

**UNIVERSIDADE FUMEC**  
**FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE – FCH**

**ADRIANO FERREIRA DE OLIVEIRA**

**O EXCESSO DO ESTADO NA REGULAÇÃO DA SAÚDE  
SUPLEMENTAR**

**Belo Horizonte**  
**2017**

ADRIANO FERREIRA DE OLIVEIRA

**O EXCESSO DO ESTADO NA REGULAÇÃO DA SAÚDE  
SUPLEMENTAR**

Dissertação apresentada à Fundação Mineira de Educação e Cultura – Universidade FUMEC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Instituições sociais, direito e democracia.

Linha de pesquisa: Direito Privado - Regulação, Autonomia Privada e Estratégia.

Orientador Professor Doutor Alexandre Bueno Cateb

Belo Horizonte  
2017

### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

O48e      Oliveira, Adriano Ferreira de, 1973-  
            O excesso do Estado na regulação da saúde  
            suplementar / Adriano Ferreira de Oliveira. – Belo  
            Horizonte, 2017.  
            169 f. : il. ; 29,7 cm

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

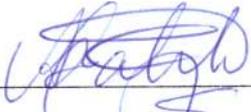
            1. Saúde suplementar - Brasil. 2. Livre iniciativa -  
            Brasil. 3. Defesa do consumidor - Brasil. I. Título. II.  
            Cateb, Alexandre Bueno. III. Universidade FUMEC,  
            Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 351.824.5

**NOTA FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE Mestrado**

**BANCA EXAMINADORA:**

**ASSINATURAS:**

Prof. Dr. Alexandre Bueno Cateb \_\_\_\_\_ 

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandoná Freitas \_\_\_\_\_ 

Prof. Dr. Antônio José Maristrello Porto \_\_\_\_\_ 

**MESTRANDO: ADRIANO FERREIRA DE OLIVEIRA**

**TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:**

*“O EXCESSO DO ESTADO NA REGULAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR”*

**NOTA:** ( 80 ) oitenta \_\_\_\_\_

**ASSINATURA ORIENTADOR:** \_\_\_\_\_ 

**DATA DA DEFESA: 08/06/2017**

À minha mãe, Lena Dalva, exemplo de vida, de caráter e de amor infinito por seus filhos. Aos meus irmãos, Wemerson e Cristiane, minha amiga, também irmã fraterna, Anne Marchezini e minha querida amiga Edinelly, pelo apoio e incentivo.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Prof. Dr. Alexandre Bueno Cateb pelo apoio e pela orientação na condução desta pesquisa.

Ao nobre Professor Sérgio Zandoná, pelo carinho e pelo apoio na busca do tão sonhado título de mestre em Direito.

À Universidade FUMEC e aos professores do Mestrado em Direito, por incentivarem as novas ideias no campo da Ciência Jurídica, tão essenciais à inovação da pesquisa e do pensamento jurídico.

“O curso da História mostra que quando o governo cresce a liberdade diminui”.

Thomas Jefferson

## RESUMO

O presente estudo visa considerar o excesso do Estado na saúde suplementar, analisando-lhe a natureza econômica e se a assistência à saúde encontra-se, efetivamente, submetida aos postulados da dignidade da pessoa humana. Ao fazê-lo, procura-se observar se o mercado de saúde suplementar encontra-se submetido, de fato, à livre concorrência e ao primado da livre iniciativa, bem como se obedece aos comandos da legislação de defesa do consumidor.

**PALAVRAS-CHAVE:** Saúde Suplementar. Livre Iniciativa. Livre Concorrência. Excesso Regulatório. Inconstitucionalidade.

## **ABSTRACT**

The present study aims at analyzing the excess of the State in the supplementary health, analyzing the economic nature and if health care is effectively submitted to the postulates of the dignity of the human person. In doing so, it seeks to see whether the supplementary health market is in fact subject to free competition and the primacy of free enterprise, and whether it complies with consumer protection law and, lastly, whether excess Regulation does not undermine the primacy of constitutionality.

