimentos que promovam a saúde dos beneficiários, sem depender de regulação (Swart, 2010; Schaffler e Solanki, 1999).

Alexandre Marinho (MARINHO, 2017, p. 64) disserta:

No geral, os copagamentos são, desde longa data, apresentados na literatura como instrumentos de divisão de riscos e contenção de custos via redução do *moral hazard* (Cutle e Zuckhauser, 2000; Zweifel e Manning, 2000; Gruber, 2006). De modo um pouco mais específico, Holst (2010), além dos controles de custos e dos copagamentos seriam um instrumento para que os usuários dos planos de saúde valorizem os cuidados médicos e demandem melhor qualidade dos serviços pelos quais eles pagam. No caso dos países ricos, Holst (2010) afirma que o objetivo principal seria controlar o comportamento dos pacientes no mercado de serviços de saúde. Poderíamos adicionar à essa dicotomia o comportamento dos pacientes no mercado de serviços um terceiro objetivo, que é aumentar as receitas do setor de saúde, conforme ressaltado, por exemplo, em Smith (2005). Levaggi e Levaggi (2005) também enfatizam o papel do risk sharing, de contenção de custos e de arrecadação de fundos, mas adicionam um objetivo de redistribuição de renda.

Alexandre Marinho (MARINHO, 2017, p.65) também alerta que os prestadores de serviços, ou seja, os médicos, em geral, não tem conhecimento sobre os valores os quais os pacientes arcam com custos de coparticipações em seus contratos e, por consequência, não podem prever se os usuários irão seguir as prescrições médicas, se considerarem tais custos. Então, o autor conclui que as decisões que realmente impactam os custos dos tratamentos são tomadas pelos médicos, e não pelos pacientes.

Eis a razão pela qual o tema dos mecanismos financeiros de regulação já está sendo debatido há muitos anos, haja vista que se trata de um assunto que merece uma cuidadosa discussão, porque as condutas dos entes reguladores impactam sobremaneira todo o setor do mercado privado de planos de saúde, no tocante a custos e qualidade dos serviços.

Segundo Gustavo Binenbojm (BINENBOJM, 2020, p. 227), a regulação da informação traz vantagens evidentes para a sociedade ao preservar o direito de escolha e permitir análises individuais de custo e benefício, além de estimular a concorrência na medida em que permite a comparabilidade entre produtos e serviços pelos consumidores. Por outro

lado, é preciso prudência na seleção das informações disponibilizadas, a fim de evitar eventual excesso de informações (ou informações não essenciais) possa gerar o efeito contrário: confundir os consumidores.

Então, na legislação vigente brasileira, há duas espécies de mecanismos financeiro de regulação que podem ser utilizados pelas operadoras de planos de saúde: a coparticipação⁸¹ e franquia⁸². A Lei 9656/98 só dispõe que os contratos, regulamentos ou condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, devem indicar com clareza: a franquia, os limites financeiros ou o percentual de coparticipação do consumidor ou beneficiário, contratualmente previstos nas despesas com assistência médica, hospitalar e odontológica. Não detalha os mecanismos.

Para regulamentar a matéria prevista na Lei citada, foi editada a Resolução do Conselho de Saúde Suplementar - CONSU nº 08, de 03 de novembro de 1998. Referida resolução estabelece mandamentos genéricos sobre o tema mecanismos de regulação. Referido normativo assegura às operadoras de planos de saúde a utilização de mecanismos de regulação sem que isto interfira no desvirtuamento da livre escolha do usuário (artigo 1º, parágrafo 2º). A Resolução ainda dispõe de vedações, sem especificação de limites e delimitação de percentuais de para os mecanismos de utilização. A regulação não limita o valor percentual nem valor absoluto que poderão ser cobrados em franquia e coparticipação. Como uma das proibições na utilização dos mecanismos de utilização, consta que as operadoras não poderão estabelecer mecanismo de utilização que caracterizem financiamento integral do procedimento por parte do usuário, ou fator de restrição severo ao acesso aos serviços.

⁸¹ Cita-se a definição de coparticipação, constante do glossário da saúde suplementar: Mecanismo de regulação financeira que consiste na participação na despesa assistencial a ser paga pelo beneficiário diretamente à operadora, em caso de plano individual e familiar, ou à pessoa jurídica contratante, em caso de plano coletivo, após a realização de procedimento. Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/saudesup_glossario_site-1.pdf.

⁸² Cita-se a definição de franquia, constata do glossário da saúde suplementar: Mecanismo de regulação financeira que consiste no estabelecimento de valor até o qual a operadora não tem responsabilidade de reembolso, nem de pagamento da assistência à rede credenciada ou referenciada. Nota: a franquia é paga pelo beneficiário diretamente ao prestador da rede credenciada ou referenciada no ato da utilização do serviço. Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/saudesup_glossario_site-1.pdf.

Então, em junho de 2018, foi editada a Resolução Normativa n. 433⁸³, que dispunha sobre os mecanismos Financeiros de Regulação, como fatores moderadores de utilização dos serviços de assistência médica, hospitalar ou odontológica no setor de saúde suplementar.

Destaca-se que, dentre os vários assuntos disciplinados na Resolução Normativa nº 433, determinavam-se limites mensais e anuais que o consumidor poderia pagar pelos diversos procedimentos e uma lista extensa de vários procedimentos isentos de cobranças de franquia/coparticipação, em rol exemplificativo, realizados em tratamentos de doenças crônicas e câncer, por exemplo, os quais, muitas das vezes, são configurados como procedimentos de alta complexidade - APAC, no SUS, os quais ensejam o ressarcimento pelas operadoras de planos de saúde.

