

UNIVERSIDADE FUMEC
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE

Marcela Pinto Ribeiro

LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE
SUPLEMENTAR: uma análise da participação popular nas consultas públicas

Orientadora: Profa. Dra. Helena Colodetti Gonçalves Silveira

Coorientadora: Profa. Dra. Maria Tereza Fonseca Dias

Belo Horizonte

2017

Marcela Pinto Ribeiro

**LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE
SUPLEMENTAR: uma análise da participação popular nas consultas públicas**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Acadêmico em Direito (*stricto sensu*) da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade FUMEC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Instituições sociais, direito e democracia

Linha de pesquisa: Esfera pública, legitimidade e controle

Projeto: Administração pública, controle e consensualidade

Orientadora: Profa. Dra. Helena Colodetti Gonçalves Silveira

Coorientadora: Profa. Dra. Maria Tereza Fonseca Dias

Belo Horizonte

2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

R4841 Ribeiro, Marcela Pinto, 1982-
 Legitimidade democrática da Agência Nacional de
Saúde Suplementar: uma análise da participação popular
nas consultas públicas / Marcela Pinto Ribeiro. – Belo
Horizonte, 2017.

162 f. : il. ; 29,7 cm

Orientadora: Helena Colodetti Gonçalves Silveira

Coorientadora: Maria Tereza Fonseca Dias

Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade
FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da
Saúde, Belo Horizonte, 2017.

1. Democracia - Brasil. 2. Participação social - Brasil.
3. Legitimidade (Direito). 4. Agências reguladoras de
atividades privadas - Brasil. I. Título. II. Silveira, Helena
Colodetti Gonçalves. III. Dias, Maria Tereza Fonseca. IV.
Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas,
Sociais e da Saúde.

CDU: 35.078.2(81)



NOTA FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE
MESTRADO

BANCA EXAMINADORA:

ASSINATURAS:

Prof^ª. Dra. Maria Tereza Fonseca Dias MF Dias

Prof. Dr. Gustavo Assed Ferreira Gustavo A. F.

Prof^ª. Dra. Helena Colodetti Gonçalves Silveira H. Colodetti

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandoná Freitas S. Zandoná

MESTRANDA: MARCELA PINTO RIBEIRO

TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:

**“LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE
SUPLEMENTAR: Uma Análise da Participação Popular nas Consultas Públicas”**

NOTA: (100) Cem

ASSINATURA - ORIENTADORA: MF Dias

DATA DA DEFESA: 18/08/2017

A Deus, por mais um sonho realizado.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente à Deus que me deu força, sabedoria e coragem na condução dos meus trabalhos. Obrigada Senhor pela sua infinita bondade e misericórdia

Aos meus pais, meus exemplos de luta e perseverança, pelo apoio incondicional nos meus objetivos profissionais. Quanto amor e gratidão sinto por eles.

Aos meus amados irmãos pelo incentivo e orações.

Ao meu marido André sempre presente em minhas fragilidades, nunca me permitindo desistir. Agradeço pelo seu companheirismo e paciência durante mais esta caminhada juntos. Seus ensinamentos e apoio incondicional foram indispensáveis na concretização de mais um sonho.

A minha família, base de tudo, que me fortaleceu na árdua caminhada.

A minha orientadora Prof. Dra. Helena Colodetti por aceitar o desafio, pela paciência e entusiasmo em ensinar e guiar no caminho científico objetivando a apresentação clara, organizada e sistemática da pesquisa e pela liberdade concedida para tratar da temática escolhida.

A minha coorientadora Prof. Dra. Maria Tereza Fonseca Dias que me proporcionou as mais profícuas experiências acadêmicas, orientando e incentivando à pesquisa e ao desenvolvimento do conhecimento jurídico.

Aos demais professores do Mestrado, especialmente ao Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona pelo compromisso e ensinamentos, indispensáveis na produção desta dissertação.

A meus queridos colegas do Mestrado, em especial aos colegas Priscila Viana, Tamer Fakhoury e Paulo Lassi, com os quais tive o prazer de conviver, pelos momentos de alegrias e angústias, ensinamentos e experiências compartilhadas durante o curso.

Aos funcionários da Secretária do Programa de Pós-Graduação do Mestrado de Direito da Universidade FUMEC, especialmente à Cláudia Magalhães, à pela cordialidade, auxílio e competência durante todo o período em que estive vinculada ao programa.

Aos amigos e familiares pelas palavras de incentivo e carinho.

“(...) a democracia não pode ser compreendida como um mero regime de governo, ou como uma teoria eleitoral da verdade, mas, como uma filosofia, um modo de viver, uma religião” (Fernando de Brito Alves).

RESUMO

O estudo se propõe a uma análise crítico-reflexiva da participação popular no exercício do poder normativo da Agência Nacional de Saúde Suplementar, por intermédio de suas consultas públicas, indicando um diagnóstico da real participação da sociedade civil nesses processos. Para tanto, foi necessário contextualizar a evolução dos paradigmas de Estado que delineou as diretrizes de evolução das formas de atuação da Administração Pública, alterando substancialmente a relação entre esferas pública e privada ao longo dos anos. Discutiu-se o desafio enfrentado em um modelo de Estado que pretende ser constitucionalmente democrático de direito inserido no cenário de sociedades complexas e plurais, em que a imaginária homogeneidade social se vê abalada frente à atualidade que exige mais que a força autoritária para alcançar adesão e consentimento social, exige a construção participativa nas decisões do gestor público. Ademais, discorreu-se acerca do contexto de implementação das agências reguladoras, bem como a forma de mensurar a legitimidade de sua atividade normativa frente à autonomia reforçada que lhe é atribuída. A resposta do problema do *déficit* de legitimidade democrática identificado na condução das consultas públicas pela ANS conduziu às hipóteses, ao final confirmadas que identificaram a necessidade procedimentos adequados de debate público, bem como a incongruência de se admitir uma atuação insular, afastada de seus destinatários por parte das agências reguladoras. Para resposta do problema apresentado foram analisadas as consultas públicas realizadas pela ANS, sendo a pesquisa pautada no método hipotético-dedutivo, com levantamento bibliográfico, constituído principalmente por livros, artigos científicos, teses, dissertações, documentos. Adotou-se como referencial teórico a teoria deliberativa de Habermas fomentada pela faceta participativa da democracia, ambas constituindo novas bases de legitimação da Administração Pública que ultrapassa a legalidade normativa formal. Concluiu-se pelo *déficit* de legitimidade democrática da ANS na sua atividade normativa regulatória, uma vez que as consultas públicas não estariam cumprindo, a contento, o propósito para o qual foram criadas.

Palavras-chave: Democracia; Participação; Deliberação; Legitimidade; Agências Reguladoras.

ABSTRACT

The present article aims to perform a critical-reflexive analysis of Popular Participation in the exercise of normative power of the National Supplementary Health Agency, through public consultations, indicating a diagnosis of the real participation of civil society in these processes. Regarding this objective, it was necessary to contextualize the evolution of the State paradigms that delineated the guidelines for the evolution of the Public Administration's actions, considerably changing the relationship between the public and private spheres over the years. The discussion followed the challenges faced by state that proposes to be a constitutionally democratic of right model, inserted in the scenario of complex and plural societies, in which the imaginary social homogeneity is shaken before the actuality that demands more than just an authoritarian force, in order to achieve adhesion and social consentment, but requires the social participation in the decisions of the public manager. In addition, it was discussed the context of regulatory agencies implementation, as well as how to measure the legitimacy of their normative activity against the reinforced autonomy that was attributed to it. The answer to the problem of the deficit of democratic legitimacy identified in the conduct of the public consultations by the NHA (National Health Agencies) led to the hypotheses, which was confirmed in the end, that they identified their need for adequate procedures for public debate, as well as the incongruity of admitting an insular action, away from its recipients by regulatory agencies. In order to answer the introduced problem, the public consultations carried out by the NHA were analyzed, being the research based on the hypothetical-deductive method, with a bibliographical research, consisting mainly of books, scientific articles, theses, dissertations and documents. Habermas' deliberative theory was adopted by the participative facet of democracy, both of which constitute new bases of legitimization of the Public Administration that exceeds the formal normative legality. It was concluded by the lack of democratic legitimacy of the NHA, regarding its normative regulatory activity, since the public consultations would not be fulfilling, satisfactorily, the purpose for which they were created.

Keywords: Democracy; Participation; Deliberation; Legitimacy; Regulatory Agencies.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 Relação das agências reguladoras federais brasileiras

LISTA DE TABELAS

- | | |
|----------|---|
| Tabela 1 | Dados disponíveis das consultas públicas no sítio da ANS |
| Tabela 2 | Comparativo entre o número de resoluções normativas publicadas e o número de consultas realizadas em cada ano |
| Tabela 3 | Número de contribuições por consultas e lapso temporal de sua realização |

LISTA DE GRÁFICOS

- Gráfico 1 Percentual do total de RN's *versus* consultas realizadas entre os anos 2001-2017
- Gráfico 2 Percentual de RN's resultantes de consultas públicas: vigentes, revogadas por RN's não resultantes de consultas públicas e revogadas por RN's também resultantes de consultas públicas
- Gráfico 3 Lapso temporal de realização das consultas públicas
- Gráfico 4 Lapso temporal entre o término do recebimento de contribuições em consultas públicas e a publicação da respectiva RN

LISTA DE ANEXOS

- Anexo I Lei n. 9.961 de 28 de janeiro de 2000
- Anexo II Organograma da ANS
- Anexo III Dados Gerais - Beneficiários de planos privados de saúde, por cobertura assistencial (Brasil 2007 a 2017)
- Anexo IV Resolução Normativa n. 242 de 7 de dezembro de 2010
- Anexo V Tabela síntese de consultas públicas realizadas pela ANS

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
APA	<i>Administrative Procedure Act</i>
art.	artigo
cf.	conferir
CR/88	Constituição da República de 1988
DASP	Departamento Administrativo do Serviço Público
DOU	Diário Oficial da União
EC	Emenda Constitucional
EUA	Estados Unidos da América
FHC	Fernando Henrique Cardoso
MARE	Ministério da Administração e Reforma do Estado
PDRAE	Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado
PND	Plano Nacional de Desestatização
RN	Resolução Normativa

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	16
2 POR UMA REELEITURA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ADEQUADA AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	20
2.1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS PARADIGMAS DO DIREITO.....	20
2.1.1 A Administração Pública no Estado liberal	21
2.1.2 A Administração Pública no Estado social	25
2.1.3 A Administração Pública no Estado Democrático de Direito: construindo um paradigma procedimental do Direito.....	31
2.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO APLICADO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	36
2.3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ESPAÇO DE CIDADANIA E PARTICIPAÇÃO	42
2.3.1 Participação popular na Administração Pública brasileira: uma hipótese de aplicação da deliberação pública	49
3 REFORMAS ADMINISTRATIVAS E AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL	55
3.1 TRÊS GERAÇÕES DE REFORMAS ADMINISTRATIVAS NO BRASIL	55
3.1.1 Da reforma administrativa da era Vargas à reforma do Decreto-Lei n. 200/1967	56
3.1.2 A reforma gerencial de 1995	69
3.2 AGÊNCIAS REGULADORAS E O NOVO MODELO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	75
3.2.1 Legitimidade democrática das agências reguladoras.....	83
4 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PROCESSO NORMATIVO DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS)	88
4.1 UMA ANÁLISE DA ANS	90
4.1.1 Da intervenção do poder público no setor de saúde suplementar.....	92
4.1.2 Da regulação do mercado de saúde suplementar por agência reguladora independente.....	95
4.1.3 Instrumentos de participação da sociedade civil na ANS	98
4.2 A CONSULTA PÚBLICA: ASPECTOS LEGAIS E CONCEITUAIS	102

4.2.1 A participação social no processo de elaboração normativa das agências reguladoras norte-americanas.....	102
4.2.2 A consulta pública no Brasil: aspectos legais e conceituais	106
5 CONSULTAS PÚBLICAS DA ANS 2000-2017: UM ESTUDO DOS REQUISITOS LEGITIMADORES	112
5.1 ANÁLISE DAS CONSULTAS PÚBLICAS DA ANS	112
5.2 DO CORTE SISTEMÁTICO DAS CONSULTAS PÚBLICAS PARA UMA ABORDAGEM ANALÍTICA ESPECÍFICA AOS OBJETIVOS DA PESQUISA.....	127
5.3 O <i>DÉFICIT</i> DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA NA ATIVIDADE NORMATIVA REGULATÓRIA DA ANS	130
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	134
REFERÊNCIAS.....	139
ANEXO I.....	151
ANEXO II.....	162
ANEXO III.....	163
ANEXO IV	164
ANEXO V	167

1 INTRODUÇÃO

A evolução dos paradigmas de Estado delineou as diretrizes de evolução das formas de organização e atuação da Administração Pública, alterando substancialmente a relação entre esferas pública e privada ao longo dos anos. A Constituição Republicana de 1988 (CR/88) trouxe consigo o incremento da participação popular ao designar o Estado Democrático de Direito baseado na soberania popular e na cidadania, como modelo a ser seguido, reforçando a necessidade de se instituir uma participação efetiva e operante da sociedade frente às três funções estatais, administrativa, legislativa e judiciária.

O princípio democrático abandona a visão primitiva restrita da noção de cidadania, para além de um sistema meramente representativo limitado ao voto popular, propondo a revalorização do indivíduo que deixa de ser mero “cliente” ou “consumidor” da Administração e passa a fazer parte do centro do debate interferindo em políticas públicas, na atividade normativa e na própria autonomia institucional.

Esse é o desafio enfrentado em um modelo de Estado que pretende ser constitucionalmente democrático de direito inserido no cenário de sociedades complexas e plurais. O Direito desenvolvido fixado na imaginária homogeneidade social se vê abalado frente à atualidade que exige mais que a força autoritária para alcançar adesão e consentimento social, exige a construção participativa nas decisões e escolhas do gestor público.

A diversidade de interesses da sociedade contemporânea (heterogênea, plural e complexa) não mais se satisfaz com a legitimidade que alicerça a atuação administrativa baseada na mera conformação à legalidade. Ao contrário, exige-se procedimentos constitucionais adequados que incluam todos os possíveis atingidos pelo processo de produção normativa.

Esses procedimentos¹ são encontrados em normas esparsas do ordenamento jurídico brasileiro e promovem o incremento dos direitos à participação popular nas decisões administrativas reforçando sua legitimidade democrática. Com efeito, se a participação não ocorre de forma efetiva e real, soaria impróprio cogitar-se de uma decisão legítima.

¹ Como exemplos: consulta pública, audiência pública, ouvidoria, conselhos consultivos, dentre outros.

As agências reguladoras se enquadram no contexto de reforma do Estado da década de 1990, marcado pela transição, em tese, de um Estado intervencionista para um Estado regulador, momento este de intensa privatização das atividades estatais. Dotadas de um alto grau de autonomia em relação aos agentes políticos eleitos, dúvidas suscitaram quanto à legitimidade democrática da regulação normativa desenvolvida por esses entes.

Considerando a necessidade de inserção das agências reguladoras no ambiente democrático, essa legitimidade perpassa pela criação de espaços de deliberação pública e participação popular em seus processos decisórios. Isto é, ultrapassado o modelo meramente representativo de democracia e, tendo em vista a proposta constitucional de democracia deliberativa fomentada pela ampla participação, a legitimidade decorrerá de um debate público entre agências reguladoras, setor regulado e sociedade civil (todos possivelmente interessados ou afetados pelas decisões).

Dessa forma, o Estado de Direito deve promover as garantias necessárias para que todos os interessados possam participar da deliberação, em igualdade de condições, através da troca de argumentos. Não basta fazer uma afirmação normativa da participação, muito menos preconizar que a participação popular é essencial no paradigma deliberativo, pois é o fazer participativo que gera a justiça/legitimidade.

Os institutos de participação popular na Administração Pública, que encontram previsão na legislação de criação das agências reguladoras, tem sido a tentativa de embasamento da legitimidade na sua atividade normativa. Daí se desperta o interesse de avaliar o grau de organização e de mobilização da sociedade brasileira em tais processos participativos, o que proporcionará a identificação da presença de *déficit*, ou não, de democraticidade na regulação administrativa.

A partir desse panorama, a pesquisa proposta reflete uma análise crítico-reflexiva da participação popular no exercício do poder normativo da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, por intermédio de suas consultas públicas.

A opção pela ANS como paradigma de análise se deu pelo fato de a saúde, bem essencial à dignidade da pessoa humana, estar relacionada a um setor sensível da sociedade, no qual se sobressai a tensão entre os interesses do

consumidor e do fornecedor, inerente à prestação privada de serviços de saúde. Dentre os instrumentos de participação da sociedade previstos em suas normas², optou-se pelas consultas públicas, sob a justificativa de ser o mecanismo de participação direta mais relevante, uma vez que está relacionado à atividade normativa da agência.

Diante do cenário retradado, cumpre indagar se há *déficit* de legitimidade democrática na atividade normativa da ANS. Para referida constatação, a análise percorrerá o universo de consultas públicas realizadas pela agência, a fim de verificar a efetiva e real participação da sociedade.

Delimitado o tema-problema da pesquisa – verificação de existência de *déficit* de legitimidade democrática na atividade normativa da ANS – estabelece-se como primeira hipótese o paradigma procedimental deliberativo de democracia proposto por Jürgen Habermas, formado na ideia de cogestão pública, em que a atividade administrativa deve se pautar em procedimentos constitucionais adequados de debate público. Dessa forma, os cidadãos seriam titulares de direitos de participação tornando-se parte da vontade pública, não atuando como meros espectadores.

A segunda hipótese parte da premissa de que o paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito orienta a atuação da Administração Pública de forma a incluir a sociedade civil, com toda sua heterogeneidade, complexidade e pluralidade, nos seus processos decisórios, assim, seria incongruente admitir a possibilidade de uma atuação insular, afastada de seus destinatários, sendo, portanto, a abertura à participação o elemento a justificar a atividade normativa das agências reguladoras independentes.

O estudo será conduzido com suporte na teoria deliberativa de Habermas fomentada pela faceta participativa da democracia, ambas constituindo novas bases de legitimação da Administração Pública que ultrapassa a legalidade normativa formal.

Os fundamentos teóricos alicerçarão a pesquisa que promoverá o levantamento bibliográfico – constituído principalmente por livros, artigos científicos, teses, dissertações, documentos, dentre outros – com a finalidade de apresentar conceitos e normas gerais lançando compreensão panorâmica a ser testada em confronto com as hipóteses apresentadas, por meio do método hipotético-dedutivo.

² Audiências públicas, consultas públicas e câmaras técnicas.

A pesquisa será do tipo quantitativa e qualitativa uma vez que a base de dados será construída a partir das informações sobre as consultas públicas disponibilizadas no sítio eletrônico da ANS.

A fonte principal de consulta consiste na legislação brasileira e nas consultas públicas realizadas pela ANS, ambas relacionadas direta ou indiretamente com o tema-problema, além das obras de autores da área da filosofia, do direito, da ciência política e afins.

O objetivo geral da pesquisa é analisar e indicar um diagnóstico da real participação da sociedade civil nas consultas públicas realizadas pela ANS.

Como objetivos específicos busca-se descrever a evolução do comportamento da Administração Pública frente aos paradigmas de Estado e à passagem da Constituição para o centro do ordenamento jurídico; apontar os principais instrumentos de participação popular na Administração Pública que buscam concretizar os princípios de um Estado Democrático “Participativo” de Direito; narrar o contexto das reformas administrativas, descrevendo as circunstâncias de implantação das agências reguladoras; demonstrar a dinâmica do processo de consulta pública realizado pela ANS; avaliar a participação da sociedade civil nos processos de consultas públicas da ANS.

A pesquisa será dividida em cinco partes que coincidem com os capítulos seguintes. A primeira parte será dedicada à descrição da evolução das formas de organização e atuação da Administração Pública no contexto dos paradigmas de Estado. A segunda parte tratará das reformas administrativas, bem como do contexto de surgimento das agências reguladoras. A terceira fará uma abordagem dos objetivos e finalidades da ANS, além de individualizar os instrumentos de participação popular previstos em seus regulamentos. A quarta parte será destinada à análise das consultas públicas realizadas pela ANS.

Por fim, a quinta parte será reservada à apresentação das considerações finais do trabalho, almejando responder à hipótese – refutando ou confirmando – apresentada nesta introdução.

2 POR UMA RELEITURA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ADEQUADA AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS PARADIGMAS DO DIREITO

Objetivando traçar as diretrizes de evolução das formas de atuação da Administração Pública, serão apresentados a seguir os modelos de Estado ao longo da história e a forma como eles repercutiram no desempenho da respectiva Administração Pública.

Conforme magistério de Odete Medauar (2015, p. 43), se Administração Pública³ integra a organização estatal e centraliza-se na disciplina do direito administrativo, indiscutível que o modo de ser e de atuar do Estado e seus valores reflitam na configuração dos conceitos e institutos desse ramo do direito.

As raízes do Direito Administrativo e seus fundamentos o vinculam, sobretudo, ao Estado liberal clássico do século XIX⁴. Daí a importância de se iniciar os estudos a partir desse modelo, de modo a pontuar as mudanças e transformações ocorridas ao longo do tempo.

Como ferramenta de análise, a ideia de paradigma, tal como defendida por Thomas Kuhn no livro “A estrutura das revoluções científicas” (1962), apresenta grandes vantagens metodológicas, uma vez que dispensa a pesquisa de recorrer a ampla historiografia da disciplina do Direito Administrativo, permitindo focar nos pontos-chaves de certas visões de mundo e suas mudanças. Para Kuhn (2000), não há possibilidade de sair de um paradigma, ele pode sofrer mudanças gradativas, rompendo com o pensamento hegemônico anterior, e criando novo horizonte de percepções consensualmente aceito em sociedade.

No entendimento de Menelick de Carvalho Netto (2001, p. 74), paradigma seria pré-compreensões que integram o pano de fundo da linguagem, um “pano de fundo compartilhado de silêncio” decorrente de uma “[...] gramática de práticas

³ Adota-se o sentido lato e funcional de Administração Pública, definido por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2000, p. 17) nos seguintes termos: “[...] a gestão de interesses gerais constitucionalmente cometida às organizações políticas”.

⁴ É corrente na literatura a menção à *Lei* de 28 do *pluviose* do ano VIII editada em 1800, como certidão de nascimento do Direito Administrativo. No entanto, há divergências que podem ser observadas nas lições de: Odete Medauar (2003, p. 16-23) e Gustavo Binbenjy (2008, p. 9-17).

sociais que realizamos todos os dias sem nos apercebemos dela e que molda o nosso próprio modo de olhar”, ou seja, que molda a forma de vermos a realidade.

Segundo Jürgen Habermas (1997b, p.131), “[...] na medida em que funcionam como uma espécie de pano de fundo não temático, os paradigmas jurídicos intervêm na consciência de todos os atores, dos cidadãos e dos clientes, do legislador, da justiça e da administração”. Logo, para compreensão da conformação do Direito Administrativo ao longo de sua construção e, conseqüentemente, a relação entre esferas pública e privada, faz-se necessário transitar pelos paradigmas do direito, de forma a compreender as concepções e mudanças que nortearam a atuação da Administração Pública até o modelo atual do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, recorre-se à classificação proposta por Habermas (1998) que traça três paradigmas desde a formação do direito na modernidade: o direito formal burguês (Estado liberal), Estado social, Estado Democrático de Direito (denominado pelo autor de paradigma procedimental do direito).

2.1.1 A Administração Pública no Estado liberal

O paradigma do direito formal burguês⁵ representa uma superação do absolutismo monárquico⁶, a partir das revoluções liberais do século XVIII⁷, consolidando-se o Estado de Direito⁸ e seus postulados básicos: princípios da legalidade e da separação de funções.

A formação da vontade estatal, em face desse novo modelo, pertencia à burguesia a cuja sombra, em nome do povo, se ocultava interesses parcelados da classe dominante.

Nos dizeres do autor Jorge Reis Novais (1987, p. 51-52) “o pano de fundo” da caracterização liberal do Estado de Direito se constitui a partir da separação

⁵ São diversas as expressões utilizadas pela literatura para designar o Estado liberal (Estado censitário, Estado burguês, *État gendarme*, Estado legislativo, Estado guarda-noturno, Estado neutro). Cf. Odete Medauar (2003, p. 78)

⁶ No regime absolutista o Estado possuía poderes ilimitados, os quais se confundiam com os propósitos do Monarca, não se submetendo à ordem jurídica. Para melhor compreensão do assunto consultar a obra de Maria João Estorninho (1999, p. 23-28)

⁷ Ocorridas na França (1789), Estados Unidos (1786) e Inglaterra (1688 - século XVII).

⁸ João Batista Gomes Moreira (2010, p. 112) sintetiza a evolução para o Estado de Direito em três frentes: a concepção de Estado como pessoa Jurídica distinto do soberano, passando pela teoria do fisco; o princípio da independência dos juízes que inspiraram a resistência das cortes de justiça ao absolutismo; a separação das funções estatais, com supremacia da lei votada por um parlamento constituído via eleição popular.

Estado/sociedade sob três vertentes⁹: separação entre política e economia, em que o Estado se limita a garantir segurança e propriedade, deixando a economia à mercê da autorregulação do mercado; separação entre Estado e moral, segundo a qual a moralidade não é assunto que possa ser resolvido pela coação externa ou assumido pelo Estado, mas apenas pela consciência autônoma do indivíduo; separação entre Estado e sociedade civil, em que esta última seria o local onde coexistem esferas morais e econômicas dos indivíduos, relativamente às quais o Estado deve garantir a paz social que permita o desenvolvimento da sociedade conforme seus próprios interesses.

Logo, o Estado deveria se abster de interferir na economia, moral e sociedade, a fim de que fossem respeitados e garantidos os direitos fundamentais, tais como, liberdade de consciência, liberdade pessoal, inviolabilidade de domicílio, sigilo da correspondência, propriedade privada.

Identificado pela supremacia da lei, divisão de poderes (legislativo, executivo e judiciário) e garantia de direitos e liberdades individuais aos cidadãos (DIAS, 2003, p. 136-137), o Estado liberal atuava de forma essencialmente negativa, intervindo no âmbito privado apenas para garantir liberdade, propriedade e igualdade formal dos indivíduos, enquanto que, a economia capitalista produziria riquezas que iriam financiar o Estado através de impostos.

Nesse contexto, Poder Legislativo encontrava-se em posição privilegiada em relação aos demais poderes, uma vez que, ao Parlamento, “[...] caberia o primado na elaboração das normas jurídicas, que não só limitariam como preordenariam a atuação dos órgãos administrativos” (BINENBOJM, 2008, p. 10). Assim, a atuação dos Poderes Executivo e Judiciário estaria restrita às determinações legais.

Por conseguinte, atuando o Poder Executivo como cumpridor da lei votada pelo Parlamento, a Administração surge como instrumento de execução dessa mesma lei, sem vontade própria, subordinada e limitada (MEDAUAR, 2003, p.124).

Na análise de Maria Tereza Fonseca Dias:

Nessa fase de surgimento do Direito Administrativo, diversos instrumentos da ação administrativa consolidam-se no sentido de manter a referida autoridade de sua ação. Destacam-se, nesse contexto, as noções de poder de polícia; cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos; insindicabilidade dos atos da administração pública pelo Poder Judiciário – em virtude do princípio da separação de poderes – e a consequente

⁹ Referida ideologia nos é apresentada pelo referido autor, que faz uma correlação às posições dos autores Adam Smith, Kant e Humboldt, respectivamente.

amplitude do poder discricionário; a criação da jurisdição administrativa, visando exatamente preservar o referido poder; prática de poderes extroversos conferidos à Administração, como o da intervenção na propriedade privada por intermédio, por exemplo, da desapropriação por utilidade pública, necessidade pública ou interesse social; bem como diversidade no tratamento das relações entre servidores públicos e os trabalhadores. (DIAS, 2008, p. 471-472).

Diante das prerrogativas da Administração Pública, os administrados¹⁰ não possuíam voz ativa, havia uma evidente separação entre esferas pública e privada que predominou ao longo do século XIX. “Embora todo o ideário axiológico norteador das instituições estatais do século XIX valorizasse o indivíduo e seus direitos, o tipo de Administração decorrente manteve o indivíduo na condição de *súdito*” (MEDAUAR, 2003, p.126). E continua a autora:

[...] um administrado-súdito, um deficiente jurídico, ante as recusas da Administração: recusa de indicar os motivos de suas decisões, recusa de responder requerimentos, recusa de dar vista a documentos administrativos, recusa de executar ordens de pagamento, recusa de editar textos necessários à aplicação das leis; o segredo público era regra nessa Administração de soberania e de comando. (MEDAUAR, 2003, p.126).

Nota-se, pois, uma nítida divisão: de um lado os administrados, destinatários nas normas e atividades administrativas, atuando sempre que não houvesse vedação expressa na lei e, de outro, a Administração Pública, dotada de prerrogativas e responsável por fazer aquilo que a lei lhe outorgasse.

Percebe-se, ainda, neste modelo de Estado, o início de uma Administração burocrática como decorrência do princípio da legalidade e como alternativa mais viável e compatível com os interesses das elites detentoras do capital. Esse tipo de Administração foi adotado como solução aos principais problemas de corrupção e nepotismo fixados no contexto do patrimonialismo absolutista¹¹.

Nas lições de Helena Colodetti G. Silveira (2009, p. 27), o Estado moderno capitalista é organizado por uma burocracia de agentes especializados e comandado por uma autoridade secular, que retira sua legitimidade do direito positivado, o qual

¹⁰ Neste contexto, a nomenclatura “administrado” é utilizada para caracterizar a condição de passividade do sujeito em face da Administração forte e autoritária, reforçando a ausência de interlocução entre sociedades política e civil.

¹¹ Tem-se a ideia de que a Administração burocrática, vinculada à legalidade e com ênfase nos controles e processos, poderia resolver os problemas de corrupção e nepotismo advindos do modelo patrimonialista. No entanto os controles burocráticos se mostram insuficientes diante das tentações que o poder provoca àqueles que exercem os altos cargos.

coordena as ações sociais pelo uso da dominação política¹². A sociedade constitui uma instituição de classes estratificadas, segundo o lugar que o sujeito ocupa no sistema de produção: dono dos meios de produção ou da força de trabalho. A empresa capitalista, por sua vez, é a instituição regulada de maneira não-política pelo mercado.

Em suma, no Estado liberal de direito a Administração Pública apresentava-se unitária, uniforme, monocrática, centralizada. Ao Estado mínimo correspondia uma Administração mínima e uma burocracia protetora da economia capitalista.

Eva Daroca compendia a regulação jurídico-administrativa liberal nos seguintes termos:

Em definitivo, o ordenamento jurídico-administrativo liberal é composto fundamentalmente de normas de caráter abstrato e geral que têm por finalidade o estabelecimento, conservação, ou restabelecimento das condições de liberdade, propriedade, e segurança necessárias para o funcionamento da economia de mercado, e a preservação da atuação espontânea dos indivíduos que a compõem como via para a consecução do bem estar social. (DAROCA, 1999, p.41).

Essa concepção de intervenção mínima do Estado e da Administração, sob a ideologia de que o mercado, por si só, seria capaz de gerar justiça, não se sustentou ante o acirramento da exploração capitalista do proletariado e com ela as lutas de classe, o que culminou no aumento de relações sociais díspares¹³ que resultaram em desemprego e desigualdades, assolando grande parte da população mundial. Sintetizando os fatores que resultaram na queda do paradigma liberal, esclarece Odete Medauar:

O Estado foi mudando, como resultado de processo que tem início em fins do século XIX e se acentua na segunda metade do século XX. Alguns fatores vêm citados com mais frequência, na doutrina, como responsáveis pelas transformações havidas nesse período. Assim, a extensão do sufrágio, que, de censitário e restrito, passou a universal, acarretou a ampliação das condições de elegibilidade aos cargos políticos e, por conseguinte, a formação dos partidos políticos modernos, ou seja, dos partidos caracterizados por uma ideologia e por uma organização estável. Os sindicatos adquiriram força de pressão sobre o Estado. Por influência das ideias e dos partidos socialistas reivindicava-se intensamente que a igualdade formal se tornasse real, que as liberdades afirmadas nos textos constitucionais tivessem efetividade, que houvesse justiça social, que se assegurasse o suficiente para as necessidades básicas da vida. Na Europa, em fins do século XIX, começaram a ser editadas leis de proteção social: de início, normas sobre acidente de trabalho, [...] depois leis de seguro-doença,

¹² “[...] ao contrário das sociedades tradicionais, é uma dominação, via de regra, despersonalizada, isto é, exercida no bojo de um aparato estatal que confere ao líder o ‘lugar’ de uma instituição, um cargo, e não a personalidade do domínio por relações de parentesco” (SILVEIRA, 2009, p. 27).

¹³ Tendo em vista que a burguesia não pretendeu estender direitos fundamentais a toda sociedade civil, mas somente àquela classe detentora de poder econômico.

assistência à velhice, invalidez, desemprego e sistema obrigatório de aposentadorias [...].

Outros fatores são comumente apontados: atuação do Estado nas situações de crise econômica, como por exemplo a crise de 1929; atuação do Estado nos períodos de Guerra (1ª e 2ª), e pós-guerra, para enfrentar as situações de desagregação econômica típicas de tais épocas; a transferência progressiva da população das zonas rurais para as urbanas, com o surgimento das grandes metrópoles e problemas de convivência de massas humanas; o alto grau de desenvolvimento científico e tecnológico, com reflexos nos padrões de saúde, higiene, instrução, informação e conforto pessoal da coletividade. (MEDAUAR, 2003, p.83).

Com o propósito de amenizar tal crise, o Estado social se estabelece sob uma nova forma de organização e atuação.

2.1.2 A Administração Pública no Estado social

O paradigma do Estado social¹⁴ resulta, basicamente, das consequências sociais e econômicas advindas do Estado liberal que se resumem em: exploração do homem e acumulação de capital, advindos do excesso de capitalismo selvagem. Na primeira metade do século XX, após as I e II Guerras Mundiais e a crise econômica de 1929, consolidou-se, na grande maioria dos países¹⁵, a prática do intervencionismo estatal na economia para superar as crises de acumulação capitalista e apaziguar as lutas de classe (SILVEIRA, 2009).

Ou seja, a ideologia protetiva do mercado perde espaço, dando lugar à ideologia da intervenção burocrática¹⁶. E “[...] essa troca das estratégias de ocultação do poder [...] alavanca o Estado intervencionista como fonte de resolução de contingências” (SILVEIRA, 2009, p. 51).

¹⁴ Também há diversas expressões utilizadas pela literatura para designar o Estado social (Estado intervencionista, Estado-providência, Estado de bem-estar, Estado assistencial, Estado pluriclasse, *Welfare State*). Cf. Odete Medauar (2003, p. 84)

¹⁵ De acordo com Marcos Augusto Perez (2004, p. 40) “Pode-se afirmar que o Estado de bem-estar atingiu seus objetivos (ou, ao menos, boa parte deles) somente nos chamados países de primeiro mundo, nas regiões mais industrializadas do planeta. Mas não é menos certo reconhecer que o modelo intervencionista de atuação do Estado na economia, embora não lograsse os mesmos resultados satisfatórios de sua aplicação nos países economicamente mais desenvolvidos, radicou-se na grande maioria dos países do globo, resultando no que hoje muitas vezes costuma-se chamar de ‘sobrecarga’ da Administração Pública”

¹⁶ “Todavia, essa inversão no protagonismo da coordenação das ações sociais não significa que a defesa do modo de produção capitalista tenha saído da mesa de jogo. A questão foi justamente o contrário. O Estado social não somente chamou para si a responsabilidade de regular o mercado prevenindo e solucionando crises, como resolveu os problemas de legitimação das ações econômicas e políticas, libertando ambas das restrições impostas pelos contextos concretos do mundo da vida. E a maneira encontrada para uma legitimação sem substância normativa foi a instrumentalização das democracias de massas” (SILVEIRA, 2009, p. 51).

Se o mercado não consegue resolver sozinho todos os imprevistos de uma economia capitalista, o Estado assume parte do ônus que obstaculizava o processo de acumulação de capital, como, concessão de direitos sociais às massas e regulação das relações de trabalho.

Ou seja, tradicionais concepções negativas dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade são redefinidas e substituídas, pela atuação positiva e prestativa do Estado como forma de mediar as relações entre o capital e o trabalho mediante a redistribuição de riquezas e concessão de direitos sociais.

O Estado passa da posição de repouso e inação para uma posição interventiva e prestacional. Para Maria João Estorninho (1999, p.37), uma das principais características desse modelo de Estado é a ampliação das funções da Administração Pública, não apenas o intervencionismo econômico, como também sua atuação nos setores cultural e social; sendo que, ao contrário do liberalismo, em que se defende a não intervenção do Estado, agora, passa-se a exigir essa intervenção “[...] como instrumento de realização da felicidade individual”.

Os direitos fundamentais não são mais vistos como *status negativus* (direito de defesa do cidadão frente à autoridade), mas sim, como *status positivus* (direito à prestação por parte do Estado) (DIAS, 2003, p.142-143).

Daroca (1999, p.50) identificou três perspectivas de atuação do Estado social, o qual passou a ser: interventivo e estruturador, prestacional e empresário. A primeira está relacionada à função de redistribuir riqueza e regular as relações jurídicas, com finalidade de compensar a posição desfavorável de uma das partes, como, por exemplo, determinando regras de proteção às relações de trabalho; a segunda diz respeito à necessidade de gerir e prestar diretamente serviços públicos indispensáveis à coletividade, como, educação, saúde, saneamento, transporte; por fim, a terceira perspectiva se dirige à atuação estatal na criação de pessoas jurídicas de direito privado para o desempenho de atividades ligadas ao interesse público.

Essa expansão de atuação do Estado em diversos setores, conseqüentemente, leva à ampliação das funções da Administração Pública que passa a assumir novos papéis, tornando-se fundamental à coletividade. A concepção de Administração unificada, mera executora da lei, típica do século XIX, aos poucos passou a influenciar a tomada de decisões de relevo, como por

exemplo, regulando o mercado, promovendo políticas públicas, prevenindo e solucionando crises.

Isso reduz a força do Parlamento (mais lento e menos especializado), de modo que o Poder Executivo se fortalece frente ao Legislativo, tendo em vista que o próprio direito passou a ser estruturado na linguagem de políticas públicas, voltadas à satisfação material, com objetivo de aumentar a qualidade de vida do cidadão e, conseqüentemente, obter sua satisfação com o sistema administrativo¹⁷.

Apaziguados como clientes do Estado, os cidadãos não contestam as disparidades existentes em suas formas de vida, uma vez que devem corresponder com lealdade as benesses que recebem, sob pena de perdê-las. Para o Estado, o cidadão-cliente é aquele que “[...] demanda dinheiro e tempo, mas dá em troca sua fidelidade no momento das eleições, e por isso deve ser atendido no limite das suas capacidades materiais” (SILVEIRA, 2009, p. 58). Dessa forma, a visão ilusória de ampliação de cidadania inibe uma possível reivindicação para alterações substanciais na estrutura estatal, cujo cerne decisório se encontra infenso ao controle social.

A superação do modelo liberal também levou à obrigatória reavaliação da ideia de separação Estado-sociedade ou esferas pública e privada. Esta ideia pode ser traduzida no que Novais (1987, p.189) denomina de *estadualização da sociedade e recíproca socialização do Estado*, e no que Estorninho (1999, p. 39) denomina de *interpenetração entre Estado e sociedade*.

Constatado o perecimento da crença na autossuficiência da esfera social frente à exploração do mercado capitalista, percebe-se a necessidade de alteração radical na forma de conceber as relações entre Estado e sociedade, que se traduz numa nova configuração da esfera de autonomia individual em que, ao lado dos direitos e liberdades clássicas, avultam, agora, os chamados direitos sociais indissociáveis das correspondentes prestações do Estado. Ademais, oferece-se ao público ampliado de cidadãos uma participação política restrita, em que os cidadãos elegem seus líderes, mas não participam da sua gestão.

¹⁷ “Os cidadãos são agraciados com políticas públicas de distribuição de tempo e dinheiro: menores jornadas de trabalho, condições mínimas de segurança e salubridade, instituições públicas para atendimento às demandas de saúde e educação, previdência e sistema de assistência contra o desemprego, fomento para plena ocupação da população economicamente ativa, política fiscal distributiva etc. Também aos cidadãos são atribuídos os respectivos direitos às políticas sociais acima elencadas: direito à saúde, educação, previdência, direitos trabalhistas, vg, muitos deles previstos constitucionalmente” (SILVEIRA, 2009, p. 57).

A relação entre autonomia pública e privada não poderia ser de oposição, mas sim, “[...] como um complexo de interferências recíprocas” (DIAS, 2003, p.144). Habermas (1998, p.396) chega a tal conclusão, pelo fato de que, após o advento da Constituição de Weimar¹⁸ “[...] não era mais possível contrapor o direito privado como o reino da liberdade individual ao direito público como âmbito no qual a coerção estatal tem curso”¹⁹.

No Estado social a esfera pública²⁰ se confunde com a própria noção de Estado, no qual se concentra um crescente poder normativo e regulador. No entanto, verifica-se um paradoxo uma vez que, a regulação diretamente efetivada pelo poder público aos variados setores, em vista da garantia de igualdade, resulta em soluções burocráticas que afastam o cidadão, submetendo-o à obediência passiva em substituição da mobilização ativa²¹.

Ou seja, adotou-se definitivamente o modelo burocrático de Administração, no qual predomina a forma de legitimação legal. Nesse sentido, Taciana Mara Corrêa Maia:

O princípio da legalidade assumiu, no caráter mais ambicioso de submissão da Administração ao Direito, a mesma intenção material de evitar o arbítrio que presidira à relevância do princípio no Estado Liberal. É essa intenção que justifica, no Estado Social de Direito, as tendências convergentes para o estabelecimento do princípio da reserva total de lei, a extensão da reserva de lei à área da Administração constitutiva, a redução da discricionariedade da Administração aos limites demarcados pela lei e a sindicabilidade judicial da Administração não só por regras, mas também pelos princípios gerais de direito. (MAIA, 2009, p. 25).

Ocorre que, esse alegado “excesso de normas” traduz-se, na verdade, no uso do direito como meio de controle social, fenômeno este denominado por Silveira (2009, p. 62) de juridificação. Isto é, além de tratar de quase todos os aspectos da

¹⁸ Vale ressaltar que o modelo de Estado social foi configurado originariamente nas constituições mexicana em 1917 e de Weimar em 1919 e retomado posteriormente em várias constituições do segundo pós-guerra (NOVAIS, 1987, p. 188).

¹⁹ “*But only with the establishment of the Weimar Republic did the political bases for the assumed autarky of private Law finally disappear. It was then no longer possible ‘to contrast private law as the realm of individual freedom with public law as the field in which state coercion has effect’*” (HABERMAS, 1998, p.396)

²⁰ Para Habermas (1997b, p. 92), esses espaços constituem locais de interação cara a cara distinto do Estado, descritos “[...] como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões”. Nestes espaços, os indivíduos (mulheres, negros, trabalhadores, minorias raciais) interagem uns com os outros, debatem as decisões tomadas pelas autoridades políticas, discutem o conteúdo moral das diferentes relações existentes no nível da sociedade e apresentam demandas ao Estado (AVRITZER, 2000, p. 26).

²¹ Para Estorninho (1999, p. 39), o alargamento desmesurado das tarefas administrativas representa um risco agravado e permanente de interferência na esfera dos cidadãos, pelo que se compreende a importância vital que assume o tema das garantias do particular.

vida pública e privada, o sistema jurídico, no Estado social, assume uma pauta interventora sobre a sociedade civil, não poupando nem temas como planejamento familiar e educação dos filhos:

Aspectos da formação familiar transformam-se em questão de disciplina legal e administração tecnocrática. Se antes as deliberações familiares sobre o número de filhos e tipo de educação apenas levavam em conta a história de vida do casal, suas relações sociais e personalidades, no Estado de bem-estar, os valores eleitos pela burocracia e apoiados em programas de incentivo monetário ou de mais tempo livre, capazes de serem administrativamente implementados, correm por fora e pesam na hora da decisão: garantia de creche para até determinado número de filhos, compensações financeiras para maiores ou menores famílias, programas públicos de esterilização, ilustram a infiltração sistêmica em domínios comunicativos típicos. (SILVEIRA, 2009, p. 68).

Ademais, muitos dos programas de distribuição se amparam em normas dirigidas a um público específico²² com a finalidade concebida tecnocraticamente para obter legitimação (SILVEIRA, 2009, p. 67). Ou seja, a pauta interventiva tinha demandas específicas determinadas unilateralmente pelo Estado. As reivindicações advindas de grupos marginais da sociedade civil não tinham espaço, e foram alijadas do projeto civilizatório oficial.

Os direitos sociais aparecem como concessões outorgadas *ex principis* por razões de oportunismo político e com objetivo de neutralizar as crescentes demandas sociais, e não, como conquistas obtidas mediante participação dos próprios interesses coletivos (PISARELLO, 2001, p. 82-83)²³.

Enquanto o intervencionismo estatal obtém êxito (crescimento econômico após segunda guerra, aumento de renda e arrecadação fiscal), sua estabilidade está garantida; mas, quando algum percalço²⁴ afeta um setor importante para manutenção dessa estabilidade, as bases de sustentação da ideologia tecnocrática começam a ruir.

²² Exemplos citados pela autora: redução do período contributivo para determinada categoria de trabalhadores em virtude das peculiaridades profissionais, programas de inserção de jovens no mercado de trabalho, auxílio desemprego por maior período para regiões atingidas por calamidades públicas.

²³ Para um estudo mais aprofundado acerca do Estado social autoritário, conferir: Geraldo Pisarello (2001).

²⁴ “Os choques de petróleo no início e fim da década de 1970, e, por conseguinte, o aumento dos preços de uma *commoditie* com tanto impacto nos custos operacionais da empresa capitalista, e a necessidade dos Estados intervencionistas amenizarem às suas expensas (ainda que parcialmente) os custos dos derivados para o consumidor final, apenas exemplifica um fator de contingência que a racionalidade estratégica dos sistemas não conseguiu prevenir nem debelar a contento. Diminuição das margens de lucro, dos níveis e perfil de consumo e renda, das taxas de emprego, na virada para a década de 1980, colocou o Estado Social sob mais um impasse” (SILVEIRA, 2009, p. 66).

A partir do momento em que o Estado reduz o assistencialismo, efetuando corte de gastos e corte de concessão de benesses materiais ao cidadão-cliente, com vistas a poupar a empresa capitalista, a consequência deságua no rompimento do pacto de lealdade desses clientes que perdem, sobremaneira, qualidade de vida.

A crise do aparato assistencialista conjugada com a quebra do pacto de lealdade entre cidadão e Estado e com a existência de grupos de cidadãos “marginais” (não inseridos no esquema de distribuição), trouxe a percepção de que a “[...] legitimação do Estado social carecia de inclusão democrática, não quanto a concessões de título de eleitor, mas à visibilidade dos pleitos políticos que extrapolavam as lógicas sistêmicas do dinheiro e poder” (SILVEIRA, 2009, p. 67).