**KEYWORDS:** Supplementary Health. Free Initiative. Free competition. Regulatory Excess. Unconstitutionality.



**LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ADIN	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
ADCT	ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS
AGERGS	AGÊNCIA ESTADUAL DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DO RIO GRANDE DO SUL
ANS	AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE
Art.	ARTIGO
Arts.	ARTIGOS
CC/02	CÓDIGO CIVIL
CDC	CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR
CPC/15	CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015
CR/88	CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988
CADE	CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
CEMIG	COMPANHIA ENERGÉTICA DE MINAS GERAIS
CJF	CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL
CONSU	CONSELHO DE SAÚDE SUPLEMENTAR
DASP	DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DO SERVIÇO PÚBLICO
Dec.	DECRETO
Des.	DESEMBARGADOR
DJ	DIÁRIO DA JUSTIÇA
DOU	DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO
EUA	ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA
ICC	ÍNDICE DE CONFIANÇA DO CONSUMIDOR
INSS	INSTITUTO NACIONAL DA SEGURIDADE SOCIAL
MG	MINAS GERAIS
Min.	MINISTRO
OPEP	ORGANIZAÇÃO DOS PAÍSES EXPORTADORES DE PETRÓLEO
PMDB-RJ	PARTIDO DO MOVIMENTO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
RE	RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Rel.	RELATOR

REsp.	RECURSO ESPECIAL
RT	REVISTA DOS TRIBUNAIS
STF	SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
STJ	SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
SUS	SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE
TCU	TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
TJ	TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TJMG	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	13
1.1 Problema.....	13
1.2 Objetivos da Pesquisa.....	15
Objetivo Geral.....	15
Objetivos Específicos.....	15
<b>2 REGULAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR</b> .....	17
2.1 Breve Histórico e Evolução da Saúde Suplementar no Brasil.....	19
2.2 Intervenção Estatal e Desenvolvimento do Setor no Brasil.....	22
2.2.1 <i>Da Corrente Intervencionista</i> .....	23
2.2.2 <i>Da Corrente de Autorregulação</i> .....	26
2.2.3 <i>Da Corrente Moderada de Intervenção</i> .....	29
2.3 Assimetrias de Mercado na Saúde Suplementar.....	32
2.4 Agentes de Mercado, Relações entre si e seus Conflitos.....	37
2.4.1 <i>Consumidor/beneficiário</i> .....	37
2.4.2 <i>Operadores de Plano de Assistência à Saúde</i> .....	38
2.4.3 <i>Prestadores de Serviços</i> .....	40
2.4.4 <i>Conflito entre Agentes de Mercado</i> .....	42
<b>3 ATIVIDADE ECONÔMICA E A ATUAÇÃO DO ESTADO</b> .....	45
3.1 Livre Concorrência.....	52
3.2 Defesa do Consumidor.....	65
3.3 Limites da Intervenção Econômica.....	78
<b>4 AUTONOMIA E ESTRATÉGIAS REGULATÓRIAS</b> .....	88
4.1 Captura Regulatória .....	103
4.2 Deslegalização do Direito Administrativo.....	108
4.3 Déficit Democrático Institucional.....	114
4.4 Estratégia na Regulamentação da Saúde Suplementar <i>versus</i> Excesso de Estado na Regulação do Setor.....	124
<b>5 O EXCESSO DO ESTADO NA REGULAÇÃO</b> .....	134
<b>6 CONCLUSÕES</b> .....	153
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	158

## 1 INTRODUÇÃO

Em se tratando de atividade de natureza econômica, os serviços privados de assistência à saúde estão submissos aos primados da dignidade da pessoa humana e da defesa do consumidor. Tais serviços afetam um bem constitucionalmente indisponível: a vida e detém, em suas características, as chamadas assimetrias de mercado, sobretudo a de informação.

O mercado de saúde suplementar, contudo, também deve estar submetido à livre concorrência, enquanto atividade econômica em benefício do próprio consumidor, como se extrai do fundamento do artigo 1º da Constituição de 1988, a Livre Iniciativa. Bem como ao artigo 170, ao tratar da ordem econômica, fundada na valorização da livre iniciativa, observados os princípios destacados da livre concorrência e da defesa do consumidor.

Nesse ponto, verifica-se a intimidade da livre concorrência e da defesa do consumidor como fundantes da ordem econômica em limitação à intervenção do Estado por meio da regulação da saúde suplementar.

Nesse passo, há que se inquirir e percorrer se, diante do texto constitucional, os excessos do Estado ao regular o mercado de saúde suplementar (caso caracterizados) não incorrem em inconstitucionalidade.