Informa-se que, conforme dados extraídos do mapa de utilização do SUS, publicado em 19 de agosto de 2022, pela ANS, no ano de 2020, foram identificados um total de identificações de 449.090 atendimentos por beneficiários de planos de saúde no SUS. Desse total, somente na região Sudeste, no ano de 2020, foi registrada a quantidade de 256.373 atendimentos identificados de beneficiários de planos de saúde no SUS. Nessa região, do total apurado: 6.301 atendimentos identificados corresponderam a procedimentos de hemodiálise⁸⁴ (máximo 3 sessões por semana) e 50.528 atendimentos identificados corresponderam a atendimentos de tratamento ao câncer, tais como: quimioterapia, radioterapia e hormonioterapia.

Destacaram-se esses tipos de atendimentos identificados porque correspondem a procedimentos realizados que se referem a tratamentos de doenças crônicas e câncer. Assim sendo, conforme a resolução nº 433, acima destacada, esses procedimentos estariam isentos de cobranças de coparticipação, o que, com certeza, impactaria nos números de atendimentos

⁸³ Essa resolução foi precedida de consulta pública nº 60. Na exposição de motivos, constante dos documentos anexados na consulta pública, fez-se uma contextualização das regras existentes no mercado da saúde suplementar para adoção de mecanismos de regulação que adiante transcreve-se: “Da análise do caso concreto concluímos que o melhor parâmetro para análise de cenários seria a própria natureza destes Mecanismos Financeiros, pelo que propusemos três cenários distintos, o de manutenção do status atual, em que não se define claramente a natureza dos mecanismos, o que gera insegurança pela possibilidade de se aplicar decisões conflitantes sobre o tema; a definição da natureza dos mecanismos como forma de cofinanciamento do plano pelo beneficiário e a definição da natureza como fator moderador para mitigação do risco moral, opção adotada nesta minuta. Outros cenários poderiam ser pensados, como a incidência ou não de limites percentuais para a fixação de coparticipação e franquia, mas estes, não obstante existam na norma, não apresentam tanto impacto ao se analisar a proposta como um todo”. Disponível em : < <https://www.gov.br/ans/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-da-sociedade/consultas-publicas/consultas-publicas-encerradas/consulta-publica-60-2013-mecanismos-financeiros-de-regulacao-coparticipacao-e-franquia>. Acesso em 04 de dezembro de 2021.

⁸⁴ Interessante que nas regiões norte e nordeste esses números quase quadruplicam.

identificados no SUS, possivelmente diminuindo a sobrecarga do sistema público, com a redução de atendimentos, já que os beneficiários de planos de saúde poderiam optar por realizar esses procedimentos junto à rede credenciada dos planos de saúde contratados, por não ocorrerem custos extras. Conforme reporta Alexandre Marinho (MARINHO, 2017, p. 67):

E também Chandra, Gruber e McKnight (2010, tradução nossa) advertem que: “(...) também é possível que indivíduos com baixos rendimentos sejam incapazes de reduzir a utilização de modo correto e, conseqüentemente, experimentarem hospitalizações compensatórias como resultado de copagamentos muito elevados” Além disso, ao comprometer uma parcela maior da renda dos pobres e dos portadores de doenças crônicas, os copagamentos podem aumentar as desigualdades em saúde, conforme Kiil e Houlberg (2013). Esses autores também ressaltam que a utilidade marginal decrescente da renda faz com que o impacto na utilidade seja maior nos indivíduos de baixa renda. Para uma análise inicial dos percalços dos atendimentos de doentes crônicos pelos planos de saúde no Brasil, ver Bahia, Simmer e Oliveira (2004).

Além disso, a Resolução nº 433 ressaltava que os mecanismos financeiros de regulação somente incidiriam em valor monetário fixo e único e estabelecia o percentual máximo de coparticipação em 40% (quarenta por cento) do valor monetário do procedimento ou evento em saúde efetivamente pago pela operadora de planos privados de assistência à saúde ao prestador de serviços em saúde ou daquele constante da tabela de referência que contenha a relação de procedimentos, grupos de procedimentos e eventos em saúde sobre os quais incidirá a coparticipação. Como explicitado acima, o normativo atual não limita o valor percentual, nem valor absoluto que poderão ser cobrados em franquia e coparticipação. Ou seja, vale o que for estabelecido no contrato estabelecido entre partes, que pode vir a ser maior que 40%, por exemplo.

Conforme apurado em pesquisa da Associação Nacional das Administradoras de Benefícios – ANAB: Pesquisa quantitativa, telefônica, realizada em domicílios brasileiros, realizada entre os dias 16 e 28 de setembro de 2021⁸⁵, dois em cada dez beneficiários têm coparticipação em seu plano de saúde. Foram entrevistados homens e mulheres, 16 anos ou mais, residentes em uma das cinco regiões brasileiras e que possuem plano de saúde. A amostra final foi de 1.006 entrevistas. O erro esperado para essa amostra é de 3% para um nível de confiança de 95%. Além disso, 45% dos segurados afirmam que utilizam os serviços do SUS. O serviço do SUS mais utilizado pelos beneficiários de planos de saúde é vacinação, mas está destacado que muitos utilizam para consultas com especialistas (19,7%), exames (5,5%) e medicamentos (11,2%).

⁸⁵ Disponível em: <https://anab.com.br/wp-content/uploads/2021/11/Pesquisa-ANAB-de-Planos-de-Sau%CC%81de-Versa%CC%83o-Imprensa.pdf>. Acesso em 28 de outubro de 2022.

Romão et al. (ROMÃO et al., 2021, P. 12) alertam para os pontos desfavoráveis à adoção de mecanismos financeiros de utilização:

No fim, o que se estimula com essa disposição é a procura pelo sistema público para realização de procedimentos de médio e alto custo a fim de evitar gastos extras com procedimentos fora da cobertura acordada, o que em muitos casos já vem ocorrendo no modelo atual diante das negativas de cobertura impostas pelas OPS aos beneficiários. Vale destacar que o artigo 32 da Lei n. 9.656/1998 determina que sejam ressarcidos aos cofres públicos os valores dos atendimentos prestados pelo SUS a beneficiários de planos de saúde. Nesse sentido, a ANS identificou, entre 2001 e 2020, a realização de mais de 7.305.213 atendimentos pelo sistema público, dos quais 5,1 milhões ainda não foram ressarcidos, o que equivale a um desfalque de R\$ 8,1 bilhões.