Percebe-se que o tradicional sistema legislativo de produção do direito só funciona bem quando os interesses gerais abrangidos pela lei se resumiam ao interesse de grupos minoritários dominantes nas sociedades modernas. No momento em que essas sociedades crescem e se diversificam, os interesses se setorializam²⁵, se pluralizam e se fragmentam, sendo que o legislador (não obstante a inflação legislativa) não consegue atender esses novos interesses gerais. Tal fato ocasiona um *déficit* de legitimação política e, via de consequência, jurídica, decorrente de uma crise de valores e de confiança.

Especificamente em relação ao Direito Administrativo, Medauar sustenta que:

Em fins da década de 80 do século XX registra-se uma crise generalizada da gestão pública; apesar da especificidade administrativa de cada país, os problemas são os mesmos; as críticas à Administração tornam-se unânimes em países diferentes. (MEDAUAR, 2003, p. 129).

Desta feita, a crise do Estado Social no começo da década de 80 do século XX contribuiu para formação de várias tendências no campo doutrinário, relacionadas à Administração Pública, como: maior proximidade com a população, privatização de entidades e da relação de emprego, predomínio da publicidade sobre o segredo, maior uso do direito privado, redução das atuações com poder de império, aumento dos módulos convencionais ou de formas contratuais na solução

²⁵ Dias (2003, p. 34-35) relaciona a crise do direito moderno com a crise do paradigma materializado do Estado social, fazendo surgir o que se denomina por antimodernidade. “Como antimodernidade o novo direito não é visto como uma ordem absoluta, mas relativa. Saindo do universo das certezas, ele se esforça em apreender a hipercomplexidade do real. Os pilares para um novo paradigma do direito são, pois: complexidade (dos mecanismos de produção do direito e das modalidades de articulação das normas jurídicas); e flexibilidade (do conteúdo das normas e de seus processos de adaptação local). Essas duas dimensões explicam os pontos de ruptura do direito ‘pós-moderno’ com o direito da modernidade: à unidade, opõe-se o pluralismo; à hierarquia a diversidade; à coação, a regulação e a emancipação; à estabilidade, a adaptabilidade.”

de problemas, maior preocupação com o resultado, desregulamentação, atuação policêntrica (MEDAUAR, 2003, p.131).

Para esta pesquisa, é importante ressaltar as críticas que destacavam a falta de efetiva participação democrática da cidadania na gestão do Estado providência.

Habermas (1998) conclui que o paradigma do direito materializado no Estado social não garante a autonomia pública de seus cidadãos, razão pela qual propõe a construção de uma procedimentalidade na formação do direito, como forma de legitimar a ordem jurídica e política, como será desenvolvido a seguir.

2.1.3 A Administração Pública no Estado Democrático de Direito: construindo um paradigma procedimental do Direito

Como visto, do ponto de vista da Administração Pública a crise do paradigma do direito materializado do Estado social foi conferida a diversas causas, tais como: crescimento do Estado que abocanha a esfera pública e, conseqüentemente, sobrecarrega as funções desempenhadas pela Administração, aperfeiçoamento da burocracia, crise política e econômica que deságuam na perda de legitimidade estatal via compensações materiais.

A proposta para superar o autoritarismo, sem abrir mão das conquistas sociais seria, na concepção de vários autores²⁶, o Estado Democrático de Direito²⁷. Ou seja, trata-se de um novo modelo de Estado que colaciona preceitos dos modelos liberal e social.

O Estado, sem deixar de ser Estado de Direito, defensor das liberdades individuais, sem deixar de ser Estado Social, pretende ser Estado Democrático. Nos ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1993), o Estado Democrático de Direito dá ensejo a uma terceira fase da evolução da Administração Pública (pós Administração no Estado liberal e no Estado social) na qual a participação do administrado se dá mediante atuação direta na sua gestão e controle²⁸.

²⁶ Como por exemplo: Dias (2003, p.151) e Moreira (2010, p.129).

²⁷ Considera-se que ainda está em curso a consolidação desse paradigma.

²⁸ Como propõe a autora (1993, p. 32): "É nesse sentido que a participação popular é uma característica essencial do Estado de Direito Democrático, porque ela aproxima mais o particular da Administração, diminuindo ainda mais as barreiras entre o Estado e a sociedade". E arremata nos seguintes termos (1993, p. 38): "A participação popular na gestão e no controle da Administração Pública constitui o dado essencial que distingue o Estado de Direito Democrático do Estado de Direito Social. Corresponde às aspiração do indivíduo de participar, quer pela via administrativa, quer pela

O componente Democrático traz à mente a ideia de soberania popular que impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, que transpõe o limiar da eleição de representantes políticos, para influenciar também no modo de tomada de decisão dos eleitos²⁹. “Deve haver, portanto, a presença do elemento popular na formação da vontade do Estado e da Administração Pública” (DIAS, 2003, p.151). E continua a autora:

A esfera pública, nesse sentido, não pode mais se confundir com a esfera estatal, mas deve consistir numa estrutura intermediária entre o sistema político, por um lado, e os setores privados do mundo da vida e os sistemas funcionais, por outro, segundo a perspectiva da teoria habermasiana. Essa nova conformação da esfera pública é dada no intuito de substituir a autonomia privada do indivíduo pela autonomia social dos participantes nos procedimentos. (DIAS, 2003, p.151).

Logo, em um cenário complexo, permeado por uma sociedade pluralista e multicultural, este novo paradigma busca reconstruir a ideia de sociedade civil e Estado, ao visar à complementaridade dos espaços público e privado. Nesse contexto, o público não se resume ao Estado, o mercado não mais pode ser presumido como manifestação sempre privada e, no ambiente social, não seria mais admissível a primazia do público em detrimento do privado (e vice-versa).

Ocorre que, essa participação estatal dos indivíduos por meio de uma racionalidade específica, que lhes permitam ser, além de destinatários, também coautores da ordem jurídica autônoma, somente é possível no seio da teoria discursiva do direito e da democracia proposta por Jürgen Habermas (1997a e 1997b).

De acordo com referida teoria, a legitimação do direito passa pela adesão dos cidadãos aos procedimentos de sua criação. Atualizando a teoria kantiana do agir livre moral para sociedades plurais, “[...] onde cada interlocutor assume para si o ônus de obter reconhecimento discursivo das pretensões de validade para as

via judicial, da defesa da imensa gama de interesses públicos que o Estado, sozinho, não pode proteger”.

²⁹ Segundo Moreira (2010, p.135), “[...] inicialmente, a participação restringia-se ao voto censitário. Na concepção francesa, os direitos do homem eram distintos dos direitos do cidadão, estes, na verdade, autênticos privilégios burgueses, porque deles estava excluída a classe operária. Muitos progressos foram alcançados. Destacam-se a extensão do sufrágio, que, de censitário e restrito, passou a universal, a extensão das condições de elegibilidade aos cargos políticos e a formação de partidos políticos modernos, caracterizados por uma ideologia e por uma organização estável. Ao lado dos partidos políticos, outras instituições vieram, como os sindicatos e as associações, para servir de canais de ligação entre a sociedade e o Estado. Mas não é o bastante. A democracia é um exercício de aproximação; de diminuição de intervalos”. Nas palavras de Medauar (2003, p.101) “[...] à preocupação com a democracia de investidora soma-se a preocupação com a democracia de funcionamento ou de operação, expressa nas constituições promulgadas nas décadas de 70 e 80, com reflexos nas formulações clássicas da Administração Pública e do direito administrativo”.

normas que ele pretende fundamentar” (BUSTAMANTE, 2013, p. 106), Habermas propõe condições para que a interação entre sujeitos sobre algo no mundo possa ser considerada autônoma. E, mais ainda, propõe uma forma de institucionalizar esse modelo deliberativo nas próprias regras constitucionais de um Estado e sociedade, organizado a partir de um discurso constitucional.

Habermas propõe um paradigma procedimental deliberativo de democracia formado na ideia de cogestão pública, em que a atividade administrativa deve se pautar no debate público. Para isso, faz-se necessário estabelecer critérios formais (ou procedimentos constitucionais adequados) que digam respeito à inclusão (no discurso) de todos os possíveis afetados pelas interações mediadas comunicativamente (BUSTAMANTE, 2013, p. 112). O ideal de Habermas não se concentra apenas na dimensão simbólica da democracia como processo em que os cidadãos participam da elaboração das leis, mas também no aspecto constitucional como elemento de inclusão da diferença em sociedades plurais.

No Estado Democrático de Direito, os cidadãos seriam titulares de direitos de participação tornando-se parte da vontade pública, não atuando como meros espectadores³⁰. Para a Teoria discursiva do direito e da democracia, os processos comunicativos da formação democrática da opinião e vontade são essenciais para racionalização discursiva das decisões de um governo e Administração vinculados ao direito (HABERMAS, 1997b). Ainda, segundo o autor, o poder comunicativo da opinião pública, segundo processos democráticos, pode, perfeitamente, direcionar o uso do poder administrativo.

Assim, a gestão pública não é exclusiva do Estado, e sim, compartilhada democraticamente com a sociedade, sendo que a procedimentalização se torna imprescindível à participação.

Essa ideia de participação advém da quarta dimensão³¹ de direitos fundamentais, quais sejam, direito à democracia, direito à informação e direito ao

³⁰ Neste ponto, destaca-se a mudança da fonte de legitimação do Direito Administrativo, que, da lei (predominante nos modelos de Estado liberal e social), passa a concentrar-se no processo decisório democratizado, na deliberação coletiva, em que os destinatários da norma tornam-se parte de sua elaboração.

³¹ Optou-se pela terminologia “dimensões” no lugar de “gerações” pelo fato de alguns autores considerarem que este último induz uma sucessão cronológica, supondo a caducidade dos direitos das gerações antecedentes, quando, de fato o que ocorre é: “[...] os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia” (BONAVIDES, 2006, p. 572).

pluralismo (BONAVIDES, 2006, p. 571-572). Segundo tal ideia, a vontade popular não seria formada nem pelo conjunto da reunião dos votos, nos moldes plebiscitários, nem em uma visão do indivíduo moral abstrato. As decisões seriam formadas por intercâmbios de grupos sociais a partir dos *inputs* de conhecimento (ou seja, da carga de ideias trazida desses grupos). Segundo José Joaquim Gomes Canotilho:

O pluralismo, ancorado numa teoria de *inputs* dos grupos é, ao mesmo tempo, uma teoria empírica e uma teoria normativa. Como teoria empírica pretende captar a realidade social e política das democracias ocidentais, nas quais todas as decisões políticas se reconduziriam a interesses veiculados pelos vários grupos sociais. Como teoria normativa — o pluralismo como ideia dirigente — a teoria pluralista pressuporia um sistema político aberto, com ordens de interesses e valores diferenciados e que, tendencialmente, permitiria a todos os grupos a chance de influência efetiva nas decisões políticas. Desta forma, realizar-se-ia a aspiração da distribuição de poderes por vários subsistemas concorrentes, substituindo-se a concorrência liberal de ideias pelo interesse concorrente dos grupos. Ao mesmo tempo, conseguir-se-ia obter uma dimensão igualitária, na medida em que, estando no sistema pluralístico todos os interessados tendencialmente organizados da mesma maneira, todos eles teriam uma quota de influência e mobilização. (CANOTILHO, 1993, p. 403).

A “estatalidade” vem da sociedade e não se sobrepõe a ela de forma autoritária e estrangeira. Ou seja, Estado é sociedade institucionalizada. Sempre poroso à sociabilidade que trabalha não apenas com os *outputs* estatais, mas também com os *inputs* da sociedade.

Diante de uma concepção multifacetada de sociedade, os direitos de quarta dimensão devem direcionar a uma sociedade aberta, em que os princípios democráticos e plurais devem ser mais do que discursos acadêmicos, exigindo-se uma postura jurídica menos positivista. A lei não mais pode ser encarada como uma decisão prévia, simples e acabada, deve-se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *law in public action* (HÄBERLE, 1997, p. 30-31).

No caso brasileiro, a CR/88 define para os três níveis de poder, em especial nos artigos (art.) 1º, 3º e 170³², o compromisso com um Estado Democrático de

³² “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

[...]

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a

Direito, social em sua pretensão, democrático em seus fundamentos. Ao lado do extenso rol de liberdades e direitos fundamentais, apresenta, ainda, uma série de direitos sociais, para os quais o Estado brasileiro não pode fechar os olhos, sob pena de violação à Constituição.

Ademais, o texto constitucional preconiza, como seu valor central, a dignidade da pessoa humana em termos de moradia, alimentação, segurança, saúde, educação, dentre outros, em função dos quais se colocam os deveres do Estado. Na concepção de Onofre Alves Batista Júnior:

[...] o Estado Democrático de Direito (pluralista) só se realiza plenamente, no formato posto pela CRFB/88, se preservar a dignidade da pessoa humana, tomando em consideração todas as suas facetas caracterizadas, em uma sociedade pluralista, por diversos interesses fundamentais. (BATISTA JUNIOR, 2007, p. 35).

A diversidade de interesses da sociedade contemporânea pluralista exige dos indivíduos intensa participação. O progresso dos meios de comunicação e eletrônicos propicia o surgimento de inúmeras modalidades participativas, ampliando a dimensão de esfera pública³³, seja no âmbito legislativo, jurídico ou administrativo. Logo, a democracia participativa deve superar a democracia representativa³⁴, marcando a passagem “[...] do Estado Democrático de Direito representativo para um Estado Democrático de Direito participativo” (BATISTA JUNIOR, 2007, P. 38).

Outrossim, a participação surge como fenômeno de reforço à legitimidade democrática da atividade administrativa, uma vez que não se mostra mais razoável continuar acreditando que a lei possa reger todos os momentos de vida da Administração. Tal questão será aprofundada em tópico posterior do trabalho.

marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[...]

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” (BRASIL, 1988).

³³ Importante considerar como a internet e as redes sociais propiciam o surgimento de novas *ágoras online*, ampliando sobremaneira a dimensão de esfera pública proposta por Habermas (1997b). A expressão *ágoras online* remete-se ao modo de organização política da Grécia Antiga em que a *ágora* (praça pública) representava o local de debate, discussão e participação do cidadão na coisa pública.

³⁴ Tais conceitos de democracia serão desenvolvidos adiante.

Enfim, cada vez mais a Administração Pública do Estado Democrático de Direito deve munir-se para possibilitar a permeabilidade da máquina burocrática à participação dos administrados, favorecendo a aceitabilidade das decisões por todos aqueles que serão, de alguma forma, atingidos por ela.

Em síntese, Batista Júnior (2007, p.45) ratifica a necessidade de participação como decorrência direta do princípio democrático, a partir da ampliação dos canais de comunicação pública e da visão procedimentalista na formação do direito, nos seguintes termos:

A necessidade de participação dos administrados, como decorrência direta do princípio democrático, não pode se limitar às formas de sufrágio, mas, ao contrário, a Administração Pública deve atuar de forma aberta, possibilitando enquetes, consultas, audiências, garantindo o direito dos administrados de apresentarem objeções e reclamações, assegurando o direito de audiência e participação no procedimento administrativo, etc. A possibilidade de participação ampla dos administrados na atuação administrativa é elemento conformador da ordem democrática necessário em todo processo de formação de vontade e decisões. (BATISTA JUNIOR, 2007, p. 45).

Portanto, no modelo de Estado ora debatido, é necessário abandonar a concepção monopolista, autoritária e burocrática de Administração Pública, uma vez que o princípio democrático e demais princípios fundamentais expressos no texto constitucional vigente exercem influência decisiva na definição dos contornos da atividade administrativa. Logo, parece inegável reconhecer que o Direito Administrativo não restou impassível ao constitucionalismo contemporâneo e ao desenvolvimento da participação.

Nessa perspectiva, importa verificar as transformações ocorridas ao longo do desenvolvimento do constitucionalismo e em que medida ele tem contribuído para democratização e legitimação da Administração Pública.

2.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO³⁵ DO DIREITO ADMINISTRATIVO E O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO APLICADO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Direito Constitucional e o Direito Administrativo surgiram com o advento do liberalismo e com objetivo comum: limitar o poder do Estado. No entanto, percorreram trajetórias diversas. Enquanto o Direito Constitucional passou o século

³⁵ A ideia de constitucionalização aqui explorada se traduz na irradiação do conteúdo material e axiológico das normas constitucionais, por todo o sistema jurídico, em especial, no Direito Administrativo.

XIX e a primeira metade do século XX como proclamação retórica de valores e diretrizes políticas, destituído de cogência e normatividade³⁶, o Direito Administrativo, por sua vez, desenvolveu-se como ramo jurídico autônomo e arrebatou a disciplina da Administração Pública³⁷ (BAPTISTA, 2003, p. 36-37).

Contudo, diversos fatores contribuíram para modificação dessa situação de preeminência e para ascensão de “um novo paradigma jurídico” (BINENBOJM, 2008, p. 62), no qual as constituições ganham destaque no sistema normativo. Binenbojm elenca alguns deles:

Por um lado, com a crise do Estado liberal-burguês e advento do *Welfare State*, assistiu-se a um vertiginoso processo de inflação legislativa. O Estado, que antes se ausentava do cenário das relações econômicas e privadas, foi convocado a intervir nessa seara, e assim o fez, dentre outras formas, pela edição de normas jurídicas com frequência cada vez maior. Uma das consequências desta volúpia legiferante foi exatamente a desvalorização da lei. Ademais, a multiplicação das normas jurídicas, que passavam a constituir novos microssistemas normativos, nutridos por valores e objetivos por vezes dissonantes daqueles, de inspiração liberal, acolhidos pelo Código Civil, importou em movimento de descodificação do Direito. Com isso, o Código foi perdendo progressivamente a posição de centralidade que até então desfrutava na ordem jurídica.

Paralelamente a esse fenômeno, a jurisdição constitucional foi se ampliando e fortalecendo em todo o mundo ao longo do século XX, sobretudo após a traumática experiência do nazi-fascismo. (BINENBOJM, 2008, p. 62).

Apresentando-se como um instrumento de afirmação do Estado de Direito, o Direito Constitucional logrou alcançar, no decorrer do século XX, o patamar de disciplina condicionadora e informadora de toda ordem jurídica infraconstitucional³⁸, sendo que, o Direito Administrativo não escapou a essa influência³⁹.

³⁶ Nas lições de Maurizio Fioravanti (2001, p. 137) trata-se de uma Constituição estatal: “*Finalmente, lo que de verdad produce la afirmación de la constitución estatal es, en pocas palabras, la soberanía del Estado, que hace impensable la soberanía de cualquier sujeto político fuera de la constitución, sea el monarca o el mismo pueblo, que sólo en el Estado y en su constitución encuentra orden y forma y, por ello, capacidad de existir en el plano constitucional*”. Ainda de acordo com Bonavides (2006, p. 37) “O liberalismo fez, assim, com o conceito de Constituição aquilo que já fizera com o conceito de soberania nacional: um expediente teórico e abstrato de universalização, nascida de seus princípios e dominada da historicidade de seus interesses concretos”.

³⁷ Na França, a existência de uma jurisdição administrativa dissociada da atuação judicial e o prestígio do Conselho de Estado deu ao Direito Administrativo uma posição privilegiada no direito público, que permaneceu até a II Guerra Mundial. Sobre o assunto, ver Patrícia Baptista (2003, p. 36-37).

³⁸ Há razoável consenso de que o marco inicial do processo de constitucionalização do direito foi estabelecido na Alemanha, sob o regime da Lei Fundamental de 1949 que, aos poucos, influenciou o Direito Civil de forma significativa. Na Itália o processo de constitucionalização do direito iniciou-se apenas na década de 60, consumando-se nos anos 70. Na França o processo ocorreu muito mais tarde e ainda vive uma fase de afirmação. Nos Estados de democratização mais tardia, como Portugal, Espanha e Brasil, a constitucionalização do direito é um processo mais recente, sendo que, especificamente no Brasil, “[...] a partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e

Nesse panorama deve ser incluído outro fator igualmente relevante: a expansão das tarefas das constituições contemporâneas. Inicialmente, as constituições limitavam-se a tratar da estrutura do Estado e consagração dos direitos individuais e políticos. No constitucionalismo contemporâneo (que se constrói a partir do advento do Estado social), as leis fundamentais passam a intervir em novas áreas, não só instituindo direitos de caráter prestacional, como também disciplinando assuntos dantes silenciados, como, ordem econômica, relações familiares e cultura (BINENBOJM, 2008, p. 63).

As novas dimensões de direitos fundamentais incorporadas ao constitucionalismo contemporâneo transformaram as constituições democráticas em ordenamento jurídico fundamental da sociedade, e não apenas do Estado, como na fase liberal. Com efeito, esses direitos fundamentais adquirem, segundo Paulo Bonavides (2006, p. 588) o mérito de “[...] norma objetiva, de validade universal, de conteúdo indeterminado e aberto, e que não pertence nem ao Direito Público, nem ao Direito Privado, mas compõe a abóboda de todo ordenamento jurídico enquanto direito constitucional de cúpula”.

A partir do momento em que adquirem esse mérito, inovações constitucionais se sucedem: a irradiação dos direitos fundamentais a toda esfera do direito privado; a elevação de tais direitos à categoria de princípios, de observância obrigatória e eficácia vinculante para os três Poderes, de forma a servir de inspiração, impulso e diretriz à atividade legiferante, administrativa e jurisdicional; a aplicabilidade direta e eficácia imediata dos direitos fundamentais, os quais perdem o caráter de normas meramente programáticas; o advento de uma nova metodologia interpretativa que aperfeiçoa o método clássico liberal-positivista (subsuntivo) e altera a função técnica do intérprete, tornando-o coparticipante do processo de criação do direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para cláusulas abstratas e genéricas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis através de ponderações.

Esse novo papel das constituições nutre a crise da antiga dicotomia direito público *versus* direito privado, “[...] na medida em que implica na submissão de todos

pela normatividade de seus princípios. [...] Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si, mas também como um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do direito” (BARROSO, 2013, p. 380-390).

³⁹ Hoje, na maioria dos países da tradição jurídica continental, é possível falar na existência de um verdadeiro Direito Constitucional Administrativo (BAPTISTA, 2003, p.56).

os campos da ordem jurídica aos ditames e valores do documento magno” (BINENBOJM, 2008, p. 63).

No Brasil, esse processo de constitucionalização do direito intensifica-se a partir da CR/88⁴⁰ que, como fruto de um movimento de democratização do país pautado na centralidade da dignidade humana e da preservação dos direitos fundamentais, vincula todos os órgãos do Estado, cabendo-lhes não só o dever de abster-se de violá-la, mas também, a obrigação de implementar seus comandos e concretizar seus valores.

A passagem da Constituição para o centro do ordenamento jurídico acarreta grandes mudanças na seara administrativa. Tal fato dá ensejo à releitura de institutos e atuação da Administração Pública, ante a observância de princípios e regras constitucionais.

O tratamento constitucional de aspectos da Administração Pública foi inaugurado com as Cartas italiana e alemã, tendo sido substancialmente ampliado nas constituições espanhola e portuguesa (BINENBOJM, 2008, p. 70). A CR/88 discorre largamente sobre a Administração Pública, trazendo avanços com a previsão expressa de princípios norteadores de sua atuação.

Pondera Ada Pellegrini Grinover que:

A Constituição pátria de 1988 trata de parte considerável da atividade administrativa, no pressuposto de que o caráter democrático do Estado deve influir na configuração da Administração, pois os princípios da democracia não podem se limitar a reger as funções legislativa e jurisdicional, mas devem também informar a função administrativa. (GRINOVER, 1991, p. 11).

A constitucionalização do Direito Administrativo alterou a qualidade das relações entre Administração e sociedade, provocando superação ou reformulação de paradigmas tradicionais⁴¹. Dentre eles é possível destacar: a redefinição da supremacia do interesse público sobre o interesse privado; a vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei; a revisão da noção de discricionariedade administrativa como espaço de livre decisão do administrador.

No tocante à redefinição da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, cumpre ressaltar que a constitucionalização do Direito Administrativo

⁴⁰ Apesar da existência de mecanismos de jurisdição constitucional no país desde a Constituição republicana de 1891, não fazia sentido falar em constitucionalização do direito, uma vez que, as constituições eram inefetivas e mantidas como que para emprestar um suposto verniz de legitimidade ao Estado (BINENBOJM, 2008, p. 66).

⁴¹ Detalhes acerca desse assunto, ver (BINENBOJM, 2008).

ofereceu, em seu lugar, um dever de ponderação proporcional como fator de legitimação do estado Democrático de Direito e princípio reitor da atividade administrativa.

Isso porque o reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais e dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação *a priori* de uma regra de supremacia absoluta do coletivo sobre o individual (BINENBOJM, 2008, p. 104). Para esse autor, não há que se negar a existência do interesse público (conceito jurídico indeterminado por excelência); no entanto, ele comporta uma mistura de interesse difusos da coletividade e interesses individuais e particulares, não havendo prevalência teórica e antecipada de uns sobre os outros (BINENBOJM, 2008, p. 105).

Esse raciocínio ponderativo proposto por Binenbojm (2008) funciona como verdadeiro requisito de legitimidade dos atos administrativos, comprometendo-os, mais objetivamente, à realização dos princípios, valores e aspirações sociais expressos na Constituição.

A revisão da noção de discricionariedade administrativa como espaço de livre decisão do administrador diz respeito à impossibilidade de se vislumbrar uma autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, na medida em que, com a vinculação direta da Administração à Constituição, estabelece-se uma graduação da vinculação dos atos administrativos à juridicidade. Quanto maior o grau de vinculação, menor o grau de controlabilidade judicial desse ato.

Logo, não só a norma incidente ao caso, como também os meios e procedimentos de atuação e a legitimação democrática, também repercutem na intensidade de controle sobre o ato praticado pela Administração. Ou seja, quanto mais ampla e efetiva for a participação da sociedade no procedimento adotado pela Administração (em observância ao princípio constitucional democrático), maior será a legitimação alcançada e, conseqüentemente, menor será a necessidade do controle jurisdicional.

No que tange à vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei, tal postura se assenta na superação do dogma da imprescindibilidade da lei para mediar a relação entre Constituição e Administração Pública⁴².

⁴² “Supera-se, aqui, a ideia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse” (BARROSO, 2008, p. 50).

Conforme já foi dito, o período pós-guerra no século XX assistiu a um processo de desprestígio crescente do legislador, chamado crise da lei por Binenbojm, caracterizado:

[...] pelo desprestígio e descrédito da lei como expressão da vontade geral, pela sua politização crescente ao sabor dos sucessivos governos, pela crise da representação, pelo incremento progressivo da atividade normativa do Poder Executivo e pela proliferação das agências reguladoras independentes. Com efeito, o surgimento do Estado providência criou para a Administração Pública uma série de novas atribuições que não se encontravam expressamente previstas nas leis. Ademais, o aumento significativo do grau de complexidade das relações econômicas e sociais que vieram a demandar a pronta intervenção e ordenação do Estado passaram a não caber dentro da lentidão e generalidade do processo legislativo formal. (BINENBOJM, 2008, p. 35).

A constitucionalização do Direito Administrativo foi a alternativa ao enfraquecimento da lei formal. A Constituição, os princípios e o sistema de direitos fundamentais passaram a ser “[...] o elo de unidade a costurar todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo” (BINENBOJM, 2008, p. 36). Assim, ocorre a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade.

As bases do Direito Administrativo que se mantiveram alheias aos valores democráticos são alteradas e a Constituição deixa de ser mero programa político genérico e passa a ser vista como critério imediato de legitimação da atividade administrativa. A nova principiologia constitucional passa a ocupar posição central na constituição de um Direito Administrativo democrático e comprometido com a realização dos direitos do homem (BINENBOJM, 2008, p. 37).

Portanto, o processo de constitucionalização do ordenamento jurídico faz com que o Direito Administrativo passe por uma verdadeira releitura constitucional, de forma que o princípio democrático deva permear a própria Administração Pública no exercício de suas funções. Conforme assevera Luís Roberto Barroso (2013, p. 63), a democracia enquanto princípio jurídico “[...] dá alma ao Estado constitucional de direito”, transcendendo a ideia de um governo da maioria, é a criação de um governo para todos.

Para Canotilho (1993, p. 414) “[...] a Constituição, ao consagrar o princípio democrático, não se decidiu por uma teoria em abstrato antes procurou uma ordenação normativa para um país e para uma realidade histórica.” Ainda segundo o autor (1993, p. 414-415), assim como o princípio do Estado de Direito, também o princípio democrático é um princípio jurídico-constitucional com dimensões materiais

e organizativo-procedimentais, ou seja, ele aspira a tornar-se o impulso dirigente de uma sociedade.

A democratização do Direito Administrativo se revela, sobretudo, na submissão da Administração aos direitos fundamentais, na garantia de maior participação dos cidadãos nas decisões da Administração e na redução do âmbito de atuação discricionária e arbitrária do administrador.

Com efeito, constata-se a incompatibilidade entre o princípio democrático e o modo unilateral de agir que vinha caracterizando a ação administrativa. Como assevera Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1993, p. 26), não basta mais definir de quem é o poder, mas para que o detém e como vai exercê-lo para atender os mais diversos interesses da sociedade, que cada vez mais se organiza em grupos para reivindicar atenção da Administração Pública.

A complexidade e a heterogeneidade (pluralismo) das sociedades contemporâneas apontam para a insuficiência do monolitismo e elitismo da legitimidade estatal. A participação popular nos processos administrativos, nessa perspectiva, revela-se um importante instrumento de democratização, pois permite uma melhor ponderação pelas autoridades administrativas dos interesses dos particulares, identificando, com maior precisão, os problemas e as diferentes consequências possíveis da futura decisão.

Ademais, conforme será visto, a participação constitui importante fator de legitimidade democrática da atuação da Administração Pública, na medida em que a insuficiência das fórmulas tradicionais de democracia representativa leva à necessidade de revalorização do indivíduo como figura central do Estado, impulsionando o desenvolvimento de uma nova dimensão do fenômeno participativo na sociedade contemporânea.

2.3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ESPAÇO DE CIDADANIA E PARTICIPAÇÃO

Nas últimas décadas do século XX, a insuficiência das fórmulas tradicionais da democracia representativa e a necessidade de revalorização do indivíduo como figura central do Estado impulsionaram o desenvolvimento de um novo modelo de cidadania, em que a promoção da igualdade deve ser simultânea à promoção de um

cidadão “[...] que não seja mero cliente do Estado, mas que também questione a própria lógica da ação estatal e que encontre novas formas de participação nas decisões e novas formas de promoção da igualdade” (NOBRE, 2004, p. 29).

Visto que a concepção hegemônica da democracia liberal, representativa⁴³ não garante mais que uma democracia de baixa intensidade, definida na privatização do bem público por elites mais ou menos restritas, na distância crescente entre representantes e representados e numa inclusão política abstrata feita de exclusão social, surge a necessidade de se buscar alternativas aos limites e impasses criados por tal modelo.

Nesse cenário, a proposta democrático-deliberativa repousa na compreensão de que a democracia não pode mais se restringir à prerrogativa popular de eleger representantes; mais que isso, ela envolve a possibilidade de se deliberar publicamente sobre questões a serem decididas pelos governantes. Assim, a teoria deliberativa passa a questionar a forma como deveria ocorrer a participação no processo político ampliado, sendo que, não basta haver eleições regulamentadas como querem os liberais hegemônicos. Tampouco o conceito de participação deve se restringir a opiniões de maioria sem a concepção de espaços adequados e procedimentos para sua realização.

Segundo Denílson Luís Werle:

A finalidade da deliberação é produzir decisões legítimas, que vinculem todos a partir de razões mutuamente aceitáveis. Ela transforma as preferências e possibilita a mediação dos conflitos. Claro, ninguém em sã consciência diria que a deliberação produz necessariamente acordos unânimes sobre todas as questões. [...]

Na verdade, pode acontecer que a deliberação acabe por exacerbar os conflitos, no sentido de multiplicar os pontos de vista sobre o que está em questão nos conflitos políticos e, com isso, aprofundar as divergências. [...]

A possibilidade de não se chegar a acordos sobre todas as questões é algo que faz parte do próprio exercício da razão prática sob instituições fundamentadas nas ideias de liberdade e igualdade. (WERLE, 2004, p. 138-139).

A legitimidade das deliberações decorre do resultado de um amplo debate público no qual são fornecidas razões para decidir as diferentes posições defendidas pelas mais variadas posições filosóficas, morais, religiosas e, mesmo pragmáticas, pautadas por interesses diversos, num confronto onde se busca sustentar

⁴³ A concepção liberal hegemônica de democracia, que Leonardo Avritzer (2000) denomina “modelo decisionístico”, reduz os espaços efetivos de participação e deliberação públicos e identifica as práticas decisórias apenas como processos de escolha de governantes. O autor paradigmático de tal concepção é o austríaco Joseph Schumpeter, cuja obra “Capitalismo, socialismo e democracia” exerceu grande influência entre os estudiosos contemporâneos da democracia.

argumentos centrados no amplo compartilhamento de ideais por uma adesão racional ao melhor projeto do comum. (SOUZA NETO, 2006, p. 86-87).

Para Iris Marion Young:

O modelo de democracia deliberativa, ao contrário, concebe a democracia como processo que cria público, isto é, cidadãos unindo-se para tratar de objetivos, ideias, ações e problemas coletivos. Os processos democráticos são orientados em torno da discussão do bem público, ao invés da competição pelo bem privado de cada um. Em vez de direcionar do ponto de vista maximizador da utilidade privada, os cidadãos transformam, por meio da deliberação pública, raciocinando juntos sobre a natureza desses fins e sobre os melhores meios de atingi-los. Num diálogo livre e aberto, outros testam e desafiam as afirmações e motivos. Os participantes cuidam de separar os bons motivos dos maus e os argumentos válidos dos inválidos. Os interlocutores dispensam devidamente os maus motivos e os discursos mal-sustentados e ignoram ou dispersam floreios retóricos e acessos de emoção. Ao apresentarem e criticarem reivindicações não descansam enquanto a “força do melhor argumento” não levar a todos a aceitarem uma conclusão. (2001, p. 367-368).

Logo, na democracia deliberativa existe a concepção de individualidade moral no debate público, isto é, a identidade da pessoa influencia na compreensão valorativa do grupo. Consequentemente, há o reconhecimento de cada pessoa pela comunidade de valores que se partilham e herdamos.

Para que a deliberação confira legitimidade ao processo democrático e seus resultados, as razões devem ser discutidas em espaços públicos adequados para esse propósito, e os participantes, inseridos no contexto de liberdade e igualdade, devem influenciar permanentemente, e não apenas no período eleitoral, o processo de tomada de decisões que tem lugar nos fóruns oficiais.

Habermas (1997a, p. 166 ss.), ao elaborar seu modelo de democracia deliberativa, é um dos autores que mais enfatiza a necessidade de se conciliar a soberania popular e o Estado de Direito. Para o autor, a democracia depende de um contexto de liberdade e igualdade que deve ser garantido pelo Estado de Direito⁴⁴.

Assim, deve-se permitir a manifestação livre da vontade dos indivíduos e das minorias⁴⁵ na tomada da decisão política. Por essa razão, o Estado de Direito deve garantir e promover as garantias necessárias para que todos os interessados

⁴⁴ “Se há censura, por exemplo, a crítica fica limitada e os interesses particulares eventualmente ocultos por detrás das propostas políticas não podem ser adequadamente trazidos à luz. Da mesma maneira, se há um grande desequilíbrio entre os participantes do debate público, não há formação discursiva da vontade coletiva, mas manipulação da opinião pública por minorias privilegiadas” (SOUZA NETO, 2006, p. 129).

⁴⁵ Nas palavras de Gustavo Assed Ferreira (FERREIRA, 2007, p. 51) minoria consiste no “conjunto de pessoas que possuem um sentimento de identidade coletiva em torno de aspectos comuns étnicos e/ou culturais, estando em posição de inferioridade numérica e de não-dominância política dentro do Estado que habitam”.

possam participar da deliberação, em igualdade de condições, através da troca de argumentos. No âmbito da deliberação pública, respeitadas as condições procedimentais, os partícipes podem chegar a qualquer resultado, ou seja, não há vontades pré-fixadas e abstratas, e sim, um processo concreto deliberativo.

Numa outra perspectiva, a deliberação pública interfere de forma benéfica nas decisões públicas que passam a ser direcionadas às demandas da maior parte quantitativa da população atingida⁴⁶. Assim, num processo deliberativo, não é necessário afastar a experiência de representação política, mas ampliá-la de forma que os resultados respondam aos desejos e aspirações efetivamente populares e massivas (LEAL, 2006, p. 62).

Logo, a deliberação expande os marcos democráticos para além da representação e uma das formas de fomentá-la advém da democracia participativa.

A perspectiva da democracia participativa contemporânea surge como lema dos movimentos estudantis ocorridos nas décadas de 60 e 70. Difundiu-se pela classe trabalhadora nessas mesmas décadas que reivindicavam mais participação e abertura democrática para os recentes atores políticos que surgiam nas universidades, nas fábricas, nas cidades. A organização e reivindicação desses novos atores por mais oportunidade de participação e interferência em questões políticas reconduziu a participação ao centro das discussões da teoria democrática, em oposição ao modelo hegemônico de democracia (liberal) adotado (MACPHERSON, 1978, p. 97).

Segundo Assis Brandão, a concepção moderna de democracia participativa surge na segunda metade do século XX:

[...] um pouco como força militante dos novos movimentos sociais, um pouco como resultado de uma crítica liberalizante a certa concepção clássica de democracia no campo do marxismo, um pouco como consequência das insatisfações criadas pela percepção dos impasses enfrentados pelo Estado liberal-democrático na —sociedade de mercado possessivoll do século XX. (BRANDÃO, 1997, p. 114).

De acordo com Laura Mendes Amando de Barros (2016, p. 169), a participação cidadã consiste nas práticas políticas e sociais por meio das quais a cidadania busca incidir sobre o público, assumindo diversas formas que vão desde o voto nas eleições e ações coletivas até os mecanismos de consulta, deliberação e decisão participativa.

⁴⁶ Como por exemplo, as experiências com os orçamentos participativos que tem operado mudanças na credibilidade e também na concepção negativa de poder público historicamente construído.

Ainda segundo a autora (2016, p. 169), enquanto os sistemas de democracia representativa contam com grande tradição histórica, os processos democráticos deliberativos e pós-decisionais somente ganham destaque em meados do século XX. A necessidade de compatibilização entre esses dois feixes, a promoção da confluência de todas as formas participativas dissociadas do processo eletivo é que determinou, provavelmente, a origem da expressão “democracia participativa”.

A participação cidadã tem a notável função de transformar um modelo de democracia fraca, restrita aos representantes eleitos, em uma democracia forte, exercida e usufruída por cidadãos ativos, que possam participar da vida política em momentos para além das eleições⁴⁷.

Em outros termos, seu propósito consiste em emprestar mais legitimidade às decisões políticas, sedimentar a soberania popular, em grau mais amplo e intenso do que se dá com o modelo unicamente representativo. Toma por base as noções de soberania popular e autodeterminação⁴⁸ (BARROS, 2016).

Na visão de Denise Cristina Vitale Ramos Mendes (2004, p. 77), os fundamentos do modo participativo se traduzem em um fortalecimento do espaço público e do processo de tomada de decisões coletivas, que se operacionaliza a partir de: aprofundamento democrático, lastreado na cidadania e na necessidade e ampliação do exercício político para além do sistema representativo; relação direta entre maior participação e redução das desigualdades sociais e democracia material; potencial educativo da participação política, capaz de desenvolver capacidades sociais e políticas individuais.

⁴⁷ Benjamin Barber (2003, p. 151) com seu conceito de democracia “forte” (*strong democracy*) é o autor que desenvolve uma das abordagens contemporâneas sobre a necessidade de institucionalização do viés participativo, sob uma crítica incisiva ao modelo democrático liberal o qual denomina democracia “fraca” (*thin democracy*). Barber aposta na dimensão participativa para construção de um sistema que descreve como sendo aquele que dada a ausência de padrões independentes de julgamento, os conflitos são resolvidos através de um contínuo processo participativo, da autolegislação e da criação de uma comunidade política capaz de transformar indivíduos privados dependentes em cidadãos livres, bem como interesses parciais e privados em bens públicos.

⁴⁸ Nesse modelo se define que o eixo central da democracia não deve ser somente a legitimidade das decisões do Governo, senão a soberania popular (intransferível) e o direito à autodeterminação (inalienável). Busca-se que a implicação dos cidadãos seja mais frequente e direta, evitando substituir suas capacidades de decisão pelas de seus representantes. Entende-se que os cidadãos são os melhores conhecedores de seus problemas e, portanto, quando podem tomar parte nas decisões públicas que lhes afeta, o farão com mais eficácia que os técnicos do Governo. [...] O modelo participativo [...] surge como uma resposta ao que se considera ineficácia da democracia representativa em atender às aspirações da sociedade e representar os interesses de setores minoritários ou de menor influência no poder institucional. [...] Assim, nos modelos categorizados como ‘democracias participativas’, os cidadãos são chamados a participar de forma constante na formulação, planificação e/ou gestão de determinadas políticas públicas” (BARROS, 2016, p. 170).

A idealização de mecanismos para operacionalizar a democracia participativa deve ocorrer, em ambos os sentidos: tanto pela estrutura estatal – que deve cumprir sua missão maior de melhor atendimento ao interesse público possível e, portanto, persecução dos ideais de legitimidade e responsividade de sua atuação –, quanto pela iniciativa da própria sociedade mobilizada, cujo amadurecimento político viabilizará, cada vez mais, a clara apresentação e exigência de satisfação de demandas coletivas.

Desse modo, o interesse contido hoje na democracia participativa está intimamente ligado a uma vontade de superar o déficit democrático que marca o sistema representativo. A cédula eleitoral, instrumento de manifestação democrática limitada, jamais poderá traduzir toda a complexidade da opinião dos cidadãos. Os mecanismos de participação cidadã formam a base de um novo pacto entre governantes e governados e reduzirá – apesar da dificuldade – a distância que os separa.

Tenha-se presente que a noção de democracia participativa não exclui a sua modalidade representativa, podendo as duas formas conviver seguramente (o que se mostra desejável):

A ideia não é a substituição do sistema indireto pelo direto, mas a criação de novos espaços de discussão e deliberação política que eliminem, ou ao menos diminuam, os problemas de legitimidade abertos pelo mecanismo representativo, como a distância entre representantes e representados, a falta de transparência, publicidade e *accountability*. [...] Trata-se de um sistema de democracia integral, que combina espaços de participação e deliberação direta com os mecanismos da democracia representativa (sistema de partidos políticos, Parlamento e Poder Executivo), entendendo-os não como sistemas antagônicos, mas compatíveis e complementares. (MENDES, 2004, p. 80-82).

Outro aspecto basilar que deve ser pontuado: os mecanismos participativos devem caminhar em conjunto com as técnicas deliberativas⁴⁹.

São complementares, representando a sua conjugação um caminho para a expansão horizontal da democracia, com a ampliação dos espaços de formação da

⁴⁹ Há autores que entendem pela divergência entre as duas teorias democráticas (deliberativa e participativa), o que impossibilitaria uma relação de mutualidade. Por outro lado, há autores que entendem pela possibilidade de aproximação e interseção entre as duas correntes (ver ALCANTARA, 2014). Barber (2003) se inclui no grupo dos participacionistas deliberativos que defende o papel da deliberação como elemento fundante da democracia participativa, sendo a deliberação fundamental para a construção comum das preferências, por meio da escolha coletiva ocorrida a partir da troca de informações, cooperação e do debate. “O autor considera a deliberação um processo essencial para que a participação seja realmente efetiva, principalmente no sentido de que ela leva ao engajamento para com os outros, fazendo com que os indivíduos percebam que o interesse coletivo e o bem comum devem pautar a construção das preferências, fortalecendo assim a ideia de comunidade” (FERREIRA, 2006, p. 57).

vontade pública e a inclusão das redes informais em sua estrutura (MENDES, 2004, p. 101).

Há, pois, uma relação de mútua sustentação entre as noções de participação e deliberação. A partir do momento em que se admite a influência da população nos rumos a serem tomados e nas opções políticas do Estado, o processo assumirá, invariavelmente, a sistemática de discussões em que as diversas opiniões – típicas de uma sociedade complexa e plural – serão expostas e tomadas em consideração para a adoção do “consenso” final (BARROS, 2016).

A democracia participativa determina uma alteração no conceito de legitimidade, que já não decorre da vontade determinada dos indivíduos considerados individualmente, mas dos processos de formação, de deliberação, nos quais a todos (possivelmente interessados ou afetados pelas decisões políticas) é dado atuar.

Assim, o acordo e o consenso não precedem a deliberação, sendo, antes de tudo, seu resultado. Não mais se exige a unidade de comportamentos; estimula-se, contrariamente, a manifestação das mais variadas posições dissonantes decorrentes dos conflitos sociais e políticos.

Enquanto a faceta participativa da democracia assume um “[...] conteúdo eminentemente material, traduzido na efetiva influência popular nos rumos das políticas públicas”, sua feição deliberativa exprime um “[...] aspecto instrumental, procedimental, correspondente à forma por meio da qual essa participação se dará, com a prolação e tomada em consideração das mais diversas opiniões e posicionamentos expressos na sociedade” (BARROS, 2016, p. 176-177).

Logo, o caminho mais viável para se alcançar o ideal democrático deliberativo constitui-se via arenas discursivas ampliadas, abertas, plurais e livres, onde os indivíduos possam exercer seu direito de discutir demandas, ideias e posições, bem como de contra-argumentar.

Conclui-se, portanto, pelo surgimento de novas bases de legitimação do Estado que ultrapassa a legalidade normativa formal, vinculando sua atuação ao resultado da participação de seus destinatários, pois, salvo melhor juízo, estaríamos a ignorar os fundamentos do Estado Democrático de Direito. Essa participação será viabilizada por meio de mecanismos constitucionais que propiciem a deliberação democrática.

2.3.1 Participação popular na Administração Pública brasileira: uma hipótese de aplicação da deliberação pública

A participação popular na Administração Pública constitui uma das tendências atuais, apresentando-se “[...] como expressão e efeito da moderna ideia da relação Estado-sociedade, em que se vislumbra não rigorosa separação, nem fusão, mas recíproca coordenação” (MEDAUAR, 2003, p. 229).

Não há um consenso na literatura acerca da definição, em termos operacionais, de participação popular na Administração Pública. No sentido amplo, a participação corresponde a todas as formas de envolvimento do particular na realização da função administrativa do Estado. No entanto, no caso da participação popular na Administração Pública, deve ser adotado um conceito restrito, que, segundo Paulo Modesto:

Trata-se da interferência no processo de realização da função administrativa do Estado, implementada em favor de interesses da coletividade, por cidadão nacional ou representante de grupos sociais nacionais, estes últimos se e enquanto legitimados a agir em nome coletivo. (MODESTO, 1005, p. 2).