Sobre a questão da vigência da norma e seu efeitos sobre os produtos já contratados, restou consignado que os produtos registrados antes da vigência dessa norma e que tenham, dentre suas características, a previsão de Mecanismos Financeiros de Regulação, poderiam continuar a ser comercializados, desde que os contratos firmados a partir da vigência dessa norma observassem integralmente as suas disposições. Contudo, a renovação do contrato firmado antes da vigência desta norma somente importaria na incidência das regras nela dispostas quando houvesse alteração de cláusula que dispusesse sobre os Mecanismos Financeiros de Regulação.

Entretanto, referida Resolução foi objeto de decisão cautelar em ação de descumprimento de preceito fundamental nº 532 (BRASIL, 2018e), a qual suspendeu os efeitos da Resolução em questão.

Um dos argumentos explanados na decisão cautelar para embasar a ordem de suspensão dos efeitos da Resolução é que a ANS não detinha competência para disciplinar a matéria tal qual disciplinada, a qual deveria ser objeto de lei em sentido amplo. Entendeu-se que a resolução ultrapassava os limites constitucionais, e que deveria passar por processo legislativo. Um dos argumentos foi que a ANS estaria inovando em matéria primária e o teor do referido normativo causaria insegurança jurídica aos consumidores, e poderia vir a limitar e restringir o direito à saúde dos beneficiários de planos de saúde.

Não obstante a importância da discussão, mas, em razão da suspensão dos efeitos por ordem do Poder Judiciário, a resolução normativa nº 433 foi revogada pela resolução normativa nº 434, em setembro de 2018, pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS. No entanto, o debate não merece ser esquecido.

Pelo que foi descrito acima, sob a ótica da análise do Judiciário, a edição do normativo pela ANS mostrou-se desarrazoada e causadora de insegurança jurídica. Contudo, a norma

disciplinava questões importantes para setor da saúde suplementar no tocante ao assunto dos mecanismos de utilização realizados pelas operadoras, inclusive com reflexos nos atendimentos prestados pelo SUS. De antemão, a ANS possui competência legal para editar normas sobre mecanismos financeiros de regulação⁸⁶.

Contudo, a questão dos mecanismos de regulação está em pauta, novamente, no projeto de lei dos planos de saúde acessíveis - PL n. 7.419/2006, apensado ao projeto geral de reforma da lei n. 9.656, de 03 de junho de 1998, desenvolvido pelo Ministério da Saúde em 2016 e atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados. Uma das propostas é o aumento da coparticipação para até 50% do valor do procedimento, a ser custeada pelos beneficiários. Ou seja, conforme argumentos acima, a discussão deve ser trazida novamente a debate porque, como já analisado, o assunto interfere nas relações jurídicas existentes no mercado da saúde suplementar, bem como, no âmbito da prestação de serviços no SUS.

Os mecanismos financeiros, coíbem, sim, desperdícios na utilização pelos consumidores dos planos de saúde. Então a questão não é a vedação destes mecanismos, mas a normatização de forma mais específica, após discussão pública, apesar de já ter sido realizada uma vez, para que se imponha o equilíbrio de todo o setor que compreende a saúde suplementar, buscando-se alcançar os princípios da transparência e informação. Nesse sentido, a importância de o Poder Público atuar como regulador, no caso, normatizando o assunto, mas, obviamente, conclamando a sociedade e todos os atores envolvidos a participarem do processo, com o fito de se obter uma colaboração mais democrática possível.

⁸⁶ Nesse sentido, a Agência Nacional de Saúde Suplementar foi criada pela Lei 9961, de 20 de janeiro de 2000, sendo caracterizada com uma autarquia de natureza especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com prerrogativas de órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde, conforme disciplina o artigo 1º. Dentre suas competências, conforme previsto no artigo 4º, da referida Lei, está: estabelecer normas de utilização relativas à adoção e utilização, pelas operadoras de planos de assistência à saúde, de mecanismos de regulação do uso de serviços de saúde.

5 CONCLUSÕES

A perspectiva de um Estado regulador não é de um Estado mínimo, ao contrário, é importante um Estado forte, para administrar regulações eficazes. A regulação é uma forma de interferência do Estado nas relações econômicas. Nessa medida, as formas organizacionais de um país influenciam a natureza dos problemas regulatórios. Em contrapartida, a credibilidade e efetividade da estrutura regulatória, no sentido da capacidade de incentivar investimentos privados, é determinada pela qualidade das instituições de um país. Aqui reforça-se que a liberdade de atuação do mercado é importante para o desenvolvimento do país.

Não podemos contrapor direitos econômicos e direitos sociais. Os direitos econômicos e sociais devem ser interpretados com ponderação, a partir da ideia de que uns não se sobrepõem aos outros. Essa é a interpretação que deve ser feita, conforme se verifica do art. 1º, IV, da Constituição Federal de 1988.

Também é importante destacar que a Constituição Federal de 1988 preza pela eficiência, ao incorporar esse princípio como um dos que regerão a Administração Pública, como se lê do artigo 37.

A concepção de um Estado Regulador no paradigma do Estado Democrático de Direito é muito mais ampla. O Estado é o responsável por garantir os interesses e direitos fundamentais dos cidadãos, mas além de responsável, há de ser responsivo, no sentido de buscar a constante participação social na implementação e promoção dessas garantias e direitos. Isso ocorre com o estímulo da transparência das gestões e escolhas públicas realizadas pelos órgãos e pelas entidades de todas as esferas da administração pública brasileira o que permite alcançar decisões mais eficientes. Nesse sentido, a importância de o Poder Público atuar como regulador, conclamando a sociedade e todos os atores envolvidos a participarem do processo, com o fito de se obter uma colaboração mais democrática possível.

Assim, na perspectiva de um Estado Regulador, este deve procurar ferramentas científicas já consolidadas, como as existentes nas ciências econômicas, para prever e explicar como os indivíduos interagem com o ambiente que o circundam, e, assim, compatibilizar a garantia dos direitos fundamentais com a participação social, buscando sempre a maior eficiência possível.

Tudo isso reforça a ideia de que, partindo de uma constituição econômica brasileira, o Estado deve buscar a eficiência, para uma gestão de resultados com menos custos, mas sem

perda de qualidade. Todavia a regulação não pode ficar atrelada tão-somente a conceitos monetários sob uma ótica de uma visão econômica estrita. É necessário, também, buscar analisar aspectos não econômicos para, de fato, alcançar uma melhoria na qualidade da regulação, e averiguar se as consequências serão as melhores para a sociedade, auxiliando a tomada de decisão do gestor público.

Não se deve diminuir o papel das agências reguladoras, mas, sim, fortalecer sua independência e autonomia, sem, com isso, enfraquecer o papel do Legislativo. As agências reguladoras foram criadas, notadamente, com competências para normatizarem setores específicos, possibilitando uma apreciação técnica mais apurada. Essas competências influem diretamente na qualidade da regulação.

É importante destacar que o Poder Legislativo não consegue decidir sobre todas as relações jurídicas, que envolvem, muitas das vezes, interesses antagônicos e conflitantes. O processo legislativo é moroso, lento e burocrático e a sociedade, por vezes, no seu dinamismo e velocidades atuais demandam condutas mais céleres. Não obstante, não se quer subtrair os poderes conferidos aos legisladores, uma vez que foram eles os eleitos pelo povo para decidir as questões devem reger as políticas públicas.

O que se defende é uma regulação de qualidade, e com limites. E, para tanto, em uma democracia, deve haver um equilíbrio sobre a intervenção do Poder Judiciário na atuação das agências. O estímulo a adoção de transparência, a partir de decisões motivadas, permite que haja um controle do Poder Judiciário sobre se os atos dos entes reguladores estão em consonância com os dizeres da Constituição. Ao mesmo tempo, deve se verificar se o Poder Judiciário não está a adentrar na esfera da discricionariedade da Administração Pública. Defende-se também um Poder Legislativo forte para estabelecer os *standards* e parâmetros de atuação das Agências, em conformidade com os anseios da sociedade em geral.

Ademais, a partir de decisões motivadas e fundamentadas, bem como por meio do estímulo da participação social, seja dos indivíduos, seja das empresas atuantes no mercado regulado, nos processos decisórios das agências, fomenta-se a inclusão do Poder Legislativo no controle. Isto porque abrem-se parâmetros para a elaboração de novos normativos, posto que se reduz a assimetria de informações na tomada de decisões em políticas públicas nos mercados regulados.

O Poder Judiciário deve intervir, posto que detém a função de intérprete das normas na aplicação do direito, principalmente nas questões que envolvam a discricionariedade do ato

administrativo. O Poder Judiciário não tem o protagonismo na política pública, mas, sim, o dever de controle das ações do Poder Executivo. O ceticismo quanto à capacidade institucional das instituições reguladoras não pode impedir o aprofundamento do estudo sobre as mesmas. O juiz pode questionar as agências sobre o procedimento regulatório e, se este não for motivado, ou estiver contrário à lei ou aos princípios constitucionais pode ser declarado nulo. Por outro lado, se as condutas dos entes reguladores estiverem em conformidade com o ordenamento jurídico, em sua integralidade, por que não ser deferente ao que foi decidido pela Administração Pública.

No tocante ao papel e atuação da Agência Nacional da Saúde Suplementar, percebe-se que existem desafios que precisam ser enfrentados para melhoria da regulação no setor da saúde suplementar. Conforme resenhado, é preciso maior transparência quanto ao papel, limites e responsabilidades da ANS, até para que esta autarquia tenha fortalecida sua independência e autonomia para o exercício de suas funções junto à sociedade. É preciso coexistir uma parceria entre as instituições de governo e a sociedade para conferir maior legitimidade do órgão regulador no setor. É importante reduzir o desnível de informação existente entre usuários e agentes regulados no processo de participação na atividade regulatória.

Especificamente na regulação do setor da saúde suplementar, o instituto do ressarcimento ao SUS é, sim, um importante instrumento de regulação. Sua constitucionalidade foi declarada em Plenário, por unanimidade, pelo Supremo Tribunal Federal, conforme explicitado no decorrer do trabalho.

Nesse sentido, o Estado deve garantir que a privatização do sistema de saúde impulse, e não obstrua a implementação do direito à saúde. Nesse sentido, o instituto do ressarcimento ao SUS vem ratificar e dar efetividade a essa ideia. Caso se admita a impossibilidade desse ressarcimento, indiretamente estar-se-á financiando com recursos públicos as empresas privadas, as quais certamente calculam suas receitas como forma de compensar financeiramente os custos dos serviços contratados. Ademais, a ANS atua apenas como um instrumento para a cobrança do ressarcimento, mas esses recursos destinam-se a recompor o Sistema Único de Saúde e não propriamente ao prestador privado. O instituto do ressarcimento ao SUS é, sim, um importante instrumento de regulação do setor de saúde suplementar.

Demonstra-se, também, a importância do uso das lições da economia comportamental na avaliação das regulações governamentais como forma de aperfeiçoar as políticas voltadas

para a proteção e defesa do consumidor, difundindo, por meio de base teórica e instrumental, práticas que permitam ir além da intuição do agente tomador de decisão e passem ser fundamentadas em análises estruturadas.