Odete Medauar (2003, p. 231) faz ainda uma distinção no próprio âmbito de participação dos particulares, dividindo-o em sentido genérico, relacionado a todo tipo de atuação individual ou por representantes de grupos e associações; e no sentido restrito, relacionado à atuação direta do particular individualmente considerado. Na relação Administração-sociedade (foco deste trabalho) é mais adequado utilizar o sentido genérico que leva em conta uma realidade associativa, voltada aos interesses coletivos.

Nessa linha, exclui-se do conceito de participação popular ora exposta os seguintes aspectos: o vínculo funcional, aos quadros do Estado, do cidadão mediante concurso público; o exercício privado de funções públicas, como ocorre na concessão de serviço público; a atuação do cidadão na defesa de um interesse próprio em face da Administração, como nos casos de multa, indeferimento de licenças, interdição de atividades; a colaboração técnica, como a pericial.

Ou seja, a participação popular aqui tratada, vai muito além de um processo eleitoral para a formação de governos, decorrente da democracia representativa (concepção hegemônica de democracia); trata-se de explorar a participação

decorrente da “parceria” entre particulares e Estado na gestão da coisa pública e na elaboração do direito, constituindo uma “[...] verdadeira emanção da soberania popular” (BRITO, 1992, p. 120).

Em suma, como explica Brito:

[...] a participação popular não quebra o monopólio estatal da produção do Direito, mas obriga o Estado a elaborar o seu Direito de forma emparceirada com os particulares (individual, ou coletivamente). E é justamente esse modo emparceirado de trabalhar o fenômeno jurídico, no plano da sua criação, que se pode entender a locução “Estado democrático” (figurante no preâmbulo da Carta de outubro) como sinônimo perfeito de “Estado participativo”. (BRITO, 1992, p. 121).

Conforme visto no item anterior, indicado para servir de alternativa aos problemas da democracia representativa⁵⁰, surge o modelo da democracia participativa, encarado como pré-requisito da perfeita concretização da ordem democrática.

A CR/88 define, no art. 1º como seu paradigma jurídico-constitucional, que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, impondo uma forma de organização das funções estatais que seja voltada à realização da democracia participativa. Ou seja, ainda que não houvesse nenhuma referência expressa (na CR/88) à participação popular na Administração Pública, poder-se-ia deduzir a presença implícita de uma norma constitucional autorizadora (art. 1º) da criação de institutos⁵¹ de participação.

Ademais, o parágrafo único do art. 1º da CR/88 confirma que a democracia brasileira já não é exclusivamente representativa, permitindo-nos falar em democracia participativa, ao ressaltar a soberania e participação popular. Ou seja, a partir da CR/88 a participação passa a adquirir uma feição mais abstrata, não se restringindo apenas à participação eleitoral, como também a um direito de cidadania, o que, por sua vez, requer a construção de espaços de exercício dessa participação.

No entanto, a CR/88 foi muito além de mencionar o princípio democrático e o Estado de Direito como vetores a indicar o viés participativo que permeia a

⁵⁰ Enfatiza-se a fragilidade do modelo de democracia representativa, ao final do século XX, cujos problemas são enumerados pela autora Patrícia Baptista (2003, p. 123): a incapacidade dos partidos políticos canalizarem adequadamente os variados interesses da sociedade para a formação da vontade geral; os partidos se tornam reféns dos interesses de grupos privados; a representação política dá lugar à representação de interesses (os interesses retratados na lei tornam-se interesses de grupos); a realidade partidária enfraquece a divisão de poderes, na medida em que um partido pode controlar mais de um poder. E Rogério Gesta Leal (2006, p. 71) conclui que “[...] tais fatos levaram este modelo a uma crise de identidade (porque não se sabe a quem representam), de eficácia (porque sequer respondem por suas competências normativas) e de legitimidade (porque não são mais refratários às demandas sociais emergentes, agregadas e reprimidas)”.

⁵¹ As terminologias institutos, mecanismos e instrumentos de participação serão utilizadas como sinônimos no presente trabalho.

democracia brasileira. Uma série de dispositivos esparsos no texto constitucional respalda a adoção de institutos participativos na Administração Pública.

Perez (2004, p. 74-76) enumera referidos dispositivos⁵²: art. 10, que assegura a “[...] participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação” (BRASIL, 1988); art. 29, XII, que ao tratar de normas de organização dos Municípios, prevê a cooperação de associações representativas no planejamento municipal; art. 187, que prevê a participação efetiva do setor de produção no planejamento da política agrícola; art. 194, parágrafo único, VII, que ao dispor sobre a organização da seguridade social, assegura o caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa; art. 198, III, que determina a participação da comunidade nas ações e serviços públicos de saúde; art. 204, II, o qual estabelece que os serviços públicos de assistência social devem ser organizados e executados mediante participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis; art. 205 e art. 206, VI, que promove e incentiva a participação da sociedade no serviço público de ensino; art. 216, §1º, prevendo a colaboração do poder público juntamente à comunidade na proteção do patrimônio cultural brasileiro; art. 225, que impõe ao poder público e à coletividade a defesa e preservação do meio ambiente; art. 227, §1º, que admite a participação de entidades não governamentais na execução de programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem.

Importante norma disciplinando especificamente a participação popular na Administração Pública foi introduzida pela Emenda Constitucional (EC) n. 19/98, conhecida como emenda da reforma administrativa, que introduziu o art. 37, §3º na CR/88 nos seguintes termos:

Art. 37 [...]

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública. (BRASIL, 1988).

⁵² Alguns autores mencionam outros dispositivos, além desses elencados por Marcos Augusto Perez. Ver, por exemplo, Adilson Pereira Nobre Júnior (2005, p. 9).

Ao apontar as referências expressas que a CR/88 faz à participação popular na Administração Pública, Perez (2004, p. 80-85) conclui pela sua configuração como um autêntico princípio constitucional, caracterizado como: implícito, uma vez que não se encontra expressamente previsto na CR/88; e derivado, tendo em vista tratar-se de um subprincípio derivado dos princípios democrático, do Estado de Direito e da eficiência (princípios esses estruturantes da atividade administrativa).

Logo, a participação popular na Administração Pública brasileira configura-se como princípio de organização, estruturando processos de tomada de decisão pela Administração, de forma a construir um espaço de diálogo público, não restrito ao âmbito estatal, possibilitando a participação efetiva da comunidade de homens livres e iguais que agem comunicativamente.

Adentrando especificamente no elenco de institutos de participação popular na Administração Pública⁵³ mais frequentes no direito brasileiro, Perez (2004, p. 98-109) constrói o seguinte rol⁵⁴: Conselhos, comissões ou comitês participativos: órgãos colegiados que reúnem representantes da Administração e da sociedade para participar (ora de caráter deliberativo, ora consultivo) do processo decisório de determinada área de interesse da Administração (exemplo: Conselho Nacional de Turismo, Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, Conselho de Comunicação Social, dentre outros); Audiências públicas: sessão aberta a todos os interessados para que exerçam o direito de requerer esclarecimentos, criticar, sugerir ou contribuir a respeito de determinada decisão que será tomada pela Administração; Consultas públicas: procedimento de divulgação prévia de minutas de atos normativos possibilitando que eventuais interessados ofereçam críticas, sugestões, colaborando para o aperfeiçoamento desses atos; Orçamento participativo: realização de audiências públicas com a finalidade de preparar o projeto de lei orçamentária enviada pelo Executivo ao Legislativo; Ouvidoria pública; Referendo e plebiscito; Eleição popular para cargos públicos de gestão; Organizações sociais.

⁵³ Perez (2004, p. 96) conceitua tais institutos como instrumentos legalmente previstos que possibilitem ao administrado, diretamente, ou através de representantes escolhidos para esse fim, tomar parte na deliberação, na execução ou no controle das atividades desenvolvidas pela Administração Pública, com o objetivo de tornar mais eficiente a atuação administrativa e dar efetividade aos direitos fundamentais, por meio da colaboração entre a sociedade e a Administração, da busca de adesão, do consentimento e do consenso dos administrados e, afinal, da abertura e transparência dos processos decisórios.

⁵⁴ Modesto (2005, p. 7-8) cita outros institutos como, por exemplo: participação ou "controle social" mediante ações judiciais (ação popular, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, entre outras).

Para o autor, são esses os institutos que possibilitam a comunicação e colaboração entre sociedade e Administração, na busca pelo consenso e pela abertura e transparência dos processos de tomada de decisão.

Em suma, citados institutos redimensionam o princípio constitucional da soberania popular, permitindo-nos falar de uma democracia participativa a qual possibilita o convívio de normas representativas e diretas de participação, não havendo que se falar em contradição entre participação e representação, mas sim, em “coexistência e complementaridade” (SANTOS; AVRITZER, 2003, p. 35-69).

Paralelamente ao interesse atual pela ampla participação popular como própria essência da democracia contemporânea, há que se discorrer acerca das diversas críticas relativas a sua concepção e operacionalização.

Dentre as objeções que lhe são postas, a mais recorrente diz respeito ao comprometimento da eficiência administrativa, uma vez que os procedimentos participativos tornariam a atuação da Administração Pública mais lenta e mais burocrática, havendo um travamento da máquina. No entanto, os institutos de participação popular na Administração Pública, muito pelo contrário, visam tornar mais eficientes e colaborativas as prestações da Administração, que não são mais convenientes quando executadas unilateralmente na base da coerção (proporcionando processos ilegítimos de atuação administrativa).

Ademais, não há fundamento que justifique a prevalência do princípio da eficiência sobre o princípio da participação. Assim, há necessidade de conciliação das exigências de participação e eficiência, sem sacrificar, desnecessariamente, um ou outro (BAPTISTA, 2003, p. 158-159).

Outra crítica refere-se à necessidade de submissão integral da Administração à lei, dificultando a participação popular. Nesse ponto, remete-se, mais uma vez ao problema da crise da lei (desprestígio da lei como expressão da vontade geral), tornando, a participação, o canal necessário a expressar os interesses sociais na formação da vontade administrativa, atribuindo-lhe legitimação. Uma decisão administrativa tomada após amplo processo participativo traduz com maior fidelidade os interesses da sociedade do que a escolha unilateral efetuada pelo legislador (BAPTISTA, 2003, p. 160).

Cita-se ainda o risco da monopolização da vontade administrativa por interesses corporativos, uma vez que os cidadãos encontram obstáculos à sua

participação ativa, como⁵⁵: ausência da compreensão integral dos problemas da sociedade, egoísmo e preocupação com seus próprios interesses e falta de tempo e interesse em buscar informações. Ocorre que, a própria Administração quem deve estimular a atuação dos interesses menos organizados, assim como garantir o máximo de transparência e racionalidade no processo participativo, com vistas ao controle de interesses direcionados.

Paul Craig resume a questão:

Embora o problema da desigualdade do poder dos grupos sociais seja real, deve, no entanto, ser mantido dentro de um acerta perspectiva. Considerando que essa desigualdade realmente existe, é difícil acreditar que os grupos menos aquinhoados terão melhor desempenho em um sistema que não resguarda direitos de participação do que sob um que o faça. Os grupos mais poderosos exercerão influencia sobre um órgão público mesmo onde não existam direitos formais pelo simples fato do seu poder. A introdução de um sistema mais estruturado de direitos da participação pelo menos dá aos grupos em desvantagem uma chance de ventilar os seus pontos de vista, o que de outra forma não seria possível. (CRAIG *apud* BAPTISTA, 2003, p. 166).

Em que pesem mencionadas objeções/críticas à participação administrativa, não se pode desconsiderar seu importante propósito de realização da democracia (ela está relacionada ao grau de desenvolvimento e efetivação da democracia). Entretanto, é bem verdade que a participação popular na Administração Pública brasileira sequer chegou à fase de euforia, encontrando-se ainda no começo. Desse começo muitos irão criticar ou desconfiar da efetividade dos institutos, outros, ao contrário, encararão como boas experiências.

Percebe-se que a Administração Pública constitui um dos principais *locus* de avanço da ideia de deliberação e participação. Há de se reconhecer um impulso, ainda que tímido, representado pela redação do art. 37, § 3º da CR/88 (introduzido pela emenda da reforma administrativa), que introduz essa ideia. Tímido porque a reforma administrativa gerencial (que ocorreu na década de 1990) foi, em muitos pontos, contraditória com o ideal participativo e democrático consolidado na CR/88 e nas regulamentações posteriores, conforme será demonstrado no próximo Capítulo.

⁵⁵ Esses obstáculos são destacados por Modesto (2005, p. 4-5) nos seguintes termos: apatia política (falta de estímulo para ação cidadã); abulia política (não querer participar da ação cidadã, é dizer, recusar a participação); acracia política (não poder participar da ação cidadã).

3 REFORMAS ADMINISTRATIVAS E AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

Realizado o recorte temporal e histórico com a apresentação de definições e escopos suficientes a demonstrar o debate contemporâneo da literatura sob a perspectiva de uma gestão pública focada na participação da sociedade, a ser observado em toda a pesquisa, esse Capítulo abordará inicialmente a contextualização da reforma administrativa gerencial ocorrida no Brasil a partir de 1995, a qual propõe uma mudança de estratégia de gestão, frente à crise da Administração Pública burocrática, entre as quais se encontra a implantação das agências reguladoras, que têm relação direta com esse contexto. A seguir será examinado sob qual aspecto deve ser avaliada a legitimidade democrática desses entes reguladores, frente à autonomia reforçada e ao poder normativo de que dispõem.

3.1 TRÊS GERAÇÕES DE REFORMAS ADMINISTRATIVAS NO BRASIL

As discussões sobre a reforma administrativa gerencial conduzidas inicialmente pelo ex-Ministro da Administração e Reforma do Estado, Luiz Carlos Bresser Pereira (2006), têm-se referido a três momentos de reformas administrativas na história brasileira: a reforma administrativa da era Vargas (1936-1945), a reforma administrativa do Decreto-Lei n. 200/1967 e a reforma administrativa gerencial, iniciada em 1995 e instituída formalmente pelas EC n. 19 e 20/1998.

Esses marcos temporais não podem ser analisados como momentos estanques ou definitivos ao longo do processo de reforma brasileiro, razão pela qual tratar-se-á sob uma visão de continuidade, buscando contextos prévios e posteriores de cada reforma, visto que:

Não se pode efetivamente afirmar que a história administrativa brasileira se caracterize por ter passado por fases sucessivas: da administração patrimonial à administração burocrática que, no momento, deveria ser substituída pela administração gerencial. O próprio Pereira reconhece a sobreposição de modelos de administração diversos; não se trata, portanto, de substituir a administração burocrática por outro modelo que ora se revele como sendo superior àquele. (LIMA JÚNIOR, 1998, p. 27).

Assim, como será adiante desenvolvido, não há uma ruptura na forma de gerir a Administração nas transições das reformas apontadas.

3.1.1 Da reforma administrativa da era Vargas à reforma do Decreto-Lei n. 200/1967

A primeira reforma administrativa brasileira, conhecida como reforma burocrática, ocorreu no período do Estado Novo, marcado pela ascensão de Getúlio Vargas como Presidente do Brasil em 1930⁵⁶. Iniciou-se em 1936 inserida em um contexto de implementação do paradigma do Estado social de direito⁵⁷, como uma reação à cultura patrimonialista⁵⁸.

Com a crise de 1929, o Brasil se viu obrigado a reduzir a exportação de café que era o principal item de sua pauta de exportações. O governo federal continuou comprando, a preços reduzidos, o excedente não exportável mantendo uma política de fluxo de renda a fim de evitar o desemprego no campo e a recessão generalizada. Noutra giro, a crise também impossibilitou a importação de produtos industrializados, fato este que estimulou o país a iniciativas de produção industrial para substituir os bens importados (COSTA, 2010).

Diante desse cenário, o Estado nacional passou a liderar um processo de desenvolvimento, estabelecendo barreiras alfandegárias, investindo em infraestruturas, criando subsídios e incentivos e oferecendo crédito, ou seja, o Estado passou a intervir categoricamente não só na economia, como na vida social em geral. “Estavam lançadas as bases do modelo de crescimento e do Estado intervencionista brasileiro” (COSTA, 2010, p. 93).

O governo assumiu papel estratégico na coordenação de decisões econômicas e, sob o impulso de superação dos vícios do patrimonialismo

⁵⁶ Momento marcado pela Revolução de 30, a qual representou muito mais do que a tomada do poder por novos grupos oligárquicos com o enfraquecimento de elites agrárias; significou a passagem do Brasil agrário para o Brasil industrial (COSTA, 2010, p. 93-94).

⁵⁷ Destaca-se que não há um consenso na literatura acerca da implementação do Estado social no Brasil. Porém, o trabalho considerará o período do Estado intervencionista brasileiro, que segue o nacional desenvolvimentismo como tal.

⁵⁸ O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE) (BRASIL, 1995, p. 15) define as características da administração patrimonial nos seguintes termos: “No patrimonialismo, o aparelho do Estado funciona como uma extensão do poder do soberano, e os seus auxiliares, servidores, possuem status de nobreza real. Os cargos são considerados prebendas. A *res publica* não é diferenciada das *res principis*. Em consequência, a corrupção e o nepotismo são inerentes a esse tipo de administração. No momento em que o capitalismo e a democracia se tornam dominantes, o mercado e a sociedade civil passam a se distinguir do Estado. Neste novo momento histórico, a administração patrimonialista torna-se uma excrescência inaceitável”. O patrimonialismo é a cooptação do Estado por interesse do estamento; ele não está relacionado ao modelo de Estado (liberal ou interventor), foi feito para atender estamentos e oligarquias brasileiras.

proveniente das velhas estruturas do Estado oligárquico, urge a necessidade de reforma do Estado, do governo e da Administração Pública⁵⁹.

Vargas inaugura uma série de mudanças que tinha como direção estabelecer mecanismos de controle da crise econômica, resultante da Depressão de 1929 e subsidiariamente alavancar a produção industrial; além de promover a racionalização burocrática do serviço público, por meio de padronização, normatização e controle nas áreas de pessoal, material e finanças (LIMA JÚNIOR, 1998, p. 5-9). O objetivo inicial era afastar as oligarquias agrárias do poder e, conseqüentemente a dominação patrimonialista, e proteger as liberdades individuais de cunho liberal e capitalista.

Nesse sentido, de 1940 a 1954, promoveu-se crescente participação da atividade produtiva estatal que acompanhou a expansão de leis regulatórias e a diferenciação organizacional do Estado. “Até 1939, haviam sido criadas 35 agências estatais; entre 1940 e 1945 surgiram 21 agências englobando empresas públicas, sociedades de economia mista, autarquias e fundações” (LIMA JUNIOR, 1998, p. 8). Até 1930 existiam no Brasil 12 empresas públicas; de 1930-1945 foram criadas 13 novas empresas, sendo 10 do setor produtivo, entre elas a Companhia Vale do Rio Doce e a Companhia Siderúrgica Nacional, ambas já privatizadas (COSTA, 2010, p. 96).

Ademais, a perda de poder das elites agrárias, propiciou a passagem de uma política de Estado agrícola para uma política industrial favorável aos interesses da elite.

Em 1930 foi criada a Comissão Permanente de Padronização e, no ano seguinte, a Comissão Permanente de Compras, voltadas para a área de aquisição de material. Na área de pessoal, a Constituição de 1934 introduziu, nos arts. 168 e 170, § 2^o⁶⁰, o princípio do mérito na organização de pessoal. Seguiu-se, em 1936,

⁵⁹ Mensagem lida em cadeia de rádio pelo Presidente Getúlio Vargas em 10/11/1937: “Quando as competições políticas ameaçam degenerar em guerra civil, é sinal de que o regime constitucional perdeu o seu valor prático, subsistindo, apenas, como abstração. A tanto havia chegado o país. **A complicada máquina de que dispunha para governar-se não funcionava. Não existiam órgãos apropriados através dos quais pudesse exprimir os pronunciamentos da sua inteligência e os decretos da sua vontade.** Restauremos a nação na sua autoridade e liberdade de ação: na sua autoridade, dando-lhe instrumentos de poder real efetivo com que possa sobrepor-se às influências desagregadoras, internas ou externas; na sua liberdade, abrindo o plenário do julgamento nacional sobre os meios e os fins do governo e deixando-a construir livremente a sua história e o seu destino” (VARGAS *apud* DIAS, 2012, p. 50)

⁶⁰ “Art 168 - Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, sem distinção de sexo ou estado civil, observadas as condições que a lei estatuir.

com a Lei n. 284 a efetiva estruturação da área de pessoal: normas básicas, sistema de classificação de cargos e a criação do Conselho Federal do Serviço Público Civil (LIMA JUNIOR, 1998, p. 6).

Referido Conselho foi absorvido pelo DASP (Departamento Administrativo do Serviço Público)⁶¹, considerado “[...] o líder incontestado da reforma e, em grande parte, seu executor” (WAHRLICH, 1974, p. 29). O órgão foi implantado especialmente para modernizar a máquina administrativa que, dentre outras atribuições, era-lhe conferido:

[...] coordenar, orientar e fiscalizar a aplicação de toda a legislação de pessoal, propondo as revisões cabíveis; rever projetos de obras destinadas ao serviço público civil; promover cursos de administração e extensão; coordenar a carreira de técnico de administração; propor a formação de carreiras; prestar serviços de publicidade e coordenar a elaboração da revista do serviço público – principal veículo de divulgação das ideias propugnadas pela reforma administrativa na época. (DIAS, 2012, p. 51).

O DASP foi efetivamente organizado com vistas a constituir uma Administração Pública mais racional e eficiente, cuja missão era a implantação do sistema de mérito na administração de pessoal⁶²; a concepção do orçamento como um plano de administração; a simplificação, padronização e aquisição racional de materiais; a revisão de estruturas e racionalização de métodos. O DASP tinha seções nos Estados com o objetivo de adaptar as normas do governo federal às unidades federadas.

Essa experiência trouxe para o Brasil traços da administração burocrática racional-legal weberiana⁶³, baseada no princípio do mérito profissional, na estrutura piramidal de poder, na clara distinção entre esferas pública e privada, entre outros.

[...]

Art 170 - O Poder Legislativo votará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo às seguintes normas, desde já em vigor: [...] 2º) a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas, e nos demais que a lei determinar, efetuar-se-á depois de exame de sanidade e concurso de provas ou títulos; [...]

⁶¹ O DASP foi criado pelo Decreto-Lei n. 579/1938. Era, essencialmente, um órgão central de pessoal, material, orçamento, organização e métodos. Absorveu o Conselho Federal de Serviço Público Civil, que havia sido criado pela Lei n. 284/1936, a qual instituía também o primeiro plano geral de classificação de cargos e introduzia um sistema de mérito (PEREIRA, 1998, p. 164).

⁶² Durante muitos anos o DASP foi bem-sucedido no tocante às admissões por mérito no sistema brasileiro de administração de pessoal dos órgãos públicos, até que, a partir de 1945 ocorreu uma série de nomeações sem concurso público; tal fato revelou a existência de resquícios do favoritismo patrimonialista em detrimento do sistema de mérito. Isso porque, o ambiente cultural encontrado pela reforma modernizadora estava corroído e dominado por práticas patrimonialistas amplamente arraigadas (COSTA, 2010, p. 98).

⁶³ Importante ressaltar que a expressão “burocrático-weberiano” não é unanimemente utilizada por todos os autores, nem por todas as nações. Na Grã-Bretanha o modelo administrativo utilizado desde a segunda metade do século XIX é chamado *whitehall*; nos Estados Unidos ele é vinculado à “era

Importante observar que a reforma pretendeu dotar a Administração Pública de maior eficiência interna, sem, contudo, cogitar da participação da sociedade no âmbito administrativo.

A reforma administrativa da era Vargas foi o primeiro esforço de superação do patrimonialismo, o qual não mais atendia o modelo de crescimento do País, à época, baseado na industrialização via substituição de importações, que supunha um forte intervencionismo estatal e controle sobre as relações entre os grupos sociais ascendentes – burguesia industrial e o operariado urbano (COSTA, 2010, p. 97).

O desenvolvimentismo da era Vargas firma o pacto em prol da indústria e do grande capital, mas também tem um mínimo de compromisso com a distribuição (saúde, educação, renda, direitos trabalhistas).

No balanço dessa reforma burocrática, encontram-se relatos de pontos positivos e negativos⁶⁴. Suas principais inovações foram a propagação de ideias e práticas modernizadoras da Administração (como a noção de eficiência, a preocupação com o sistema de mérito, a concepção de orçamento como plano de trabalho); melhoria na qualidade dos serviços públicos, tendo em vista o investimento em capacitação e aperfeiçoamento dos funcionários; divulgação da teoria administrativa originada dos países mais adiantados do mundo ocidental (especialmente Estados Unidos, Inglaterra e França); o reconhecimento da existência das ciências administrativas, até então tidas como apêndices do Direito Administrativo; formação de grupo de especialistas em administração contribuindo para aprimoramento e estudo dos órgãos da Administração Pública (PEREIRA, 1998, p. 165).

Entretanto, mesmo com o DASP e a política de reformas, a relação entre política e administração no Brasil não sofreu grandes transformações. A modernização da burocracia brasileira não se deu de forma homogênea, pois o governo, procurando manter boas relações com as oligarquias que aderiram ao movimento revolucionário, optou por uma estratégia dual de Administração; uma

progressista”, chamado de *progressive public administration*. Contudo a escolha de utilização desse termo justifica-se pelo fato de a burocracia weberiana ser um tipo ideal clássico referido às características do antigo modelo administrativo – organização guiada por procedimentos rígidos, forte hierarquia e total separação entre público e privado (ABRUCIO, 2006, p. 178).

⁶⁴ Para Costa (2010) e Wahrlich (1974); mesmo considerando seus aspectos negativos, o saldo da reforma burocrática é nitidamente positivo.

“viável” favorável ao clientelismo e às exigências de grupos políticos que apoiavam o governo; e outra “legal” funcionando de acordo com os padrões meritocráticos.

Denota-se que a reforma teve como objetivo o combate ao Estado patrimonialista, mas não implementou a sua substituição. Pelo contrário, resultou na formação de uma aliança política da burguesia industrial com a alta burocracia pública, marcada pelo autoritarismo e corporativismo⁶⁵.

No tocante à Administração Pública segundo padrões meritocráticos, verificou-se a implantação de um sistema centralizado, rígido e inflexível dos procedimentos. O próprio DASP incorporou esse papel centralizador e controlador, confiando ao Executivo Federal o comando das políticas econômicas e sociais.

O pressuposto de eficiência em que se baseava a reforma burocrática não se mostrou real, em que pese ter sido uma forma de reduzir o clientelismo, nepotismo e corrupção (PEREIRA, 2006, p. 241). No momento em que o Estado intervencionista se ergue, verifica-se que a Administração foi incapaz de garantir agilidade, boa qualidade e custo baixo para os serviços prestados. Ou seja, conclui-se que a administração burocrática é lenta, cara e pouco orientada ao atendimento das demandas da sociedade.

Lawrence Graham no estudo da reforma burocrática brasileira notou que:

[...] a tentativa de formar o serviço público brasileiro através do uso de uma política de pessoal baseada no sistema americano levou à criação de um sistema administrativo caracterizado por um alto grau de formalismo, no qual há considerável discrepância entre as normas e a realidade. (GRAHAM *apud* PEREIRA, 1998, p. 166).

As práticas patrimonialistas não foram completamente extirpadas da Administração Pública brasileira; pelo contrário, ganharam novo fôlego no momento em que a burocracia (rígida e formal) não conseguiu desenvolver o profissionalismo necessário ao serviço público no mesmo ritmo do crescimento econômico do país.

O comprometimento com o desenvolvimento econômico, presente no próprio governo Vargas, teria continuidade com Juscelino Kubitschek (1956-60) e no regime

⁶⁵ Dias (2003, p. 182-183) apresenta uma síntese proposta por Nelson de Melo e Souza e Bruno Genari, explicitando os motivos do fracasso da Reforma Burocrática: “Os primeiros esforços brasileiros no sentido da modernização e racionalização da Administração Pública não tiveram por finalidade nenhum objetivo concreto e nenhuma intenção de se adaptar à realidade político-social do país. Caracterizam-se mais como um movimento reformista, liderado por uma elite técnica, que acreditava poder resolver o problema da modernidade pela transplantação de teorias e de práticas desenvolvidas em outros contextos, especialmente nos EUA. [...] Tratava-se de um esforço de caráter idealista, de cúpula, mal ajustado à realidade da época e que, a despeito das boas intenções de que vinha revestido, não chegou a resolver, nem mesmo a equacionar de modo objetivo, o problema da reorganização administrativa do Brasil”.

militar (1964-84), contrários à burocracia, na medida em que o formalismo burocrático se revelava incompatível com as necessidades do país (PEREIRA, 2001, p. 13).

No governo de Kubitschek, o qual defendia a industrialização acelerada, cujo lema era a realização de “cinquenta anos em cinco”, foram criadas duas comissões - Comissão de Simplificação Burocrática e Comissão de Estudos e Projetos Administrativos - que representaram a tentativa de implementação de reformas globais. A primeira tinha como objetivo promover estudos visando à descentralização dos serviços e, a segunda, a incumbência de assessorar a presidência em tudo que se referisse aos projetos de reforma administrativa (COSTA, 2010, p. 100).

Foi um período caracterizado pela ruptura entre administração direta, entregue aos interesses de grupos políticos, e administração descentralizada (autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista) dotada de maior autonomia, podendo, inclusive contratar sem concurso público, designando, preferencialmente, pessoas especializadas. Constituíram assim “[...] ilhas de excelência no setor público voltadas para a administração do desenvolvimento” (COSTA, 2010, p. 100), enquanto restava ultrapassado o núcleo central da Administração.

O desenvolvimentismo do governo foi executado por uma Administração paralela e descentralizada, além de comissões especiais ligadas à presidência:

A Administração do Plano de Metas do presidente Kubitschek foi executada, em grande medida, fora dos órgãos administrativos convencionais. Considerando-se os setores essenciais do plano de desenvolvimento (energia, transportes, alimentação, indústria de base e educação), apenas 5,2% dos recursos previstos foram alocados na administração direta; o restante foi aplicado por autarquias, sociedades de economia mista, administrações estaduais e empresas privadas. A coordenação política das ações se fazia através de grupos executivos nomeados diretamente pelo presidente da república. (LIMA JÚNIOR, 1998, p. 10).

Em 1963, o então Presidente João Goulart se propôs a realizar um programa de esquerda⁶⁶, nomeando a Comissão Amaral Peixoto, a qual deu início a novos estudos para uma reforma administrativa. Seu principal objetivo era promover “[...]

⁶⁶ Jango era apoiado pelo Partido Trabalhista Brasileiro e se propôs à realização de reformas de base como, reformas bancárias, fiscal, urbana, agrária, universitária e administrativa. O programa contemplava a extensão do direito de voto aos analfabetos e às patentes. Esse pacote de medidas enfrentava forte oposição dos setores militares que viam na ação política orientada para suboficiais e praças uma grave ameaça à disciplina (COSTA, 2010, p. 101).

ampla descentralização administrativa até o nível do guichê, além de ampla delegação de competência” (COSTA, 2010, p. 101).

A Comissão elaborou vultoso número de análises e anteprojatos de lei, porém, sua iniciativa foi abortada pelo golpe militar de 1º de abril 1964, uma vez que o Presidente Castello Branco os retirou do Congresso Nacional. Para Lima Júnior:

A importância da Comissão Amaral Peixoto não decorre nem de sua produção imediata nem da implementação de medidas específicas, que, na verdade, não houve. Decorre, creio, do acerto dos diagnósticos, propostas e medidas idealizadas que passaram, desde então, a fazer parte do acervo científico-administrativo brasileiro. A partir daquele momento esse acervo é, com frequência, utilizado pelos governantes e, pelo menos em parte, posto em prática. Segundo Santos (1997), os dois principais projetos da Comissão foram a Lei Orgânica do Sistema Administrativo Federal e o projeto referente ao Conselho de Defesa do Sistema de Mérito. Como se sabe, nenhum deles veio a ser aprovado pelo Poder Legislativo; no entanto, registre-se que o primeiro defende a utilização de uma série de instrumentos de gestão que, posteriormente, foram incorporadas ao Decreto-Lei n. 200, editado por Castello Branco, sobretudo aqueles referentes à descentralização e à flexibilização via administração indireta. (LIMA JUNIOR, 1998, p. 11).

Em 1964 o governo Castello Branco instituiu a COMESTRA (Comissão Especial de Estudos da Reforma Administrativa) com o objetivo de proceder ao “[...] exame dos projetos elaborados e o preparo de outros considerados essenciais à obtenção de rendimento e produtividade da Administração Federal” (WAHRLICH, 1974, p. 44). Os trabalhos dessa Comissão resultaram na edição do Decreto-Lei n. 200/1967⁶⁷ que procurou substituir a Administração Pública burocrática por uma “administração para o desenvolvimento”.

A reforma desenvolvimentista de 1967 tem como convicção clara que um serviço público para ser competente e dotado de autonomia, deve estar desvincilhado da burocracia. Logo, as razões dessa reforma partem das premissas de que o serviço público é ineficiente e não atende a coletividade; há centralização administrativa seguida de sua falta de planejamento; os servidores são inexperientes; há ineficiência dos controles de que dispõe a Administração (DIAS, 2003, p. 189).

⁶⁷ Ressalta-se que não há unanimidade na doutrina em considerar o Decreto-Lei n. 200/1967 uma reforma administrativa propriamente dita, por considerar que ele apenas consolidou institutos esparsos no ordenamento jurídico brasileiro e uma tendência, já presente em momentos anteriores, de criação de novos órgãos da administração direta e indireta (DIAS, 2003, p. 185).

Por tais razões, o propósito da reforma seria o setor público operando com a eficiência da empresa privada, “[...] podendo ser considerado como um primeiro momento da administração gerencial no Brasil” (PEREIRA, 2001, p.16)⁶⁸.

Em criterioso estudo do Decreto-Lei n. 200/1967, Warlich (1974, p. 30-41) identifica, além das mudanças organizacionais, cinco princípios orientadores da reforma: planejamento, descentralização, delegação de autoridade, coordenação e controle; expansão das empresas estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas), bem como de órgãos independentes (fundações públicas) e semi-independentes (autarquias); necessidade de fortalecimento e expansão do sistema de mérito; diretrizes gerais para um novo plano de classificação de cargos; reagrupamento de departamentos, divisões e serviços em 16 ministérios⁶⁹.

De 1967 a 1979 a coordenação da reforma administrativa coube à SEMOR (Subsecretaria de Modernização e Reforma Administrativa) e ao DASP. A primeira se incumbiu de estudos e análises da estrutura organizacional com vistas à criação, extinção ou fusão de órgãos e programas que proporcionassem eficácia à gestão pública e modernização administrativa; já o segundo encarregou-se de elaborar novo plano de classificação de cargos que não logrou êxito pelo fato de o sistema de mérito permanecer restrito aos postos iniciais da carreira (COSTA, 2010, p. 104).

Conforme destacado no PDRAE:

[...] as reformas operadas pelo Decreto-Lei 200/67 não desencadearam mudanças no âmbito da administração burocrática central, permitindo a coexistência de núcleos de eficiência e competência na administração indireta e formas arcaicas e ineficientes no plano da administração direta ou central. O núcleo burocrático foi, na verdade, enfraquecido indevidamente através de uma estratégia oportunista do regime militar, que não desenvolveu carreiras de administradores públicos de alto nível, preferindo, ao invés, contratar os escalões superiores da administração através das empresas estatais. (BRASIL, 1995, p. 20).

Nesse período houve crescimento da administração direta, com a ampliação do número de Ministérios; no entanto, toda a ênfase foi dada na administração indireta, tendo em vista sua maior eficiência e flexibilidade, o que resultou no “[...] fenômeno da dicotomia entre Estado tecnocrático e moderno das instâncias da

⁶⁸ Para Pereira (2001, p. 14) “[...] esta era uma reforma pioneira, que renunciava as reformas gerenciais que ocorreriam em alguns países do mundo desenvolvido a partir dos anos 80, e no Brasil a partir de 1995”.

⁶⁹ Instituíram-se como princípios da reforma: o planejamento e o orçamento, a descentralização e organização e o controle de resultados, o que demonstra a negligência dada ao papel do cidadão na gestão pública (DIAS, 2012, p. 55).

administração indireta e o Estado burocrático, defasado e formal da administração direta” (MARCELINO, 1988, p. 44).

Logo, a reforma desenvolvimentista, além de não reduzir a discrepância entre as burocracias instaladas na administração direta e indireta, também não garantiu a desejável profissionalização do servidor público. “Não se institucionalizou a organização do tipo weberiano; a administração indireta passou a ser utilizada como fonte de recrutamento, prescindindo-se, em geral, do concurso público ou, na melhor das hipóteses, recrutando através de exames específicos de habilitação” (LIMA JÚNIOR, 1998, p. 14).

Em síntese, as críticas dirigidas à reforma são a ineficiência dos mecanismos de controle que impossibilitavam o acompanhamento dos resultados apresentados pela administração indireta; a persistência de práticas clientelistas diante da contratação de empregados sem concurso público, sobretudo na administração indireta; a demasiada autonomia das empresas estatais; o enfraquecimento do núcleo estratégico do Estado, que permaneceu burocrático e inflexível (DIAS, 2003, p. 195).

Percebeu-se que a reforma administrativa do Decreto-Lei n. 200/1967 ficou pela metade e fracassou. A crise política do regime militar (elevadas taxas de inflação, endividamento externo e *déficit* público), que se inicia já em meados dos anos 70, agrava ainda mais a situação da Administração Pública, na medida em que a burocracia estatal, assim como o próprio sistema autoritário, entram em pleno processo de degeneração (PEREIRA, 1996, p. 273-274).

Igualmente, o processo de consolidação e proliferação diversificada de estatais se intensifica no regime militar, ocupando espaços que a iniciativa privada não tinha interesse ou capital suficiente (como por exemplo, estradas, energia, telecomunicações), contribuindo para a expansão estatal e, conseqüentemente, pela cobrança de sua eficiência e produtividade. Seja por razões econômicas ou organizacionais, o aparelho do Estado brasileiro expandiu-se e diversificou-se, promovendo a primeiro plano o problema de sua administração, reforma e controle (SANTOS, 2006).

Embora enfrentando esses problemas, de 1979 a 1982 foram elaborados dois programas de reforma de iniciativa do Poder Executivo a desburocratização e a desestatização, para atender “[...] objetivos complementares que seriam o aumento

da eficiência e eficácia na Administração Pública e o fortalecimento do sistema de livre empresa” (COSTA, 2010, p. 106). O programa de desburocratização instituído pelo Decreto-Lei n. 83.740/1979 tinha como principal escopo “[...] retirar o usuário da condição colonial de súdito para investi-lo na de cidadão, destinatário de toda atividade do Estado” (Beltrão, 1984, p. 11).

Assim, diferente dos outros programas, o da desburocratização levou em consideração o usuário do serviço público⁷⁰ e tinha como principais objetivos, a supressão de etapas desnecessárias na rotina de trabalho administrativa beneficiando funcionários e usuários do serviço e o enxugamento da máquina estatal.

Por outro lado, o programa de desestatização (PND) visava ao fortalecimento da livre empresa (economia de mercado), sendo que o papel do Estado teria caráter suplementar, pretendendo, sobretudo, encorajar e apoiar o setor privado; e a privatização de empresas estatais, nos casos em que o controle público tenha se tornado desnecessário (COSTA, 2010, p. 107).

Em 1985 encerra-se o período de mais de duas décadas de ditadura militar e, paralelamente à retomada do processo de democratização, o país enfrentava uma severa crise econômica marcada por profundas desigualdades sociais⁷¹. Abrucio (2006, p. 175-176) enumera quatro fatores que contribuiriam fortemente para detonar a crise do Estado no contexto pós-guerra, agravado ao longo dos anos 80. O primeiro seria a crise econômica mundial, em que a economia entrou em profunda recessão e decadência; o segundo está relacionado à crise fiscal propiciada pela

⁷⁰ Daí o seu ineditismo, pois até então nenhum programa de reforma havia se pautado no caráter social e político. O “Projeto Cidadão” embutido nas propostas do programa de desburocratização visava melhorar o relacionamento da Administração com seus usuários mediante a garantia de qualidade no seu atendimento, sob a premissa de que “serviço público é servir ao público” (DIAS, 2003, p. 198).

⁷¹ “Os anos 1980, na América Latina, ficaram conhecidos como ‘a década perdida’, no âmbito da economia. Das taxas de crescimento do PIB à aceleração da inflação, passando pela produção industrial, poder de compra dos salários, nível de emprego, balanço de pagamentos e inúmeros outros indicadores, o resultado do período é medíocre. No Brasil, a desaceleração representou uma queda vertiginosa nas médias históricas de crescimento dos cinquenta anos anteriores” (MARANGONI, 2012, p. 58). O aumento da taxa de juros norte-americano somado à disparidade dos preços do petróleo atingiram de forma esmagadora os países de periferia, dentre eles o Brasil que se apoiou em altas doses de endividamento externo e elevadíssimas taxas inflacionárias (em 1980, a inflação bate o recorde de 100% ao ano). No plano social, a renda e o emprego tornaram-se escassos em função do baixo crescimento, noutro prisma, houve aumento de concentração de renda e riqueza acentuando-se as desigualdades sociais. O resultado desse fracasso foi o fim da ditadura e uma inédita disputa de projetos econômicos ao longo dos anos 1980, tendo como foco a redefinição das atribuições do Estado. Na esfera política, havia uma reivindicação democratizante, envolvendo várias demandas sociais (MARANGONI, 2012, p. 58).

sobrecarga de atividades atribuídas ao Estado social desprovido de recursos para cumprir seus compromissos; o terceiro seria a situação de ingovernabilidade, uma vez que os governos estavam inaptos para resolver seus problemas; e por último, o quarto, seria a globalização e as inovações tecnológicas que afetaram o Estado.

Sustentava-se que um dos grandes desafios da Nova República era “[...] reverter esse quadro transformando o aparelho administrativo em ente reduzido, orgânico, eficiente e receptivo às demandas da sociedade” (MARCELINO, 2003, p. 645).

No entanto, para Wanderley Guilherme dos Santos (2006) essa mistificação do tamanho material do Estado brasileiro provocada pelo excesso de funcionalismo constitui a premissa fática distorcida dos neoliberais para ancorar sua ideologia⁷²:

[...] insiste-se na tese de que a participação do governo na economia, seja qual for sua magnitude, teria dado lugar à canibalização da administração pública. Sugere-se, conforme a hipótese do clientelismo, que a elefantíase estatal se manifestaria no elevado contingente de empregados públicos de todo tipo: estatutários, celetistas, da administração direta e indireta. Eis, contudo, alguns números. O total de empregados públicos no Brasil, tomado como porcentagem da população economicamente ativa não-agrícola, correspondia a 9,6% desta última em 1984. Na Argentina e no Panamá, países na mesma faixa de renda *per capita*, as taxas eram, respectivamente, 22,7% e 28,6%, na mesma década. Concluindo, verifica-se que o tamanho da burocracia brasileira e os gastos com ela não podiam ser considerados como patológicos se comparados com os números correspondentes da absoluta maioria dos países ricos, com os mesmos indicadores relativos aos países da faixa de riqueza *per capita* do Brasil e nem mesmo com o quadro funcional e gastos de grande parte dos países com renda inferior à brasileira. (SANTOS, 2006, P. 91-92).

Em seu livro, Santos (2006) aponta diversos dados que desconstruem os argumentos neoliberais de “elefantíase” no quadro do funcionalismo brasileiro⁷³, além de traçarem opiniões muito bem fundadas de que seria justamente o reduzido montante de gasto público o principal responsável pela resistente estagnação da economia brasileira nos anos recentes. Segundo o autor (2006, p. 90) “[...] desde 1984 que insuspeitos relatórios de agências internacionais produzem dados comprovando abundantemente que o Brasil possui um Estado mais para sovina do que para perdulário”.

⁷² Os neoliberais almejam um Estado que gere exclusão, ou seja, a intervenção estatal deve ocorrer para gerar riquezas que serão apropriadas privativamente e, por outro lado, ele deve abster-se de agir na distribuição dessas riquezas.

⁷³ Importante ressaltar que o Estado brasileiro nunca foi grande em tamanho, mas sim em presença simbólica. É um Estado centralizador, que participa da vida pública, ainda que seja para excluir, ele está presente. No entanto ele é cooptado pelo grande capital (que ordena e o Estado realiza), ou seja, é um Estado plutocrático. A questão que se coloca é: necessidade de um Estado mínimo para quem? Sendo que ele nunca foi mínimo para o grande empresariado que sempre o instrumentalizou.

Acompanhando a ideologia neoliberal, o governo de José Sarney (1985-1990) criou o Ministério Extraordinário para Assuntos Administrativos e, com ele, a Comissão Geral do Plano de reforma, a qual tinha três objetivos fundamentais: racionalização das estruturas administrativas, formulação de uma política de recursos humanos e contenção de gastos públicos (DIAS, 2003, p. 196).

A Comissão suspende os trabalhos em 1986, quando entra em cena o Plano Cruzado visando à estabilidade econômica, mas no mesmo ano (setembro/1986) as primeiras medidas efetivas do programa de reforma começam a dar sinais. No tocante à estrutura foi criada a SEDAP (Secretaria de Administração da Presidência da República) com responsabilidades de modernizar e reformar a Administração federal (resgatar o sistema de mérito, reduzir o número de órgãos e entidades superpostos ou duplicados), de desburocratizá-la e de cuidar da construção e da administração imobiliária (LIMA JUNIOR, 1998, p. 15).

Com relação à política de recursos humanos, a valorização da função pública e a renovação dos quadros eram as principais metas. Para isso, foram criadas a ENAP (Escola Nacional de Administração Pública) e o CEDAM (Centro de Desenvolvimento da Administração Pública), ambos vinculados à Secretaria de Recursos Humanos. Aquela estaria responsável pela formação de novos dirigentes na Administração e este pelo treinamento e reciclagem dos servidores atuantes (COSTA, 2010, p. 110).

Entretanto, não obstante todos os esforços com propósito de sucesso em iniciativas de reforma, na prática as medidas não passaram do papel. Para Gileno Marcelino:

As tentativas de reforma até 1985 cresceram de planejamento governamental e de meios mais eficazes de implementação. Havia uma relativa distância entre planejamento, modernização e recursos humanos, além da falta de integração entre os órgãos responsáveis pela coordenação de reformas. Os resultados dessa experiência foram relativamente nefastos e se traduziram na multiplicação de entidades, na marginalização do funcionalismo, na descontinuidade administrativa e no enfraquecimento do DASP. Em resumo, a experiência das reformas administrativas no Brasil apresentou distorções na coordenação e avaliação do processo, o que dificultou a sua implementação nos moldes idealizados. Persistia na sua concepção uma enorme distância entre as funções de planejamento, modernização e recursos humanos. (MARCELINO, 1988, p. 56).

Em análise crítica das incongruências das reformas administrativas no Brasil, Dias (2003, p. 223-224) ressalta que nenhuma deu certo, uma vez que cada uma mudou os rumos propostos pela reforma anterior, propôs novas ideias, fomentou o

cenário político, criou rixas, copiou ideias de experiências estrangeiras inadequadas à realidade sociocultural do país, não cumpriu o que propôs, instituiu um fosso entre realidade e intenções, instituiu privilégios, abrigou contradições; enfim, as reformas administrativas têm o propósito de manter no poder aquele o possui, a serviço de si mesmo e ou de quem representa.