A informação é elemento essencial que vincula as expectativas legítimas das partes que interagem em qualquer relação econômica. O assunto dos mecanismos financeiros de regulação merece uma cuidadosa discussão, porque as condutas dos entes reguladores impactam sobremaneira todo o setor do mercado privado de planos de saúde, no tocante a custos e qualidade dos serviços.

Os mecanismos financeiros, coíbem, sim, desperdícios na utilização pelos consumidores dos planos de saúde. Então a questão não é a vedação destes mecanismos, mas a normatização do mesmo de modo que se imponha um melhor equilíbrio de todo o setor que compreende a saúde suplementar, buscando-se alcançar os princípios da transparência e informação. Assim sendo, a importância de o Poder Público atuar como regulador, no caso, normatizando o assunto, mas, obviamente, conclamando a sociedade e todos os atores envolvidos a participarem do processo, com o fito de se obter uma colaboração mais democrática possível.

Então, percebe-se que existem desafios que precisam ser enfrentados para melhoria da regulação no setor da saúde suplementar. Conforme sintetizado no decorrer do trabalho, é preciso maior transparência quanto ao papel, limites e responsabilidades da Agência Nacional de Saúde Suplementar, até para que esta autarquia tenha fortalecida sua independência e autonomia para o exercício de suas funções junto à sociedade. É preciso coexistir uma parceria entre as instituições de governo e a sociedade para conferir maior legitimidade do órgão regulador no setor. É importante reduzir o desnível de informação existente entre usuários e agentes regulados no processo de participação na atividade regulatória.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Boletim informativo: utilização do sistema único de saúde por beneficiários de planos de saúde e ressarcimento ao SUS – n.10 (jun.) 2020 - Rio de Janeiro: ANS, n. 10 (jun.), 2020a - 1MB; PDF. Semestral ISSN 2526-9011 Modo de acesso: World Wide Web: <https://www.gov.br/ans/pt-br/arquivos/assuntos/espaco-da-operadora-de-plano-de-saude/compromissos-e-interacoes-com-a-ans/ressarcimento-ao-sus/boletim_ressarcimento_SUS_10a_edicao_jun2020_semgov.pdf>.

_____. Boletim informativo: utilização do Sistema Único de Saúde por beneficiários de planos de saúde e ressarcimento ao SUS [recurso eletrônico] – n.1 (abr. 2016). - Rio de Janeiro: ANS, n. 11 (dez.), 2020b - 2,1MB; ePub. Semestral ISSN 2526-9011 Modo de acesso: World Wide Web: <https://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/noticias/integracao-com-SUS/ans-divulga-novo-boletim-do-ressarcimento-ao-sus/Boletim_Ressarcimento_11_edicao.pdf>.

_____. Boletim informativo: utilização do Sistema Único de Saúde por beneficiários de planos de saúde e ressarcimento ao SUS [recurso eletrônico] Rio de Janeiro: ANS, n. x (dez) 2021. 2,3MB. ePub. Semestral ISSN 2526-9011 Modo de acesso: <http://www.ans.gov.br/biblioteca/index.html>. Disponível em: <https://www.gov.br/ans/pt-br/arquivos/acesso-a-informacao/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor/dados-e-publicacoes-do-ressarcimento-ao-sus/Boletim_ressarcimento_SUS__13a_Edicao_Rev04.pdf>.

_____. Glossário Temático Saúde Suplementar Português – Inglês – Espanhol. 2ª Edição. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/saude_sup_glossario_site-1.pdf>. Acesso em 14 de junho de 2023.

_____. Mapa de utilização dos SUS. Rio de Janeiro: ANS, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiM2NlMjEwYzEtZGExMy00YWxLTlMmYmMtMzlkYjUxMzI5MGE5IiwidCI6IjlkYmE0ODBlTRmYTctNDJmNC1iYmEzLTBmYjEzNzVmYmU1ZiJ9&pageName=ReportSectionf7d4bd960c8bbe089a58>.

_____. Resolução do Conselho de Saúde Suplementar 8, de 03 de novembro de 1998. Dispõe sobre mecanismos de regulação nos Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde. Diário Oficial da União, Brasília, DF, nº 211, de 04 de novembro de 1998.

_____. Resolução Normativa nº 433, de 27 de junho de 2018. Dispõe sobre os Mecanismos Financeiros de Regulação, como fatores moderadores de utilização dos serviços de assistência médica, hospitalar ou odontológica no setor de saúde suplementar; altera a RN nº 389, de 26 de novembro de 2015, que dispõe sobre a transparência das informações no âmbito da saúde suplementar, estabelece a obrigatoriedade da disponibilização do conteúdo mínimo obrigatório de informações referentes aos planos privados de saúde no Brasil e dá outras providências; revoga o § 2º do art. 1º, os incisos VII e VIII do art. 2º, o art. 3º, a alínea "a" do inciso I e os incisos VI e VII do art. 4º, todos da Resolução do Conselho de Saúde Suplementar - Consu nº 8, de 3 de novembro de 1998, que dispõe sobre mecanismos de regulação nos Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde; e revoga o inciso II e respectivas alíneas do art. 22, da RN nº 428, de 7 de novembro de 2017, que atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999, fixa as diretrizes de atenção à saúde e dá outras providências. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, DOU de 28 de junho de 2018, nº 123, Seção 1, pág. 39.

_____. Resolução Normativa nº 434, de 03 de setembro de 1998. Revoga a Resolução Normativa - RN nº 433, de 27 de junho de 2018, que dispõe sobre os mecanismos Financeiros de Regulação, como fatores moderadores de utilização dos serviços de assistência médica, hospitalar ou odontológica no setor de saúde suplementar; altera a RN nº 389, de 26 de novembro de 2015, que dispõe sobre a transparência das informações no âmbito da saúde suplementar, estabelece a obrigatoriedade da disponibilização do conteúdo mínimo obrigatório de informações referentes aos planos privados de saúde no Brasil e dá outras providências; revoga o § 2º do art. 1º, os incisos VII e VIII do art. 2º, o art. 3º, a alínea "a" do inciso I e os incisos VI e VII do art. 4º, todos da Resolução do Conselho de saúde Suplementar - Consu nº 8, de 3 de novembro de 1998, que dispõe sobre mecanismos de regulação nos Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde; e revoga o inciso II e respectivas alíneas do art. 22, da RN nº 428, de 7 de novembro de 2017, que atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999, fixa as diretrizes de atenção à saúde e dá outras providências. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, de 04 de setembro de 2018, nº 171, Seção 3, pág. 28.

_____. Resolução Normativa nº 502, de 30 de março de 2022. Dispõe sobre os procedimentos administrativos físico e híbrido de ressarcimento ao SUS, previsto no art. 32 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998 estabelece normas sobre o repasse dos valores recolhidos a título de ressarcimento ao SUS e revoga as Resoluções Normativas nº 358, de 27 de Novembro de 2014, nº 377, de 08 de maio de 2015, e o art. 25 da nº 464, de 29 de dezembro de 2020. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, de 01 de abril de 2022, nº 63, Seção 1, pág. 341 e 342.

ALBURQUERQUE, Aline. BARROSO, Aléssia. Curso de Direitos Humanos. – 2.ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de. O Estado no Brasil contemporâneo: um passeio pela história. In: MELO, Carlos Ranulfo. SÁEZ, Manuel Alcántara (org.). *A Democracia Brasileira: Balanço e perspectivas para o século 21*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007, p. 17-37.

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

ARANTES, Rogério Bastos; LOUREIRO, Maria Rita; COUTO, Cláudio; e TEIXEIRA, Marco Antônio Carvalho. In: Burocracia e política no Brasil - Desafios para a ordem democrática no século XXI. LOUREIRO, Maria Rita; ABRUCIO, Fernando Luiz; e PACHECO, Regina Silva. 1 ed. - 3 reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p. 109-147.

BAIRD, Marcello Fragano. *Saúde em jogo: atores e disputas de poder na Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2020. (versão ebook kindle)

BARROSO, Luís Roberto. *Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. In: *Agências Reguladoras e Democracia*. Gustavo Binenbojm (coordenador). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006a, p. 59-87.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006b.

BENTEMULLER, Rodrigo Parente Paiva. *Poder Judiciário e deferência administrativa: o caso Fator GSF*. Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 4, n. 1, p. 21-38, maio 2018.

BEZERRA, Ana Keuly Luz; NETO José Machado Moita, ARAUJO, Maria Carolina Oliveira de. *Limitações Constitucionais Ao Poder Normativo Das Agências Reguladoras*. Revista Meritum. Vol. 15. Número 4, p. 92 -108, 2020.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

_____. *Poder de Polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 3.ed./ Gustavo Binenbojm; prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sundfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André; VORONOFF, Alice; KOATZ, Rafael L. F. *Direito da regulação econômica: teoria e prática*. 1. Reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2020. 400p. ISBN 978-85-450-0744-9.

BLIACHERIENE. Ana Clara. *Controle da eficiência do gasto orçamentário*. 1ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. — 7ª reimpressão. Tradução de: L'età dei Diritti ISBN 10: 85-352-1561-1. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf. Acesso em 01 de setembro de 2021.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em em 03 de janeiro de 2022.

_____. Constituição da República do Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em 03 de janeiro de 2022.

_____. Constituição do Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em 04 de janeiro de 2022.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em em 03 de janeiro de 2022.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em 05 de janeiro de 2022.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. BRASIL, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15 de outubro de 2021.

_____. Decreto 9.203, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, 2017. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2017/decreto-9203-22-novembro-2017-785782-publicacaooriginal-154277-pe.html>. Acesso em 13/06/2021.

BRASIL. Decreto 10.411, de 30 de junho de 2020. Regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.411-de-30-de-junho-de-2020-264424798>>. Acesso em 16 de maio de 2021.

_____. Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, de 20 de setembro de 1990.

_____. Lei 9.656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Diário Oficial da União, Brasília, DF, de 04 de junho de 1998.

_____. Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, de 29 de janeiro de 2000 – Edição extra.

_____. Lei 13.484, de 25 de junho de 2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. Brasília, 2019. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13848.htm>. Acesso em 02 de novembro de 2020.

_____. Lei 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Brasília, 2019. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>. Acesso em 1º de novembro de 2020.

_____. Ministério da Saúde. Conselho de Saúde Suplementar. Resolução do Conselho de Saúde Suplementar 8, de 03 de novembro de 1998. Dispõe sobre mecanismos de regulação nos Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde. Diário Oficial da União, Brasília, DF, nº 211, de 04 de novembro de 1998.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12. Distrito Federal, 2009. Relator: Min. Ayres Brito. Acórdão Eletrônico. DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 18/12/2009 - ATA Nº 41/2009. DJE nº 237, divulgado em 17/12/2009. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2358461>>. Acesso em: 24 de fevereiro de 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5500. Distrito Federal, 2016. Relator: Min. Marco Aurélio. Acórdão Eletrônico. Diário de Justiça Eletrônico,