Em paralelo a esse momento dá-se início aos trabalhos de elaboração de uma nova Constituição (CR/88) que, representando uma verdadeira “reforma do Estado”⁷⁴, consagrou o princípio do Estado Democrático de Direito como fundamento básico do ordenamento jurídico e inaugurou as discussões acerca da inclusão política e participação nas decisões públicas, como visto no Capítulo anterior. Ou seja, produziu avanços significativos no que tange à democratização da esfera pública; no entanto, em termos gerenciais, a CR/88 recebeu muitas críticas⁷⁵.

Em 1990, durante o governo Collor (1990-1992), a reforma administrativa se inseria no contexto da modernização do Estado, com objetivos nitidamente neoliberais de privilegiar o ajuste fiscal, a abertura da economia, a desregulamentação e a desestatização. Os dois últimos já constavam da pauta da reforma administrativa desde o final dos anos 60, enquanto que o ajuste econômico e a abertura comercial se constituíam em dimensões novas a serem perseguidas pelo governo (LIMA JÚNIOR, 1998, p. 17).

Foi um período de intensificação de privatizações, tentativa de redução do aparelho do Estado⁷⁶, reestruturação ministerial⁷⁷ e volumosa produção normativa⁷⁸. Na visão de Marcelo Douglas de Figueiredo Torres:

⁷⁴ Os autores analisados, que comentaram as reformas administrativas brasileiras, não se referem à CR/88 como um período de reforma, mas não deixam de mencionar sua influência na forma de conceber a Administração Pública brasileira e alguns de seus princípios básicos.

⁷⁵ Pereira (1998, p. 174-175) aduz que os constituintes decidiram completar a reforma burocrática e a ela se ater, ao invés de pensar nos princípios da Administração Pública gerencial, que estava sendo implantada em alguns países de primeiro mundo. Para o autor, ignorar as novas orientações para a Administração, demonstrou a falta de capacidade de ver o novo, não tendo sido possível perceber que as formas descentralizadas do Decreto-Lei 200/1967 eram uma resposta a um Estado administrador mais eficiente.

⁷⁶ Houve demissão de funcionários e eliminação de órgãos, sem antes assegurar a legalidade das medidas com a reforma da Constituição. A preocupação central do governo Collor estava centrada na redução de servidores públicos (PEREIRA, 1998, p. 179).

⁷⁷ Houve fusões de ministérios formando superestruturas (como os ministérios da Economia e da Infraestrutura) sujeitas a pressões de interesses poderosos dificultando sua supervisão (COSTA, 2010, p. 115).

⁷⁸ Em menos de 24 horas de governo foram editadas 23 medidas provisórias, 7 decretos, 72 atos de nomeação, aos quais se seguiram inúmeras portarias ministeriais e instruções normativas autárquicas. Ademais, com o objetivo de reduzir a intervenção do Estado na vida social, criou-se uma série de restrições e regulamentos temporários (COSTA, 2010, p. 113).

A rápida passagem de Collor pela presidência provocou, na administração pública, uma desagregação e um estrago cultural e psicológico impressionantes. [...] a administração pública sentiu profundamente os golpes deferidos pelo Governo Collor, com os servidores descendo aos degraus mais baixos da autoestima e valorização social, depois de serem alvos preferenciais em uma campanha política altamente destrutiva e desagregadora. (TORRES, 2004, p. 170).

Ou seja, foi uma tentativa de minar o caráter social democrático da CR/88, colocando em seu lugar uma convicção baseada na ineficiência do Estado, inchaço da máquina e necessidade de privatização⁷⁹. Com o *impeachment* de Collor, assumiu o vice-Presidente Itamar Franco (1992-1995) que adotou uma postura tímida e conservadora no tocante a reformas (COSTA, 2010, p. 110).

3.1.2 A reforma gerencial de 1995

A propalada crise do nacional-desenvolvimentismo e as críticas ao patrimonialismo, burocracia e autoritarismo do Estado brasileiro estimularam a emergência de um consenso político de caráter liberal que se baseia na articulação entre: estratégia de desenvolvimento, estratégias neoliberais de estabilização econômica e estratégias administrativas dominantes das reformas orientadas para o mercado (PAULA, 2003, p. 123).

Essa articulação sustentou a aliança centro-direita liderada pelo PSDB e PFL que levou à presidência, em 1995, Fernando Henrique Cardoso (FHC) que buscou consolidar o legado deixado por Itamar Franco, expressos pelas metas do Plano Real⁸⁰ com a finalidade de estabilizar a economia (OLIVEIRA, 2011, p. 138).

O governo de FHC “[...] priorizou o controle da inflação e a manutenção da estabilidade da moeda e encaminhou, como plataforma política, a necessidade de reformar o Estado, prioridades vinculadas ao paradigma teórico neoliberal” (COUTO, 2004, p. 148).

⁷⁹ Não obstante palavras e ações da liderança política para reduzir o “tamanho” do Estado, o Estado brasileiro ainda pode ter “[...] seus traços de ancião, hoje, reconhecidos como características do Estado-infante, gestado em 1930, e ainda assediado pelos mesmos problemas, apenas multiplicados ao longo dos decênios” (SANTOS, 2006, p. 47)

⁸⁰ As metas do Plano Real, elaborado no governo Itamar Franco e consolidado no governo FHC eram: “[...] estabilidade de preços, incorporando alternativas de crescimento do mercado, bem como investimentos e avanços tecnológicos setorializados; modernização como redefinição da estrutura produtiva nacional, tendo como referência as novas tecnologias disponíveis no mercado internacional; integração econômica no cenário globalizado; e, por fim, desregulamentação do setor produtivo público, redefinindo seu papel como administrador de políticas macroeconômicas e de produção de bens sociais e de políticas sociais compensatórias” (OLIVEIRA, 2011, p. 138).

Ou seja, a ênfase da política governamental de FHC foi a adoção de reformas de natureza neoliberal no Estado brasileiro. Privilegiaram-se as mudanças estruturais, representadas, concretamente, pela criação do Ministério de Administração e Reforma do Estado (MARE). Concebeu-se uma agenda governamental que deveria executar a reforma do aparelho do Estado brasileiro, através do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE, 1995), comandado pelo então ministro do MARE, Luiz Carlos Bresser Pereira.

O PDRAE estava apoiado no diagnóstico de crise do Estado brasileiro caracterizado pela existência de uma crise fiscal constatada pela incapacidade do Estado em financiar políticas públicas e sociais; pelo esgotamento do modelo burocrático de administração; pela gestão centralizadora, repleta de formalismos e serviços de baixa qualidade (BRASIL, 1997, p. 8).

Inspirado nas experiências de reformas gerenciais ocorridas nos anos 1980 dos governos de Margareth Thatcher e Ronald Reagan, respectivamente Primeira-Ministra britânica e Presidente norte-americano, Bresser Pereira foi o protagonista da implementação da *New Public Management*⁸¹ (Nova Administração Pública) no Brasil.

Segundo o discurso político vigente à época, o PDRAE tinha como objetivo, não apenas enfrentar a “crise generalizada do Estado”, mas também defendê-lo enquanto “[...] *res publica*, enquanto coisa pública, enquanto patrimônio que, sendo público, é de todos e para todos” (BRASIL, 1995, p. 14). Ou seja, sua elaboração tinha o objetivo de:

[...] reforçar a governança – a capacidade de governo do Estado – através da transição programada de um tipo de administração pública burocrática, rígida e ineficiente, voltada para si própria e para o controle interno, para uma administração pública gerencial, flexível e eficiente, voltada para o atendimento do cidadão. (BRASIL, 1995, p. 13).

Na busca pela solução e efetivação dos objetivos, entendeu-se como medida prioritária a redefinição do papel do Estado, “[...] que deixa de ser o responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social pela via da produção de bens e serviços, para fortalecer-se na função de promotor e regulador desse desenvolvimento” (BRASIL, 1995, p. 12). Isso significava transferir, para o setor privado, através do programa de privatização, as atividades que poderiam ser

⁸¹ Concepção de Administração Pública voltada para o livre mercado e não-intervenção (adotado pelos países anglo-saxões Austrália, Estados Unidos, Nova Zelândia e Reino Unido), como condição necessária ao crescimento econômico.

controladas pelo mercado e, para o setor público não-estatal, através do programa de publicização⁸², as atividades públicas não-exclusivas do Estado (BRASIL, 1995, p. 13).

Na delimitação da atividade e atuação do Estado restaram consignados quatro setores (BRASIL, 1995, p. 41-42): núcleo estratégico, atividades exclusivas, serviços não-exclusivos e produção de bens e serviços para o mercado. O primeiro⁸³ corresponde ao governo em sentido amplo, define leis e políticas públicas e cobra seu cumprimento, sendo, portanto, atividades não delegáveis pelo Estado. O segundo⁸⁴ é o setor de serviços prestados apenas pelo Estado, também não delegáveis. O terceiro⁸⁵ corresponde ao setor de atuação simultânea entre Estado e outras organizações públicas não-estatais e privadas, ou seja, atividades públicas nas quais o Estado não atuaria privativamente, podendo ser transferidas por meio do programa de publicização. E, por fim, o quarto⁸⁶ corresponde à atuação das empresas, na qual não há intervenção estatal direta, ficando o Estado, em caso de privatização, com a regulamentação e controle das atividades.

⁸² Publicização consiste no processo de descentralização para o setor público não-estatal da execução de serviços que não envolvem o exercício do poder de Estado, mas devem ser subsidiados pelo Estado, como é o caso dos serviços de educação, saúde, cultura e pesquisa científica (BRASIL, 1995, p. 12-13).

⁸³ "NÚCLEO ESTRATÉGICO. Corresponde ao governo, em sentido lato. É o setor que define as leis e as políticas públicas, e cobra o seu cumprimento. É portanto o setor onde as decisões estratégicas são tomadas. Corresponde aos Poderes Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público e, no poder executivo, ao Presidente da República, aos ministros e aos seus auxiliares e assessores diretos, responsáveis pelo planejamento e formulação das políticas públicas" (BRASIL, 1995, p. 41).

⁸⁴ "ATIVIDADES EXCLUSIVAS. É o setor em que são prestados serviços que só o Estado pode realizar. São serviços em que se exerce o poder extroverso do Estado - o poder de regulamentar, fiscalizar, fomentar. Como exemplos temos: a cobrança e fiscalização dos impostos, a polícia, a previdência social básica, o serviço de desemprego, a fiscalização do cumprimento de normas sanitárias, o serviço de trânsito, a compra de serviços de saúde pelo Estado, o controle do meio ambiente, o subsídio à educação básica, o serviço de emissão de passaportes etc" (BRASIL, 1995, p. 41).

⁸⁵ "SERVIÇOS NÃO EXCLUSIVOS. Corresponde ao setor onde o Estado atua simultaneamente com outras organizações públicas não-estatais e privadas. As instituições desse setor não possuem o poder de Estado. Este, entretanto, está presente porque os serviços envolvem direitos humanos fundamentais, como os da educação e da saúde, ou porque possuem "economias externas" relevantes, na medida que produzem ganhos que não podem ser apropriados por esses serviços através do mercado. As economias produzidas imediatamente se espalham para o resto da sociedade, não podendo ser transformadas em lucros. São exemplos deste setor: as universidades, os hospitais, os centros de pesquisa e os museus" (BRASIL, 1995, p. 41-42).

⁸⁶ "PRODUÇÃO DE BENS E SERVIÇOS PARA O MERCADO. Corresponde à área de atuação das empresas. É caracterizado pelas atividades econômicas voltadas para o lucro que ainda permanecem no aparelho do Estado como, por exemplo, as do setor de infra-estrutura. Estão no Estado seja porque faltou capital ao setor privado para realizar o investimento, seja porque são atividades naturalmente monopolistas, nas quais o controle via mercado não é possível, tornando-se necessário no caso de privatização, a regulamentação rígida" (BRASIL, 1995, p. 42).

Em resumo, o PDRAE tinha como objetivos globais aumentar a governança do Estado, limitando sua atuação àquelas funções que lhe são próprias⁸⁷. Tais objetivos globais eram distribuídos para cada um dos quatro setores de atuação estatal na forma de objetivos específicos, uma vez que cada um dos setores apresentam características próprias no que tange às prioridades e princípios administrativos preponderantes⁸⁸.

A estratégia da reforma do aparelho do Estado estaria concebida a partir de três dimensões (BRASIL, 1995, p. 48-57): a) dimensão institucional legal, através da alteração da Constituição, das leis, e dos regulamentos, com a finalidade de reduzir o formalismo, o excesso de normas e a rigidez de procedimentos, alcançando assim, maior eficiência no aparelho do Estado; b) dimensão cultural, baseada na mudança de valores burocráticos e patrimonialistas em direção aos valores gerenciais e; c) dimensão gestão, considerada a mais difícil (PEREIRA, 2006, p. 265), a qual busca maior autonomia (criação de agências autônomas e organizações sociais) e implementação de três novas formas de responsabilização dos gestores – a administração por resultados, a competição administrada por excelência e o controle social – em substituição parcial aos regulamentos rígidos, da supervisão e da auditoria, que caracterizam a administração burocrática.

Para alguns autores⁸⁹, essa reforma se mostrou como verdadeira contrarreforma uma vez que houve o descumprimento do pacto social firmado na CR/88 que buscava estabelecer um Estado deliberativo, participativo e democrático. Isso porque, conforme visto, o discurso do plano de reforma estava totalmente voltado para a solução da crise fiscal, sendo que a inclusão socioeconômica, que abrange direitos constitucionais (como trabalho, educação e saúde) e a inclusão sócio-política, que se refere à participação dos cidadãos nas decisões de natureza

⁸⁷ Entretanto, vale destacar que funções que deveriam ser próprias do Estado, como saúde e educação, passaram à categoria de serviços não exclusivos. A questão não é de simples alteração de topologia, mas sim, o fato de vir acompanhada de uma tentativa pesada de privatização indireta das universidades e hospitais públicos, via organizações sociais.

⁸⁸ Por exemplo, no núcleo estratégico, o fundamental é que as decisões sejam as melhores, e, em seguida, que sejam efetivamente cumpridas, de forma que a efetividade é mais importante que a eficiência. Já em relação às atividades exclusivas do Estado, aos serviços não-exclusivos e à produção de bens e serviços, a eficiência despontaria como critério fundamental. Para uma lista detalhada dos objetivos específicos do PDRAE para cada setor da atuação do Estado, ver: BRASIL, 1995, p. 45-47.

⁸⁹ Nesse sentido, as reflexões de Elaine Rossetti Behring (2003), vinculadas à recusa de caracterizar como reforma, processos neoliberais regressivos; e de Sônia Fleury (2004), segundo a qual, nesse período, opera-se uma contrarreforma em relação aos princípios constitucionais de garantia estatal de direitos sociais universais.

pública que afetam a vida social no presente e no futuro, restaram afastadas do debate.

Em que pese a convicção de Pereira (1998) acerca do caráter democrático da reforma e da Administração Pública gerencial demonstrando que suas propostas não eram neoliberais, seu alinhamento ao caráter formal de democracia sobressai em algumas passagens, como por exemplo, ao afirmar que:

É democrática porque pressupõe a existência de um regime democrático, porque deixa claro o caráter específico, político, da administração pública, e principalmente porque nela os mecanismos de controle, de caráter democrático, são essenciais para que possa haver delegação de autoridade e controle *a posteriori* de resultados. (PEREIRA, 1998, p. 18).

O Ministro desconsiderou as opiniões contrárias à reforma (que não foram poucas), ao afirmar que houve um quase-consenso sobre a importância de sua efetivação no país.

Esses e outros argumentos⁹⁰ trazidos por Pereira para atribuir viés democratizante à reforma, não conseguiram romper com a orientação tecnocrática advinda do regime militar, uma vez que o processo decisório permaneceu sob o monopólio do núcleo estratégico do Estado e das instâncias executivas, não garantindo a inserção efetiva da sociedade civil nas decisões políticas e na proposição de políticas públicas (PAULA, 2003, p. 157).

Fato é que a Administração Pública gerencial não rompe em definitivo com o ideal burocrático e ainda reforça uma concepção limitada de democracia, dificultando a criação de alternativas institucionais de participação social. O próprio PDRAE menciona tal postura na seguinte passagem:

A administração pública gerencial constitui um avanço e até um certo ponto um rompimento com a administração pública burocrática. Isto não significa, entretanto, que negue todos os seus princípios. Pelo contrário, a administração pública gerencial está apoiada na anterior, da qual conserva, embora flexibilizando, alguns dos seus princípios fundamentais, como a admissão segundo rígidos critérios de mérito, a existência de um sistema estruturado e universal de remuneração, as carreiras, a avaliação constante de desempenho, o treinamento sistemático. A diferença fundamental está na forma de controle, que deixa de basear-se nos processos para concentrar-se nos resultados, e não na rigorosa profissionalização da

⁹⁰ Em resumo: “(1) a adaptação crítica ao Brasil contemplou de forma equilibrada nossas necessidades de mudanças na gestão do Estado e no controle social de suas decisões e ações; (2) a diversificação de controles sociais da burocracia pública preserva o interesse público, pois mantém os burocratas em contato com a sociedade, favorecendo o equilíbrio entre técnica e política; (3) o modelo pós-burocrático de organização flexibilizou o aparelho do Estado tornando-o mais eficiente na prestação de serviços e mais receptivo à participação popular e (4) a esfera pública não-estatal viabilizou a participação representativa e direta dos cidadãos na concepção e fiscalização das decisões públicas” (PAULA, 2001, p. 9).

administração pública, que continua um princípio fundamental. (BRASIL, 1995, p. 16).

Não obstante uma primeira menção ao papel da sociedade civil em um programa de reforma administrativa, o ideário da Administração Pública gerencial não garantiu a expressão de vontade e o exercício de cidadania por parte da sociedade civil⁹¹. Observa-se que a própria estrutura do estado pós-reforma não aponta os canais que permitiriam a introdução de demandas populares. Para Rubens Alves Ferreira:

Não obstante o propósito inovador do Projeto de Reforma Administrativa implementado no Brasil no final da década de 90 do século passado, o mesmo tornou-se alvo de uma forte crítica por parte de diferentes segmentos da sociedade brasileira, que, entre tantas acusações, lhe atribuíram a clara pretensão de desmonte da Administração Pública pátria, uma vez que se pautava nos pressupostos neoliberais quanto à avaliação da crise que acometia o Estado e, conseqüentemente, os instrumentos reformadores por si defendidos alinhavam-se muito mais à uma proposta de adaptação da Administração Pública ao contexto econômico e financeiro global, do que efetivamente pretendia melhorar a atuação do aparelho estatal de modo substantivo. (FERREIRA, 2006, p. 170).

No mesmo sentido, Maria Tereza Fonseca Dias:

A maior participação popular e o objetivo da reforma administrativa gerencial em possibilitar uma parceria muito mais efetiva entre sociedade e Estado, visando à superação do modelo dicotômico Estado *versus* mercado, parecem não encontrar meios de serem efetivados, ou seja, apesar dessa intenção, a participação popular não está explícita nos instrumentos instituídos pela reforma. Prevê-se participação popular na Administração Pública sem a indicação dos instrumentos que a tornem possível. (DIAS, 2012, p. 63).

Ana Paula Paes de Paula conclui que:

[...] a administração pública gerencial não realiza a contribuição imaginada pelo projeto político da vertente gerencial para democratização do Estado brasileiro, mesmo porque em muitos aspectos ela está distante de sua própria concepção de democracia: o controle democrático da burocracia pública, o modelo de gestão pública participativo e os mecanismos de participação popular são muito mais idealizações do que realidades. Como atualmente se apresenta, a administração pública gerencial é apenas o correspondente público das transformações gerenciais ocorridas no setor privado, que procura atender às necessidades de governabilidade do

⁹¹ Destaca-se que, em inúmeros trechos ao longo do PDRAE, em especial a Introdução, menciona-se o fortalecimento da parceria entre Estado e sociedade, buscando alocar espaço para o cidadão junto à Administração Pública. Como exemplo (BRASIL, 1995, p. 9): “Estado e sociedade formam, numa democracia, um todo indivisível. O Estado, cuja competência e limites de atuação estão definidos precipuamente na Constituição, deriva seu poder de legislar e de tributar da população, da legitimidade que lhe outorga a cidadania, via processo eleitoral. A sociedade, por seu turno, manifesta seus anseios e demandas por canais formais ou informais de contato com as autoridades constituídas. É pelo diálogo democrático entre o Estado e a sociedade que se definem as prioridades a que o Governo deve ater-se para a construção de um país mais próspero e justo”. No entanto sua operação possui escopos nitidamente econômicos e financeiros, conforme demonstrado nesse Capítulo do trabalho.

Estado para garantir o bom funcionamento dos mercados e a prestação de serviços públicos básicos ao “cidadão-cliente”, distanciando-se também de outras concepções possíveis de democracia. (PAULA, 2001, p. 13).

Ou seja, no momento em que se busca fundamentos de legitimidade para o funcionamento de instituições públicas, através da criação de mecanismos de democracia participativa, pode-se dizer que a proposta de uma Administração gerencial foi, em sua concretização, contraditória com o ideal participativo e democrático consolidado na CR/88.

Percebe-se que a tentativa de fazer com que o Estado funcione como empresa provoca sérios *déficits* no que diz respeito à gestão pública democrática, uma vez que contempla o cidadão como consumidor e cliente dos serviços públicos e coloca à margem uma grande parcela da população desfavorecida.

Ao contrário de uma gestão comprometida com a dimensão sociopolítica democrática, o que se verificou foi um intenso processo de privatização, descentralização e parcerias, em meio ao qual surgem as agências reguladoras. E, conforme restará demonstrado, os mecanismos de participação popular permaneceram no nível do discurso e idealização.

3.2 AGÊNCIAS REGULADORAS E O NOVO MODELO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Um dos desafios apontados pelo PDRAE (1995, p. 13) seria a articulação de novo modelo de desenvolvimento para o país, que deixa de ser o responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social pela via da produção de bens e serviços, para fortalecer-se na função de promotor e regulador desse desenvolvimento. Ou seja, o Estado reduz seu papel de executor ou prestador direto de serviços, mantendo-se no papel de regulador e provedor ou promotor destes.

Assim, busca-se o recrudescimento da regulação⁹² estatal na economia que, nas palavras de Alexandre Santos de Aragão, consiste:

[...] no conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os

⁹² Embora seja muito frequente o emprego do vocábulo regulação como sinônimo de regulamentação, já que em ambas atividades existe fixação de normas de conduta, no direito brasileiro, regulamentar significa ditar regras jurídicas como competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo, prevista no art. 84, IV da CR/88 (DI PIETRO, 2005, p. 206)

interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientado-os em direção socialmente desejáveis. (ARAGÃO, 2013, p. 40).

Verifica-se que o conceito ultrapassa questões meramente econômicas restritas a regras de conduta e de controle da atividade privada pelo Estado. Ele abrange o aspecto social, por exemplo, por meio de controle de monopólios, de benefícios irregulares resultantes de alterações súbitas de preços, da qualidade dos serviços prestados; o que significa que a intervenção estatal deve organizar os vários aspectos da vida econômica e social para proteger o interesse público.

Marçal Justen Filho (2002, p. 40) defende a concepção de regulação como um conjunto ordenado de políticas públicas, que busca a realização de valores econômicos e não-econômicos, essenciais a determinados grupos ou à coletividade como um todo. Tais políticas envolvem a adoção de medidas legislativas e administrativas destinadas a incentivar práticas privadas desejáveis e a reprimir tendências individuais e coletivas incompatíveis com a realização de valores prezados.

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 206) entende que a regulação, no âmbito jurídico, abrange tanto a regulação da atividade econômica (pública e privada) como a regulação social. Para a autora “[...] a regulação constitui-se como o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público”.

No contexto da reforma gerencial, reconhece-se como desejável a substituição do Estado-prestador pelo Estado-regulador de serviços públicos (JUSTEN FILHO, 2002). Buscou-se limitar a atuação do Estado apenas a setores considerados essenciais e indelegáveis, como justiça, defesa, seguridade e relações exteriores, deixando para o setor público não estatal e setor privado, o controle das demais áreas, como educação, saúde e serviços públicos. Dessa forma, a intervenção do Estado na economia seria subsidiária/complementar.

Uma das medidas implementadas para reduzir o tamanho do Estado foi a privatização, que transferiu para o setor privado as atividades que eram privativas do Estado, entendendo que elas poderiam ser controladas pelo mercado. Com isso, o Estado deixou de ser prestador direto de alguns serviços públicos como, saúde suplementar, vigilância sanitária, uso e exploração de recursos hídricos, energia

elétrica, transportes, entre outros, passando a desempenhar apenas o papel de regulador e fiscalizador de tais atividades.

Para o desempenho desse papel, foi prevista a:

[...] implantação de laboratórios, especialmente nas autarquias voltadas para as atividades exclusivas do Estado, visando iniciar o processo de transformação em agências autônomas, ou seja, em agências voltadas para resultados, dotadas de flexibilidade administrativa e ampla autonomia de gestão. (BRASIL, 1995, p. 55).

Logo, o PDRAE incluiu no cenário jurídico-administrativo brasileiro as agências reguladoras independentes, sendo que os primeiros relatos de regulação e agências reguladoras decorrem do processo de privatização de empresas estatais⁹³, prestadoras ou não de serviços públicos. Nessa circunstância, a regulação garantiria a regularidade da prestação de serviços e o funcionamento equilibrado da concorrência.

Dentre os fatores que contribuíram para o surgimento das agências reguladoras estão, a impossibilidade de empresas privatizadas estarem submetidas exclusivamente às decisões de seus administradores e aos interesses meramente capitalistas; a necessidade de estas empresas não estarem submetidas a interesses puramente políticos, tornando imprescindível a criação de um ente com peculiaridades específicas e independência em relação ao poder político.

Para adequar-se a esse novo contexto econômico (globalizado) cada Estado deveria promover suas alterações estruturais normativas e institucionais, sendo que, as privatizações e a globalização forneceram os pressupostos para tal mudança (MENDES, 2006, p. 109).

Embora o surgimento das agências reguladoras remeta ao século XIX, é a partir dos anos 70 (Europa) e 90 (Brasil)⁹⁴ do século XX que o fenômeno

⁹³ Não obstante a posição de Carlos Ari Sundfeld (2006, p. 19) no sentido de não ser correto considerar agência reguladora sinônimo de privatizações (e vice-versa), tendo em vista que tais agências existem não só para setores privatizados (o autor cita o exemplo dos EUA o qual nunca conheceu processos de estatização e privatização e adotou o modelo de agências reguladoras), há uma clara tendência, nos últimos anos, nos países que optaram por amplos processos de privatização de serviços básicos, de criar órgãos de regulação, como por exemplo, o Brasil.

⁹⁴ “É comum associar-se o surgimento das agências reguladoras ao movimento de desestatização verificado no Brasil principalmente a partir da década de 90. Todavia, antes das agências reguladoras independentes que começaram a ser criadas no bojo do PND, já havia sido criada uma série de órgãos e entidades reguladoras, tais como o Conselho Monetário Nacional, o Banco Central do Brasil, o Instituto do Alcool e do Açúcar, o Instituto Brasileiro do Café e a Comissão de Valores Mobiliários. Nenhum deles, contudo, tinha ou tem o perfil de independência frente ao Poder Executivo afirmado pelas recentes leis criadoras das agências reguladoras e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF)” (ARAGÃO, 2013, p. 272).

denominado agencificação⁹⁵, inspirado no direito norte-americano, passa a possuir protagonismo no contexto de reforma do Estado (DI PIETRO, 2005, p. 196).

A criação de entes jurídicos de regulação possui raízes na Inglaterra medieval através da atuação dos *common calling* (profissional que oferecia seus serviços de interesse da comunidade, mediante remuneração). Por serem serviços indispensáveis à população dos burgos (médicos, dentistas, veterinários), as autoridades obrigaram sua prestação universal e o tabelamento dos preços. Essa tradição de “tabelar preços de serviços” foi levada aos EUA pelos imigrantes do Reino Unido, implantando na América do Norte, o instituto jurídico da regulação (MOTTA, 2003, p. 55).

Na segunda metade do século XIX começa a ser delineado o modelo de agência (tal como se consolidou posteriormente) nos EUA com intuito de fiscalizar e controlar o sistema ferroviário do país, no tocante à cartelização e ao abuso na fixação de preços e condições de transporte. As primeiras experiências remontam aos anos de 1839, 1844 e 1853 em *Rhode Island*, *New Hampshire* e *Connecticut*, cada nova agência recebendo uma parcela de poderes mais efetivos (JUSTEN FILHO, 2002, p. 73-74).

Entretanto, o marco fundamental ocorrido nos EUA foi a criação da primeira grande *regulatory agency*, a *Interstate Commerce Commissions* (ICC) em 1877, alterando a configuração do modelo tradicional de agência, uma vez que lhe foi assegurada ampla autonomia no tocante a orçamento, pessoal e administração e também a possibilidade de demissão *ad nutum* dos membros da comissão. A explicação para essa nova configuração de agência aponta várias hipóteses, dentre as quais se destaca a preocupação em evitar influências políticas na condução de suas atividades.

Passados alguns anos sem iniciativas de grande extensão⁹⁶, após a crise econômica de 1929 (*New Deal*), período em que “[...] chega a seu ponto culminante o longo percurso de revisão do capitalismo liberal e dos *standards* jurídicos erigidos

⁹⁵ Fenômeno que corresponde à proliferação de agências que vem se difundindo pelo mundo como mais uma decorrência da globalização (DI PIETRO, 2005, p. 196).

⁹⁶ Em 1913 foi criado o *Federal Reserve Board*, equivalente ao Banco Central do Brasil; em 1914 foi criada a *Federal Trade Commission*, com intuito de intervir em práticas de concorrência desleal; em 1927 surgiu a *Federal Radio Commission* (JUSTEN FILHO, 2002, p. 78).

pela *common law*⁹⁷ (JUSTEN FILHO, 2002, p.78), foram criadas inúmeras agências federais⁹⁸ para atuar nos mais variados e diversos setores da vida econômica norte-americana, cuja finalidade era o controle do poder econômico, superando falhas e insuficiências do mercado. Essa fase ficou conhecida como “primeira onda” das *regulatory agency* (JUSTEN FILHO, 2002, p.78).

No início dos anos 60 ocorreu a “segunda onda” das *regulatory agency* (JUSTEN FILHO, 2002, p.78) com vistas à proteção dos consumidores, defesa do meio ambiente e proteção dos trabalhadores, resultado de movimentos civis reivindicando integração racial e eliminação de regras discriminatórias. Foram instituídas por volta de trinta agências⁹⁹ com competências relacionadas ao meio ambiente, saúde, segurança do trabalho e direitos civis. Tais agências receberam competências e finalidades mais delimitadas e definidas que as anteriores¹⁰⁰.

Não obstante a tentativa de aproximação do modelo de agências reguladoras norte-americanas ao modelo brasileiro¹⁰¹, fato é que, o contexto político-econômico em que se deu sua implantação no Brasil durante os anos 1990, foi completamente oposto do norte-americano (BINENBOJM, 2005, p. 6). Enquanto o modelo regulatório brasileiro seria a condição para os investimentos privados (principalmente capital internacional) nas atividades econômicas de interesse coletivo e serviços públicos, objeto dos programas de privatizações e desestatizações; o modelo norte-americano surgiu como resposta à crise gerada pelo capitalismo liberal do *laissez-faire* não-intervencionista, passando o Estado a

⁹⁷ “Para os reformistas do *New Deal*, o *common law* não era nem natural nem pré-político. Pelo contrário, ele incorporava uma teoria social determinada, que atendia a certos interesses às custas de outros. Particularmente, os *New Dealers* viam o *common law* como um mecanismo de insulamento da distribuição existente de riqueza e de benefícios legais em relação ao controle coletivo. O catálogo de direitos do *common law* incluía, ao mesmo tempo, muito e muito pouco – uma excessiva proteção do interesse estabelecido dos proprietários e uma proteção insuficiente dos interesses dos pobres, idosos e desempregados” (BINENBOJM, 2008, p. 268)

⁹⁸ Por exemplo: *Food and Drug Administration* (1931), *Securities and Exchange Commission* (1934), *National Labor Relations Board* (1935) e *Social Security Administration* (1935).

⁹⁹ Por exemplo: *National Highway Traffic Safety Administration* (1966), *Occupation Safety and Health Administration* (1970), *Environmental Protection Agency* (1970)

¹⁰⁰ Elas “[...] não buscavam assegurar a livre concorrência, mas adotar providências destinadas a, por exemplo, ampliar a segurança do consumidor na utilização de produtos industriais” (JUSTEN FILHO, 2002, p. 80).

¹⁰¹ Destaca-se a tese de alguns autores no sentido de aproximar o modelo brasileiro de agência reguladora ao da Europa continental, considerando o movimento similar de retração da atuação estatal na economia e alteração qualitativa do modo como o Estado passa a atuar sobre o âmbito econômico. Nesse sentido: BAGATIN, 2013, p. 29; JUSTEN FILHO, 2002, p. 131; SUNDFELD, 2006, p. 23.

intervir no mercado visando controlar monopólios e concorrência, com a finalidade de reduzir problemas econômicos e sociais associados à depressão.

O modelo regulatório brasileiro era, na prática, “[...] verdadeira exigência do mercado para captação de investimentos” (BINENBOJM, 2008, p. 272), uma vez que o risco de quebra de contratos em países marcados por movimentos nacionalistas autoritários (de direita e de esquerda) é um fator que assusta investidores estrangeiros. Daí o objetivo de atribuir um acentuado grau de autonomia a um instituto, que resistisse até uma vitória da esquerda em eleição futura (BINENBOJM, 2008, p. 272).

Em última análise:

[...] embora o modelo da agência reguladora independente norte-americana tenha servido de inspiração ao legislador brasileiro, a sua introdução no Brasil serviu a propósitos substancialmente distintos, senão opostos. De fato, enquanto nos Estados Unidos as agências foram concebidas para propulsionar a mudança, aqui foram elas criadas para garantir a preservação do *status quo*; enquanto lá elas buscavam a relativização das liberdades econômicas básicas, como o direito de propriedade e a autonomia da vontade, aqui sua missão era a de assegurá-las em sua plenitude contra eventuais tentativas de mitigação por governos futuros. (BINENBOJM, 2008, p. 272-273).

Neste primeiro momento de criação das agências, era fundamental que, em relação aos agentes políticos, tais entidades pudessem usufruir de ampla autonomia. Por isso elas são criadas como autarquias em regime especial, cuja principal característica é a independência (ou autonomia reforçada¹⁰²) em relação aos Poderes, em especial ao Poder Executivo.

Essa independência assume os seguintes aspectos:

- 1) independência política dos dirigentes, nomeados por indicação do chefe do Poder Executivo após aprovação do Poder Legislativo, investidos em seus cargos a termo fixo, com estabilidade durante o mandato. Tal importa a impossibilidade de exoneração *ad nutum* pelo Presidente;
- 2) independência técnica decisional, predominando as motivações técnicas para seus atos, que não se sujeitam a recurso hierárquico impróprio. Tal importa a impossibilidade de revisão das decisões das agências pelos Ministérios e mesmo pelo Presidente;
- 3) independência normativa, necessária à disciplina dos serviços públicos e atividades econômicas submetidos ao seu controle, e caracterizada,

¹⁰² Terminologia utilizada por Aragão (2013, p. 333-336) que a distingue da simples autonomia tendo em vista a vedação de exoneração *ad nutum* dos dirigentes das agências. Entretanto, a autonomia não implica ausência de qualquer limite a sua atuação, até porque o próprio ordenamento jurídico prevê mecanismos de controle dos atos decisórios das agências reguladoras, tais como a prestação de contas junto ao respectivo Tribunal de Contas quanto às verbas públicas por elas despendidas (art. 70 da CR/88), a possibilidade de revisão judicial de suas decisões (art. 35 da CR/88), e a possibilidade de fiscalização e controle de seus atos pelo poder Legislativo (art. 49, V e X da CR/88). Há, ainda, mecanismos de participação popular nos processos de tomada de decisão das agências, como as consultas públicas, as audiências públicas e as ouvidorias.

segundo parte da doutrina, pelo fenômeno da deslegalização. Para parte da literatura brasileira sobre regulação, por meio da deslegalização as agências passam a gozar de um amplo poder normativo, apto, inclusive, a revogar lei anteriores;

4) independência gerencial, orçamentária e financeira ampliada, por força de rubricas orçamentárias próprias e de receitas atribuídas por lei às agências. (BINENBOJM, 2005, p. 7).

Assim, as agências reguladoras, no direito brasileiro, são autarquias, pessoas jurídicas de direito público criadas por lei, conforme art. 37, XIX, da CR/88, para executar atividades típicas de Estado. Ademais, possuem patrimônio e receita próprios e dispõe de autonomia de gestão, administrativa e financeira, nos termos do art. 5º, I, do Decreto-Lei 200/1967. O regime especial diz respeito ao reforço dessa autonomia (distinguindo-as das demais autarquias), e garante o afastamento de ingerências indevidas por parte do Estado e dos agentes regulados exploradores da atividade econômica. Por essa razão, procurou-se demarcar um espaço de legítima discricionariedade, em que se predominam critérios técnicos sobre valorações políticas (BARROSO, 2005, p. 9).

Para assegurar essa autonomia reforçada, a Lei n. 9.986/2000 que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras, prevê algumas garantias gerais que englobam todas as agências reguladoras brasileiras, conforme será destacado a seguir.

O art. 5º determina que os respectivos dirigentes serão escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, dentre brasileiros, de reputação ilibada, com formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos.

Tal previsão objetiva certa imparcialidade na nomeação dos dirigentes, não ficando a cargo, apenas do Presidente, a escolha e nomeação de alguém que possa atuar em prol de interesses políticos¹⁰³. Frisa-se a necessidade afastar pressões políticas ou partidárias, tão presentes no país, no sentido de assegurar a independência da atuação desses dirigentes.

O art. 9º da referida Lei reforça a independência política dos dirigentes ao

¹⁰³ Contudo, esse dispositivo vem sendo descumprido por nomeações de dirigentes de forma interina pelo Presidente da República, afastando a sabatina do Senado. A justificativa para esse comportamento seria a urgência para composição de *quorum* de deliberação da diretoria das agências reguladoras, até que o titular fosse nomeado segundo os ditames legais. Em matéria publicada no site do Jornal O Globo (SASSINE, 2015), de 26/01/2015, das dez agências reguladoras federais, cinco estavam funcionando com problemas como diretores interinos, cargos vagos ou presidentes improvisados. Sobre o assunto, ver também Andrea Paula Pontes dos Santos (2015, p. 332-333).

dispor que estes somente perderão o mandato em caso de renúncia, condenação judicial transitada em julgado, processo administrativo disciplinar ou por outra condição prevista na lei de criação da agência (parágrafo único); o que dificulta¹⁰⁴ a possibilidade de exoneração *ad nutum* que ocorre nas demais autarquias.

Por fim, os art. 6º e 7º da Lei estabelecem, respectivamente, que o mandato dos conselheiros e dos diretores terá o prazo fixado na lei de criação de cada agência e que esta também disporá sobre a forma da não-coincidência de mandato. A intercalação de mandatos é a finalidade desse dispositivo, de forma que a nomeação dos diretores ocorra em momentos distintos e o término do mandato também recaia em datas diversas, impedindo que muitos dos dirigentes sejam escolhidos pelo mesmo chefe do Executivo. Conseqüentemente, ao longo do mandato de um Presidente da República haverá dirigentes nomeados pelo governo anterior, reduzindo sua capacidade de articulação política na agência¹⁰⁵.

Diante de tais fatos, pode-se deduzir que a independência/autonomia reforçada constitui característica marcante das agências reguladoras¹⁰⁶ que estão obrigadas a desenvolver sua atividade com elevado grau de imparcialidade em face do poder político, sob pena de se converterem em mera “[...] *longa manus* do núcleo estratégico estatal” (MARQUES NETO, 2006, p. 87). Para o autor (2006, p. 88), essa imparcialidade se concretiza no momento em que se verifica, a autonomia de gestão do órgão; fontes próprias de recursos, se possível geradas do próprio exercício da atividade regulatória; a não-vinculação hierárquica a qualquer instância de governo; a inexistência de instância revisora hierárquica dos seus atos, ressalvada a revisão judicial.

¹⁰⁴ Destaca-se que o art. 9º parágrafo único da Lei 9986/2000 abre brechas para previsões discricionárias, como ocorreu no caso na Lei de criação da ANTT (Agência Nacional de Transporte Terrestres), Lei n. 10.233/2001, em seu art. 56 que prevê como possibilidade de perda do mandato dos membros da Diretoria, o descumprimento manifesto das suas atribuições, além das causas previstas Lei 9.986/2000. Outra relativização encontra-se prevista no art. 5º parágrafo único da Lei 9.986/2000 o qual confere poderes ao chefe do Executivo para fixar o prazo do mandato do diretor-presidente da agência. Conforme alerta Santos (2015, p. 334), “[...] o Presidente da República pode fixar mandatos curtos e, assim, o diretor-presidente para ser reconduzido, poderá ceder às vontades do Executivo”.

¹⁰⁵ “Contudo, essa previsão também fica comprometida pela possibilidade de reeleição do Presidente da República, que pode ficar no poder por até oito anos. Reeleito o Chefe do Executivo, chegará um momento em que todos ou a maioria dos dirigentes das agências foram escolhidos por ele. Além disso, quando há atrasos nas nomeações, bem como a nomeação de dirigentes interinos, a intercalação também fica fragilizada” (SANTOS, 2015, p. 334).

¹⁰⁶ Nesse sentido: Justen Filho (2002, p. 391); Marques Neto, 2006, p. 87; Santos (2015, p. 331).

Noutro giro, o dever de imparcialidade das agências reguladoras se estende perante os agentes econômicos exploradores da atividade regulada¹⁰⁷. Isso não significa que a agência deva atuar de forma contrária aos interesses do regulado, mas sim, atuar de forma a distinguir os interesses gerais que tutela, dos interesses individuais (embora legítimos) dos regulados.

Essa autonomia é fundamental para que o órgão regulador exerça suas atividades de forma equidistante em relação aos interesses dos regulados, dos usuários dos serviços, consumidores e cidadãos, e também do próprio poder político. Desse modo, as agências perderiam a razão de ser, caso fossem “capturadas”¹⁰⁸ pelo poder político ou pela influência econômica dos interesses regulados.

3.2.1 Legitimidade democrática das agências reguladoras

Frente à chamada autonomia reforçada, uma crítica fundamental ao modelo de agências reguladoras implantado no Brasil diz respeito à legitimidade democrática da regulação normativa desenvolvida por esses entes.

A questão que se coloca em debate é saber em que proporção pode ser legítima e democrática a decisão de um órgão colegiado, não eleito e coberto de autonomia decisória em relação à administração direta, sobre o conteúdo de um regulamento, em contraposição à opinião de um ministro de Estado nomeado pelo Presidente eleito pelo voto popular. Ou, ainda, em que medida é legítima a fixação de políticas públicas para um setor da economia por meio de uma agência reguladora independente, na medida em que, ao exercer sua função normativa, acaba por especificar o conteúdo das normas gerais definidas em lei pelo Poder Legislativo ou em decreto do Presidente da República, ambos eleitos (MATTOS, 2011, p. 256).

¹⁰⁷ Um dos principais elementos para efetivação desta independência são os mecanismos de impedimento do recrutamento, pelos regulados, de quadros dirigentes do órgão regulador (MARQUES NETO, 2006, p. 85). A chamada quarentena prevista no art. 8º na Lei 9.986/2000 que estabelece “[...] o ex-dirigente fica impedido para o exercício de atividades ou de prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, por um período de quatro meses, contados da exoneração ou do término do seu mandato”.

¹⁰⁸ O fenômeno da captura corresponde ao controle da agência pelos interesses do regulado ou do poder político, em detrimento dos interesses gerais da coletividade. Sobre o assunto, ver Floriano Azevedo Marques Neto (2006, p. 89-90)

No entanto, demonstrar-se-á que as justificativas da legitimidade de atuação das agências reguladoras independentes se limitam, no âmbito do direito, “[...] ao debate constitucional no plano de uma análise ainda formalista da dogmática jurídica, no qual os problemas são sempre passíveis de uma solução técnica por meio da melhor interpretação (ou da interpretação que vencer a disputa)” (MATTOS, 2011, p. 258). Nesse contexto, os autores de Direito administrativo e econômico no Brasil, têm defendido a legitimidade ou ilegitimidade da atuação das agências reguladoras com base em exame de adequação aos princípios constitucionais, em especial os princípios da legalidade e da separação de funções.

Paulo Todescan Lessa Mattos (2011, p. 256) cita, dentre os numerosos estudos já produzidos, três linhas de trabalhos de juristas brasileiros para exemplificar essa perspectiva jurídico-formal.

A primeira¹⁰⁹ refuta a tese de legitimidade tendo em vista a ausência de previsão constitucional para a delegação de função normativa às agências. Entendimento contrário propiciaria a ampliação da discricionariedade normativa por parte do poder regulamentar de forma a gerar um *déficit*, não apenas do controle de legalidade por parte do Poder Judiciário, uma vez que haveria a necessidade de recurso muito mais frequente ao princípio da razoabilidade das normas reguladoras em face da intenção do legislador, para a decisão sobre a sua constitucionalidade, como também do princípio da segurança jurídica, na medida em que as normas editadas pelas agências poderiam estar cada vez mais distantes do conteúdo das normas gerais definidas em lei pelo Poder Legislativo ou em decreto do Presidente da República.

A segunda¹¹⁰, no mesmo sentido, mas numa perspectiva ainda mais radical à existência das agências reguladoras, afirma-se que sua função normativa representaria uma delegação abdicatória, ou seja, a renúncia do Poder Legislativo de seu dever constitucional. Nesse caso, o poder normativo das agências reguladoras estaria vedado pela Constituição, por força do art. 25, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias¹¹¹.

¹⁰⁹ Nesse sentido, Di Pietro (2005).

¹¹⁰ Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (1990).

¹¹¹ “Art. 25. Ficam revogados a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I. Ação normativa; [...]” (BRASIL, 1988).

Em sentido oposto encontra-se a terceira linha¹¹², composta pela literatura inserida no contexto da reforma gerencial (surgimento das agências reguladoras no Brasil) em que se sustentou a necessidade de revisão de alguns dos postulados principais do constitucionalismo clássico – tais como os princípios da legalidade¹¹³ e da separação de funções¹¹⁴ – à luz da realidade socioeconômica cada vez mais complexa gerada pelo mundo globalizado. Seguindo o argumento da necessidade de regulação técnica e especializada de mercados, essa linha desloca o foco (mas não deixa de lado) das questões associadas à dogmática constitucional (legalidade e separação de funções) direcionando-o à defesa de eficiência da atividade reguladora. Porém, essa linha associa tal exigência à necessidade de participação pública direta no processo decisório das agências reguladoras, como instrumento de controle e influência, capaz de suprir as alegações de violação ao princípio democrático.