DJe-085 DIVULG 29/04/2016 PUBLIC 02/05/2016. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho629547/false>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Recurso Extraordinário 597.064. Rio De Janeiro, 2018a., Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 07 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314346958&ext=.pdf>>. Acesso em: 15 de set. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4679. Distrito Federal, 2018b., Relator Min. Luiz Fux. Acórdão Eletrônico. Diário de Justiça Eletrônico DJe. nº 64, data de publicação DJE 05 de abril de 2018 - Ata nº 41/2018. DJE nº 64, divulgado em 04 de abril de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4172054>. Acesso em 24 de fevereiro de 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4923. Distrito Federal, 2018c. Relator: MIN. Luiz Fux. Acórdão Eletrônico. Diário de Justiça Eletrônico DJe. nº 64, data de publicação DJE 05 de abril de 2018 - Ata nº 41/2018. DJE nº 64, divulgado em 04 de abril de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314044020&ext=.pdf>>. Acesso em 13 de junho de 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1931. Distrito Federal/DF, 2018d. Relator Ministro Marcos Aurélio. Acórdão Eletrônico. Diário de Justiça Eletrônico DJe. nº 113, divulgado em 07 de junho de 2018 e publicado em 08 de junho de 2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur386198/false>>. Acesso em 01 de novembro de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Medida Cautelar em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF nº 532. Distrito Federal/DF, 2018e. Relator Ministro Marco Aurélio. Acórdão Eletrônico. Diário de Justiça Eletrônico DJe. 156, divulgado em 02 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF532_liminar.pdf>. Acesso em 31 de outubro de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4874. Distrito Federal/DF, 2019. Relatora Min. Rosa Weber. Acórdão Eletrônico. Diário de Justiça Eletrônico. Data de publicação - DJE 01 de fevereiro de 2019 - ATA Nº 1/2019. DJE nº 19, divulgado em 31 de janeiro de 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4328586>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5853. Distrito Federal, 2020. Relator Gilmar Mendes. Acórdão Eletrônico. Diário de Justiça Eletrônico. DJE - DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 21/08/2020 - ATA Nº 136/2020. DJE nº 208, divulgado em 20/08/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5328311>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5906. Distrito Federal/DF, 2021. Relator: Min. Marco Aurélio. Acórdão Eletrônico. Divulgado em 25 de outubro de 2021 – Ata nº 33, de 25 de outubro de 2021. Diário de Justiça Eletrônico DJE nº 216, publicado em 03/11/2021. Disponível em: <

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5365387>> Acesso em 27 de outubro 2022.

BRÊTAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.

CARVALHO, André Castro; VENTURINI, Otavio. *A função do Código de Defesa do Usuário dos Serviços Públicos (Lei nº 13.460/2017) no modelo de controle brasileiro dos serviços públicos*. In: Revista de direito administrativo. Rio de Janeiro: FGV, v. 278, nº 1, jan/abr 2019, p. 141/162.

CORREA, Celio Roberto; QUADROS, Doacir Gonçalves de. *O ativismo judicial e o enfraquecimento do poder político: crise efetiva ou mudança paradigmática?* Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 1, p. 130-148, jan./abr. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i1.7832>. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/7832/pdf_1. Acesso em: 20 de setembro de 2021.

CYRINO, André Rodrigues. *Direito constitucional regulatório – elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira – 2ª edição*. Rio de Janeiro: Processo, 2018.

DEÁK, Renato Albuquerque Deák. NOBRE JR, Edilson Pereira. *O princípio da legalidade e os limites do poder regulamentar*. Revista Acadêmica – Faculdade de Direito do Recife Volume 89, número 01, jan.-jun. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo – 16. Ed. – São Paulo: Atlas, 2003*.

DOMINGUES, Bernadete Lima. *O princípio constitucional da eficiência como orientação para a reforma do aparelho do Estado e o implemento da Administração Pública de caráter gerencial*. In: CASTRO, Dayse Starling Lima (org.). *Direito Público, Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Tributário*. Belo Horizonte: IEC, 2006.

EISENMANN, Charles. *O Direito administrativo e o princípio da legalidade*. *Revista De Direito Administrativo*, 56, 47–70 (1959). Acesso disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v56.1959.19443>.

FRAZÃO, Ana. *Liberdade Econômica para quem? A necessária vinculação entre a liberdade de iniciativa e justiça social*. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coordenação.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito. São Paulo, SP, v. 7, n.7, 2010.

HUNT, P.; KHOSLA, R. (2008). *Acesso a medicamentos como um direito humano*. Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos, 5(8), 100-121. <https://doi.org/10.1590/S1806-64452008000100006>.

ISSA, Rafael Hamze. *O Controle Judicial dos Atos Normativos das Agências Reguladoras*. Revista do TCESP nº 135 | Mar. 2015 a Out. 2015, p. 88 a 90. Disponível em: <https://www4.tce.sp.gov.br/sites/tcesp/files/downloads/revista_tce_135_0.pdf. Acesso em 01 de maio de 2021.

JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros: SBDP, 2016.

_____, Eduardo. CABRAL JR., Renato Toledo; BRUMATI, Luiza. *O STF e o controle das leis sobre o regime jurídico das agências reguladoras federais*. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 7, n. 2, p. 549-600, maio/ago. 2020. DOI: 10.5380/rinc.v7i2.68568.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar: duas formas de pensar*. Tradução Cássio de Arantes Leite. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. 29ª reimpressão.

LARA, Natália. REIS, Amanda. Texto para Discussão nº 75 – 2019 *Mecanismos Financeiros de Regulação: conceitos e impactos no sistema de saúde suplementar*. Disponível em: <<https://www.iess.org.br/biblioteca/tds-e-estudos/textos-para-discussao/td-75-mecanismos-financeiros-de-regulacao-conceitos>>. Acesso em 30 de novembro de 2021.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematiza/Pedro Lenza* -14. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Marques. Cláudia. *Direito do Consumidor - 30 anos de CDC*. Grupo GEN, 2020. 9788530992156. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992156/>. Acesso em: 04 dez. 2021.

LOPES, Erick Alves Pereira. Debates sobre ressarcimento e multas impostas às operadoras de planos de saúde: fontes de recursos para o SUS? Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, 5(2):23-42, abr./jun, 2016 23. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v5i2.179>.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia* – Tradução: Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima, Ez2 Translate; revisão técnica: Manuel José Nunes Pinto. Tradução da 8ª edição norte-americana. São Paulo, SP: Cengage 2021.

MARINHO, Alexandre. *A crise do mercado de planos de saúde: devemos apostar nos planos populares ou no SUS?* Planejamento e Políticas Públicas, n. 49, p.55-84, jul./dez.2017. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/953/443>.

MELO, Marcus André. *Política regulatória: Uma Revisão na Literatura*. Revista bib-ANPOCS, 50:7-43, 2000.

MENEGUIN, Fernando; LYNN, Marjorie. *Intervenções para proteção do consumidor conseguem protegê-lo?* Revista de Direito do Consumidor, vol.125, ano 28, p. 273-290. São Paulo: RT, set.- out./2019.

MERKL, Adolf. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Ediciones Olejnik. Argentina, 2018.

MESQUITA, Álvaro Augusto Pereira. *O papel e o funcionamento das Agências Reguladoras no contexto do Estado brasileiro Problemas e soluções*. Disponível em:< https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/166/ril_v42_n166_p23.pdf. Acesso em 01º de novembro de 2020.

MORAES, Vinícius Caleffi de. *Da abordagem crítica do ressarcimento ao SUS e o acesso à saúde*. Dissertação de mestrado apresentada ao UNICESUMAR – Centro Universitário de Maringá. Maringá-PR, 2019.

NICÁCIO, Camila. S.; DIAS, Maria.Tereza. F.; GUSTIN, Miracy.Barbosa.de. S. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. Grupo Almedina (Portugal), 2020. 9786556270319. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556270319/>. Acesso em: 01 nov. 2021.

NETO, Floriano de Azevedo Marques. *Autonomia das Agências Reguladoras e superávit democrático*. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/autonomia-agencias-reguladoras-superavit-democratico-18012022>. Acesso em 19 de janeiro de 2022.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira; TEXEIRA JÚNIOR, Flávio Germano de Sena. *O Estado Administrativo Norte Americano em xeque? Reflexões baseadas*. Revista Brasileira de Pesquisa Jurídica, Avaré, v. 2, p. 51-80, maio/ago. 2021. doi: 10.51284/rbpj.02.epnj.

OLIVEIRA, Anderson Nogueira; HAASE, Lucas Haddad de Oliveira. *Ordem Econômica Nacional: análise sobre as agências reguladoras brasileiras e a teoria da captura do interesse coletivo pelo interesse individual*. Revista de Direito do Consumidor, vol.128, ano 29, p. 101-116. São Paulo: RT, mar.-abr./2020.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e diálogo Entre Jurisdições*. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 19 – jan./jun. 2012.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução Álvaro Vita. – Ed. Ampl. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

ROMÃO, Ana Luisa Pereira Agudo. BUCCI, Maria Paula Dallari. HADDAD, Frederico. O projeto de planos acessíveis: prejuízos para beneficiários e para o sistema público. Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito. São Paulo/SP. Revista de Direito Sanitário, v.21, e-0025, 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Reinvenção Solidária e Participativa do Estado*. Oficina n° 134, Publicação Seriada do Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, janeiro de 1999.

SCHAPIRO, Mario G. *Discrecionariade desenvolvimento e controles democráticos: uma tipologia dos desajustes*. Revista de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, vol. 12, n.2, p. 311-344. São Paulo: MAI-AGO 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201613>.

SILVA, Rafael Silveira e; PINHEIRO, Victor Marcel; MEIRA, Liziane Angelotti; SANTANA, Hadassah Laís de Souza. *Regulação no Brasil: de onde e por onde já caminhamos*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, julho de 2020 (Texto para discussão n° 282). Disponível em: www.senado.leg.estudos. Acesso em 02/10/2022.

SIMÕES PIRES. Maria Coeli. NOGUEIRA. Jean Alessandro Serra Cyrino. *Controle da Administração Públicas e tendências à luz do Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <<http://www.mariacoeli.com.br/control-da-administrac%CC%A7a%CC%83o-publica-e-tende%CC%82ncias-a-luz-do-estado-democratico-de-direito/>>. Acesso em 14/06/2021.

STIGLER, G. *A Teoria da Regulação Econômica*. In: MATTOS, P., et al. *Regulação Econômica e Democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. TRAMONTINA, Robinson. *Direitos fundamentais sociais em cortes constitucionais: o caso grootboom – tradução e comentários*. Joaçaba, v. 17, n. 1, p. 285-330, jan./abr. 2016. Disponível em: <
<http://dx.doi.org/10.18593/ejil.v17i1.10347>.

SUSTEIN, Cass R. VERMEULE, Adrian. *Lei e Leviatã: resgatando o Estado Administrativo*. Tradução Nathalia Penha Cardoso de França. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021. Título Original: Law and Leviathan: Redeeming the Administrative State.

TACHIZAWA, Takeshy. *Reflexões sobre o crescimento Terceiro Setor e Organizações Não Governamentais e seu efeito no papel do Administrador*. Revista Brasileira de Administração. Ano XII – nº 38 – Setembro de 2002 p. 15-22.

VALENTE, Patricia Rodrigues Pessôa. *Avaliação de Impacto Regulatório uma Ferramenta à disposição do Estado*. 2010. 218 fls. Dissertação (Mestrado em Direito Tributário) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2010. Disponível em: <
<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-26032012-092844/pt-br.php>. Acesso em 20/05/2021.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VISCUSI, W. Kip. *Economics of regulation and antitrust* / W. Kip Viscusi, Joseph E. Harrington, Jr., Jonh M. Vernon. Cambridge, Massachusetts, London, England: The Mit Press, Fourth Edition. 2005.

ZANOTTA, Pedro, BRANCHER, Paulo (Orgs.) *Desafios atuais da regulação econômica e concorrência* – São Paulo: Atlas, 2010.