Apesar de considerarem em seus argumentos os mecanismos de participação (“ou controle social”), essa última linha ressalta a legitimidade pela eficiência, deixando para segundo plano a reflexão sobre o sentido e o funcionamento dos mecanismos de participação pública na atividade regulatória, ou seja, aqueles referentes à legitimação das normas editadas e às decisões tomadas pelas agências reguladoras independentes (MATTOS, 2011, p. 257).

A partir da análise das linhas de trabalho acima indicadas é possível aferir que os autores abordam a questão da legitimidade a partir de um exame de constitucionalidade restrito à legalidade e separação de funções, próprio de um modelo liberal do direito e da democracia, não se atentando para o grau de complexidade das relações sociais presentes no surgimento do Estado regulador.

Conforme já mencionado, a criação dos espaços de deliberação pública e participação popular nos processos decisórios das agências, pensados no projeto de reforma do Estado permaneceram no nível do discurso e idealização¹¹⁵. Ou seja,

¹¹² Nesse sentido: Cuéllar (2001); Sundfeld (2006); Marques Neto (2006).

¹¹³ Remete-se à questão da chamada “crise da lei” exposta no Capítulo 2.

¹¹⁴ A interpretação rígida de “separação de poderes” tornou-se incompatível com a evolução econômica, social, cultural e Constitucional ocorrida modernamente, de forma que, em uma sociedade plural e complexa, o volume de atividades a cargo do Poder Legislativo passa a requerer a constituição de novos parâmetros de distribuição de funções.

¹¹⁵ “[...] Bresser parece assumir alguma forma de participação pública como mecanismo de controle do processo decisório de agências reguladoras independentes. No entanto, ao discutir mais pontualmente a reforma do Estado realizada no Brasil ao longo da década de 90, Bresser não estabelece nenhuma reflexão sobre o que entende efetivamente por participação pública e em que

assume-se que a simples previsão legal de mecanismos participação pública direta na atuação das agências reguladoras seria suficiente para suprir o *déficit* de legitimidade democrática (SOUTO, 2011, p. 97). Não se investiga o potencial democrático dos mecanismos de participação institucionalizados por meio de normas, tampouco a sua incorporação nas práticas regulatórias das próprias agências.

Assim, essa concepção jurídico-formal de legitimidade é insuficiente para explicar o fundamento normativo que as agências reguladoras independentes detêm de fato na sociedade, diante de um contexto contemporâneo condizente com o princípio democrático de expansão da deliberação, de expansão de canais de diálogo entre sociedade civil e Estado e de um forte nível de participação.

Ou seja, não basta fazer uma afirmação normativa da participação, muito menos preconizar que a participação popular é essencial no paradigma deliberativo, uma vez que o problema é identificado na *práxis* cotidiana de deliberação das diversas atividades estatais: legislativa, administrativa e judiciária. O problema é normativo-empírico, pois é o fazer participativo que gera a justiça/legitimidade.

Ultrapassado o modelo meramente representativo de democracia e, tendo em vista a proposta constitucional de democracia deliberativa fomentada pela ampla participação, a legitimidade decorrerá de um debate público entre agências reguladoras, setor regulado e sociedade civil (todos possivelmente interessados ou afetados pelas decisões)¹¹⁶. Dessa forma, o Estado de Direito deve promover as garantias necessárias para que todos os interessados possam participar da deliberação, em igualdade de condições, através da troca de argumentos.

Se há uma esfera pública pouco ativa ou a participação privilegiada de determinado grupo de interesse em detrimento de outros, os problemas relacionados à legitimidade democrática aparecem. Isto é, as condições efetivas de participação

grau esta estaria associada à legitimação da autonomia decisória de uma burocracia independente e tecnicamente especializada, como é o caso das agências reguladoras. Mais ainda, não discute quais teriam sido os mecanismos de participação pública criados pela reforma do Estado brasileira” (MATTOS, 2002, p. 193-194).

¹¹⁶ “Identificamos no interior do processo decisório das agências ao menos três tipos de interesses em jogo: o interesse do próprio Estado, o interesse das empresas concessionárias e o interesse dos usuários. Desvelar qual destes é atendido numa decisão concreta da agência é de fundamental importância para não nos curvamos à enunciação de um interesse público genérico. Terá legitimidade democrática, portanto, a agência que der canais de representação a Ada um destes interesses” (MENDES, 2006, p. 131).

pública são, nessa perspectiva, o melhor critério para se medir o potencial democrático das agências reguladoras independentes.

Nas palavras de Binenbojm:

[...] a participação dos cidadãos apresenta-se como a mais alentada forma de suprimento do problema do *déficit* de legitimação democrática das agências independentes. Se há uma dificuldade de legitimação decorrente da alocação de porção do poder do Estado em reguladores não eleitos e não sujeitos aos mecanismos tradicionais de aferição da responsividade social de sua atuação, o fomento à participação social nos processos regulatórios seria uma possível maneira de reforçar o grau de autoridade das decisões das agências. (BINENBOJM, 2008, p. 294-295).

Gustavo Assed Ferreira (2010, p. 194) também sustenta que o *déficit* democrático, gerado pela presença acentuada da Administração no processo regulatório em face do Poder Legislativo, pode ser superado “[...] pela maior presença da sociedade na edição dos atos normativos e na devida motivação dos atos administrativos expedidos pela Administração Pública”.

Portanto, avaliar a legitimidade democrática das agências reguladoras independentes perpassa pela análise da efetiva participação dos cidadãos durante o processo decisório sobre a edição de normas e as condições de deliberação sobre o conteúdo da regulação. Ou seja, avaliar o grau de organização e de mobilização da sociedade brasileira nos processos participativos proporcionará a identificação da presença de *déficit*, ou não, de democraticidade da regulação administrativa.

Tal avaliação será abordada no próximo Capítulo que traz como paradigma a ANS.

4 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PROCESSO NORMATIVO DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS)

Conforme apontado, a CR/88 optou por privilegiar a atuação indireta do Estado no domínio econômico, primando por sua intervenção como agente normativo e regulador¹¹⁷. Verifica-se mudança de perspectiva da atuação estatal em vários setores econômicos relevantes para a coletividade (como saúde, transporte e energia), que marcou a alteração de um Estado interventivo para um Estado regulador¹¹⁸, em que se consolidou o surgimento das agências reguladoras aptas a regular (normativamente) e fiscalizar a realidade dinâmica e conjuntural desses setores.

Assim, em tese, a instituição de agências reguladoras no Brasil objetivou a despolitização da regulação de setores da economia, mediante uma atuação técnica e imparcial, diversa da lógica político-representativa. Justamente nesse ponto verificam-se discussões acerca da legitimidade democrática de tais entes regulatórios que, ao “[...] representarem um novo *locus* de definição e implementação de políticas públicas, não se inserem na lógica tradicional da democracia representativa, legitimada pela via eleitoral” (FUNGHI, 2012, p. 134).

A efetivação do paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito requer muito mais que uma democracia formal. Chama a atenção para a inclusão da sociedade civil, com toda sua complexidade e pluralidade, nos processos decisórios da Administração Pública.

Nesse sentido, a regulação deve submeter-se a processos deliberativos com a participação, em igualdade de condições, dos grupos defensores de ideias antagônicas, a fim de que, “[...] da dialética do discurso implementada no curso de tais processos, possam surgir direcionamentos que, mesmo não sendo consensuais, serão fruto de um trabalho coletivo, e, portanto, gozará de maior legitimidade” (SILVA, 2009, p. 82).

Logo, a questão da legitimidade na atividade normativa das agências reguladoras deve ser analisada sob uma perspectiva substantiva, ou seja, a partir da

¹¹⁷ “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” (BRASIL, 1988).

¹¹⁸ Ver Capítulo 3 da pesquisa.

efetiva participação da sociedade nos processos normativos, tornando-se importante a avaliação dos meios institucionalizados de participação e suas condições efetivas. E são os institutos de participação popular que contém esse potencial democrático capaz de legitimar a atuação normativa das agências reguladoras:

[...] a participação dos cidadãos apresenta-se como a mais alentada forma de suprimento do problema do *déficit* de legitimação democrática das agências independentes. Se há uma dificuldade de legitimação decorrente da alocação do porção do poder do Estado em reguladores não eleitos e não sujeitos aos mecanismos tradicionais de aferição da responsividade social de sua atuação, o fomento à participação social nos processos regulatórios seria uma possível maneira de reforçar o grau de autoridade das decisões das agências. (BINENBOJM, 2008, p. 294-295).

O fomento à participação dos cidadãos em processos regulatórios tem sido uma das tentativas de recuperação do lastro de legitimidade da atuação das agências reguladoras. Os institutos de participação (como audiências públicas, consultas públicas e conselhos consultivos) encontram previsão na legislação que cria os entes reguladores¹¹⁹. Entretanto, a mera previsão normativa que assegure e disponibilize à sociedade esses institutos, não garante a atuação democrática das agências reguladoras. É preciso que a opinião formada no seio da esfera pública, mediante deliberações promovidas pelos participantes, influencie o resultado dos processos normativos das agências. Ademais, a participação deve estar ao alcance de todos os interessados, sem distinção, isto é, os participantes inseridos no contexto de liberdade e igualdade.

Logo, os processos de produção de normas setoriais das agências reguladoras deve ser guiado pela ampla participação, possibilitando o influxo de grupos de interesses e de pessoas individualmente consideradas, que se sintam atingidos pela regulação normativa, “[...] devendo os debates e discussões em tais processos considerarem, o máximo possível, todos os fatos e problemas necessários à discussão pelos participantes” (FUNGHI, 2012, p. 139-140).

Diante desses fatos, o que está em questão para o presente trabalho é medir o grau de legitimidade democrática presente na atividade normativa desenvolvida pelas agências reguladoras a partir da análise da participação da sociedade civil.

Para essa verificação, optou-se como paradigma de análise a Agência Nacional de Saúde Suplementar pelo fato de a saúde, bem essencial à dignidade da

¹¹⁹ “Há que se levar em conta, entretanto, que o discurso da legitimação pelo procedimento participativo sofre, no Brasil, severas críticas, que decorrem do baixo grau de organização e mobilização da sociedade brasileira” (BINENBOJM, 2008, p. 300).

pessoa humana, estar relacionada a um setor sensível da sociedade, no qual se sobressai a tensão entre os interesses do consumidor e do fornecedor, inerente à prestação privada de serviços de saúde. Dentre os instrumentos de participação da sociedade previstos em suas normas, optou-se pelas consultas públicas, sob a justificativa de ser o mecanismo de participação direta mais relevante, uma vez que está relacionado à atividade normativa da agência, foco deste trabalho.

Tratar-se-á no presente Capítulo da organização, competência e finalidades da ANS, além de abordar os mecanismos de participação da sociedade civil previstos em suas leis e regulamentos relacionados ao processo de edição de normas da agência. Por fim, será destacado o mecanismo de consulta pública, seus aspectos e características previstos na norma e literatura.

4.1 UMA ANÁLISE DA ANS

Antes de adentrar especificamente no estudo da ANS, faz-se necessário indicar o cenário atual de agências reguladoras federais existentes no Brasil.

As primeiras agências brasileiras com previsão constitucional foram: a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), regulamentada pela Lei n. 9.472/1997, e a Agência Nacional do Petróleo (ANP), regulamentada pela Lei n. 9.478/1997¹²⁰. Em seguida, o legislador infraconstitucional criou as demais agências de acordo com a necessidade de regular setores em que a iniciativa privada estivesse explorando atividade econômica de interesse público ou prestando serviço público.

Atualmente, existem 10 agências reguladoras federais no Brasil conforme quadro abaixo (ALEXANDRINO; PAULO, 2010, p. 174):

¹²⁰ Destaca-se que a primeira agência surgida no Brasil foi a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), em 1996, sendo que esta não tem previsão expressa na CR/88.

Quadro 1 – Relação das agências reguladoras federais brasileiras

Diploma instituidor	Agência	Finalidades	Logo
Lei n. 9.427 de 26/12/1996	Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL	Regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.	
Lei n. 9.472 de 16/07/1997	Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL	Regular e fiscalizar os serviços de telecomunicações do país.	
Lei n. 9.478 de 26/12/1997	Agência Nacional do Petróleo - ANP	Promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis.	
Lei n. 9.782 de 26/01/1999	Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA	Proteger e promover a saúde, garantindo a segurança sanitária de produtos e serviços.	
Lei n. 9.961 de 28/01/2000	Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS	Controlar, normatizar, controlar e fiscalizar as atividades que garantem a assistência suplementar à saúde.	
Lei n. 9.984 de 17/07/2000	Agência Nacional de Águas - ANA	Implementar, em sua esfera de atribuições, a Política Nacional de Recursos Hídricos, integrando o Sistema nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.	
Lei n. 10.233 de 05/06/2001	Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT	Implementar, regular e supervisionar a política voltada para os transportes terrestres.	
Lei n. 10.233 de 05/06/2001	Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ	Implementar, regular e supervisionar a política de transportes aquaviários.	
Medida Provisória n. 2.228 de 06/09/2001	Agência Nacional do Cinema - ANCINE	Fomentar, regular e fiscalizar as indústrias cinematográficas e videofonográfica.	
Lei n. 11.182 de 27/09/2005	Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC	Regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária	

Segundo Di Pietro (2005, p. 210) ainda é possível subdividir as agências reguladoras em dois tipos, aquelas que exercem, com base em lei, típico poder de polícia, com a imposição de limitações administrativas, previstas em lei, fiscalização, repressão, como a ANS, ANVISA e ANA; e, por outro lado, aquelas que regulam e controlam as atividades que constituem objeto de concessão, permissão ou autorização de serviço público (como por exemplo, telecomunicações, energia elétrica, transportes) ou de concessão para exploração de bem público (petróleo e outras riquezas minerais, rodovias, dentre outros).

4.1.1 Da intervenção do poder público no setor de saúde suplementar

Os primeiros estudos efetuados pelo poder público no mercado privado de suplementação dos serviços de saúde datam da década de 1960¹²¹, época marcada exclusivamente pela comercialização de planos coletivos, que tinham como principal clientela o Estado e as instituições privadas de caráter coletivo.¹²² (FIGUEIREDO, 2012, p. 118).

À primeira vista, percebeu-se que não havia necessidade de intervir no setor de saúde suplementar, uma vez que não se constatou qualquer relação de desigualdade entre os contratantes que pudessem prejudicar os beneficiários. Todavia, com o surgimento e expansão de planos e seguros individuais, o cenário de equilíbrio do mercado, até então vigente, foi alterado:

Em meados da década de 1980, o Brasil já registrava, aproximadamente, 15 milhões de clientes dos planos de saúde, sendo a maioria beneficiária oriunda de planos e seguros coletivos. No final do referido decênio, revelou-se a existência de vultoso mercado no que se refere à assistência suplementar de serviços de saúde. Tal expansão ocorreu devido a diversos fatores, tais como a intensificação da comercialização de planos individuais, a entrada decisiva de grandes seguradoras na vertente da saúde, a adesão de novos grupos de trabalhadores à assistência médica supletiva, notadamente funcionários públicos da administração direta, das autarquias e das fundações, vinculando-se, ainda, a assistência privada ao financiamento da assistência médica suplementar. (FIGUEIREDO, 2012, p. 119).

A partir da década de 1980, verifica-se a adesão dos segmentos de média e alta renda aos planos de saúde privados, que lhes garante acesso aos serviços de

¹²¹ A saúde suplementar aproveita-se das limitações do sistema público para se consolidar. A partir de 1966, grandes empresas passaram a assumir a assistência médica de seus funcionários, tendo como marco regulatório o Decreto-Lei n. 73/1966 (PSCHEIDT, 2014, p. 15).

¹²² Para uma percepção detalhada da evolução do mercado brasileiro da saúde suplementar, conferir: Leonardo Vizeu Figueiredo (2012).

saúde prestados pelo subsistema privado. Este processo contribui para um fenômeno que Paulo Faveret Filho e Pedro Jorge de Oliveira (1990, p. 153-156) denominam "Universalização Excludente", que se traduz no fato de que, para incorporar os setores mais desfavorecidos da sociedade ao sistema público de saúde, ainda que de forma precária, se fazia necessária a passagem das classes média e alta para os planos de saúde, pois, em tese¹²³, seria impossível ao Estado fornecer atendimento de qualidade a toda população. E se era para escolher um setor da população a ser atendido pelo Estado, este deveria ser o mais desfavorecido, incapaz de, por si só, ter acesso aos serviços de saúde ofertados pelo mercado. Este rearranjo do sistema de saúde teve, pois, a função de acomodar, ainda que de forma precária, o fornecimento e o acesso dos serviços de saúde entre as classes socioeconômicas da população.

Por outro lado, o processo de ampliação de planos privados de saúde também foi influenciado pela comercialização de planos individuais direcionados aos segmentos de baixa renda, propiciando a entrada de microrredes de atendimento que comercializavam planos mais acessíveis com redes de atendimento e coberturas restritas. Logo, planos populares a preços mais acessíveis passaram a ser praticados¹²⁴, sem a contrapartida de qualidade técnica e coberturas mínimas nos procedimentos mais complexos (PSCHEIDT, 2014, p. 15).

Essa complexidade do mercado - provocada pelo excesso de operadoras de planos de saúde direcionadas a diferentes segmentos de renda - aliada à heterogeneidade do setor, à falta de conhecimento técnico sobre como o mercado estaria operando com a popularização dos planos de saúde, e ao aumento de reclamações de consumidores em face das entidades de assistência privada à saúde, levou ao consenso em torno da necessidade de intervenção estatal sobre a atuação das operadoras.

¹²³ Em tese, pois, não há impossibilidade, mas sim, um descompromisso histórico do Brasil com direitos sociais. Os dados da Organização mundial de saúde revelam que, em 2014, o Brasil destinou à saúde 6,8% do orçamento público do governo federal, sendo inferior à média do que se gasta na África, com 9,9% dos orçamentos nacionais para a saúde. Nas Américas, a taxa é de 13,6%, contra 13,2% na Europa. Em alguns casos, a proporção destinada para a saúde em alguns países chega a ser três vezes o índice brasileiro. Nos Estados Unidos, 21,3% do orçamento nacional vai para a saúde, contra 22% na Suíça, 23% na Nova Zelândia e 20% no Japão. Em alguns países em desenvolvimento, o índice também é elevado. No Uruguai, ele chega a 20%, contra 23% na Costa Rica ou 24% na Nicarágua. (REVISTA EXAME, 2017)

¹²⁴ "Tais planos ofereciam o acesso a serviços restritos, ou a um único estabelecimento hospitalar, geralmente localizados em periferias das grandes cidades ou em Municípios de médio e pequeno portes" (FIGUEIREDO, 2012, p. 120).

A primeira intervenção ocorreu com a promulgação da Lei n. 9.656/1998 que previu a existência de uma entidade reguladora desse mercado, como será adiante examinado. Buscando reprimir os abusos cometidos pelas operadoras de planos de saúde contra os consumidores, bem como manter a higidez econômico-financeira do mercado, essa lei passou a ser o marco regulador do setor da saúde privada, funcionando como verdadeiro divisor de águas do mercado de suplementação¹²⁵.

Importantes inovações foram introduzidas pela lei de forma a ampliar o controle e fiscalização das operadoras de planos de saúde e garantir segurança aos beneficiários, como, por exemplo: necessidade de registro provisório, outorgado pelo poder público, de operação e de comercialização de contratos de planos privados de assistência à saúde; monitoramento do mercado, por meio do envio obrigatório de informações técnicas e financeiras das operadoras, permitindo à Administração Pública analisar e acompanhar a evolução dos custos, condição essencial para a autorização de aumento das contraprestações pecuniárias dos planos individuais; todos os contratos de planos de saúde vigentes, anteriores à lei, tiveram sua comercialização proibida no mercado, em que pese terem sua vigência assegurada (inseridas novas garantias); faculdade de criação de planos de saúde por região, mediante a delimitação geográfica da área de atuação ou de abrangência territorial, possibilitando planos mais condizentes (custos menores e preços acessíveis) com as realidades regionais do país; possibilidade de adoção de planos ou seguros com inclusão de cláusulas de franquias ou de coparticipação nos custos, minimizando e repartindo os riscos com beneficiários e prestadores (CUNHA, 2003, p. 47-79).

Segundo Kristian Rodrigo Pscheidt:

Ficou evidente que o texto promulgado propõe forte regulação da atividade econômica, em consonância aos princípios do Código de Defesa do Consumidor, em um sistema de controle bipartite entre o Ministério da Fazenda e o Ministério da Saúde, por meio do Conselho de Saúde Suplementar (CONSU), que logo viria a ser substituído pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). (PSCHEIDT, 2014, p. 23).

¹²⁵ Essa nova legislação tem amplo campo de incidência, alcançando todos os planos e seguros de saúde que já operavam, bem como os que venham a operar no mercado de suplementação dos serviços de saúde. Incide sobre os planos próprios de hospitais, autogestões, medicinas de grupo, cooperativas em geral, administradoras, seguradoras, enfim, todas as entidades que possuam planos com contraprestação pecuniária, independente de sua natureza jurídica ou forma de comercialização, incluindo aquelas de administração de credenciamento ou de atuação por custo operacional. O marco regulador enquadra qualquer desses entes como operadoras, configurando-as nos mesmos moldes constitutivos de uma seguradora. Esse amplo campo de incidência proporciona a ampliação da base de controle e fiscalização por parte do governo, com o propósito de reduzir a evasão fiscal e a assimetria de informações do mercado (FIGUEIREDO, 2012, p. 122-123).

Nesse contexto, o papel atribuído às agências reguladoras de saúde se traduz, em síntese, na busca técnica de um padrão de qualidade de interesse coletivo que atraia o consumidor e viabilize o investimento do fornecedor (este tende a pretender aumentar sua remuneração, enquanto aquele, pretende a sua redução), aliada a uma adequada prestação do serviço. O poder público, por sua vez, vai ditar regras equalize as tensões de ambos os interesses, todavia, primando pela oferta de serviços de qualidade para o consumidor. Assim, a meta da agência deve ser, com independência técnica, buscar um ponto de equilíbrio que atenda os interesses desses três polos (CUNHA, 2003, p. 89).

4.1.2 Da regulação do mercado de saúde suplementar por agência reguladora independente

A ANS foi concebida como ente estatal, independente e autônomo da estrutura de central do Governo Federal, responsável pela regulação setorial do mercado de suplementação privada dos serviços de saúde¹²⁶. Não obstante os serviços de saúde serem erigidos ao status de direitos sociais fundamentais pelo legislador constituinte (art. 6º combinado com o art. 196, ambos da CR/88¹²⁷), sendo prestados em sistema único pelo poder público (art. 198 da CR/88¹²⁸), a própria Constituição expressamente ressalvou a possibilidade de serem prestados, em regime suplementar, pelo particular, atendidas as normas e disposições do Estado,

¹²⁶ “A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) é a Agência Reguladora vinculada ao Ministério da Saúde responsável pelo setor de planos de saúde no Brasil. O termo suplementar neste contexto significa que, além do sistema público, o cidadão pode contratar serviços de planos de saúde como uma opção de atendimento. Portanto, a ANS regulamenta, normatiza, controla e fiscaliza as atividades relativas à assistência privada à saúde, com o objetivo de promover a defesa do interesse público e, assim, manter o equilíbrio do mercado, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no país. O setor de saúde suplementar é composto por operadoras de planos privados de assistência à saúde, por uma rede de prestadores de serviços (hospitais, clínicas, laboratórios e profissionais de saúde) e pelos beneficiários de planos de saúde” (ANS, 2017b).

¹²⁷ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 90, de 2015)

[...]

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988).

¹²⁸ “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...]” (BRASIL, 1988).

bem como o interesse público (art. 197 combinado com o art. 199, ambos da CR/88¹²⁹)¹³⁰.

Todavia, parte deste setor de relevante interesse coletivo, a saber, a segmentação de planos e seguros de saúde, ficou, durante o primeiro decênio de vigência da CR/88 relegado à margem da regulação estatal, apresentando sérias falhas de mercado¹³¹.

Diante da incapacidade de autorregulação da saúde suplementar e, dada a necessidade de especialização no setor, bem como de aliar a regulação econômica com a técnico-social, mantendo todo o processo a salvo de pressões políticas e de interferências do mercado, optou-se pela criação da ANS, autarquia de regime especial, pessoa jurídica de direito público integrante da Administração Indireta, vinculada ao Ministério da Saúde.

Vale frisar que a ANS não regula todos os serviços de saúde (prestadores de serviços como médicos, hospitais, enfermeiros), mas apenas a ponta do sistema, que lida com a comercialização de planos de saúde por pessoas jurídicas denominadas operadoras de planos privados de assistência à saúde.

A Lei n. 9.961/2000¹³², oriunda da aprovação da Medida Provisória n. 1.928, instituiu a ANS, atribuindo a esta uma ampla gama de poderes, além de permitir que a agência atue de forma irrestrita no setor, conforme se depreende do extenso rol de prerrogativas art. 4º da lei.

¹²⁹ “Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

[...]

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada” (BRASIL, 1988).

¹³⁰ Calixto Salomão Filho (2001, p. 28) entende, no entanto, que o segmento da saúde se caracteriza por ser não regulável, por considerar que o Estado deve prestar o serviço diretamente. Na visão do autor, a relevância social da atividade faz com que ela não possa ser prestada pelos particulares sem efeitos distributivos perversos, não havendo regime de direito público que consiga mudar, ao menos no que tange às decisões econômicas, a mentalidade individualista dos particulares.

¹³¹ A falha mais evidente destacada por Figueiredo (2012, p. 126-127) consiste na “[...] assimetria informativa dos agentes econômicos (operadoras) com o Poder Público e os consumidores, materializada na falta de padronização e na ausência de transparência nos serviços prestados, fato que gerava deficiência na concorrência, em detrimento do devido processo competitivo, bem como da distribuição dos bens e produtos comercializados, em prejuízo da relação de consumo, e de diversas externalidades negativas, dentre as quais merece destaque o avanço predatório das operadoras de planos privados de assistência à saúde sobre a rede médica de atendimento do Sistema Único de Saúde, aumentando, abusivamente, sua margem de lucro, ante a transferência do risco do empreendimento ao Poder Público, em gritante violação aos arts. 173, § 4º, e 199, § 2º, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil”.

¹³² Ver anexo I.

A administração da ANS é orientada por um contrato de gestão negociado entre seu Diretor-Presidente¹³³ e o Ministro de Estado da Saúde e aprovado pelo Conselho de Saúde Suplementar, no qual serão estabelecidos os indicadores que permitam avaliar, objetivamente, a sua atuação administrativa e o seu desempenho¹³⁴. Suas receitas são compostas, basicamente, pela cobrança da taxa de saúde suplementar, cujo fato gerador é o exercício da polícia administrativa, com natureza tributária, além de multas¹³⁵.

Em sua estrutura organizacional consta, além da diretoria colegiada, um Procurador, um Corregedor, um Ouvidor, unidades especializadas incumbidas de diferentes funções, de acordo com o regimento interno e de uma Câmara de Saúde Suplementar, de caráter permanente e consultivo, conforme organograma (ANS, 2014) anexo¹³⁶.

O objetivo da agência é harmonizar os interesses dos consumidores e operadoras de planos de saúde, de modo a contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no País, tendo competências de polícia normativa, decisória e sancionatória exercidas sobre qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características, tais como: custeio de despesas; oferecimento de rede credenciada ou referenciada; reembolso de despesas; mecanismos de regulação; qualquer restrição contratual, técnica ou operacional para a cobertura de procedimentos solicitados por prestador escolhido pelo consumidor; e vinculação de cobertura financeira à aplicação de conceitos ou critérios médico-assistenciais¹³⁷.

¹³³ Arts. 5º a 9º da Lei n. 9.961/2000 - A diretoria colegiada é composta por até cinco diretores (todos brasileiros, indicados e nomeados pelo Presidente da República após aprovação prévia pelo Senado Federal, para cumprimento de mandato de três anos, admitida uma única recondução), sendo um deles o seu Diretor-Presidente (designado pelo Presidente da República). Após os primeiros quatro meses de exercício, os dirigentes da ANS somente perderão o mandato em virtude de: condenação penal transitada em julgado; condenação em processo administrativo; acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; e descumprimento injustificado de objetivos e metas acordados no contrato de gestão. Até doze meses após deixar o cargo, é vedado a ex-dirigente da ANS: representar qualquer pessoa ou interesse perante a Agência, excetuando-se os interesses próprios relacionados a contrato particular de assistência à saúde suplementar, na condição de contratante ou consumidor; deter participação, exercer cargo ou função em organização sujeita à regulação da ANS.

¹³⁴ Arts. 14 e 15 da Lei n. 9.961/2000.

¹³⁵ Art. 17 da Lei n. 9.961/2000.

¹³⁶ Ver anexo II.

¹³⁷ Art 1º, § 1º da Lei n. 9656/1998.

Portanto, a ANS tem por finalidade institucional¹³⁸ promover a defesa e a higidez do mercado de saúde suplementar, seguimento de relevante interesse coletivo para a nação brasileira, uma vez que, aproximadamente, 47 milhões¹³⁹ (ANS, 2017a) de nossos cidadãos se valem da suplementação dos serviços de saúde prestada pela iniciativa privada, como alternativa ao Sistema Único de Saúde.

4.1.3 Instrumentos de participação da sociedade civil na ANS

A resolução normativa (RN) n. 242/2010¹⁴⁰ estabelece as consultas, audiências públicas e as câmaras técnicas como instrumentos de participação da sociedade civil e dos agentes regulados nos processos de edição de normas e de tomada de decisão da ANS.

Esses instrumentos possuem como objetivos: recolher sugestões e contribuições para o processo decisório da ANS; propiciar à sociedade civil e aos agentes regulados a possibilidade de encaminhar sugestões e contribuições; identificar, da forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes à matéria submetida ao processo de participação democrática; dar maior legitimidade aos atos normativos e decisórios emitidos pela ANS; e, por fim, dar publicidade à ação da ANS¹⁴¹.

Não obstante a ausência de força vinculativa dos mecanismos nas decisões da agência¹⁴² e a facultatividade de sua realização¹⁴³, a resolução prevê que eles têm como objetivo garantir maior legitimidade na atuação da ANS; ou seja, percebe-se a preocupação com uma nova postura da Administração frente à sociedade no contexto do Estado Democrático de Direito.

Neste contexto, a audiência pública é um instrumento de apoio ao processo de tomada de decisão da ANS, de caráter não vinculante, consultivo ou meramente opinativo, a ser realizado na ocorrência de matérias relevantes para determinado

¹³⁸ Art. 3º da Lei n. 9.961/2000.

¹³⁹ Segundo dados extraídos do site da ANS. Ver tabela completa no anexo III.

¹⁴⁰ Ver anexo IV.

¹⁴¹ Art. 2º da RN n. 242/2010.

¹⁴² Art. 3º da RN n. 242/2010.

¹⁴³ Os arts. 4º, 9º e 17 da RN n. 242/2010 confirmam a discricionariedade da ANS nessa questão; no entanto, não se deve atribuir ao caráter facultativo uma absoluta discricionariedade, uma vez que, a não realização de audiências e consultas públicas, ou sua realização insuficiente, ofende o princípio democrático e macula a atividade normativa. Há claramente ofensa ao princípio da proporcionalidade, o que também macula o devido processo legal substantivo.

setor, por deliberação da diretoria colegiada¹⁴⁴. Consiste na realização de uma sessão pública¹⁴⁵ aberta a todos os interessados e voltada ao esclarecimento e discussão dos aspectos e problemas envolvidos em uma determinada decisão administrativa.

Através das contribuições prestadas em audiências públicas, torna-se possível avaliar se a competência regulatória dos agentes foi exercida dentro de seus limites, se houve a apreciação de todas as variáveis relevantes ao caso e se a agência orientou-se para a solução mais adequada.

A convocação da audiência pública será formalizada por meio de publicação no Diário Oficial da União (DOU) e divulgada no sítio da ANS na internet¹⁴⁶, devendo conter:

Art. 12. [...]

I – a data e local da realização da audiência pública;

II – a matéria objeto da audiência pública;

III – o endereço eletrônico para requerimento dos interessados em participar da audiência pública; e

IV – a indicação do link no sítio da ANS na internet onde será divulgada a audiência pública. (BRASIL, 2010).

Tais requisitos possibilitam aos participantes obterem as informações a respeito da pauta a ser discutida, permitindo que estes elaborem previamente as intervenções baseadas em dúvidas, críticas e sugestões a serem feitas.

Na hipótese de ocorrência de grande número de requerimentos de inscrição, de modo que inviabilize a discussão pública, a ANS pode optar pela realização de mais de uma audiência, de modo a garantir a participação igualitária de todos os interessados¹⁴⁷.

Após a realização de todas as etapas da audiência pública, a área técnica responsável pela condução do procedimento deverá divulgar no sítio da ANS na internet um relatório das reuniões, que deverá conter, no mínimo:

Art. 16 [...]

I – a ata da audiência pública e seus respectivos anexos;

II – a consolidação das principais sugestões e contribuições dos participantes;

III – dados estatísticos relativos à participação na audiência pública;

IV – a manifestação motivada sobre o acatamento ou a rejeição das principais sugestões e contribuições; e

¹⁴⁴ Art. 9º da RN n. 242/2010.

¹⁴⁵ De acordo com o art. 15 da RN n. 242/2010, a audiência pública pode ser realizada em ambiente virtual, com a participação de qualquer interessado, sem limite de vagas e independente de prévia inscrição.

¹⁴⁶ Art. 11 da RN n. 242/2010.

¹⁴⁷ Art. 13 da RN n. 242/2010.

V – a identificação das sugestões e contribuições incorporadas ao processo decisório da ANS. (BRASIL, 2010).

Perez (2004, p. 172-173) destaca a importância de a audiência ser presidida por uma autoridade pública formalmente designada, com poderes para instalar e encerrar a sessão e conduzir a audiência¹⁴⁸ de acordo com as regras previstas. Ademais essa mesma autoridade deve estar atenta a três princípios básicos que os britânicos expressam como *openness, fairness and impartiality* – abertura, lealdade e imparcialidade. Ou seja, abertura à opinião popular, lealdade às regras do debate e imparcialidade frente aos participantes que se divergem.

Ainda de acordo com o autor (2004, p. 175), são “[...] ingredientes mínimos para que uma audiência pública se dê com eficiência e seriedade, [...], tornando-se verdadeiramente um instituto de participação popular na Administração Pública”: a gratuidade da participação; a possibilidade de produção de todas as provas compatíveis com o processo; a decisão da Administração estar devidamente motivada abrangendo as discussões, contribuições e provas, fruto da audiência; a viabilização da participação de todos os interessados inseridos no contexto de liberdade e igualdade de condições.

As câmaras técnicas, por sua vez, “[...] são grupos temporários compostos por especialistas da ANS e/ou por representantes de todos os envolvidos no setor, a convite da ANS, de acordo com o nível de complexidade e importância desses assuntos” (ANS, 2017c). Com estrutura e objetivos semelhantes, podem ser criados também grupos técnicos cujo objetivo consiste na realização de um estudo técnico mais aprofundado e específico. Desta forma, como mesmo aponta a ANS, “[...] as conclusões dos debates das Câmaras e Grupos Técnicos constituem importantes fundamentos para a elaboração da legislação” (ANS, 2017c).

“Em alguns casos, são compostos apenas por representantes da própria Câmara de Saúde Suplementar e, em outros, são convidadas entidades ou instituições acadêmicas especializadas” (ANS, 2010, p. 17).

São exemplos de câmaras e grupos técnicos já concluídos: a câmara técnica constituída para regulamentar os pedidos de cancelamento ou exclusão de

¹⁴⁸ A condução deve se dar em observância aos princípios da economia processual e da instrumentalidade do processo, sendo que a autoridade deve optar pelo caminho mais célere e de menor custo para a Administração e para os participantes, nunca se desviando de suas finalidades: produzir atos legítimos de acordo com o interesse público, possibilitar aos administrados a influência com seus argumentos na decisão administrativa, reduzir os riscos de erros nas decisões, com vistas à eficiência (PEREZ, 2004, p. 174).

beneficiários de planos de saúde, concluída após a terceira reunião realizada em 19/08/2015, com a apresentação de uma proposta de regulamentação a partir das contribuições recebidas (ANS, 2017d); o grupo técnico instituído pela Portaria n. 5.937/2013, cujo objetivo fora a troca de informações entre a sociedade e a ANS em relação à metodologia do monitoramento da garantia de atendimento por parte das operadoras de planos de saúde (ANS, 2017e).

No tocante à consulta pública¹⁴⁹, assunto a ser aprofundado no próximo item do trabalho, adianta-se que trata de um processo por meio do qual a agência reguladora divulga, previamente, as minutas de atos normativos (de interesse geral) que pretende adotar, com a finalidade de receber críticas, sugestões de aperfeiçoamento ou dúvidas dos interessados, por escrito. A consulta pública é, dessa forma, o meio direto de participação dos administrados na formulação de normas editadas pela ANS¹⁵⁰.

Nos termos da RN n. 242/2010, a consulta será formalizada por meio de publicação no DOU e divulgada no sítio da ANS na internet, devendo conter:

Art. 5º. [...]

§ 1º [...]

I – o período de recebimento de sugestões e contribuições;

II – a forma do encaminhamento das sugestões e contribuições; e

III – a indicação do link no sítio da ANS na internet onde se encontra a minuta objeto da consulta pública e os demais documentos importantes para a sua apreciação. (BRASIL, 2010).

O período de consulta pública terá início 07 (sete) dias após a publicação e terá duração de, no mínimo, de 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado a critério da diretoria colegiada da ANS. Durante a consulta pública, ficarão disponíveis no sítio da ANS na internet: a exposição de motivos do ato normativo que se pretende editar; a proposta do ato normativo; e o formulário de sugestões e contribuições¹⁵¹.

¹⁴⁹ “A consulta pública tem a mesma função da audiência pública, qual seja, a de concretizar o princípio da publicidade e viabilizar a participação de indivíduos ou grupos determinados para expor suas ideias e sugestões. A diferença está na forma de realização. Enquanto a audiência tem a forma de sessão, com data e hora marcadas, onde os interessados comparecem conjunta e pessoalmente para expor suas opiniões, a consulta, em regra, é feita de maneira individual e durante um período determinado. Ou seja, o ato sob discussão é publicado e as sugestões sobre o mesmo são enviadas à agência” (BONENBOJM, 2008, p. 297-298). Perez (2004, p. 175-176) distingue os dois institutos pela maior simplicidade das consultas em relação às audiências, vez que somente nessas últimas se aplica o princípio da oralidade.

¹⁵⁰ Conforme dispõe o art. 35 do Decreto 3.327/2000 (Regulamento da ANS): “As minutas de atos normativos poderão ser submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público, nos termos do regimento interno”.

¹⁵¹ Art. 6º da RN n. 242/2010.

A participação da sociedade civil e dos agentes regulados nas consultas públicas far-se-á, preferencialmente, por meio eletrônico, podendo ser encaminhadas à ANS por via postal para o endereço indicado na publicação da consulta pública¹⁵². Concluído o prazo para o encaminhamento das sugestões e contribuições, será divulgado um relatório da consulta pública, que deverá conter, no mínimo:

Art. 8º [...]

I – o número de sugestões e contribuições recebidas no total;

II – dados estatísticos sobre as sugestões e contribuições;

III – a consolidação das principais sugestões e contribuições;

IV – a manifestação motivada sobre o acatamento ou a rejeição das principais sugestões e contribuições; e

V – a identificação das sugestões e contribuições incorporadas à proposta do ato normativo. (BRASIL, 2010).

Conforme se verifica, deve constar do relatório a manifestação motivada acerca do acatamento ou rejeição das principais medidas propostas, bem como a identificação das sugestões e contribuições incorporadas à proposta do ato normativo.

Considerando esses três mecanismos de participação da sociedade civil e dos agentes regulados nos processos de edição de normas e de tomada de decisão da ANS, apenas a consulta pública permite o controle do processo decisório da agência sobre o conteúdo da regulação. “Em outras palavras, é por meio das consultas públicas para a edição de normas que os interessados podem manifestar-se sobre o conteúdo das normas a serem editadas pela agência” (MATTOS, 2002, p. 206).

Limitar-se-á ao estudo dessa forma de participação pública, tendo em vista sua ligação direta ao processo de legitimidade democrática das agências reguladoras independentes em sua função normativa.

4.2 A CONSULTA PÚBLICA: ASPECTOS LEGAIS E CONCEITUAIS

4.2.1 A participação social no processo de elaboração normativa das agências reguladoras norte-americanas

¹⁵² Art. 7º da RN n. 242/2010.

Tendo em vista que as agências reguladoras brasileiras receberam influência do modelo norte-americano de *regulatory agency*, inclusive no tocante à origem da terminologia adotada no Brasil, faz-se necessário trazer alguns apontamentos acerca da participação da sociedade no processo de elaboração normativa das agências norte-americanas.

Inicialmente, cada agência estabelecia as normas sobre seus processos decisórios, até que veio o *Administrative Procedure Act*¹⁵³ (APA) cujo objetivo era estabelecer normas uniformes de procedimento para a atividade normativa das *regulatory agency*¹⁵⁴, em garantia dos administrados. Aprovado em 1946, o APA uniformizou a aprovação das normas regulamentadoras, admitindo, atualmente, três modalidades de processos normativos: formal (*trial-like hearing rulemaking*), informal (*notice-and-comment rulemaking*) e negociado (*negotiated rulemaking*) (CUÉLLAR, 2002, p. 167).

O processo informal que é aplicado em caráter geral, salvo se houver lei específica dispondo de modo diverso¹⁵⁵, está previsto na seção 553 do APA. De acordo com Sérgio Varella Bruna (2003, p. 205), ele compreende basicamente três fases: a proposta normativa, a consulta pública e a decisão.

A primeira, prevista na seção 553 (b) do APA¹⁵⁶, impõe, salvo exceções legalmente previstas¹⁵⁷, a publicação do Edital de Proposta Regulamentar (*Notice of*

¹⁵³ O APA (lei dos procedimentos administrativos) nasceu como um compromisso entre defensores e críticos do *New Deal* com a finalidade de responder à questão da discricionariedade administrativa, que começa a ser entendida como um problema no cenário americano. A principal característica do APA é a sistematização de regras para a tomada de decisão administrativa, de caráter normatizador ou adjudicatório. A lei de procedimentos administrativos estabeleceu certas formalidades para as atividades das agências e a obrigatoriedade de respeito a determinados princípios, tais como a previsão de revisão judicial e a publicidade dos atos administrativos (CUÉLLAR, 2002, p. 161).

¹⁵⁴ A fase anterior ao advento do APA foi marcada pela ínfima participação dos interessados e destinatários das normas. Não havia procedimento uniforme de participação estabelecido, além da dificuldade de acesso à participação em razão do desconhecimento das regras de cada agência e desinteresse da sociedade (ALVES, 2008, p. 110-119).

¹⁵⁵ “5, US Code § 553. [...] (a) This section applies, according to the provisions thereof, except to the extent that there is involved - (1) a military or foreign affairs function of the United States; or (2) a matter relating to agency management or personnel or to public property, loans, grants, benefits, or contracts”.

¹⁵⁶ “5, US Code § 553. [...] (b) General notice of proposed rule making shall be published in the *Federal Register*, unless persons subject thereto are named and either personally served or otherwise have actual notice thereof in accordance with law. The notice shall include - (1) a statement of the time, place, and nature of public rule making proceedings; (2) reference to the legal authority under which the rule is proposed; and (3) either the terms or substance of the proposed rule or a description of the subjects and issues involved”.

¹⁵⁷ “5, US Code § 553. [...] (b) [...] Except when notice or hearing is required by statute, this subsection does not apply - (A) to interpretative rules, general statements of policy, or rules of agency organization, procedure, or practice; or (B) when the agency for good cause finds (and incorporates

Proposed Rulemaking) no Diário Oficial (*Federal Register*), devendo conter¹⁵⁸: a data, local e natureza dos procedimentos públicos regulamentares a serem adotados; o dispositivo legal que fundamenta a competência regulamentar em questão; o texto da norma em discussão ou um resumo dos problemas e temas envolvidos.

A segunda fase oportuniza às partes a participação, por escrito ou oralmente, com seus comentários à proposta, fornecendo dados e informações que acharem necessários¹⁵⁹. Esses comentários incorporarão os autos do processo regulamentar, com base nos quais a agência deverá fundamentar sua decisão¹⁶⁰. Entretanto, o procedimento típico para a atividade regulamentar é dito informal, não se exigindo que a agência decida estritamente com base nos documentos dos autos, podendo recorrer ao seu próprio conhecimento técnico e a sua experiência.

Por fim, ao decidir os temas objeto da proposta, a autoridade deve incluir na norma ao final editada uma justificação concisa de seus fundamentos e objetivos¹⁶¹, que deve no mínimo:

[...] indicar as principais questões políticas aventadas durante a fase de consulta pública, bem como explicar quais as razões das soluções escolhidas pela autoridade quanto a tais questões, especialmente tendo em vista os fins legais que lhe cabe perseguir no exercício da competência regulamentar. (BRUNA, 2003, p. 206).

Essa justificação deve abordar os temas principais, sob pena de reenvio da matéria à agência para maiores explicações. Percebe-se que a justificação guarda semelhança com a fundamentação das decisões judiciais viabilizando o controle jurídico da decisão administrativa. Ou seja, a instituição se engaja num discurso com a sociedade civil, devendo convencer pela racionalidade de seus argumentos.

the finding and a brief statement of reasons therefore in the rules issued) that notice and public procedure thereon are impracticable, unnecessary, or contrary to the public interest”.

¹⁵⁸ Não obstante a natureza obrigatória do conteúdo do Edital, o não atendimento dos requisitos não conduz necessariamente à invalidade da norma, salvo quando a deficiência for capaz de frustrar a adequada participação dos interessados no processo decisório. Isso porque a jurisprudência norte-americana preza pelo princípio da instrumentalidade das formas, segundo o qual o ato não deve ser invalidado quando tenha sido capaz de cumprir a finalidade a que se destinava (BRUNA, 2003, p. 206-207).

¹⁵⁹ “5, US Code § 553. [...] (c) After notice required by this section, the agency shall give interested persons an opportunity to participate in the rule making through submission of written data, views, or arguments with or without opportunity for oral presentation”.

¹⁶⁰ A inclusão de todos os documentos nos autos do processo possibilita o controle judicial da racionalidade da decisão da agência, de modo a aferir a consideração de todas as questões relevantes e a correspondência entre os fatos estabelecidos e as alternativas escolhidas na decisão (BRUNA, 2003, p. 208).

¹⁶¹ “5, US Code § 553. [...] (c) [...] After consideration of the relevant matter presented, the agency shall incorporate in the rules adopted a concise general statement of their basis and purpose”.

Já o processo formal deve ser adotado quando a lei o exigir¹⁶², possuindo em comum com o processo informal as fases de proposta normativa e da decisão. A diferença essencial “[...] reside na participação dos cidadãos, nos direitos que lhes são reconhecidos e nos critérios que a agência deve considerar para a aprovação do regulamento” (CUÉLLAR, 2002, p. 168). Há uma fase de audiência contraditória e formal para alegações e provas testemunhais e periciais, o que torna demorado esse processo¹⁶³.

Outra técnica adotada pelos norte-americanos visando dar legitimidade aos processos normativos é a regulamentação negociada que consiste na faculdade de as agências estabelecerem um processo de negociação de caráter preliminar ao processo informal (*notice-and-comment rulemaking*), durante o qual representantes dos interessados na matéria a ser decidida procuram alcançar uma redação consensual para o Edital de Proposta Regulamentar, que posteriormente será submetido ao rito normal do processo informal.

Essa técnica foi aprovada pelo Congresso norte-americano em 1990 e disciplinada nas seções 561-570a do título 5 do *US Code*. Sua principal finalidade consiste em proporcionar maior aceitação dos regulamentos expedidos pelas agências, uma vez que a proposta normativa foi amplamente discutida pela comissão negociadora representante dos interesses identificados que, de boa fé, alcançou uma solução consensual para o problema em causa.

Bruna (2003, p. 204) identifica três características do procedimento regulamentar instituído pelo APA: participativo, compreensivo e racional. A participação encontra-se expressamente prevista na seção 553, “c”, do Título 5 do *US Code*. Compreensivo pelo fato de oportunizar a participação a todos aqueles que possam ser atingidos pela regra em questão. E, finalmente, racional, tendo em vista o dever de as agências demonstrarem de maneira fundamentada de que modo a norma editada se relaciona: com os dados obtidos durante a fase de consulta pública e com a consecução dos objetivos estabelecidos na legislação para exercício das competências normativas das agências.

¹⁶² “5, *US Code* § 553. [...] (c) [...] When rules are required by statute to be made on the record after opportunity for an agency hearing, sections 556 and 557 of this title apply instead of this subsection”.

¹⁶³ “Os críticos deste procedimento citam como exemplo o procedimento para determinar a quantidade de vitaminas e minerais que deve conter a dieta média diária do americano médio, que teve 247 dias de audiência pública e 32.405 páginas de documentos e transcrições. Após 1972, esse procedimento foi menos utilizado por interpretação da Suprema Corte. Na prática, desde 1966 não se editou nenhuma lei que exigisse o procedimento formal” (FERREIRA, 2009, p. 558).

O requisito da participação é hoje orientado por três valores de acordo com os tribunais americanos: a consecução de ideais democráticos, pelo fato de os agentes administrativos não serem submetidos ao processo eleitoral; a rejeição da crença, que caracterizou os teóricos do *New Deal*, de que a atividade das agências seria eminentemente técnica e de que os encarregados por sua condução seriam imparciais, estando sempre dispostos a realizar o interesse público¹⁶⁴; e, por último, a qualidade da informação, dizendo respeito ao importante papel exercido pela participação quanto à descoberta de elementos necessários ao bom desempenho da função regulamentar (BRUNA, 2003, p. 205).

Conforme será demonstrado, o processo de regulamentação negociada associado ao processo informal norte-americano pode ser comparado ao processo de elaboração de normas da ANS, uma vez que é possível identificar ambas as fases no caminho de construção utilizado para as normas mais importantes do setor.

4.2.2 A consulta pública no Brasil: aspectos legais e conceituais

Como já mencionado no trabalho, a CR/88 determina, em seu art. 37 § 3º, ao legislador que discipline as formas de participação dos administrados da Administração direta e indireta, do que emerge que os processos de consulta pública nada mais são do que uma concretização do regime democrático e pluralista imposto pelo constituinte brasileiro, uma vez que, através dela, os assuntos de interesse coletivo são debatidos antes de serem normatizados.

A previsão direta e específica do instituto da consulta pública é encontrada na Lei n. 9.784/1999 que “[...] regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal” e em seu art. 31 estabelece:

Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

§ 1º A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas.

§ 2º O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais. (BRASIL, 1999).

¹⁶⁴ Modernamente, ao contrário, reconhece-se que a expertise das agências não é capaz de eliminar o caráter político de muitas das decisões que atendem a interesses e pressões de grupos determinados.

O art. 33 da mesma lei ainda dispõe que, em matéria relevante, os órgãos e entidades administrativas poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.

A partir desse permissivo geral há diversas normas esparsas no ordenamento jurídico brasileiro que preveem o mecanismo da consulta pública¹⁶⁵, dentre elas, exemplifica-se as leis de regulação econômica no Brasil¹⁶⁶.

Segundo Binjenbojm a consulta pública consiste:

[...] no questionamento à opinião pública acerca de assuntos de interesse coletivo, ordinariamente, antes da elaboração das normas jurídicas. Através da consulta, os interessados podem emitir suas opiniões a respeito do conteúdo das regras a serem editadas pela agência. Todas as respostas às questões formuladas ao público devem ser examinadas pela agência reguladora com a devida consideração. A rejeição ou adoção das medidas propostas deve ser motivada e posta à disposição dos interessados e do público em geral. Ademais, não pode haver, na matéria exposta ao questionamento, mudança que possa descaracterizá-la em relação ao que foi apresentado ao público. Admite-se apenas alterações que constituam decorrência lógica das matérias apresentadas à consulta. Fora desta hipótese, torna-se necessário reiniciar o procedimento. (BINENBOJIM, 2008, P. 297).

Bruna (2003, p. 271-272), ao comparar o processo de consulta pública ao direito de petição consagrado no art. 5º XXXIV¹⁶⁷ da CR/88 aduz que, tornaria sem propósito a oitiva dos interessados, caso a Administração se escuse de pronunciar sobre os argumentos apresentados. Nesse sentido, a literatura sustenta que o dever de motivar as decisões desempenha um papel fundamental no controle da atividade normativa das agências reguladoras, permitindo avaliar o grau de legitimidade e transparência da agência, na medida em que viabiliza a análise da ocorrência de efetiva participação da sociedade, assim como a análise da relevância que a agência atribui às manifestações propostas.

¹⁶⁵ Como por exemplo, o art. 43, II da Lei n. 10.257/2001 (Estatuto das Cidades) que estabelece que a garantia da gestão democrática da cidade se dá por meio de vários mecanismos e, dentre eles, a consulta pública.

¹⁶⁶ Como exemplo: art. 42 da Lei n. 9.472/1997 que obriga a Agência Nacional de Telecomunicações a submeter as minutas dos atos normativos ao processo de consulta pública, devendo justificar a decisão que vier a adotar por uma exposição formal dos motivos que a justifiquem; art. 53, III da RDC n. 61/2016 (Regimento Interno) dispendo que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária deve submeter minuta de ato normativo, documento ou assunto relevante a consulta pública; já a Agência Nacional de Energia Elétrica prevê consulta aos agentes, consumidores e sociedade de forma genérica, conforme disposto em seu Regulamento – Art. 6º, IV do Decreto 2.335/1997.

¹⁶⁷ Art. 5º [...] XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; [...] (BRASIL, 1988).

Ainda no tocante à garantia de legitimidade do processo de consulta pública, é fundamental a disponibilização, por parte da Administração, de todas as informações relevantes de que disponha, em especial, a minuta da norma cuja edição se pretende, para que os participantes possam identificar e proteger seus interesses de forma adequada. Além disso, é indispensável atribuir a ampla publicidade ao processo, incentivando a participação ilimitada, de forma a construir um sistema de controles e influências que assegurem uma atuação democrática, comprometida com os interesses gerais. Paralelamente, para uma publicidade efetiva, não basta que apenas as informações estejam disponíveis, é necessário dar clareza aos conteúdos e documentos por meio de uma linguagem acessível e simplificada para que a participação da sociedade seja facilitada¹⁶⁸.

Em que pese todas as contribuições da literatura na construção de regras a serem observadas como garantia da legitimidade do processo de consulta pública¹⁶⁹, não há no Brasil e, principalmente, para as agências reguladoras independentes, um procedimento uniforme definindo regras e procedimentos. Fica a cargo de cada agência estabelecer seus mecanismos e procedimentos de participação da sociedade no processo de elaboração das normas, diferente do modelo norte-americano de agências (que serviu de inspiração ao modelo brasileiro), cujas regras estão disciplinadas na APA:

[...] A grande dificuldade no direito brasileiro, e que se adotou o modelo das agências norte-americanas, mas não se adotou o procedimento de participação, que é o que dá legitimidade às normas por elas baixadas. É preciso, para suprir tal deficiência, que os poucos instrumentos de participação previstos nas leis instituidoras das agências sejam postos em prática. (DI PIETRO, 2005, p. 212).

Destarte, não há regras uniformes acerca: da obrigatoriedade de submissão de todas as minutas de atos normativos ao processo de consulta pública, dos prazos, das formas de recebimento das manifestações, das formas de análises das

¹⁶⁸ No dia 26/11/2014 foi publicada uma reportagem no Jornal O Globo (TAVARES; DOCA, 2014) que apontou um conjunto de falhas nas agências reguladoras brasileiras, como falta de transparência nos regulamentos, ausência de avaliação do impacto econômico das normas e dispersão das regras. Dentre os problemas diagnosticados nas consultas públicas estão: sua divulgação apenas no DOU e ausência de linguagem acessível aos interessados em participar, prejudicando sobremaneira a ampla participação.

¹⁶⁹ Por exemplo, enquanto a ANATEL (art. 42 da Lei n. 9.472/1997) prevê que as minutas de atos normativos **serão** submetidos à consulta pública, a ANS (art. 35 do Decreto 3.327/2000) prevê as minutas de atos normativos **poderão** ser submetidas à consulta pública. Já o caráter não vinculante, consultivo ou meramente opinativo da consulta é coincidente

mesmas, da obrigatoriedade de resposta aos manifestantes, da necessidade de motivação do acatamento ou rejeição das proposições.

A partir desse cenário de desarmonia foi diagnosticado pelo Grupo de Trabalho Interministerial (BRASIL, 2004), criado em março de 2003 pelo então Presidente Luís Inácio Lula da Silva¹⁷⁰, que a insuficiência de controle social das agências reguladoras constituiria a fonte maior das preocupações e dificuldades que demandavam soluções por meio de alteração no seu marco legal.

A partir do documento elaborado por este Grupo de Trabalho foram elaborados dois anteprojetos de lei em que o primeiro, dispunha acerca da gestão, organização e controle social das agências, e o segundo, tratava de alterações a dispositivos das leis de regência de cada uma das agências da área de infraestrutura (ANEEL, ANATEL, ANP, ANTT e ANTAQ). Ambos os anteprojetos foram submetidos à consulta pública em setembro de 2003 e receberam inúmeras contribuições. Ao final, foram ambos reunidos em um único texto que, uma vez encaminhado pelo Governo à Câmara dos Deputados, em abril de 2004, deu origem ao Projeto de Lei n. 3.337/04, que dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras, além de acrescentar e alterar dispositivos de diversas leis setoriais (BRASIL, 2004).

Com o Projeto de Lei n. 3.337/04 pretendia-se:

[...] estabelecer um conjunto homogêneo e estável de regras para orientar a gestão e a atuação das Agências Reguladoras, constituindo-se, de certa maneira, numa “Lei Geral” das Agências Reguladoras que, ao superar diferenciações entre elas, ora existentes, e que não se justificam, apesar das evidentes especificidades tratadas em suas leis de criação, permitem, ainda, tornar mais transparente, eficiente, socialmente controlado e legítimo o exercício da função reguladora por essas entidades. Trata-se de aperfeiçoamentos necessários, indispensáveis à melhoria da atuação das Agências e ao atingimento de melhores índices de qualidade regulatória no âmbito do Governo Federal, atendendo, assim, ao interesse da sociedade e, em especial, dos consumidores e usuários de serviços públicos em setores regulados. (BRASIL, 2004).

Dentre todas as propostas apresentadas, foi no controle social que se concentrou a maior inovação do referido Projeto de Lei¹⁷¹, ao instituir, estender ou

¹⁷⁰ A criação do Grupo de Trabalho Interministerial tinha por finalidade: “[...] (i) analisar o arranjo institucional regulatório no âmbito federal; (ii) avaliar o papel das Agências Reguladoras; e (iii) propor medidas corretivas do modelo adotado” (BRASIL, 2004).

¹⁷¹ “O desenvolvimento de instrumentos de controle social das Agências é um avanço imprescindível para o bom funcionamento do modelo, na medida em que esse controle atua como elemento de legitimidade e eficiência na ação regulatória. Nesse sentido, a experiência internacional indica que o desenvolvimento de reguladores independentes deve ser balanceado por mecanismos mais eficientes de controle social e de prestação de contas” (BRASIL, 2004).

ampliar os mecanismos de controle, responsabilização e transparência como consulta pública, apresentação de relatórios anuais ao Ministério setorial e às duas Casas do Congresso Nacional, obrigatoriedade do contrato de gestão entre o Ministério e a Agência, e criação de Ouvidorias em todas as agências reguladoras.

No que concerne ao processo de consulta pública, a uniformização se dá com os seguintes requisitos: sistematização do rol de atos normativos que deverão ser submetidos ao processo¹⁷²; prazo mínimo de trinta dias de disponibilização da consulta para recebimento de contribuições dos participantes¹⁷³; publicação de todas as informações referentes ao processo de consulta pública, inclusive o material utilizado como embasamento para as propostas colocadas em consulta¹⁷⁴; dever de previsão no Regimento Interno da agência os critérios a serem observados no processo de consulta pública¹⁷⁵; a possibilidade de participação nas consultas públicas das associações de defesa do consumidor por meio de até três representantes, com vistas a acompanhar o processo e prestar assessoramento qualificado às entidades e seus associados¹⁷⁶; a indispensabilidade de resposta fundamentada a todas as manifestações dos participantes¹⁷⁷.

Há de se ressaltar os benefícios advindos desses requisitos, uma vez que restringem a discricionariedade dos órgãos colegiados das agências acerca de quais atos normativos seriam submetidos ao processo de consulta pública, além uniformizar prazos razoáveis para os participantes se familiarizarem e contribuir com o assunto. Atribuem ainda ampla publicidade ao processo de forma a evitar algum tipo de manobra por parte do agente público, como simulações voltadas à legitimação formal de decisões preconcebidas. Por fim, impõe o dever de motivar as manifestações dos participantes, com a finalidade de se evitar que o “[...] administrador venha a fabricar razões *ad hoc*, que podem não ter sido consideradas por ocasião da edição do ato questionado” (BRUNA, 2003, p. 274).

Ademais, tais fatores contribuem para ampliar a legitimidade e transparência do exercício da função regulatória pelas agências reguladoras, de sorte a evitar que elas, pelo excessivo grau de insulamento, possam tornar-se facilmente capturáveis,

¹⁷² Art. 4º, *caput*, do Projeto de Lei n. 3.337/2004.

¹⁷³ Art. 4º, § 1º do Projeto de Lei n. 3.337/2004.

¹⁷⁴ Art. 4º, § 2º do Projeto de Lei n. 3.337/2004.

¹⁷⁵ Art. 4º, § 3º do Projeto de Lei n. 3.337/2004.

¹⁷⁶ Art. 4º, § 5º do Projeto de Lei n. 3.337/2004.

¹⁷⁷ Art. 7º do Projeto de Lei n. 3.337/2004.

ou que se distanciem do objetivo maior de atender ao interesse público e dos consumidores e usuários.

Em que pese todo esforço dispensado à elaboração do Projeto de Lei n. 3.337/2004 que tramitou por mais de oito anos na Câmara dos Deputados, sofrendo várias alterações, no dia 15/03/2013 a então Presidente Dilma Rousseff o arquivou sob o argumento de que a legislação atual já bastaria¹⁷⁸ (DIREITO E JUSTIÇA, 2013).

Portanto, ainda hoje - de forma lamentável - cada agência reguladora é responsável por definir todas as regras do processo de consulta pública por ela adotado, incluindo, a forma de participação dos interessados, a conduta da agência, os prazos, além de outras.

Diante desse cenário, percebe-se que a análise da participação da sociedade no exercício da função normativa das agências reguladoras, com objetivo de avaliar sua legitimidade democrática, torna-se de difícil constatação uma vez que cada entidade se comporta de forma diferente. Por isso, a avaliação deve ser feita para cada agência reguladora de forma individualizada e personalizada.

Esse será o assunto do próximo Capítulo.

¹⁷⁸ Há controvérsias acerca do real motivo do arquivamento do Projeto de Lei n. 3.337/2004, uma vez que as várias alterações feitas pelos Deputados teriam descaracterizado os objetivos do Projeto original e deixado o governo insatisfeito.

5 CONSULTAS PÚBLICAS DA ANS 2000-2017: UM ESTUDO DOS REQUISITOS LEGITIMADORES

Esse Capítulo está direcionado ao diagnóstico das consultas públicas realizadas pela ANS, tendo como foco a avaliação da participação da sociedade civil, e, conseqüentemente, do controle social no espaço decisório dessa agência. Na medida em que a consulta constitui um mecanismo apto a atribuir legitimidade e transparência na atuação da agência reguladora, é necessário aferir o potencial de efetividade da comunicação entre Administração Pública e sociedade.

O campo da pesquisa abrange a totalidade de consultas já realizadas pela ANS, desde a sua constituição, o que engloba os anos 2000 a 2017. Após listar todas as consultas públicas já realizadas, indicando seu objeto, a RN resultante do respectivo processo, bem como o tempo despendido para sua publicação¹⁷⁹, partiu-se para uma análise individualizada de forma a explorar todos os dados disponíveis de cada consulta no sítio eletrônico da agência.

5.1 ANÁLISE DAS CONSULTAS PÚBLICAS DA ANS

Antes de adentrar especificamente na pesquisa pormenorizada de dados, faz-se necessário uma introdução acerca do trâmite de construção das normas do setor da saúde suplementar que serão submetidas às referidas consultas públicas.

De acordo com o regimento interno da ANS, compete à Diretoria Colegiada editar normas sobre matérias de competência da ANS¹⁸⁰. Ainda conforme art. 30 do regimento, a Diretoria Colegiada manifesta-se pelos seguintes instrumentos:

Art. 30 A DICOL manifesta-se pelos seguintes instrumentos, assim qualificados:

I - ata: consigna as deliberações decorrentes dos resultados de processos decisórios de alcance interno e externo, assim como a determinação para a realização de consultas e de audiências públicas;

II - resolução: expressa decisão normativa, operacional e administrativa, de alcance interno e externo, de acordo com a seguinte classificação:

a) normativa - RN: expressa decisão normativa que regula a implementação da política de saúde suplementar nacional e a prestação dos serviços de assistência suplementar à saúde, para a definição de instrumentos e sistemas de coletas periódicas de informações, e possui alcance interno e externo;

¹⁷⁹ Ver anexo V – Tabela síntese de consultas públicas realizadas pela ANS.

¹⁸⁰ Art. 6º, III da Resolução Regimental n. 01/2017.

- b) normativa conjunta - RNC: expressa o ato normativo elaborado em conjunto entre a ANS e um ou mais órgãos ou entidades externos, relacionado de alguma forma à regulação ou à matéria administrativa da ANS, podendo receber outra nomenclatura a critério da DICOL;
- c) operacional - RO: expressa decisão para fins de implementação de ações ou procedimentos operacionais específicos, de alcance externo, previstos em Resoluções Normativas, tais como: alienação de carteira, instauração de regimes de direção técnica, direção fiscal e de liquidação extrajudicial; e
- d) administrativa - RA: expressa decisão para fins de implementação de ações ou procedimentos administrativos, voltados ao funcionamento da ANS;
- e) regimental – RR: estabelece o Regimento Interno da ANS;
- III - súmula normativa: expressa interpretação da legislação de saúde suplementar, com efeito vinculante a todos órgãos e agentes públicos da ANS;
- IV - portaria: expressa decisão relativa a assuntos de gestão administrativa, de recursos humanos, de nomeação e exoneração de diretores técnico e fiscal e de liquidante, autorização de afastamento do país, e a outras matérias que necessitem de aprovação da DICOL, de alcance interno ou externo;
- V - consulta pública: expressa decisão que submete documento ou assunto a comentários e sugestões do público em geral;
- VI - comunicado: expressa decisão afeta à matéria administrativa, em análise de casos concretos, com alcance interno ou externo; e
- VII - despacho: expressa deliberação da ANS sobre o Procedimento de Adequação Econômico-Financeira, termo de compromisso de ajuste de conduta, petição, requerimento ou recurso de terceiros, e outros assuntos não previstos nos demais incisos enumerados neste artigo, de interesse individual ou coletivo, com alcance interno ou externo.
- [...]. (BRASIL, 2017).

Verifica-se que a RN, ao regular a implementação da política de saúde suplementar nacional e a prestação dos serviços de assistência suplementar à saúde, caracteriza-se como o ato normativo que poderá ser submetido à consulta pública nos termos do art. 4º da RN n. 242/2010, passando pelas seguintes etapas:

Elaboração das normas da saúde suplementar

Etapas do Serviço:

1 - Origem: Ao estudar o mercado e conhecer o ponto de vista dos consumidores de planos de saúde e do setor regulado através de seus Canais de Relacionamento, a ANS identifica temas que precisam de normatização ou de regulamentação mais clara.

2 - Câmaras e Grupos Técnicos: Após decisão de um dos diretores ou da Diretoria Colegiada da ANS, são instituídas Câmaras Técnicas. Elas são compostas por especialistas no assunto a ser discutido e entidades representativas do setor convidados para a discussão de um determinado tema com integrantes da ANS. Se for necessário um estudo técnico ainda mais aprofundado, pode ser constituído um Grupo Técnico. As conclusões desses debates constituem importantes fundamentos para a elaboração da legislação.

3 - Minuta: É produzida uma minuta ou versão inicial para a norma legal. Esse documento é acompanhado por uma exposição dos motivos que levaram a Diretoria Colegiada a se pronunciar sobre cada tema.

4 - Consulta Pública: A minuta ou versão inicial da norma legal é submetida à Consulta Pública pelo sítio da ANS: o texto é apresentado à sociedade e por um período fica disponível para comentários e sugestões dos interessados.

5 - Consolidação e Resposta: As contribuições recebidas são avaliadas e respondidas e podem resultar em alterações no texto da norma inicialmente proposta.

6 - Aprovação e Assinatura: A Diretoria Colegiada delibera e aprova a norma, assinada pelo Diretor-Presidente da ANS.

7 - Publicação: A norma é divulgada no Diário Oficial da União e no sítio da ANS. (ANS, 2017f).

Essas etapas são facilmente verificáveis em grande parte das consultas analisadas. A formação de Câmaras e Grupos Técnicos, cujo objetivo consiste no estudo mais aprofundado da matéria objeto de normatização, foi expressamente mencionada nas consultas n.: 2/2001, 12/2003, 14/2003, 16/2003, 18/2004, 34/2010, 41/2011, 46/2011 e 25/2006, 31/2009, 32/2010, 40/2011, 42/2011, 49/2012, 53/2013, 59/2015, 60/2017, respectivamente. Após o estudo, a minuta da RN é submetida à consulta pública com a finalidade de receber contribuições de todo e qualquer segmento (empresa, entidade associativa, prestador de serviço, consumidor) que queira se manifestar.

Da totalidade de consultas encerradas (sendo a consulta n. 60/2017 a última), algumas não possuem os dados de contribuições disponibilizados, sendo que, outras sequer mencionam a realização do processo, conforme se verifica na tabela abaixo.

Tabela 1 – Dados disponíveis das consultas públicas no sítio da ANS

CONSULTA	COM DADOS	SEM DADOS	DADOS INCOMPLETOS	NÃO MENCIONA A REALIZAÇÃO DE CONSULTA
Consulta n. 1/2001				X
Consulta n. 2/2001				X
Consulta n. 4/2001		X		
Consulta n. 5/2001		X		
Consulta n. 6/2001		X		
Consulta n. 7/2002				X
Consulta n. 8/2002		X		
Consulta n. 9/2003		X		
Consulta n. 10/2003				X

Consulta n. 11/2003				X
Consulta n. 12/2003				X
Consulta n. 13/2003				X
Consulta n. 14/2003				X
Consulta n. 15/2003				X
Consulta n. 16/2003				X
Consulta n. 17/2004				X
Consulta n. 18/2004				X
Consulta n. 19/2004				X
Consulta n. 20/2004				X
Consulta n. 21/2005				X
Consulta n. 22/2005				X
Consulta n. 23/2006				X
Consulta n. 24/2006				X
Consulta n. 25/2006				X
Consulta n. 26/2006				X
Consulta n. 27/2007				X
Consulta n. 28/2007				X
Consulta n. 29/2008				X
Consulta n. 30/2008				X
Consulta n. 31/2009	X			
Consulta n. 32/2010				X
Consulta n. 33/2010	X			
Consulta n. 34/2010		X		
Consulta n. 35/2010	X			
Consulta n. 36/2010	X			
Consulta n. 37/2011			X	
Consulta n. 38/2011	X			
Consulta n. 39/2011	X			
Consulta n. 40/2011	X			
Consulta n. 41/2011	X			
Consulta n. 42/2011	X			

Consulta n. 43/2011	X			
Consulta n. 44/2011	X			
Consulta n. 45/2011	X			
Consulta n. 46/2011	X			
Consulta n. 47/2012	X			
Consulta n. 48/2012	X			
Consulta n. 49/2012	X			
Consulta n. 50/2012	X			
Consulta n. 51/2012	X			
Consulta n. 52/2012	X			
Consulta n. 53/2013	X			
Consulta n. 54/2014	X			
Consulta n. 55/2014	X			
Consulta n. 56/2014	X			
Consulta n. 57/2015	X			
Consulta n. 58/2015			X	
Consulta n. 59/2015	X			
Consulta n. 60/2017			X	

Fonte: elaboração da autora

Já no tocante à consolidação e resposta, embora a etapa defina que as contribuições recebidas são avaliadas e respondidas, dando a entender que todas as contribuições seriam avaliadas e respondidas, percebe-se que na quase totalidade de consultas (que possuem as informações disponíveis conforme tabela 1) a ANS apenas disponibiliza uma síntese das principais contribuições, nem sempre justificando seu acolhimento ou rejeição¹⁸¹.

A fim de possibilitar maior controle da atividade normativa da ANS por parte dos participantes e interessados, seria essencial a disponibilização da justificativa para acolhimento e rejeição de todas as contribuições recebidas, e não apenas daquelas consideradas (discricionariamente) relevantes por parte da agência¹⁸².

¹⁸¹ Ressalta-se que as únicas consultas em que houve a disponibilização de todas as contribuições, bem como a justificativa para seu acatamento ou rejeição, foram as consultas n.: 46/2011, 52/2012 e 57/2015.

¹⁸² Importante destacar que no modelo norte-americano trata-se de requisito obrigatório.

Após o processo, a norma resultante, alterada ou não, é encaminhada para aprovação, assinatura e posterior publicação. O tempo despendido para publicação da RN pode ser visualizado no anexo V e corresponde ao período entre o dia do término de recebimento das contribuições e a data de publicação da RN.

A partir da análise individualizada de cada consulta pública algumas conclusões podem ser externadas, inclusive no que tange ao corte sistemático para exploração de dados específicos pertinentes aos objetivos da pesquisa (assunto a ser abordado no próximo item).

No primeiro momento é possível inferir, a partir da análise da tabela 1, que a disponibilização de dados e informações aptos a permitir uma avaliação quantitativa e qualitativa pormenorizada: da efetiva participação; dos segmentos que contribuíram; da relação entre o objeto da consulta e a intensidade de participação do mercado consumidor e do mercado empresarial; da quantidade de contribuições acatadas, rejeitadas e descartadas; da comparação de dados de consultas de mesmo objeto; ocorreu a partir da consulta n. 31/2009¹⁸³. Ou seja, não obstante a indicação de 59¹⁸⁴ consultas públicas realizadas, constantes do sítio eletrônico da ANS (ANS, 2017g), apenas 26 são úteis à aferição da legitimidade democrática da agência.

Em outras palavras, dependendo do dado a ser extraído, a análise oscilará entre o universo de consultas públicas realizadas entre 2000/2017, ou seja, 59, e uma amostragem de 26 consultas referente àquelas que dispõem de dados suficientes¹⁸⁵.

Uma segunda observação pode ser feita com relação à ausência de parametrização de dados disponibilizados por cada consulta. Algumas delas, por exemplo, revelam o número de contribuições recebidas da sociedade civil, outras não. Da mesma maneira, algumas distribuem as contribuições por segmento (como por exemplo, operadoras, consumidores, gestor), outras não, e, por fim, algumas

¹⁸³ Da consulta n. 31/2009 à consulta n. 60/2017, apenas cinco (32/2010, 34/2010, 37/2011, 58/2015, 60/2017) possuem insuficiência ou indisponibilidade de dados.

¹⁸⁴ Pois a consulta n. 3/2001 não existiu, provocando erro de numeração subsequente.

¹⁸⁵ Isso porque, para recuperação de dados não disponibilizados, seria necessário uma pesquisa *in loco*, documental, historiográfica na sede da agência no Rio de Janeiro; no entanto, optou-se por não fazer esse resgate de dados, uma vez que a intenção é a constatação de dados disponibilizados a qualquer cidadão, sendo que, se se trata de um processo público, participativo e transparente, o correto seria que todas as consultas oferecessem dados suficientes à apuração da efetividade do mecanismo de relação entre a sociedade civil e a Administração Pública. Ademais, ressalta-se que a ANATEL possui um padrão de disponibilização de informações desde a primeira consulta em 1999, além de dados mais completos e detalhados, diferente da ANS (ANATEL, 2017).

detalham todas as contribuições recebidas, outras sintetizam as relevantes. Ou seja, não há um procedimento padrão, pautado em critérios objetivos, para análise e seleção das contribuições.

Em suma, trata-se de uma base de dados com distorções causadas pela própria ANS, cuja consequência é, a depender do dado a ser extraído, transformar a análise global de todas as consultas públicas organizadas pela agência reguladora em uma pesquisa com uma amostragem de pouco mais de 50% do total realizado. Desta feita, não foi possível extrair dados significativos de análise para as consultas anteriores àquela 31/2009.

Por outro lado, além das repercussões estatísticas, a diversidade de procedimentos contribui também para o prejuízo da participação, uma vez que a sociedade civil não tem acesso de antemão aos critérios utilizados na análise de suas contribuições, dificultando o controle social dos atos normativos expedidos pela agência. Tal variabilidade compromete o caráter participativo e democrático das consultas públicas, uma vez que não basta apenas o empenho à sua realização para que o ato normativo seja legítimo, é preciso que a participação seja efetiva, em igualdade de condições e mediante regras claras e objetivas que possibilite esse cenário.

Há de se notar que inclusive após a vigência da RN n. 242/2010, que fixa critérios mínimos a serem observados no processo de consulta¹⁸⁶, a inconsistência permanece, o que pode ser atribuído ao fato de não haver um setor específico para processamento, organização, consolidação e armazenamento das consultas públicas, se observado o organograma de setores da ANS (anexo II). Esse setor seria imprescindível para uma agência que tem como valores transparência, informação e defesa de interesses, para que os dados resultantes de um processo democrático-participativo estejam à disposição dos interessados e não se percam por eventual falta de organização interna.

Um terceiro apontamento diz respeito à quantidade de consultas públicas realizadas quando comparadas à quantidade de resoluções normativas publicadas ao longo de cada ano, conforme consta da tabela abaixo:

¹⁸⁶ Arts. 4º a 8º da RN n. 242/2010.

Tabela 2 – Comparativo entre o número de resoluções normativas publicadas e o número de consultas realizadas em cada ano.

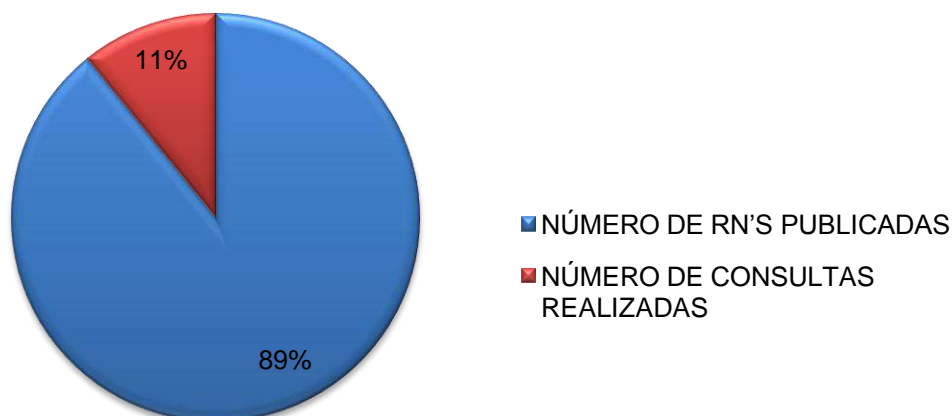
ANO	NÚMERO DE RDC's¹⁸⁷ E RN's PUBLICADAS	NÚMERO DE CONSULTAS REALIZADAS
2001	47	5
2002	22	2
2003	42	8
2004	22	4
2005	35	2
2006	20	4
2007	24	2
2008	18	2
2009	25	1
2010	44	5
2011	42	10
2012	32	6
2013	27	1
2014	23	2
2015	27	3
2016	25	0
2017	05	1 ¹⁸⁸

Fonte: elaboração da autora

Gráfico 1 – Percentual do total de RN's *versus* consultas realizadas entre os anos 2001-2017.

¹⁸⁷ As resoluções de diretoria colegiada (RDC's) foram editadas até 05/02/2002, após essa data a terminologia alterou para resoluções normativas.

¹⁸⁸ Dados obtidos até o mês de julho de 2017.



Fonte: elaboração da autora

O gráfico aponta que, do total dos RN's publicadas, apenas 11% delas contaram com a realização prévia de consultas públicas. Em outras palavras, para cada 10 RN's, apenas uma consulta foi levada a cabo pela ANS. Trata-se de baixo índice de frequência, pouco condizente com a natureza pública e profundamente social do objeto regulado, a dizer, a saúde suplementar, usufruída por mais de 47 milhões de brasileiros¹⁸⁹.

Não obstante a existência de RN's de índole meramente organizacional¹⁹⁰, a desproporção constatada acima constitui dado alarmante que indica que o processo de consulta pública não está cumprindo o propósito para o qual foi instituído, qual seja, garantir a legitimidade da atividade normativa da ANS. Ao longo dos anos 2009 e 2013 foi realizada apenas uma consulta pública, sendo que nos anos 2002, 2005, 2007, 2008 e 2014, apenas duas. Ou seja, percebe-se uma atuação unilateral e imperativa da agência ao editar resoluções em flagrante desestímulo à utilização de consultas públicas¹⁹¹, como se fosse mero requisito acessório, e não, processo indispensável para a concretização da democracia participativa.

A quarta questão que também merece destaque diz respeito ao comprometimento procedimental com a realização de consultas públicas. Uma vez que o assunto de uma RN advém de uma consulta pública, pressupõe-se que a

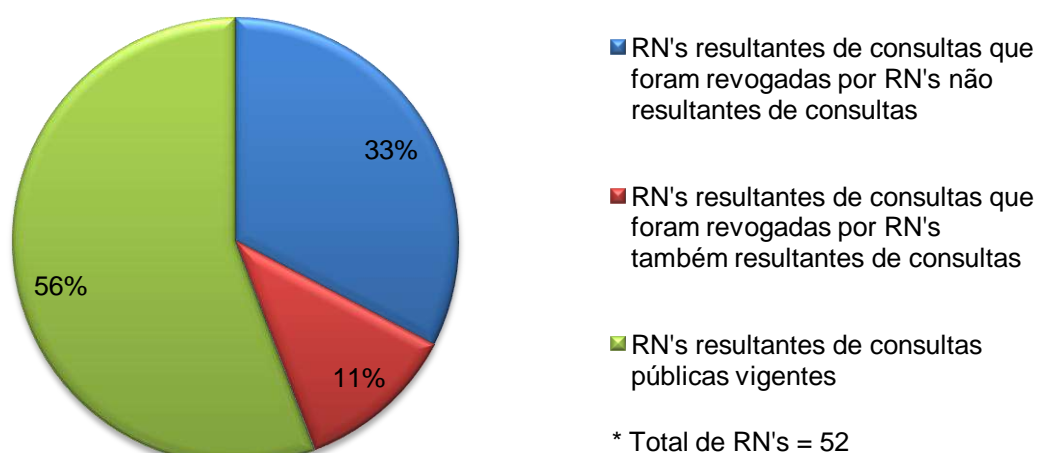
¹⁸⁹ Ver anexo III.

¹⁹⁰ Como por exemplo: descrição de atividades de determinado cargo, fixação de custeio de estadia de empregados ou servidores, fixação de remuneração de pessoal em regime de contratação temporária.

¹⁹¹ Em se comparando à ANATEL, só no ano de 2017 já foram realizadas treze consultas públicas (ANATEL, 2017).

norma revogadora dessa RN também deve ser submetida ao mesmo processo, mantendo-se uma coerência em relação à atividade normativa da agência reguladora. No entanto, não é bem esse o cenário encontrado na ANS, conforme demonstrado no seguinte gráfico.

Gráfico 2 – Percentual de RN's resultantes de consultas públicas: vigentes, revogadas por RN's não resultantes de consultas públicas e revogadas por RN's também resultantes de consultas públicas.



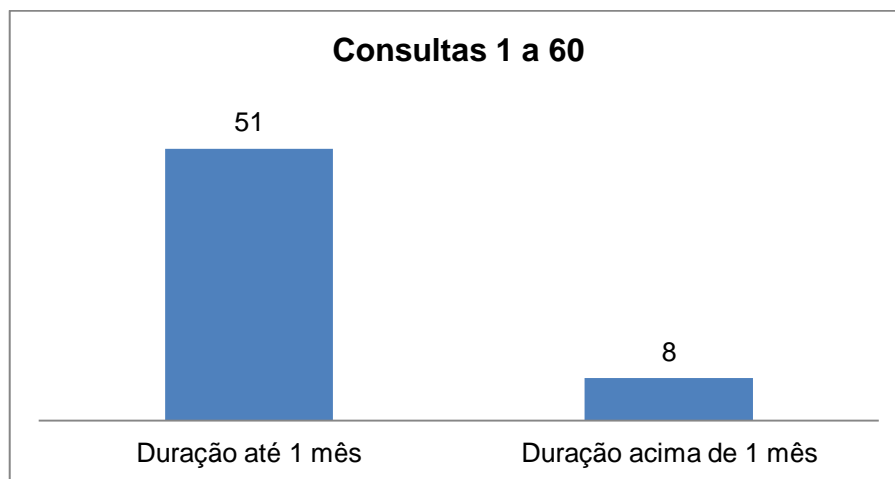
Fonte: elaboração da autora

Desta feita, é possível constatar que quando uma RN resultante de uma consulta pública é revogada, há três vezes mais chances de que a nova norma que irá lhe substituir não utilize o mesmo processo de participação social. Ou seja, o baixo índice de frequência de consultas públicas é agravado pela própria política de revogação e substituição normativa da agência, que o fez com desapego ao fluxo participativo.

Assim, o alto percentual de resoluções (advindas de um processo de consulta pública) que foram revogadas por outras que sequer receberam o mesmo tratamento, interrompe o ciclo que deveria ser de obrigatória continuidade quando se está diante de uma atuação normativa justificada pela legitimidade democrática. Essa quebra de continuidade provoca, conseqüentemente, a quebra da função legitimadora da participação na qual se apoiava a primeira norma.

No tocante ao lapso temporal de realização das consultas públicas, identifica-se a presença de dois prazos predominantes, conforme gráfico abaixo.

Gráfico 3 – Lapso temporal de realização das consultas públicas.



Fonte: elaboração da autora

Verifica-se que a quase totalidade das consultas segue uma referência de prazos que também independe da complexidade da matéria a ser debatida. Matérias complexas, que recebem um grande número de contribuições, como a fixação de rol de procedimentos, objeto das consultas 01/2001, 19/2004, 25/2006, 27/2007, 31/2009, 40/2011, 53/2013, 59/2015, tiveram duração de um mês, onze dias, um mês, um mês, um mês, um mês, dois meses¹⁹² e um mês, respectivamente.

Trata-se de prazo por demais exíguo, tendo em vista que o segmento não enquadrado na área da saúde e que participa da consulta precisa de um mínimo de tempo para efetuar pesquisas e se inteirar do assunto discutido, via de regra com perfil profundamente técnico e relevante para o consumidor, na medida em que irá propor inclusão, alteração ou exclusão de um determinado procedimento de cobertura obrigatória por parte dos planos privados de assistência à saúde.

Para fins de comparação, é interessante contrastar a consulta n. 45/2011 - cujo objeto versa sobre a obrigatoriedade de divulgação das redes assistenciais das operadoras de planos de saúde nos seus portais corporativos da internet, matéria relativamente simples - com a consulta n. 31/2009 - sobre fixação do rol de procedimentos a serem cobertos pela saúde suplementar - ambas especificadas na

¹⁹² Dois meses foi o prazo máximo verificado (Consultas 26/2006 e 53/2013) na totalidade das consultas públicas da ANS.

tabela abaixo¹⁹³. Todavia, malgrado as diferenças de complexidade, ambas as resoluções foram o resultado de consultas públicas com duração similar de apenas um mês.

Tabela 3 – Número de contribuições por consultas e lapso temporal de sua realização.

CONSULTAS	CONTRIBUIÇÕES	LAPSO TEMPORAL DE REALIZAÇÃO DA CONSULTA	TEMPO DESPENDIDO PARA PUBLICAÇÃO DA RN
Consulta n. 31/2009	8.039	1 mês	3 meses e 3 dias
Consulta n. 33/2010	199	1 mês	2 meses e 7 dias
Consulta n. 35/2010	846	1 mês e meio	4 meses e 2 dias
Consulta n. 36/2010	1.091	1 mês	9 meses e 28 dias
Consulta n. 38/2011	263	1 mês	4 meses e 27 dias
Consulta n. 39/2011	511	1 mês	1 mês e 10 dias
Consulta n. 40/2011	4.522	1 mês	2 meses e 10 dias
Consulta n. 41/2011	1.870	1 mês	5 meses e 22 dias
Consulta n. 42/2011	4.461	1 mês	1 mês e 28 dias
Consulta n. 43/2011	16.156	1 mês	2 meses e 4 dias
Consulta n. 44/2011	150	1 mês	3 meses e 8 dias
Consulta n. 45/2011	145	1 mês	3 meses e 1 dia
Consulta n. 46/2011	459	1 mês	1 mês e 16 dias
Consulta n. 47/2012	164	1 mês	2 meses e 11 dias
Consulta n. 48/2012	576	1 mês	1 mês e 24 dias
Consulta n. 49/2012	655	1 mês	24 dias
Consulta n. 50/2012	446	1 mês	5 meses e 10 dias
Consulta n. 51/2012	1.715	1 mês	4 meses e 9 dias
Consulta n. 52/2012	167	1 mês	Agenda regulatória

¹⁹³ Tabela construída com base nos dados disponibilizados pela ANS, conforme tabela 1.

Consulta n. 53/2013	7.340	2 meses	2 meses e 15 dias
Consulta n. 54/2014	1.086	1 mês	não houve RN
Consulta n. 55/2014	455	1 mês	1 mês e 12 dias
Consulta n. 56/2014	456	1 mês	1 mês e 12 dias
Consulta n. 57/2015	271	1 mês	Agenda regulatória
Consulta n. 59/2015	6.338	1 mês	2 meses e 2 dias
TOTAL	58.381		
MÉDIA DE CONTRIBUIÇÕES/ CONSULTA	2.335		

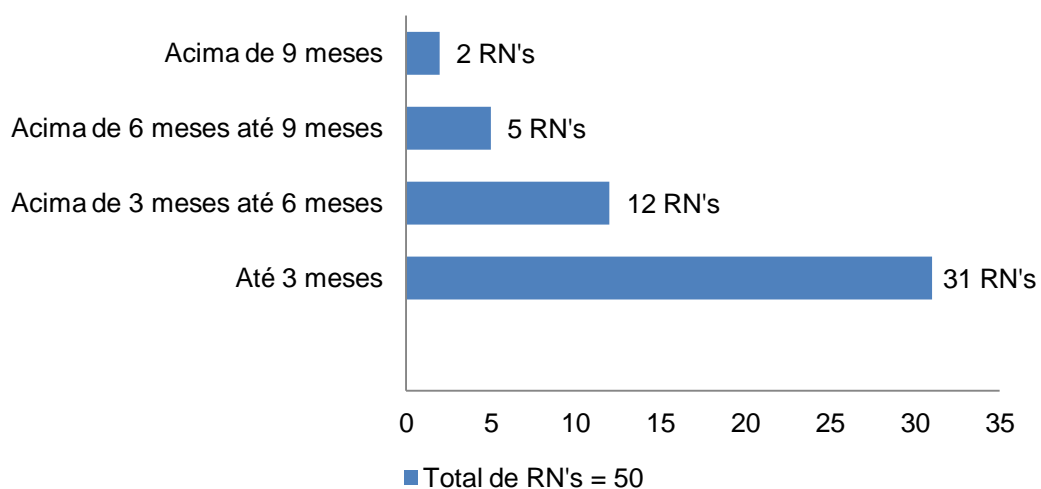
Fonte: elaboração da autora

É factível que uma matéria complexa desfrute de um prazo maior para recebimento de contribuições, a fim de oportunizar uma participação ampla e irrestrita dos diversos segmentos interessados. Não obstante o alto número de contribuições recebidas nas consultas relacionadas à fixação do rol de procedimentos, é possível supor que esse número poderia ser ainda maior caso as consultas de mesma matéria disponibilizassem o mesmo prazo (de dois meses, por exemplo) para recebimento de contribuições.

Noutro giro, faz-se menção a outro prazo, também significativo para a pesquisa, que consiste no lapso temporal entre o término do recebimento de contribuições na consulta pública e a data da publicação da RN final, prazo este indicado na quarta coluna da tabela 3 e na terceira coluna do anexo V. De fato, esse prazo é o mesmo que a ANS possui para fazer uma triagem das contribuições recebidas; analisá-las; manifestar motivadamente acerca do acatamento ou rejeição de cada contribuição ou, pelo menos, conforme dispõe o art. 8º, IV da RN n. 242/2010, das principais contribuições; e realizar as alterações na minuta de RN que considerar pertinentes, transformando-a na RN que será publicada. O gráfico abaixo sintetiza a situação das RN's decorrentes das consultas da ANS¹⁹⁴.

¹⁹⁴ O universo de consultas nesse caso corresponde ao total de 50 pelo fato de as consultas n. 6/2001, 22/2005, 24/2006, 26/2006, 54/2014 e 58/2015 não terem resultado em RN's, por necessidade de aprofundamento nos estudos; as consultas n. 52/2012 e 57/2015 resultarem em agendas regulatórias; a consulta n. 27/2007 ter disponibilizado datas incoerentes.

Gráfico 4 – Lapso temporal entre o término do recebimento de contribuições em consultas públicas e a publicação da respectiva RN.



Fonte: elaboração da autora

Nota-se que a maioria das RN's levam até três meses para serem publicadas e, conforme tabela 3, esse prazo independe da quantidade de contribuições recebidas, o que teoricamente, vai contra à lógica de que as consultas que recebessem um maior número de contribuições, hipoteticamente, deveriam levar um tempo maior de processamento, quando comparadas às consultas cujas contribuições são em número inferior.

Novamente remete-se à matéria de fixação do rol de procedimentos cujas contribuições constituem números consideráveis, mas dentre as consultas 01/2001, 19/2004, 25/2006, 27/2007, 31/2009, 40/2011, 53/2013 e 59/2015, apenas a 25/2006 e a 31/2009 ultrapassaram o prazo de três meses para publicação das RN's. Isto é, consultas que atingiram acima de 6.000 contribuições receberam o mesmo tratamento de outras com 199 contribuições (consulta 33/2010), 164 contribuições (consulta 47/2012), por exemplo¹⁹⁵. Identifica-se uma grande distorção uma vez que o mesmo prazo (três meses) seria suficiente para análise tanto de 199 quanto de 6.000 contribuições.

¹⁹⁵ Ver tabela 3.

Ademais, as consultas 42/2011 e 43/2011¹⁹⁶, todas com um considerável número de contribuições, da mesma forma não ultrapassaram o prazo de três meses para publicação das RN's.

Tais constatações apontam para os seguintes questionamentos: o prazo de três meses possibilita o processamento de todas as contribuições recebidas? As contribuições são examinadas individualmente? As contribuições são consideradas quando da elaboração da RN final que será publicada? Uma das respostas que já se adianta é que não se verificou a ocorrência de alterações consideráveis entre a minuta de RN e a RN final, sendo que na grande maioria das consultas analisadas, a minuta foi praticamente inalterada. Conseqüentemente, dúvidas despontam acerca da efetiva e real participação e da legitimidade democrática da atividade normativa da ANS. Colocando de maneira ainda mais direta, existem sérios indícios de que o *input* da sociedade civil não impacta a atividade administrativa da ANS, que transformou o processo de consultas em mera ritualística formal, sem qualquer repercussão deliberativa.

Por fim, faz-se necessário abordar sobre a publicidade conferida à abertura do processo de consulta pública. De acordo com o art. 5º da RN n. 242/2010, a divulgação se dá mediante publicação no DOU e divulgada no sítio eletrônico da ANS. Todas as consultas analisadas são divulgadas em conformidade ao disposto no referido artigo, ou seja, apenas no DOU e no sítio eletrônico da ANS.

No entanto, identifica-se certa carência nos métodos formais utilizados pela ANS, os quais não atendem o propósito do processo de consulta pública, qual seja, garantir a ampla publicidade propiciando, conseqüentemente, a ampla participação¹⁹⁷. Isso evidencia a necessidade de se rever esses métodos e a própria regulamentação, ampliando as alternativas de divulgação das consultas públicas, como por exemplo: envio de e-mail aos entes e órgãos públicos, órgãos de defesa do consumidor, comunidades científicas ligadas à matéria, Universidades, conselhos profissionais; propagandas em rádio, televisão, seminários; envio de mala direta, dentre outros.

¹⁹⁶ Ver tabela 3.

¹⁹⁷ Cabe destacar que muitas pessoas não possuem computador em seu domicílio com acesso à internet, ou seja, a divulgação meramente eletrônica seria insuficiente para abranger esse público.

Não se deve perder de vista que o objetivo da consulta pública é garantir o acesso e participação de todos os interessados buscando uma solução consensual e homogênea, garantindo assim a legitimação da atuação da agência.

5.2 DO CORTE SISTEMÁTICO DAS CONSULTAS PÚBLICAS PARA UMA ABORDAGEM ANALÍTICA ESPECÍFICA AOS OBJETIVOS DA PESQUISA

Uma vez fixada a finalidade da ANS de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras e contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País (BRASIL, 2000), surge o interesse de apurar a forma como a sociedade civil pode contribuir para esse desenvolvimento através do mecanismo de consulta pública.

A partir da disponibilização de dados, conforme tabela 1, é possível fazer um corte sistemático que viabilize uma pesquisa específica quanto ao percentual de participação por segmento além de outros dados que permitam chegar ainda mais próximo da constatação, ou não, do *déficit* de legitimidade democrática na atuação da ANS.

Explorando os dados disponibilizados pelas consultas públicas¹⁹⁸ foi possível organizá-los de forma a averiguar o volume das contribuições advindas dos dois maiores interessados, situados em polos opostos em relação aos interesses regulados, que são as operadoras de planos privados de assistência à saúde e prestadoras de serviços de saúde¹⁹⁹ *versus* consumidores²⁰⁰, conforme se verifica no gráfico síntese abaixo²⁰¹.

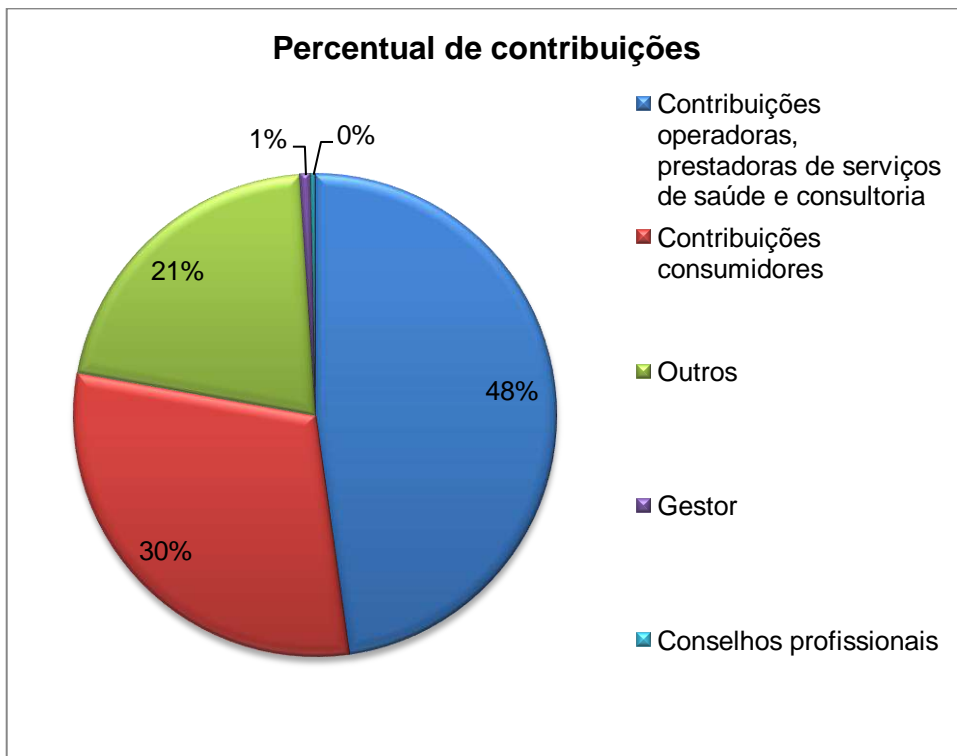
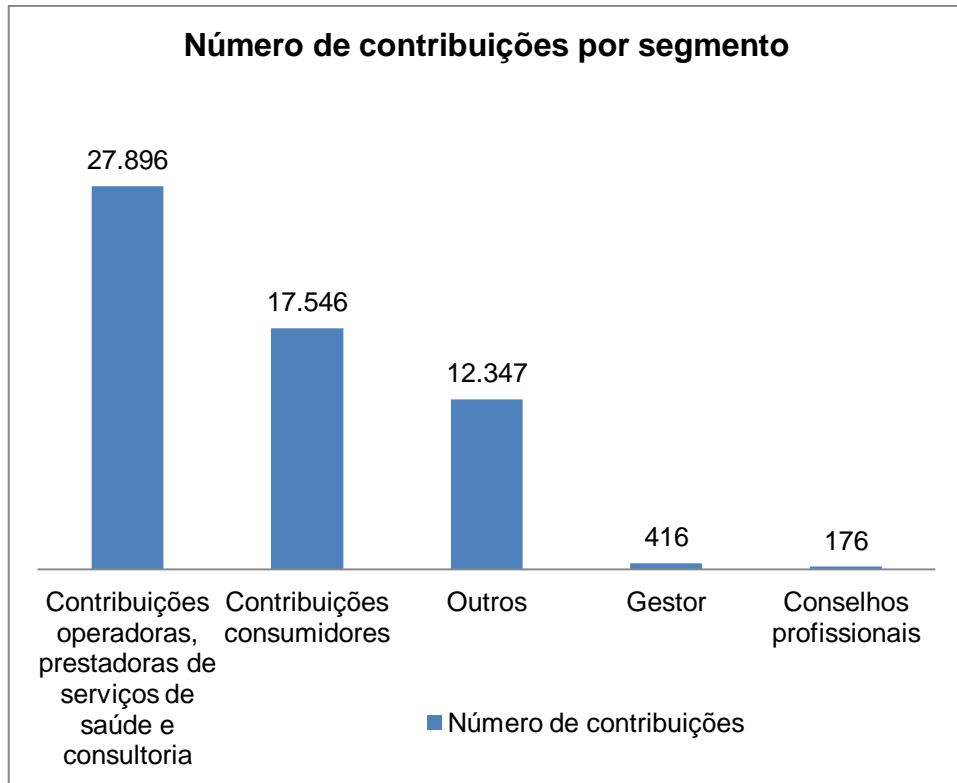
Gráfico 5 – Número e percentual de contribuições por segmento.

¹⁹⁸ Neste item serão estudadas apenas as consultas que dispõem de dados suficientes (segunda coluna da tabela 1), quais sejam: 31/2009, 33/2010, 35/2010, 36/2010, 38/2011 a 57/2015 e 59/2015.

¹⁹⁹ Incluídas as consultorias especializadas prestadas por advogados e profissionais da saúde.

²⁰⁰ Na categoria de consumidores estão inseridas as contribuições de pessoas físicas (que são diminutas) e órgãos/entidades de defesa de seus interesses, como por exemplo, Procon, Defensoria Pública, Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor.

²⁰¹ A categoria “outros” é definida pela própria ANS, obscura, sendo que tudo indica que a mesma funcione como suporte consultivo das operadoras, ou seja, expertise contratada.



Fonte: elaboração da autora

Depreende-se que quase metade das contribuições origina-se da categoria de agentes regulados, reforçando a hipótese de insuficiência de participação da sociedade civil nos processos de consultas públicas da ANS.

Em que pese uma parcela das contribuições advir da categoria de consumidores, destaca-se que apenas em seis consultas²⁰² suas contribuições ultrapassam as contribuições das operadoras de planos privados de assistência à saúde e prestadoras de serviços de saúde. Resumindo, em 75% das consultas analisadas, as contribuições da categoria de entes regulados são maiores do que as contribuições da categoria de consumidores.

Verificou-se, ainda, uma expressiva carência da presença de órgãos/entidades representativos dos interesses dos consumidores nas consultas de uma forma geral²⁰³, como por exemplo, Defensorias Públicas e Ministérios Públicos dos Estados, PROCON's estaduais, Universidades. Uma vez que a ANS trata de questões complexas, com linguagem técnica e de difícil compreensão para o consumidor pessoa física, é essencial que tais órgãos/entidades sejam atuantes na proteção do desse interesse.

Ademais, a participação de cientistas, especialistas, pesquisadores e estudiosos da área é nula, não havendo dados acerca da presença desse grupo.

Logo, percebe-se pouca diversidade de segmentos participativos e a proeminência da presença dos entes regulados, os quais sofrem os impactos da unanimidade das matérias submetidas às consultas e, por consequência, participam de forma mais ativa da discussão.

Ocorre que esse cenário pode desaguar no indesejável risco de captura²⁰⁴ da agência por interesses privados, comprometendo a eficiência de suas atividades na medida em que as ingerências por parte dos agentes regulados colocam em risco a isenção da atuação do ente regulador, que “[...] pode tender ao prejuízo da modicidade das tarifas, ao afrouxamento da fiscalização e à benevolência na aplicação das sanções” (MASTRANGELO, 2005), em prejuízo aos usuários e consumidores do serviço.

Nas palavras de Vital Moreira, o “[...] melhor antídoto contra a captura regulatória é a transparência de procedimentos, a participação de todos os

²⁰² Consultas n.: 31/2009, 40/2011, 53/2013, 59/2015 (que se referem à fixação de rol de procedimentos); 33/2010 (que se refere à padronização dos procedimentos de participação popular – RN n. 242/2010); e 55/2014 (que trata do acesso à informação das beneficiárias às taxas de cirurgias cesáreas e partos normais, por estabelecimento de saúde e por médico). São matérias que atingem de forma mais intensa os interesses dos consumidores.

²⁰³ A atuação mais expressiva ocorreu por parte do PROCON-SP e do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor.

²⁰⁴ Já conceituada no Capítulo anterior.

interessados no processo regulatório, e a fundamentação das decisões” (2003, p. 254).

A própria ANS admite que a consulta pública deve contar com a participação, “[...] tanto de cidadãos quanto de setores especializados da sociedade, como sociedades científicas, entidades profissionais, universidades, institutos de pesquisa e representações do setor regulado” (ANS, 2017h).

Uma vez constatada a baixa atuação da categoria de consumidores, bem como a indiferença da representação de sociedades científicas, universidades, institutos de pesquisa, presume-se que a estratégia utilizada pela ANS para tornar as ações governamentais mais democráticas e transparentes não está tendo a eficácia esperada. As consultas analisadas demonstram, em sua maioria, insuficiência na garantia de participação da sociedade civil na atividade normativa da ANS; o que, conseqüentemente provoca o *déficit* de legitimidade democrática da agência.

5.3 O DÉFICIT DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA NA ATIVIDADE NORMATIVA REGULATÓRIA DA ANS

Os dados e informações apresentados conduzem à constatação de que o mecanismo de consultas públicas utilizado pela ANS não tem passado de uma ritualística formal a legitimar sua atuação normativa. Ou seja, a legitimidade pelo procedimento foi transformada em mera formalidade, destituída do devido processo legal substantivo²⁰⁵.

A indisponibilidade de dados suficientes à verificação estatística da efetiva participação somada à diversidade de procedimentos utilizados pela ANS nas consultas, dificultam o controle social dos atos normativos e comprometem a participação democrática de todos os interessados. A ausência de um procedimento uniforme, composto de regras claras e objetivas, provoca a perda de credibilidade e

²⁰⁵ "A essência do substantive *due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou, como no caso, destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal" (BRASIL, 2014).

interesse do cidadão de participar efetivamente do processo de consulta, levando, conseqüentemente, à perda de legitimidade do mesmo.

Assim, o propósito de atribuir legitimidade à atividade normativa da agência não é alcançado na medida em que a participação se restringe ao grupo de interesse que possui o domínio e conhecimento das regras do jogo, ou seja, os agentes regulados.

Vale frisar que mesmo após a vigência da RN n. 242/2010 que traçou regras mínimas ao processo de consultas públicas da ANS, a inconsistência do procedimento permanece, inexistindo um padrão mínimo de dados a serem coletados e disponibilizados para a sociedade, de forma a eliminar a oscilação no campo de amostragem explorado.

Por isso, a observância de um procedimento uniforme, em observância ao devido processo legal substantivo, à equidade, à inclusão, são balizas que proporcionam deliberações normativas legítimas e justas.

Da mesma forma, ausência do motivo de acolhimento ou rejeição de todas as contribuições encaminhadas pelos participantes das consultas públicas, assim como ocorre no processo norte-americano, e também a falta de previsão de critérios objetivos para análise e seleção das mesmas, constituem empecilho à promoção da ampla participação, uma vez que inviabiliza o controle social das decisões emitidas pela agência. O envio de uma sugestão, dúvida ou crítica sem o devido retorno frustra aquele contribuinte que a encaminhou, fazendo com que perca o interesse de uma próxima participação.

A participação democrática deve ocorrer com liberdade e igualdade de condições, portanto, não é razoável que o *feedback* da agência seja seletivo e direcionado apenas àquelas contribuições que ela considerar relevantes. Neste quesito, o tratamento deve ser isonômico.

Outrossim, a constatação do baixo índice de frequência da realização de consultas, em comparação ao alto índice de edição de RN's, atribui um caráter acessório ao mecanismo que deveria ser principal. A lógica deveria ser contrária à realidade detectada, pois, a partir do momento que a atuação normativa da agência reguladora é legitimada pela participação da sociedade, pela interação entre todos os interessados em igualdade de condições, a maioria das RN's deveria ser

proveniente do mecanismo que viabiliza essa interação, ou seja, das consultas públicas.

O baixo índice de frequência ainda é agravado pela política de revogação e substituição normativa da ANS, vez que não se vislumbra a continuidade do processo de consultas públicas. Assim, além de poucas RN's advindas do mecanismo que lhe atribui legitimidade, estas, em sua maioria, ainda são revogadas por outras em inobservância ao mesmo processo legitimador. Se à agência é dada a opção de escolha daquelas matérias que serão submetidas às consultas públicas, subentende-se que o processo deve ser sucessivo, até que a norma deixe de existir no mundo jurídico, sob pena de insuficiência à garantia de legitimidade democrática pelo desapego ao fluxo participativo.

Os lapsos temporais individualizados na pesquisa (de duração da consulta pública e de publicação da RN resultante) demonstram tamanha incoerência quando comparados uns aos outros (tabela 3). Prazos exíguos para consultas complexas e com inúmeras contribuições e, por outro lado, o mesmo prazo para consultas simples e com poucas contribuições. Tal fato desperta dúvidas acerca da real e efetiva participação, tendo em vista que a opinião formada no processo de consultas públicas da ANS, mediante deliberações promovidas pelos participantes, não influencia o resultado de sua atividade normativa.

Isto é, o potencial democrático, presente no processo de consultas públicas, capaz de legitimar a atuação normativa da ANS, é ilusório e sem repercussão deliberativa, o que caracteriza a mera existência de um mecanismo formal destituído de utilidade prática.

Por fim, constatou-se, de fato, a baixa efetividade da participação da sociedade civil (consumidores) nas consultas públicas da ANS, cujos fatores são atribuídos à publicidade restrita conferida ao processo, limitada ao DOU e ao sítio eletrônico da ANS; ao alto grau de tecnicidade da matéria, demandando a presença de órgãos e associações de defesa dos interesses do consumidor; à falta de interesse da própria sociedade com a gestão administrativa. Isso faz com que o instrumento de consulta perca sua eficácia, esvaziando e deslegitimando o discurso democrático.

É dizer, não basta garantir formalmente à sociedade civil o instrumento participação no processo decisório da agência reguladora. É preciso que a matéria

debatida possa ser efetivamente influenciada pelos atores da sociedade civil, destinatários das decisões.

O resultado da análise das consultas públicas realizadas pela ANS evidenciou a predominância de assimetria em contraposição a um discurso de efetiva participação e deliberação sustentado pela literatura.

Portanto, é necessário rever o processo de consultas públicas desenvolvido pela ANS, a partir de um procedimento detalhado²⁰⁶, de forma a reduzir a distância entre Administração e sociedade, haja vista que é a deliberação fomentada pela participação que conferirá legitimidade à atuação da agência.

Além disso, o campo de segmentos participativos deve ser ampliado de forma a atingir especialistas qualificados, cientistas e estudiosos integrantes das Universidades e instituições de ensino, órgãos/entidades representativos dos interesses dos consumidores, o que promoverá a ampliação da confiança na efetividade do canal de participação. Para isso, é preciso estender os mecanismos de divulgação das consultas alcançando públicos plurais e heterogêneos; disponibilizar um manual de participação com a identificação e contatos do setor e dos profissionais responsáveis pelo processo, para esclarecimento de dúvidas ou questionamentos; prazos razoáveis para envio de contribuições a depender da complexidade da matéria; utilização de linguagem clara e acessível.

Finalmente, é necessário rever e fortalecer normas jurídicas que garantam a vinculação das contribuições às RN's resultantes do processo de consulta, com o objetivo de assegurar sua repercussão deliberativa.

Há de se reconhecer que a Administração Pública tem demonstrado certo interesse na promoção de mecanismos democráticos de participação e deliberação, mas essa iniciativa precisa ser ampliada na busca da efetivação do Estado Democrático de Direito. Não se pode admitir que a Administração se julgue apta a estabelecer "a melhor sociedade". A construção de uma sociedade melhor deve pautar-se em uma perspectiva deliberativa, por meio da qual Administração e sociedade estejam aptas a participar do processo discursivo de criação e implementação de uma nova realidade normativa (SILVA, 2009, p. 83).

²⁰⁶ O qual deve fixar, por exemplo, prazos a depender da complexidade e vulto da matéria, forma de avaliação das contribuições, obrigações e deveres da agência, simetria de dados a serem disponibilizados à sociedade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução estrutural, organizativa e comportamental da Administração Pública, bem como, o processo de constitucionalização do ordenamento jurídico, demonstram que o princípio democrático deve permear a Administração no exercício de suas funções. A participação passou a constituir importante fator de legitimidade democrática a suprir a insuficiência de fórmulas tradicionais de democracia representativa, levando à necessidade de revalorização do indivíduo como figura central do Estado.

Logo, democracia não pode mais se restringir à prerrogativa popular de eleger representantes; mais que isso, ela envolve a possibilidade de se deliberar publicamente sobre questões a serem decididas pelos governantes. A proposta democrático-deliberativa passa a questionar a forma como deveria ocorrer a participação no processo político ampliado, sendo que, não basta haver eleições regulamentadas como querem os liberais hegemônicos. Tampouco o conceito de participação deve se restringir a opiniões de maioria sem a concepção de espaços adequados e procedimentos para sua realização.

Para que a deliberação confira legitimidade ao processo democrático e seus resultados, as razões devem ser discutidas, e os participantes, inseridos no contexto de liberdade e igualdade, devem influenciar permanentemente, e não apenas no período eleitoral, o processo de tomada de decisões que tem lugar nos fóruns oficiais.

Ou seja, deliberação expande os marcos democráticos para além da representação e uma das formas de fomentá-la advém da democracia participativa.

A CR/88 foi muito além de mencionar o princípio democrático e o Estado de Direito como vetores a indicar o viés participativo que permeia a democracia brasileira. Uma série de dispositivos esparsos no texto constitucional respalda a adoção de institutos que propiciem a deliberação e participação na Administração Pública.

Percebe-se surgimento de novas bases de legitimação administrativa que ultrapassa a legalidade normativa formal, vinculando sua atuação ao resultado dos processos deliberativos.

É nesse contexto de democracia participativa-deliberativa que se inserem as agências reguladoras, implementadas em um cenário de privatizações de atividades estatais cujo objetivo consistiu em uma ideologia neoliberal de redução do suposto “tamanho” do Estado.

Criadas com o propósito de regulamentar o mercado foi-lhes atribuída acentuado grau de autonomia em relação aos agentes políticos e aos agentes regulados exploradores da atividade econômica.

Frente a essa autonomia reforçada, uma crítica fundamental ao modelo de agências reguladoras implantado no Brasil diz respeito à legitimidade democrática da regulação normativa desenvolvida por esses entes.

Ultrapassado o modelo meramente representativo de democracia e, tendo em vista a proposta constitucional de democracia deliberativa fomentada pela ampla participação, viu-se que a legitimidade decorrerá de um debate público entre agências reguladoras, setor regulado e sociedade civil. Dessa forma, o Estado de Direito deve promover as garantias necessárias para que todos os interessados possam participar da deliberação, em igualdade de condições, através da troca de argumentos.

Logo, não basta manter o discurso idealizado de participação, tampouco prever mecanismos formais para sua realização, uma vez que o problema é identificado na *práxis* cotidiana de deliberação das diversas atividades estatais: legislativa, administrativa e judiciária. O problema é normativo-empírico, pois é o fazer participativo que gera a justiça/legitimidade.

Portanto, avaliar a legitimidade democrática das agências reguladoras independentes perpassa pela análise da efetiva participação dos cidadãos durante o processo decisório sobre a edição de normas e as condições de deliberação sobre o conteúdo da regulação. Ou seja, avaliar o grau de organização e de mobilização da sociedade brasileira nos processos participativos proporcionará a identificação da presença de *déficit*, ou não, de democraticidade da regulação administrativa.

Para essa avaliação, optou-se como paradigma de análise a Agência Nacional de Saúde Suplementar pelo fato de a saúde, bem essencial à dignidade da pessoa humana, estar relacionada a um setor sensível da sociedade, no qual se sobressai a tensão entre os interesses do consumidor e do fornecedor, inerente à prestação privada de serviços de saúde. Dentre os instrumentos de participação da

sociedade previstos em suas normas, optou-se pelas consultas públicas, sob a justificativa de ser o mecanismo de participação direta mais relevante, uma vez que está relacionado à atividade normativa da agência.

Os resultados da pesquisa proporcionaram algumas conclusões que apontam para o *déficit* de legitimidade democrática na atividade normativa regulatória da ANS.

A primeira inconsistência identificada diz respeito à insuficiência de dados disponibilizados pela ANS acerca das consultas públicas realizadas, o que provocou uma oscilação do campo de amostragem da pesquisa, a depender do dado pesquisado (quantidade de contribuições recebidas, prazos praticados pela agência, segmentos participativos, número de contribuições por segmento, quantidade de consultas públicas anuais realizadas pela ANS, dentre outros).

Diante de um mecanismo implementado com vistas a ampliar a participação, conferir transparência na atividade da agência e proporcionar legitimidade às suas decisões, torna-se indispensável que os dados das consultas estejam disponíveis ao acesso da sociedade na sua integralidade, de forma padronizada e com o máximo de informações que possibilitem avaliar a real e efetiva participação/controle social.

Referida insuficiência de dados somada à ausência de parametrização de dados disponibilizados por cada consulta se traduzem em prejuízo na participação/controle social uma vez que provoca certa desconfiança acerca das regras procedimentais que não dispõem de informações suficientes da forma como será conduzido o processo de consulta pública.

Ademais, previsão de procedimento adequado, baseado em critérios objetivos de análise e regras claras, em observância ao devido processo legal substantivo, à equidade, à inclusão, à deliberação, concebe decisões legítimas e justas.

Tais inconsistências podem ser atribuídas à ausência de um setor exclusivo para processamento, organização, consolidação e armazenamento das consultas públicas, setor imprescindível para que os dados resultantes de um processo democrático-participativo estejam à disposição dos interessados e não se percam por eventual falta de organização interna.

No tocante à quantidade de consultas anualmente realizadas quando comparadas à quantidade de RN's publicadas a pesquisa apontou que, apenas 11% das RN's contaram com a realização prévia de consultas públicas. Em outras

palavras, para cada 10 RN's, apenas uma consulta foi levada a cabo pela ANS. Trata-se de baixo índice de frequência, pouco condizente com a natureza pública e profundamente social do objeto regulado, a dizer, a saúde suplementar, usufruída por mais de 47 milhões de brasileiros. Ademais, esses dados indicam que o processo de consulta pública não está cumprindo o propósito para o qual foi instituído, qual seja, garantir a legitimidade da atividade normativa da ANS.

Ou seja, percebe-se uma atuação unilateral e imperativa da agência ao editar resoluções em flagrante desestímulo à utilização de consultas públicas, como se fosse mero requisito acessório, e não processo indispensável para a concretização da democracia participativa.

Outra questão importante diz respeito ao comprometimento procedimental com a realização de consultas públicas. Foi possível constatar que quando uma RN resultante de uma consulta pública é revogada, há três vezes mais chances de que a nova norma que irá lhe substituir não utilize o mesmo processo de participação social. Ou seja, o baixo índice de frequência de consultas públicas é agravado pela própria política de revogação e substituição normativa da agência, que o fez com desapego ao fluxo participativo.

No que tange ao lapso temporal (de duração da consulta pública e de publicação da RN resultante) também foram detectadas incoerências quando comparados uns aos outros. Prazos exíguos para consultas complexas e com inúmeras contribuições e, por outro lado, o mesmo prazo para consultas simples e com poucas contribuições. Tal fato desperta dúvidas acerca da real e efetiva participação, tendo em vista que a opinião formada no processo de consultas públicas da ANS, mediante deliberações promovidas pelos participantes, não influencia o resultado de sua atividade normativa.

Isto é, o potencial democrático, presente no processo de consultas públicas, capaz de legitimar a atuação normativa da ANS, é ilusório e sem repercussão deliberativa, o que caracteriza a mera existência de um mecanismo formal destituído de utilidade prática.

Por fim, constatou-se, de fato, a baixa efetividade da participação da sociedade civil (consumidores) nas consultas públicas da ANS, cujos fatores são atribuídos à publicidade restrita conferida ao processo, limitada ao DOU e ao sítio eletrônico da ANS; ao alto grau de tecnicidade da matéria, demandando a presença

de órgãos e associações de defesa dos interesses do consumidor; à falta de interesse da própria sociedade com a gestão administrativa. Isso faz com que o instrumento de consulta perca sua eficácia, esvaziando e deslegitimando o discurso democrático.

É dizer, não basta garantir formalmente à sociedade civil o instrumento participação no processo decisório da agência reguladora. É preciso que a matéria debatida possa ser efetivamente influenciada pelos atores da sociedade civil, destinatários das decisões.

É com base nesse cenário que se conclui pelo *déficit* de legitimidade democrática da ANS na sua atividade normativa regulatória, uma vez que as consultas públicas não estão cumprindo, a contento, o propósito para o qual foram criadas. Há de se rever as falhas detectadas a fim de ampliar a participação e deliberação, na defesa da efetivação do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. Os avanços e o dilemas do modelo pós-burocrático: a reforma da administração pública à luz da experiência internacional recente. *In*: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Org.). **Reforma do estado e administração pública gerencial**. 7. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006.

AGÊNCIA Nacional de Saúde Suplementar. **Câmaras e Grupos Técnicos**. Rio de Janeiro, 2017c. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/participacao-da-sociedade/camaras-e-grupos-tecnicos>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

AGÊNCIA Nacional de Saúde Suplementar. **Câmara Técnica da Regulamentação do Pedido de Cancelamento/Exclusão de Beneficiários em Planos de Saúde**. Rio de Janeiro, 2017d. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/participacao-da-sociedade/camaras-e-grupos-tecnicos/camara-tecnica-da-regulamentacao-do-pedido-de-cancelamento-exclusao-de-beneficiarios-em-planos-de-saude>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

AGÊNCIA Nacional de Saúde Suplementar. **Carta de serviços**. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <<http://www.gespublica.gov.br/sites/default/files/documentos/ans.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

AGÊNCIA Nacional de Saúde Suplementar. **Consultas e participações públicas**. Rio de Janeiro, 2017h. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/participacao-da-sociedade/consultas-e-participacoes-publicas>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

AGÊNCIA Nacional de Saúde Suplementar. **Consultas públicas encerradas**. Rio de Janeiro, 2017g. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/participacao-da-sociedade/consultas-e-participacoes-publicas/consultas-publicas-encerradas>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

AGÊNCIA Nacional de Saúde Suplementar. **Dados Gerais**. Rio de Janeiro, 2017a. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

AGÊNCIA Nacional de Saúde Suplementar. **Elaboração das normas da saúde suplementar: Etapas do serviço**. Rio de Janeiro, 2017f. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/legislacao/elaboracao-das-normas-da-saude-suplementar>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

AGÊNCIA Nacional de Saúde Suplementar. **Grupo Técnico Permanente de Estudos da Metodologia do Monitoramento da Garantia de Atendimento**. Rio de Janeiro, 2017e. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/participacao-da-sociedade/camaras-e-grupos-tecnicos/grupo-tecnico-permanente-de-estudos-da-metodologia-do-monitoramento-da-garantia-de-atendimento>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

AGÊNCIA Nacional de Saúde Suplementar. **O que a ANS faz**. Rio de Janeiro, 2017b. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/consulteans/o-que-a-ans-faz>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

AGÊNCIA Nacional de Saúde Suplementar. **Organograma informativo ANS**. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Organograma_informativo_ANS_26_06_14.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2017.

AGÊNCIA Nacional de Telecomunicações. **Acompanhamento de consulta pública**. Brasília, 2017. Disponível em: <<https://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Contribuicoes/ListaConsultasContribuicoes.asp>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

ALCÂNTARA, Pedro Henrique Generino de. **Participação e deliberação: um estudo sobre duas teorias alternativas da democracia**. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2014. 120f. Dissertação (Mestrado), Programa de Pós-graduação em Ciência Política, Universidade Federal de Pernambuco, 2014.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 18. ed. São Paulo: Método. 2010.

ALVES, Fernando Brito. **Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental**. Curitiba: Juruá, 2013.

ALVES, Sandra Mara Campos. **Processo de participação da sociedade civil nas consultas públicas realizadas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (2000-2006)**. Brasília: Universidade de Brasília, 2008. 236f. Dissertação (Mestrado), Programa de Pós-graduação em Política social, Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

ANDRADE, Régis Willyan da Silva. **A legitimidade da delimitação dos direitos fundamentais na esfera administrativa em face da teoria da democracia deliberativa**. Pouso Alegre: Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2012. 102f. Dissertação (Mestrado), Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. E-book.

AVRITZER, Leonardo. Teoria Democrática e Deliberação Pública. **Lua Nova Revista de Cultura e Política**, n. 50, São Paulo, pp. 25-46. 2000.

BAGATIN, Andreia Cristina. **Captura das agências reguladoras**. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARBER, Benjamin R. **Strong democracy: participatory politics for a new age.** Los Angeles: University of California Press, 2003.

BARROS, Laura Mendes Amando de. **Participação democrática e fomento nos conselhos deliberativos: o exemplo paradigmático da infância e adolescência.** São Paulo: Saraiva, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, ordem econômica e agências reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev., 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2013.

BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática.** São Paulo: *Quartier Latin*, 2007.

BEHRING, Elaine Rossetti. **Brasil em contra-reforma: desestruturação do Estado e perda dos direitos.** São Paulo: Cortez; 2003.

Beltrão, Hélio. **Descentralização e Liberdade.** Rio de Janeiro: Record, 1984.

BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico**, Salvador, n. 3, agosto/out, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.** 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2006.

BRANDÃO, Assis. **Sobre a democracia participativa: Poulantzas, Macpherson e Carole Pateman.** Recife: Serviço Social e Sociedade ano XVIII, 1997.

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República Federativa do Brasil de 1934. **Diário Oficial da União**, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, 5 out. 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

BRASIL. Decreto n. 2.335 de 6 de outubro de 1997. Constitui a Agência Nacional de Energia Elétrica -ANEEL, autarquia sob regime especial, aprova sua Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e Funções de Confiança e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 6 out 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2335.HTM>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. Decreto n. 3.327 de 5 de janeiro de 2000. Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 jan 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3327.htm>. Acesso em: 25 maio 2017.

BRASIL. Lei n. 9.472 de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n. 8, de 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 jul 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. Lei n. 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 jan 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 13 jun. 2017.

BRASIL. Lei n. 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, 28 jan 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm>. Acesso em: 25 maio 2017.

BRASIL. Lei n. 9.986 de 18 de julho de 2000. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 jul 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9986.htm>. Acesso em: 25 maio 2017.

BRASIL. Lei n. 10.233 de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 jun 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10233.htm>. Acesso em: 26 maio 2017.

BRASIL. Lei n. 10.257 de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 jul 2001. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. **Organizações Sociais**. Secretaria da Reforma do Estado. Brasília: MARE, 1997.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução da Diretoria Colegiada-RDC n. 61, de 03 de fevereiro de 2016. Aprova e promulga o Regimento Interno da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 fev 2016. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/documents/281258/281284/Regimento+Interno+da+Anvisa+-+RDC+n%C2%BA+61+de+2016/07ccbb20-f3b3-4209-bf84-f520a1a29eab>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa n. 242 de 7 de dezembro de 2010. Dispõe sobre a participação da sociedade civil e dos agentes regulados no processo de edição de normas e tomada de decisão da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS mediante a realização de consultas e audiências públicas, e câmaras técnicas. **Diário Oficial da União**, Brasília, 7 dez 2010. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTYxNg==>>. Acesso em: 8 jun. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Regimental n. 1 de 17 de março de 2017. Institui o Regimento Interno da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 mar 2017. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzM5MA==>>. Acesso em: 8 jun. 2017.

BRASIL. **Plano diretor da reforma do aparelho do Estado**. Brasília, 1995. Disponível em:

<<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

BRASIL. **Projeto de lei n. 3.337 de 13 de abril de 2004**. Dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras. Brasília: Câmara dos Deputados, 2004. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=210114&filename=Tramitacao-PL+3337/2004>. Acesso em: 18 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1158-8/AM. Relator: Dias Toffoli. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 8 out. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=690374>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

BRITO, Carlos Ayres. Distinção entre "controle social do poder" e "participação popular". **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, v. 189, p. 114-122, jul/set, 1992.

BRUNA, Sérgio Varella. **Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A justiça como procedimento. *In*: AVRITIZER, Leonardo (Org.). **Dimensões políticas da justiça.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do direito administrativo enfocando da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da constituição. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, RS, v. 68, n. 2, p. 67-84, abr./jun, 2002.

COSTA, Frederico Lustosa da. **Reforma do Estado e contexto brasileiro: crítica do paradigma gerencialista.** Rio de Janeiro: FGV, 2010.

COUTO, Berenice Rojas. **O Direito Social e a Assistência Social na Sociedade Brasileira: uma equação possível?** São Paulo: Cortez, 2004.

CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo.** São Paulo: Dialética, 2001.

CUÉLLAR, Leila. Poder normativo das agências reguladoras norte-americanas. **Revista de Direito Administrativo**, n. 229, p. 153-176, jul-set, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CUNHA, Paulo César Melo da. **Regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003

DAROCA, Eva Desdentado. **La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes.** Valencia – Espanha: TirantloBlanch, 1999.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito Administrativo pós-moderno.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. O cidadão e a administração pública nas reformas administrativas brasileiras: ensaio jurídico-historiográfico. *In*: MURTA, Antônio Carlos Diniz; LEAL, André Cordeiro (Coord.). **A tensão entre o público e o privado: ensaios sobre os paradoxos do projeto democrático constitucional brasileiro.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. Rumo ao direito administrativo da cidadania e da inclusão social. *In*: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). **Cidadania e inclusão social: estudos em homenagem à professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas.** 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na administração pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 191, p. 26-39, jan./mar, 1993.

DIREITO E JUSTIÇA. **Parlamentares criticam retirada de projeto sobre Agências Reguladoras.** Câmara notícias 18/03/2013. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/437842-PARLAMENTARES-CRITICAM-RETIRADA-DE-PROJETO-SOBRE-AGENCIAS-REGULADORAS.html>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública.** Coimbra: Almedina, 1999.

FAVERET FILHO, Paulo; Pedro Jorge de OLIVEIRA. **A universalização excludente: reflexões sobre as tendências do sistema de saúde.** Planejamento e Políticas Públicas, Brasília, IPEA, n. 3, p. 139-161, Jun. 1990.

FERREIRA, Cristiane Catarina de Oliveira. Participação social na elaboração de normas das agências reguladoras no Brasil e nos Estados Unidos da América do Norte. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Direito regulatório: temas polêmicos.** 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FERREIRA, Gustavo Assed. A regulação econômica no Brasil e as agências reguladoras: a ANVISA. *In*: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Org.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial.** São Paulo: Atlas, 2010.

FERREIRA, Gustavo Assed. Aspectos jurídicos sobre minorias nacionais: conceitos básicos e contextualização. **Direito e Democracia**, v.8, n.1, jan./jun. 2007.

FERREIRA, Rubens Alves. **Em defesa de uma reforma administrativa democrática.** Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2006. 228 f. Dissertação (Mestrado), Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días.** Madrid: Trotta, 2001.

FLEURY, Sônia. Contra-reforma e resistência. *In*: FALEIROS, Vicente de Paula et al. **A era FHC e o governo Lula: transição?** Brasília: Inesc, 2004.

FUNGHI, Luís Henrique Baeta. **Regulação e legitimidade democrática: o caso dos transportes terrestres no Brasil**. Brasília: Universidade de Brasília, 2012. 191f. Dissertação (Mestrado), Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

GRIGOLI, Juliana de Jesus. **Quatro modelos normativos de democracia representativa: as versões elitista, liberal, pluralista, participativa e deliberativa**. Pensamento Plural, Pelotas, n. 14, p. 113-126, jan./jun. 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Do direito de defesa em inquérito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 183, p. 9-18, jan./mar. 1991.

GRÜNE, Carmela. **Participação cidadã na gestão pública: a experiência da Escola de Samba de Mangueira**. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Cambridge, Massachussets, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a. V. I.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b. V. II.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

KUHN, Thomaz S. **A estrutura das revoluções científicas**. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração Pública e sociedade: novos paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil. As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos. **Revista do Serviço Público**, v. 49, n. 2, 1998.

MACPHERSON, Crawford Brough. **A democracia liberal: origens e evolução**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

MAIA, Taciana Mara Corrêa. **Por uma Administração Pública Democrática: além da Administração Pública Gerencial, a Administração Pública Societal**. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2009. 114f. Dissertação

(Mestrado), Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

MARANGONI, Gilberto. Anos 1980, década perdida ou ganha? *In: Desafios do Desenvolvimento*, Brasília: IPEA, ano 10, n. 79, jun. 2009, p. 56-63. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/images/stories/PDFs/desafios072_completa.pdf>. Acesso em: 17 maio 2017.

MARCELINO, Gileno Fernandes. Em busca da flexibilidade do Estado: o desafio das reformas planejadas no Brasil. *Revista de Administração Pública*, v. 37, n. 3, p. 641-659, 2003.

MARCELINO, Gileno Fernandes. **Governo, imagem e sociedade**. Brasília: Funcep, 1988.

MASTRANGELO, Cláudio. **Agências reguladoras e participação popular**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Autonomia decisória, discricionariedade administrativa e legitimidade da função reguladora do Estado no debate jurídico brasileiro. *In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord). O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo em evolução**. 2 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Regulamento e princípio da legalidade. *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, n. 96, out-dez, 1990.

MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. *In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Denise Cristina Vitale Ramos. **Democracia semidireta no Brasil pós-1988: a experiência do orçamento participativo**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2004. Tese (Doutorado), Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

MODESTO, Paulo. Participação popular na administração pública: mecanismos de operacionalização. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 20 mar. 2017.

MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática**. 2 ed. rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Administração pública no estado contemporâneo. *In: Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal, a. 30, n. 117, jan/mar, 1993.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. *In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. V. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. São Paulo: Manole, 2003.

NOBRE JÚNIOR, Adilson Pereira. **Função Administrativa e Participação popular**. Disponível em:

<http://www.jfpb.gov.br/esmafe/pdf_esmafe/direito%20administrativo%20participativo%20artigo%5B1%5D.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

NOBRE, Marcos. Participação e deliberação na teoria democrática: uma introdução. *In: COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (org.). Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Ed 34, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito**. Coimbra: Almedina, 1987.

OLIVEIRA, Rodrigo Ferreira. A contra-reforma do Estado no Brasil: uma análise crítica. **Revista Urutágua-** acadêmica multidisciplinar DCS/UEM, n.24, maio/jun/jul/ago, 2011.

PAULA, Ana Paula Paes de. **Administração pública gerencial e construção democrática no Brasil: uma abordagem crítica**. *In: ENANPAD*, 25, 2001, Campinas. Anais eletrônicos. Rio de Janeiro: ANPAD, 2001. Disponível em: <<http://www.anpad.org.br/admin/pdf/enanpad2001-gpg-678.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

PAULA, Ana Paula Paes de. **Entre a administração e a política: os desafios da gestão pública democrática**. Campinas: Universidade Estadual de Campinas, 2003. 224 f. Tese (Doutorado), Curso de Ciências Sociais, Departamento de Ciências Políticas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2003.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A crise da américa latina: consenso de washington ou crise fiscal?** Pesquisa e Planejamento Económico, v. 21, n. 1, p. 3-23. 1991.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Crise Econômica e Reforma do Estado no Brasil**. São Paulo: Editora 34, 1996.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. *In*: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser.; SPINK, Peter (Org.). **Reforma do estado e administração pública gerencial**. 7 ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Do Estado Patrimonial ao Gerencial. *In*: PINHEIRO, Paulo Sérgio; WILHEIM, Jorge; SACHS, Ignacy (Coord.). **Brasil um século de transformações**. São Paulo: Cia das Letras, 2001.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do estado para a cidadania**: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo: 34, 1998.

PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática**: institutos de participação popular na Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PISARELLO, Geraldo. *Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales*. **Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, n. 15. Alicante: Isonomia, 2001, p. 81-107.

PSCHEIDT, Kristian Rodrigo. **Agência nacional de saúde suplementar**: o Estado e a saúde privada no Brasil. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2014. 91f. Dissertação (Mestrado), Programa de Pós-graduação em Direito Político Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2014.

REVISTA Exame. **OMS**: orçamento da saúde no Brasil fica abaixo da média mundial. Por: Estadão Conteúdo 17/05/2017. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/oms-orcamento-da-saude-no-brasil-fica-abaixo-da-media-mundial/>>. Acesso em: 26 jul. 2017.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2001.

SANTOS, Andrea Paula Pontes dos. A Autonomia Reforçada Das Agências Reguladoras no Brasil. *In*: CONPEDI; UFMG; FUMEC; Dom Helder Câmara. (Org.). **Direito, Economia E Desenvolvimento Sustentável I**. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2015, v. 1, p. 320-338.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Porto: Afrontamento, 2003.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **O ex-leviatã brasileiro**: do voto disperso ao clientelismo concentrado. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2006.

SASSINE, Vinicius. **Metade das agências reguladoras está desfalcada**. O Globo, Rio de Janeiro, 26/01/2015. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/brasil/metade-das-agencias-reguladoras-federais-estadesfalcada-15148787>>. Acesso em: 26 maio 2017.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Extensão do poder normativo das agências reguladoras. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SILVA, João Paulo Fernandes da. Proposta para uma releitura do fenômeno da regulação estatal sob o prisma do paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista Meritum**, v. IV, n.II, jul./dez., 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

SILVEIRA, Helena Colodetti Gonçalves. **Jurisdição constitucional e déficits democráticos**: uma crítica comunicativa às distorções modernas. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2009. 139 f. Dissertação (Mestrado), Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

TAVARES, Mônica; DOCA, Geralda. **Pesquisa vê falhas em agências reguladoras**. O Globo, Rio de Janeiro, 16/11/2014. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/pesquisa-ve-falhas-em-agencias-reguladoras-14573901>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. **Estado, democracia e administração pública no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

US Code. Administrative Procedure Act. Disponível em: <<https://www.archives.gov/federal-register/laws/administrative-procedure/553.html>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

WAHRLICH, B. M. S. Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente. **Revista de Administração Pública**, v. 8, n. 2, p. 27-75, 1974.

WERLE, Denílson Luís. Democracia deliberativa e os limites da razão pública. *In*: COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (org.). **Participação e deliberação**: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo: 34, 2004.

YOUNG, Iris Marion. Comunicação e o outro: além da democracia deliberativa. *In*: SOUZA, Jesse (Org.). **Democracia hoje**: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

ANEXO I

Lei n. 9.961 de 28 de janeiro de 2000

Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I DA CRIAÇÃO E DA COMPETÊNCIA

Art. 1º É criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro - RJ, prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.

Parágrafo único. A natureza de autarquia especial conferida à ANS é caracterizada por autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes.

Art. 2º Caberá ao Poder Executivo instalar a ANS, devendo o seu regulamento, aprovado por decreto do Presidente da República, fixar-lhe a estrutura organizacional básica.

Parágrafo único. Constituída a ANS, com a publicação de seu regimento interno, pela diretoria colegiada, ficará a autarquia, automaticamente, investida no exercício de suas atribuições.

Art. 3º A ANS terá por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.

Art. 4º Compete à ANS:

I - propor políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar - Consu para a regulação do setor de saúde suplementar;

II - estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras;

III - elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades;

IV - fixar critérios para os procedimentos de credenciamento e descredenciamento de prestadores de serviço às operadoras;

V - estabelecer parâmetros e indicadores de qualidade e de cobertura em assistência à saúde para os serviços próprios e de terceiros oferecidos pelas operadoras;

VI - estabelecer normas para ressarcimento ao Sistema Único de Saúde - SUS;

VII - estabelecer normas relativas à adoção e utilização, pelas operadoras de planos de assistência à saúde, de mecanismos de regulação do uso dos serviços de saúde;

VIII - deliberar sobre a criação de câmaras técnicas, de caráter consultivo, de forma a subsidiar suas decisões;

IX - normatizar os conceitos de doença e lesão preexistentes;

X - definir, para fins de aplicação da Lei nº 9.656, de 1998, a segmentação das operadoras e administradoras de planos privados de assistência à saúde, observando as suas peculiaridades;

XI - estabelecer critérios, responsabilidades, obrigações e normas de procedimento para garantia dos direitos assegurados nos arts. 30 e 31 da Lei n. 9.656, de 1998;

XII - estabelecer normas para registro dos produtos definidos no inciso I e no § 1º do art. 1º da Lei nº 9.656, de 1998;

XIII - decidir sobre o estabelecimento de sub-segmentações aos tipos de planos definidos nos incisos I a IV do art. 12 da Lei nº 9.656, de 1998;

XIV - estabelecer critérios gerais para o exercício de cargos diretivos das operadoras de planos privados de assistência à saúde;

XV - estabelecer critérios de aferição e controle da qualidade dos serviços oferecidos pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, sejam eles próprios, referenciados, contratados ou conveniados;

XVI - estabelecer normas, rotinas e procedimentos para concessão, manutenção e cancelamento de registro dos produtos das operadoras de planos privados de assistência à saúde;

XVII - autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, ouvido o Ministério da Fazenda; (Redação dada pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)

XVIII - expedir normas e padrões para o envio de informações de natureza econômico-financeira pelas operadoras, com vistas à homologação de reajustes e revisões;

XIX - proceder à integração de informações com os bancos de dados do Sistema Único de Saúde;

XX - autorizar o registro dos planos privados de assistência à saúde;

XXI - monitorar a evolução dos preços de planos de assistência à saúde, seus prestadores de serviços, e respectivos componentes e insumos;

XXII - autorizar o registro e o funcionamento das operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem assim sua cisão, fusão, incorporação, alteração ou transferência do controle societário, sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994; (Redação dada pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)

XXIII - fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento;

XXIV - 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;

XXV - 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;

XXVI - fiscalizar a atuação das operadoras e prestadores de serviços de saúde com relação à abrangência das coberturas de patologias e procedimentos;

XXVII - fiscalizar aspectos concernentes às coberturas e o cumprimento da legislação referente aos aspectos sanitários e epidemiológicos, relativos à prestação de serviços médicos e hospitalares no âmbito da saúde suplementar;

XXVIII - avaliar os mecanismos de regulação utilizados pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde;

XXIX - fiscalizar o cumprimento das disposições da Lei nº 9.656, de 1998, e de sua regulamentação;

XXX - aplicar as penalidades pelo descumprimento da Lei nº 9.656, de 1998, e de sua regulamentação;

XXXI - requisitar o fornecimento de informações às operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem como da rede prestadora de serviços a elas credenciadas;

XXXII - adotar as medidas necessárias para estimular a competição no setor de planos privados de assistência à saúde;

XXXIII - instituir o regime de direção fiscal ou técnica nas operadoras;

XXXIV - proceder à liquidação extrajudicial e autorizar o liquidante a requerer a falência ou insolvência civil das operadoras de planos privados de assistência à saúde; (Redação dada pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)

XXXV - determinar ou promover a alienação da carteira de planos privados de assistência à saúde das operadoras; (Redação dada pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)

XXXVI - articular-se com os órgãos de defesa do consumidor visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde, observado o disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990;

XXXVII - zelar pela qualidade dos serviços de assistência à saúde no âmbito da assistência à saúde suplementar;

XXXVIII - administrar e arrecadar as taxas instituídas por esta Lei.

XXXIX - celebrar, nas condições que estabelecer, termo de compromisso de ajuste de conduta e termo de compromisso e fiscalizar os seus cumprimentos; (Vide Medida Provisória n. 1.976-33, de 2000) (Incluído pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)

XL - definir as atribuições e competências do diretor técnico, diretor fiscal, do liquidante e do responsável pela alienação de carteira. (Incluído pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)

XLI - fixar as normas para constituição, organização, funcionamento e fiscalização das operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, incluindo: (Incluído pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)

a) conteúdos e modelos assistenciais; (Incluído pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)

b) adequação e utilização de tecnologias em saúde; (Incluído pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)

c) direção fiscal ou técnica; (Incluído pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)

d) liquidação extrajudicial; (Incluído pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)

e) procedimentos de recuperação financeira das operadoras; (Incluído pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)

f) normas de aplicação de penalidades; (Incluído pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)

g) garantias assistenciais, para cobertura dos planos ou produtos comercializados ou disponibilizados; (Incluído pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)

XLII - estipular índices e demais condições técnicas sobre investimentos e outras relações patrimoniais a serem observadas pelas operadoras de planos de assistência à saúde. (Incluído pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)

§ 1º A recusa, a omissão, a falsidade ou o retardamento injustificado de informações ou documentos solicitados pela ANS constitui infração punível com multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), podendo ser aumentada em até vinte vezes, se necessário, para garantir a sua eficácia em razão da situação econômica da operadora ou prestadora de serviços. (Redação dada pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)

§ 2º As normas previstas neste artigo obedecerão às características específicas da operadora, especialmente no que concerne à natureza jurídica de seus atos constitutivos.

CAPÍTULO II DA ESTRUTURA ORGANIZACIONAL

Art. 5º A ANS será dirigida por uma Diretoria Colegiada, devendo contar, também, com um Procurador, um Corregedor e um Ouvidor, além de unidades especializadas incumbidas de diferentes funções, de acordo com o regimento interno.

Parágrafo único. A ANS contará, ainda, com a Câmara de Saúde Suplementar, de caráter permanente e consultivo.

Art. 6º A gestão da ANS será exercida pela Diretoria Colegiada, composta por até cinco Diretores, sendo um deles o seu Diretor-Presidente.

Parágrafo único. Os Diretores serão brasileiros, indicados e nomeados pelo Presidente da República após aprovação prévia pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, III, "f", da Constituição Federal, para cumprimento de mandato de três anos, admitida uma única recondução.

Art. 7º O Diretor-Presidente da ANS será designado pelo Presidente da República, dentre os membros da Diretoria Colegiada, e investido na função por três anos, ou pelo prazo restante de seu mandato, admitida uma única recondução por três anos.

Art. 8º Após os primeiros quatro meses de exercício, os dirigentes da ANS somente perderão o mandato em virtude de:

I - condenação penal transitada em julgado;

II - condenação em processo administrativo, a ser instaurado pelo Ministro de Estado da Saúde, assegurados o contraditório e a ampla defesa;

III - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; e

IV - descumprimento injustificado de objetivos e metas acordados no contrato de gestão de que trata o Capítulo III desta Lei.

§ 1º Instaurado processo administrativo para apuração de irregularidades, poderá o Presidente da República, por solicitação do Ministro de Estado da Saúde, no interesse da Administração, determinar o afastamento provisório do dirigente, até a conclusão.

§ 2º O afastamento de que trata o § 1º não implica prorrogação ou permanência no cargo além da data inicialmente prevista para o término do mandato.

Art. 9º Até doze meses após deixar o cargo, é vedado a ex-dirigente da ANS:

I - representar qualquer pessoa ou interesse perante a Agência, excetuando-se os interesses próprios relacionados a contrato particular de assistência à saúde suplementar, na condição de contratante ou consumidor;

II - deter participação, exercer cargo ou função em organização sujeita à regulação da ANS.

Art. 10. Compete à Diretoria Colegiada:

I - exercer a administração da ANS;

II - editar normas sobre matérias de competência da ANS;

III - aprovar o regimento interno da ANS e definir a área de atuação de cada Diretor;

IV - cumprir e fazer cumprir as normas relativas à saúde suplementar;

V - elaborar e divulgar relatórios periódicos sobre suas atividades;

VI - julgar, em grau de recurso, as decisões dos Diretores, mediante provocação dos interessados;

VII - encaminhar os demonstrativos contábeis da ANS aos órgãos competentes.

§ 1º A Diretoria reunir-se-á com a presença de, pelo menos, três diretores, dentre eles o Diretor-Presidente ou seu substituto legal, e deliberará com, no mínimo, três votos coincidentes. (Redação dada pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)

§ 2º Dos atos praticados pelos Diretores caberá recurso à Diretoria Colegiada como última instância administrativa. (Redação dada pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)

§ 3º O recurso a que se refere o § 2º terá efeito suspensivo, salvo quando a matéria que lhe constituir o objeto envolver risco à saúde dos consumidores.

Art. 11. Compete ao Diretor-Presidente:

I - representar legalmente a ANS;

II - presidir as reuniões da Diretoria Colegiada;

III - cumprir e fazer cumprir as decisões da Diretoria Colegiada;

IV - decidir nas questões de urgência *ad referendum* da Diretoria Colegiada;

V - decidir, em caso de empate, nas deliberações da Diretoria Colegiada;

VI - nomear ou exonerar servidores, provendo os cargos efetivos, em comissão e funções de confiança, e exercer o poder disciplinar, nos termos da legislação em vigor;

VII - encaminhar ao Ministério da Saúde e ao Consu os relatórios periódicos elaborados pela Diretoria Colegiada;

VIII - assinar contratos e convênios, ordenar despesas e praticar os atos de gestão necessários ao alcance dos objetivos da ANS.

Art. 13. A Câmara de Saúde Suplementar será integrada:

I - pelo Diretor-Presidente da ANS, ou seu substituto, na qualidade de Presidente;

II - por um diretor da ANS, na qualidade de Secretário;

III - por um representante de cada Ministério a seguir indicado:

a) da Fazenda;

b) da Previdência e Assistência Social;

c) do Trabalho e Emprego;

d) da Justiça;

e) da Saúde;

IV - por um representante de cada órgão e entidade a seguir indicados:

a) Conselho Nacional de Saúde;

b) Conselho Nacional dos Secretários Estaduais de Saúde;

c) Conselho Nacional dos Secretários Municipais de Saúde;

d) Conselho Federal de Medicina;

e) Conselho Federal de Odontologia;

- f) Conselho Federal de Enfermagem;
 - g) Federação Brasileira de Hospitais;
 - h) Confederação Nacional de Saúde, Hospitais, Estabelecimentos e Serviços;
 - i) Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas;
 - j) Confederação Nacional da Indústria;
 - l) Confederação Nacional do Comércio;
 - m) Central Única dos Trabalhadores;
 - n) Força Sindical;
 - o) Social Democracia Sindical;
 - p) Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e de Capitalização; (Incluído pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)
 - q) Associação Médica Brasileira (Incluído pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)
- V - por um representante de cada entidade a seguir indicada:
- a) do segmento de autogestão de assistência à saúde; (Redação dada pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)
 - b) das empresas de medicina de grupo; (Redação dada pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)
 - c) das cooperativas de serviços médicos que atuem na saúde suplementar; (Redação dada pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)
 - d) das empresas de odontologia de grupo; (Redação dada pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)
 - e) das cooperativas de serviços odontológicos que atuem na área de saúde suplementar; (Redação dada pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)
- VI - por dois representantes de entidades a seguir indicadas: (Incluído pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)
- a) de defesa do consumidor; (Incluído pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)
 - b) de associações de consumidores de planos privados de assistência à saúde; (Incluído pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)
 - c) das entidades de portadores de deficiência e de patologias especiais. (Incluído pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)
- § 1º Os membros da Câmara de Saúde Suplementar serão designados pelo Diretor-Presidente da ANS.
- § 2º As entidades de que tratam as alíneas dos incisos V e VI escolherão entre si, dentro de cada categoria, os seus representantes e respectivos suplentes na Câmara de Saúde Suplementar. (Redação dada pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)

CAPÍTULO III DO CONTRATO DE GESTÃO

Art. 14. A administração da ANS será regida por um contrato de gestão, negociado entre seu Diretor-Presidente e o Ministro de Estado da Saúde e aprovado pelo Conselho de Saúde Suplementar, no prazo máximo de cento e vinte dias seguintes à designação do Diretor-Presidente da autarquia.

Parágrafo único. O contrato de gestão estabelecerá os parâmetros para a administração interna da ANS, bem assim os indicadores que permitam avaliar, objetivamente, a sua atuação administrativa e o seu desempenho.

Art. 15. O descumprimento injustificado do contrato de gestão implicará a dispensa do Diretor-Presidente, pelo Presidente da República, mediante solicitação do Ministro de Estado da Saúde.

CAPÍTULO IV DO PATRIMÔNIO, DAS RECEITAS E DA GESTÃO FINANCEIRA

Art. 16. Constituem patrimônio da ANS os bens e direitos de sua propriedade, os que lhe forem conferidos ou os que venha a adquirir ou incorporar.

Art. 17. Constituem receitas da ANS:

I - o produto resultante da arrecadação da Taxa de Saúde Suplementar de que trata o art. 18;

II - a retribuição por serviços de quaisquer natureza prestados a terceiros;

III - o produto da arrecadação das multas resultantes das suas ações fiscalizadoras;

IV - o produto da execução da sua dívida ativa;

V - as dotações consignadas no Orçamento-Geral da União, créditos especiais, créditos adicionais, transferências e repasses que lhe forem conferidos;

VI - os recursos provenientes de convênios, acordos ou contratos celebrados com entidades ou organismos nacionais e internacionais;

VII - as doações, legados, subvenções e outros recursos que lhe forem destinados;

VIII - os valores apurados na venda ou aluguel de bens móveis e imóveis de sua propriedade;

IX - o produto da venda de publicações, material técnico, dados e informações;

X - os valores apurados em aplicações no mercado financeiro das receitas previstas neste artigo, na forma definida pelo Poder Executivo;

XI - quaisquer outras receitas não especificadas nos incisos I a X deste artigo.

Parágrafo único. Os recursos previstos nos incisos I a IV e VI a XI deste artigo serão creditados diretamente à ANS, na forma definida pelo Poder Executivo.

Art. 18. É instituída a Taxa de Saúde Suplementar, cujo fato gerador é o exercício pela ANS do poder de polícia que lhe é legalmente atribuído.

Art. 19. São sujeitos passivos da Taxa de Saúde Suplementar as pessoas jurídicas, condomínios ou consórcios constituídos sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa ou entidade de autogestão, que operem produto, serviço ou contrato com a finalidade de garantir a assistência à saúde visando a assistência médica, hospitalar ou odontológica.

Art. 20. A Taxa de Saúde Suplementar será devida:

I - por plano de assistência à saúde, e seu valor será o produto da multiplicação de R\$ 2,00 (dois reais) pelo número médio de usuários de cada plano privado de assistência à saúde, deduzido o percentual total de descontos apurado em cada plano, de acordo com as Tabelas I e II do Anexo II desta Lei;

II - por registro de produto, registro de operadora, alteração de dados referente ao produto, alteração de dados referente à operadora, pedido de reajuste de contraprestação pecuniária, conforme os valores constantes da Tabela que constitui o Anexo III desta Lei.

§ 1º Para fins do cálculo do número médio de usuários de cada plano privado de assistência à saúde, previsto no inciso I deste artigo, não serão incluídos os maiores de sessenta anos.

§ 2º Para fins do inciso I deste artigo, a Taxa de Saúde Suplementar será devida anualmente e recolhida até o último dia útil do primeiro decêndio dos meses de março, junho, setembro e dezembro e de acordo com o disposto no regulamento da ANS.

§ 3º Para fins do inciso II deste artigo, a Taxa de Saúde Suplementar será devida quando da protocolização do requerimento e de acordo com o regulamento da ANS.

§ 4º Para fins do inciso II deste artigo, os casos de alteração de dados referentes ao produto ou à operadora que não produzam consequências para o consumidor ou o mercado de saúde suplementar, conforme disposto em resolução da Diretoria Colegiada da ANS, poderão fazer jus a isenção ou redução da respectiva Taxa de Saúde Suplementar.

§ 5º Até 31 de dezembro de 2000, os valores estabelecidos no Anexo III desta Lei sofrerão um desconto de 50% (cinquenta por cento).

§ 6º As operadoras de planos privados de assistência à saúde que se enquadram nos segmentos de autogestão por departamento de recursos humanos, ou de filantropia, ou que tenham número de usuários inferior a vinte mil, ou que dependem, em sua rede própria, mais de sessenta por cento do custo assistencial relativo aos gastos em serviços hospitalares referentes a seus Planos Privados de Assistência à Saúde e que prestam ao menos trinta por cento de sua atividade ao Sistema Único de Saúde - SUS, farão jus a um desconto de trinta por cento sobre o montante calculado na forma do inciso I deste artigo, conforme dispuser a ANS. (Incluído pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)

§ 7º As operadoras de planos privados de assistência à saúde que comercializam exclusivamente planos odontológicos farão jus a um desconto de cinquenta por cento sobre o montante calculado na forma do inciso I deste artigo, conforme dispuser a ANS. (Incluído pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)

§ 8º As operadoras com número de usuários inferior a vinte mil poderão optar pelo recolhimento em parcela única no mês de março, fazendo jus a um desconto de cinco por cento sobre o montante calculado na forma do inciso I deste artigo, além dos descontos previstos nos §§ 6º e 7º, conforme dispuser a ANS. (Incluído pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)

§ 9º Os valores constantes do Anexo III desta Lei ficam reduzidos em cinquenta por cento, no caso das empresas com número de usuários inferior a vinte mil. (Incluído pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)

§ 10. Para fins do disposto no inciso II deste artigo, os casos de alteração de dados referentes a produtos ou a operadoras, até edição da norma correspondente aos seus registros definitivos, conforme o disposto na Lei nº9.656, de 1998, ficam isentos da respectiva Taxa de Saúde Suplementar. (Incluído pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)

§ 11. Para fins do disposto no inciso I deste artigo, nos casos de alienação compulsória de carteira, as operadoras de planos privados de assistência à saúde adquirentes ficam isentas de pagamento da respectiva Taxa de Saúde Suplementar, relativa aos beneficiários integrantes daquela carteira, pelo prazo de cinco anos. (Incluído pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)

Art. 21. A Taxa de Saúde Suplementar não recolhida nos prazos fixados será cobrada com os seguintes acréscimos:

I - juros de mora, na via administrativa ou judicial, contados do mês seguinte ao do vencimento, à razão de 1% a.m. (um por cento ao mês) ou fração de mês;

II - multa de mora de 10% (dez por cento).

§ 1º Os débitos relativos à Taxa de Saúde Suplementar poderão ser parcelados, a juízo da ANS, de acordo com os critérios fixados na legislação tributária. (Renumerado pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)

§ 2º Além dos acréscimos previstos nos incisos I e II deste artigo, o não recolhimento da Taxa de Saúde Suplementar implicará a perda dos descontos previstos nesta Lei. (Incluído pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)

Art. 22. A Taxa de Saúde Suplementar será devida a partir de 1º de janeiro de 2000.

Art. 23. A Taxa de Saúde Suplementar será recolhida em conta vinculada à ANS.

Art. 24. Os valores cuja cobrança seja atribuída por lei à ANS e apurados administrativamente, não recolhidos no prazo estipulado, serão inscritos em dívida ativa da própria ANS e servirão de título executivo para cobrança judicial na forma da lei.

Art. 25. A execução fiscal da dívida ativa será promovida pela Procuradoria da ANS.

CAPÍTULO V DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 26. A ANS poderá contratar especialistas para a execução de trabalhos nas áreas técnica, científica, administrativa, econômica e jurídica, por projetos ou prazos limitados, observada a legislação em vigor.

Art. 29. É vedado à ANS requisitar pessoal com vínculo empregatício ou contratual junto a entidades sujeitas à sua ação reguladora, bem assim os respectivos responsáveis, ressalvada a participação em comissões de trabalho criadas com fim específico, duração determinada e não integrantes da sua estrutura organizacional.

Parágrafo único. Excetua-se da vedação prevista neste artigo os empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista que mantenham sistema de assistência à saúde na modalidade de autogestão.

Art. 30. Durante o prazo máximo de cinco anos, contado da data de instalação da ANS, o exercício da fiscalização das operadoras de planos privados de assistência à saúde poderá ser realizado por contratado, servidor ou empregado requisitado ou pertencente ao Quadro da Agência ou do Ministério da Saúde, mediante designação da Diretoria Colegiada, conforme dispuser o regulamento.

Art. 31. Na primeira gestão da ANS, visando implementar a transição para o sistema de mandatos não coincidentes, as nomeações observarão os seguintes critérios:

I - três diretores serão nomeados pelo Presidente da República, por indicação do Ministro de Estado da Saúde;

II - dois diretores serão nomeados na forma do parágrafo único do art. 6º desta Lei.

§ 1º Dos três diretores referidos no inciso I deste artigo, dois serão nomeados para mandato de quatro anos e um, para mandato de três anos.

§ 2º Dos dois diretores referidos no inciso II deste artigo, um será nomeado para mandato de quatro anos e o outro, para mandato de três anos.

Art. 32. É o Poder Executivo autorizado a:

I - transferir para a ANS o acervo técnico e patrimonial, as obrigações, os direitos e as receitas do Ministério da Saúde e de seus órgãos, necessários ao desempenho de suas funções;

II - remanejar, transferir ou utilizar os saldos orçamentários do Ministério da Saúde e do Fundo Nacional de Saúde para atender as despesas de estruturação e manutenção da ANS, utilizando como recursos as dotações orçamentárias destinadas às atividades finalísticas e administrativas, observados os mesmos subprojetos, subatividades e grupos de despesas previstos na Lei Orçamentária em vigor;

III - sub-rogar contratos ou parcelas destes relativos à manutenção, instalação e funcionamento da ANS.

Parágrafo único. Até que se conclua a instalação da ANS, são o Ministério da Saúde e a Fundação Nacional de Saúde incumbidos de assegurar o suporte administrativo e financeiro necessário ao funcionamento da Agência.

Art. 33. A ANS designará pessoa física de comprovada capacidade e experiência, reconhecida idoneidade moral e registro em conselho de fiscalização de profissões regulamentadas, para exercer o encargo de diretor fiscal, de diretor técnico ou de liquidante de operadora de planos privados de assistência à saúde. (Redação dada pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)

§ 1º A remuneração do diretor técnico, do diretor fiscal ou do liquidante deverá ser suportada pela operadora ou pela massa. (Incluído dada pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)

§ 2º Se a operadora ou a massa não dispuserem de recursos para custear a remuneração de que trata este artigo, a ANS poderá, excepcionalmente, promover este pagamento, em valor equivalente à do cargo em comissão de Gerência Executiva, nível III, símbolo CGE-III, ressarcindo-se dos valores despendidos com juros e correção monetária junto à operadora ou à massa, conforme o caso. (Incluído dada pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)

Art. 34. Aplica-se à ANS o disposto nos arts. 54 a 58 da Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997.

Art. 35. Aplica-se à ANS o disposto no art. 24, parágrafo único, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, alterado pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998.

Art. 36. São estendidas à ANS, após a assinatura e enquanto estiver vigendo o contrato de gestão, as prerrogativas e flexibilidades de gestão previstas em lei, regulamentos e atos normativos para as Agências Executivas.

Art. 37. Até a efetiva implementação da ANS, a Taxa de Saúde Suplementar instituída por esta Lei poderá ser recolhida ao Fundo Nacional de Saúde, a critério da Diretoria Colegiada.

Art. 38. A Advocacia-Geral da União e o Ministério da Saúde, por intermédio de sua Consultoria Jurídica, mediante comissão conjunta, promoverão, no prazo de cento e oitenta dias, levantamento dos processos judiciais em curso, envolvendo matéria cuja competência tenha sido transferida à ANS, a qual substituirá a União nos respectivos processos.

§ 1º A substituição a que se refere o *caput*, naqueles processos judiciais, será requerida mediante petição subscrita pela Advocacia-Geral da União, dirigida ao Juízo ou Tribunal competente, requerendo a intimação da Procuradoria da ANS para assumir o feito.

§ 2º Enquanto não operada a substituição na forma do § 1º, a Advocacia-Geral da União permanecerá no feito, praticando todos os atos processuais necessários.

Art. 39. O disposto nesta Lei aplica-se, no que couber, aos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º da Lei n. 9.656, de 1998, bem assim às suas operadoras.

Art. 40. O Poder Executivo, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, enviará projeto de lei tratando da matéria objeto da presente Lei, inclusive da estrutura física e do funcionamento da ANS.

Art. 41. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

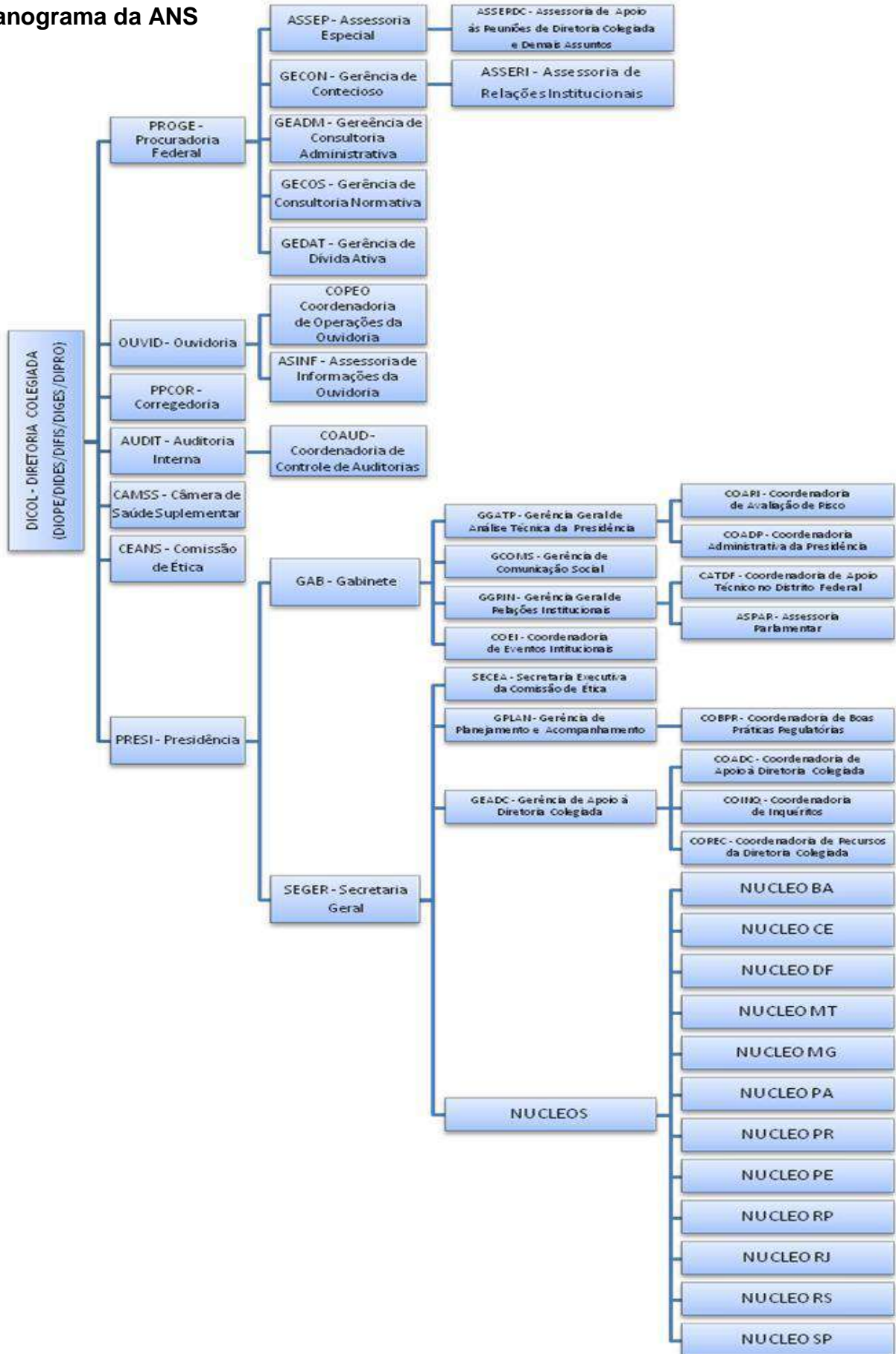
Brasília, 28 de janeiro de 2000; 179º da Independência e 112º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

José Serra

Este texto não substitui o publicado no DOU de 29.1.2000 - Edição Extra

ANEXO II
Organograma da ANS



Fonte: Sítio eletrônico da ANS (ANS, 2014).

ANEXO III

Dados Gerais - Beneficiários de planos privados de saúde, por cobertura assistencial (Brasil 2007 a 2017)

Ano	Beneficiários em planos privados de assistência médica com ou sem odontologia	Beneficiários em planos privados exclusivamente odontológicos
Dez /2007	39.316.313	9.164.386
Dez /2008	41.468.019	11.061.362
Dez /2009	42.561.398	13.253.744
Dez /2010	44.937.350	14.514.074
Dez /2011	46.025.814	16.669.935
Dez /2012	47.814.411	18.525.537
Dez /2013	49.435.589	19.569.252
Dez /2014	50.409.378	20.325.917
Dez /2015	49.259.250	21.162.599
Dez/2016	47.740.783	21.970.649
Mar/2017	47.606.341	22.468.131

Fonte: Sítio eletrônico da ANS (ANS, 2017a)

ANEXO IV

Resolução Normativa – RN n. 242, de 7 de dezembro de 2010

Dispõe sobre a participação da sociedade civil e dos agentes regulados no processo de edição de normas e tomada de decisão da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS mediante a realização de consultas e audiências públicas, e câmaras técnicas.

A Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, em vista do que dispõem o inciso VIII do artigo 4º e inciso II do artigo 10, ambos da Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000, os artigos 32, 33 e 35 do Decreto n. 3.327, de 5 de janeiro de 2000, e a alínea “a” do inciso II do artigo 86 da Resolução Normativa- RN n. 197, de 16 de julho de 2009, em reunião realizada em 1 de dezembro de 2010, adotou a seguinte Resolução Normativa e eu, Diretor-Presidente, determino a sua publicação.

CAPÍTULO I DAS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º A presente Resolução Normativa dispõe sobre a participação da sociedade civil e dos agentes regulados no processo de edição de normas e tomada de decisão da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS mediante a realização de consultas e audiências públicas, e câmaras técnicas.

Art. 2º São objetivos das consultas e audiências públicas e câmaras técnicas no âmbito do sistema de saúde suplementar:

- I - recolher sugestões e contribuições para o processo decisório da ANS e edição de atos normativos;
- II - propiciar à sociedade civil e aos agentes regulados a possibilidade de encaminhar sugestões e contribuições;
- III - identificar, da forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes à matéria submetida ao processo de participação democrática;
- IV- dar maior legitimidade aos atos normativos e decisórios emitidos pela ANS; e
- V - dar publicidade à ação da ANS.

Art. 3º As sugestões e contribuições recolhidas durante as consultas e audiências públicas e câmaras técnicas são de caráter consultivo e não vinculante para a ANS.

CAPÍTULO II DAS CONSULTAS PÚBLICAS

Art. 4º Por deliberação da Diretoria Colegiada da ANS, as propostas de atos normativos poderão ser submetidas à consulta pública.

Art. 5º A consulta pública será formalizada por meio de publicação no Diário Oficial da União – D.O.U. e divulgada no sítio da ANS na internet.

§ 1º A publicação de que trata o caput deverá conter:

- I – o período de recebimento de sugestões e contribuições;
- II – a forma do encaminhamento das sugestões e contribuições; e

III – a indicação do link no sítio da ANS na internet onde se encontra a minuta objeto da consulta pública e os demais documentos importantes para a sua apreciação.

§ 2º O período de consulta pública terá início 07 (sete) dias após a publicação de que trata o caput e terá duração de, no mínimo, de 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado a critério da Diretoria Colegiada da ANS.

Art. 6º Durante a consulta pública, ficarão disponíveis no sítio da ANS na internet:

I – a exposição de motivos do ato normativo que se pretende editar;

II – a proposta do ato normativo; e

III – o formulário de sugestões e contribuições.

Art. 7º A participação da sociedade civil e dos agentes regulados nas consultas públicas far-se-á, preferencialmente, por meio eletrônico mediante o preenchimento do formulário de sugestões e contribuições.

Parágrafo único. As sugestões e contribuições também poderão ser encaminhadas à ANS por via postal para o endereço indicado na publicação da consulta pública.

Art. 8º Concluído o prazo para o encaminhamento das sugestões e contribuições, a área técnica responsável pela condução do processo de elaboração do ato normativo deverá divulgar no sítio da ANS na internet um Relatório da Consulta Pública - RCP, que deverá conter, no mínimo:

I – o número de sugestões e contribuições recebidas no total;

II – dados estatísticos sobre as sugestões e contribuições;

III – a consolidação das principais sugestões e contribuições;

IV – a manifestação motivada sobre o acatamento ou a rejeição das principais sugestões e contribuições; e

V – a identificação das sugestões e contribuições incorporadas à proposta do ato normativo.

CAPÍTULO III DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

Art. 9º Por deliberação da Diretoria Colegiada, o processo decisório da ANS em matérias relevantes para o setor poderá ser precedido de realização de audiência pública para ouvir e colher subsídios da sociedade civil e dos agentes regulados.

Art. 10. A elaboração de anteprojeto de lei no âmbito da ANS também será precedida de audiência pública após a realização de prévia consulta à Casa Civil da Presidência da República.

Art. 11. A convocação da audiência pública será formalizada por meio de publicação no D.O.U. e divulgada no sítio da ANS na internet.

Art. 12. A publicação de que trata o artigo 11 deverá conter:

I – a data e local da realização da audiência pública;

II – a matéria objeto da audiência pública;

III – o endereço eletrônico para requerimento dos interessados em participar da audiência pública; e

IV – a indicação do link no sítio da ANS na internet onde será divulgada a audiência pública.

Parágrafo único. No momento da inscrição, o interessado deverá apresentar os pontos a defender e indicar, quando for o caso, sua representatividade.

Art. 13. Na hipótese de ocorrência de grande número de requerimentos de inscrição, e objetivando garantir a participação igualitária dos interessados, a ANS poderá ampliar os dias de realização da audiência pública.

Art. 14. Quaisquer documentos referentes à audiência pública poderão ser encaminhados para o endereço eletrônico fornecido pela ANS.

Art. 15. Quando a audiência pública for realizada em ambiente virtual, qualquer interessado poderá ter acesso à sua transmissão pela internet, sem limite de vagas e independente de prévia inscrição.

Art. 16. Após a realização de todas as etapas da audiência pública, a área técnica responsável pela condução do processo deverá divulgar no sítio da ANS na internet um Relatório da Audiência Pública - RAP, que deverá conter, no mínimo:

I – a ata da audiência pública e seus respectivos anexos;

II – a consolidação das principais sugestões e contribuições dos participantes;

III – dados estatísticos relativos à participação na audiência pública;

IV – a manifestação motivada sobre o acatamento ou a rejeição das principais sugestões e contribuições; e

V – a identificação das sugestões e contribuições incorporadas ao processo decisório da ANS.

CAPÍTULO IV DAS CÂMARAS TÉCNICAS

Art. 17. Por deliberação da Diretoria Colegiada, o processo decisório da ANS em matérias relevantes para o setor poderá ser precedido de realização de câmara técnica para ouvir e colher subsídios de determinados órgãos, entidades, pessoas naturais ou jurídicas, previamente convidados.

Art. 18. A câmara técnica será formalizada mediante a expedição de ofício aos convidados, que deverá conter no mínimo:

I – a data e local da realização da câmara técnica; e

II – a matéria objeto da câmara técnica;

Art. 19. Aplicam-se ao funcionamento das câmaras técnicas, no que couber, os procedimentos previstos no Capítulo II e III desta resolução

CAPÍTULO V DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 20. O funcionamento das audiências públicas e das câmaras técnicas será definido em Regimento Interno específico elaborado e editado pela Diretoria da ANS competente para decidir sobre a matéria objeto de discussão.

Art. 21. Os trabalhos das consultas e audiências públicas e das câmaras técnicas serão registrados e juntados aos autos do processo respectivo.

Art. 22. Quando houver material técnico, documentos ou estudos referentes à matéria objeto das consultas e audiências públicas e câmaras técnicas, a ANS os disponibilizará aos participantes.

Art. 23. Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

MAURICIO CESCHIN

Diretor-Presidente

Este texto não substitui o texto normativo original e nem o de suas alterações, caso haja, publicados no Diário Oficial.

ANEXO V

Tabela síntese de consultas públicas realizadas pela ANS

CONSULTA	MATÉRIA/OBJETO	RN RESULTANTE	TEMPO DESPENDIDO PARA PUBLICAÇÃO DA RN
Consulta n. 1/2001	Rol de procedimentos	RDC 68 07/05/2001	1 mês e 7 dias
Consulta n. 2/2001	Critérios de constituição de garantias financeiras	RDC 77 17/07/2001	3 meses
Consulta n. 3/2001	Não existe – erro de numeração		
Consulta n. 4/2001	Regras para a alienação compulsória de carteiras de planos de saúde	RDC 82 16/08/2001	1 mês e 8 dias
Consulta n. 5/2001	Regras para o envio de informações relativas à assistência prestada aos beneficiários de planos de saúde	RDC 85 21/09/2001	3 meses e 13 dias
Consulta n. 6/2001	Aperfeiçoamento técnico do plano especial de adesão a contrato adaptado	Não resultou em RN	
Consulta n. 7/2002	Nova sistemática de encaminhamento de dados cadastrais de beneficiários das operadoras de planos de saúde	RN 17 11/11/2002	2 meses e 25 dias
Consulta n. 8/2002	Entendimento da ANS acerca das atividades de administração, disponibilização e comercialização de produtos ou serviços vinculados a descontos aos consumidores, como cartões de desconto ou similar	RN 40 06/06/2003 RN 25 28/01/2003	6 meses e 16 dias 2 meses e 8 dias
Consulta n. 9/2003	Padronização de contratos entre operadoras de planos de saúde e entidades hospitalares que lhes	RN 42 04/07/2003	2 meses e 17 dias

	prestam serviços		
Consulta n. 10/2003	Diversificação dos ativos das operadoras de planos de saúde	RN 67 04/02/2004	6 meses e 23 dias
Consulta n. 11/2003	Proibição da exigência de caução por parte dos prestadores de serviços	RN 44 24/07/2003	13 dias
Consulta n. 12/2003	Padronização de contratos entre operadoras de planos de saúde e prestadores de serviços auxiliares de diagnóstico e terapia e clínicas ambulatoriais	RN 54 28/11/2003	1 mês e 18 dias
Consulta n. 13/2003	Regras para oferecimento de plano de assistência à saúde exclusivamente odontológico	RN 59 19/12/2003	1 mês e 9 dias
Consulta n. 14/2003	Limites a serem observados para a adoção de variação de preço por faixa etária	RN 63 22/12/2003	19 dias
Consulta n. 15/2003	Provisão técnica para garantia de remissão a que estão sujeitas as operadoras e seguradoras de planos de saúde	RN 75 10/05/2004	4 meses e 3 dias
Consulta n. 16/2003	Padronização de contratos entre operadoras de planos de saúde e consultórios médicos ou odontológicos	RN 71 17/03/2004	2 meses e 2 dias
Consulta n. 17/2004	Padronização de informações a serem disponibilizadas pelas operadoras e seguradoras de planos de saúde	RN 117 30/11/2005	1 ano, 8 meses e 29 dias
Consulta n. 18/2004	Critérios para a cobertura com ativos garantidores da provisão de risco condicionada	RN 94 23/03/05	7 meses e 4 dias
Consulta n.	Rol de procedimentos	RN 82 29/09/04	29 dias

19/2004			
Consulta n. 20/2004	Normas para o ressarcimento ao SUS	RN 93 18/03/2005	2 meses e 29 dias
Consulta n. 21/2005	Padronização de informações trocadas entre operadoras de planos de saúde e prestadores de serviços de saúde sobre o atendimento prestado aos seus beneficiários e usuários	RN 114 26/10/2005	7 meses e 13 dias
Consulta n. 22/2005	Alteração do Regimento Interno da ANS, com referência à participação das entidades de defesas dos consumidores na Câmara de Saúde Suplementar	Não resultou em RN	
Consulta n. 23/2006	Entendimento acerca de entidades de autogestão	RN 137 14/11/2006	1 mês e 26 dias
Consulta n. 24/2006	Critérios de aplicação dos mecanismos financeiros de regulação (franquia, coparticipação) nos planos de saúde	Não resultou em RN	
Consulta n. 25/2006	Rol de procedimentos	RN 154 05/06/07	6 meses e 24 dias
Consulta n. 26/2006	Critérios e metodologia para avaliação da qualidade da atenção à saúde e suficiência da rede assistencial	Não resultou em RN	
Consulta n. 27/2007	Rol de procedimentos	RN 154 05/06/2007	Informação errada no sítio eletrônico da ANS
Consulta n. 28/2007	Obrigatoriedade da Carta de orientação ao consumidor/beneficiário	RN 162 17/10/2007	1 mês e 8 dias
Consulta n. 29/2008	Regulamentação da mobilidade com portabilidade das carências	RN 186 14/01/2009	2 meses e 27 dias
Consulta n. 30/2008	Padronização de contratos de planos de saúde	RN 196 14/07/2009	7 meses e 11 dias

Consulta n. 31/2009	Rol de procedimentos	RN 211 11/01/2010	3 meses e 3 dias
Consulta n. 32/2010	Mediação ativa de conflitos para solução de litígios existentes entre operadoras de planos de saúde e consumidores	RN 226 05/08/2010	1 mês e 9 dias
Consulta n. 33/2010	Participação da sociedade civil e dos agentes regulados no processo de edição de normas e tomada de decisão da ANS mediante a realização de consultas e audiências públicas, e câmaras técnicas	RN 242 07/12/2010	2 meses e 7 dias
Consulta n. 34/2010	Estender e a flexibilizar as regras para a mobilidade com portabilidade de carências	RN 252 28/04/2011	5 meses e 18 dias
Consulta n. 35/2010	Adaptação e migração de contratos de plano de saúde	RN 254 05/05/2011	4 meses e 2 dias
Consulta n. 36/2010	Entendimento acerca do mecanismo de acreditação	RN 277 04/11/2011	9 meses e 28 dias
Consulta n. 37/2011	Criação de regulamento específico que trate de garantias de atendimento aos beneficiários dos planos de saúde	RN 259 17/06/2011	3 meses e 15 dias
Consulta n. 38/2011	Instituição do programa de incentivo à qualificação de prestadores de serviços na saúde suplementar	RN 267 24/08/2011	4 meses e 27 dias
Consulta n. 39/2011	Plano de recuperação assistencial e regime especial de direção técnica	RN 256 18/05/2011	1 mês e 10 dias
Consulta n. 40/2011	Rol de procedimentos	RN 262 01/08/2011	2 meses e 10 dias
Consulta n. 41/2011	Regulamentação dos artigos 30 e 31 da Lei	RN 279 24/11/2011	5 meses e 22 dias

	9.656/98		
Consulta n. 42/2011	Concessão de bonificação e premiação aos beneficiários de planos de saúde pela participação em programas de promoção do envelhecimento ativo e promoção da saúde e de prevenção de riscos e doenças.	RN 265 19/08/2011	1 mês e 28 dias
Consulta n. 43/2011	Padrão obrigatório para a troca de informações na saúde suplementar	RN 305 09/10/2012	2 meses e 4 dias
Consulta n. 44/2011	Implantação de um programa de monitoramento da qualidade dos prestadores de serviço na saúde suplementar	RN 275 01/11/2011	3 meses e 8 dias
Consulta n. 45/2011	Obrigatoriedade de divulgação das redes assistenciais das operadoras de planos de saúde nos seus portais corporativos na internet	RN 285 23/12/2011	3 meses e 1 dia
Consulta n. 46/2011	Indicadores propostos para a 1ª etapa da 4ª fase do programa de qualificação da saúde suplementar	RN 282 20/12/2011 IN 11 de 20/12/2011	1 mês e 16 dias 1 mês e 16 dias
Consulta n. 47/2012	Procedimentos para adequação econômico-financeira das operadoras de planos de saúde	RN 307 22/10/2012	2 meses e 11 dias
Consulta n. 48/2012	Regulamentação do agrupamento de contratos coletivos de planos de saúde para o cálculo e a aplicação do percentual de reajuste	RN 309 24/10/2012	1 mês e 24 dias
Consulta n. 49/2012	Princípios para a oferta de medicação de uso domiciliar pelas	RN 310 30/10/2012	24 dias

	operadoras de planos de saúde		
Consulta n. 50/2012	Obrigatoriedade de instituição de ouvidoria por parte das operadoras de planos de saúde	RN 323 03/04/2013	5 meses e 10 dias
Consulta n. 51/2012	Regulamentação da prestação de informação sobre as negativas de autorização para procedimentos médicos	RN 319 05/03/2013	4 meses e 9 dias
Consulta n. 52/2012	Agenda Regulatória 2013/2014		
Consulta n. 53/2013	Rol de procedimentos	RN 338 21/10/2013	2 meses e 15 dias
Consulta n. 54/2014	Regras gerais para a manutenção de boas práticas no relacionamento entre operadoras de planos de saúde e profissionais de saúde, hospitais, clínicas e laboratórios	Não resultou em RN	
Consulta n. 55/2014	Direito de acesso à informação das beneficiárias às taxas de cirurgias cesáreas e de partos normais, por estabelecimento de saúde e por médico	RN 368 06/01/2015	1 mês e 12 dias
Consulta n. 56/2014	Obrigatoriedade da utilização do partograma, do cartão da gestante e da carta de informação à gestante no âmbito da saúde suplementar	RN 368 06/01/2015	1 mês e 12 dias
Consulta n. 57/2015	Agenda Regulatória 2015/2017		
Consulta n. 58/2015	Padronização de contratos entre operadoras de planos de saúde e beneficiários	Não resultou em RN	
Consulta n. 59/2015	Rol de procedimentos	RN 387 20/10/2015	2 meses e 2 dias

Consulta n. 60/2017	Mecanismos Financeiros de Regulação (Coparticipação Franquia) e	Até o momento não houve publicação de RN	
<p>Consultas que não resultaram em RN: 3: erro de numeração; 6, 22, 24, 26, 54, 58: por necessidade de aprofundamento nos estudos; 52 e 57: são agendas regulatórias; 60: consulta em andamento.</p>			

Fonte: Elaboração da autora