Apesar de a Constituição repetir demasiadamente o termo “social” em seu texto, não quer dizer que a atuação do Estado dê-se por conduta estatizante, controladora do atuar dos agentes do mercado.

Os consumidores, em geral, reclamam dos preços dos produtos, da qualidade destes e dos serviços, da falta de concorrência em setores fundamentais do mercado, da má utilização de verbas públicas e da ineficiência dos setores “privatizados” altamente regulados. O mais interessante, entretanto, é que, no Brasil, os setores regulados passam longe do que se entende por “livre mercado”, tratando-se, em determinados casos, de verdadeiros oligopólios regulados, nos quais houve concessões de monopólios estatais para poucas empresas.

Aliás, o tema decorre do fenômeno do Excesso do Estado e não pode ser entendido sem se perpassar pela discussão e crítica a crise do Estado do Bem Estar Social, do Socialismo Fabiano e dos pensares estatizantes de viés político/filosófico dominante.

É importante mencionar que o estudo do Estado Brasileiro, pelo viés Liberal ou mesmo conservador, é tímido ou quase inexplorado na Academia e, nesta dissertação, pretende-se lançar alguma luz (pelo norte orientativo do Liberalismo Econômico e da releitura do texto constitucional) se a atuação do Estado, na regulação da saúde suplementar, detém amparo e se possui limites para não se cometerem excessos ou, se cometendo excesso, enquadra-se em inconstitucionalidade por ferimento de princípios estatuídos.

O mercado de saúde apresenta características bastante peculiares e é cercado pelas denominadas “falhas de mercado”, basicamente relacionado à assimetria de informação na relação: operadora x consumidor/beneficiário e na relação: operadora x ente regulador, que se referem à interferência na autonomia da vontade.

Tais falhas causam repercussão na relação jurídica contratual e, de acordo com a literatura tradicional, justificam o estabelecimento de mecanismos intervencionistas (regulação) para justificar o equilíbrio da sobrevivência do sistema de saúde suplementar.

Os limites da regulação, contudo, merecem análise detida, pois, dada a justificativa para intervenção regulatória, há que se verificarem os limites impostos nos fundantes princípios da Livre Iniciativa, Livre Concorrência e Defesa do Consumidor.

## **1.1 PROBLEMA**

A pergunta que se pretende respondida ao final da pesquisa é se o Excesso do Estado Brasileiro, mormente na regulação da saúde suplementar, constitui afronta ao princípio fundamental da República: livre iniciativa e aos princípios da atividade econômica: livre concorrência e defesa do consumidor.

No século XX, vê-se o embate do chamado Estado do “Bem Estar Social” dentro de uma perspectiva eminentemente socialista em face das ideias liberais econômicas; porém, o que se observa na atualidade é uma flagrante crise do Estado que, orientado pela utopia do pensamento dominante, interfere na vida econômica, das mais variadas formas, dentre as quais se destacam as regulações setorializadas que, em excesso, podem ferir princípios constitucionais pelos quais deveria o Estado zelar.

Nesse passo, serão analisadas, minuciosamente, hipóteses sobre o atuar do Estado e seus excessos de regulação, o que requer um levantamento teórico do Estado, da Constituição, dos Princípios fundantes da Livre Iniciativa, da Livre Concorrência, da Defesa do Consumidor e também da liberdade econômica. Acrescenta-se que, com base no marco teórico escolhido, pretende-se apontar o equívoco do intervencionismo estadual, bem como discutir e demonstrar que a atuação do Estado no mercado da saúde suplementar, quando carregado no excesso, fere a constitucionalidade.

Dentro do marco teórico, buscar-se-á demonstrar que a liberdade econômica, a livre concorrência, a livre iniciativa e a defesa do consumidor são o caminho que a Constituição legítima.

## **1.2 OBJETIVOS DA PESQUISA**

### **OBJETIVO GERAL**

Analisar e discutir a atuação do modelo intervencionista do Estado, mediante regulações do setor da saúde suplementar a partir da análise crítico-reflexiva, e, baseado na pesquisa, construir uma resposta para o problema do presente projeto.

### **OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

Analisar o histórico antes e após regulação da saúde suplementar e a propensa concentração de mercado.

Identificar nuance que envolve a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da atuação regulatória do Estado Brasileiro sobre o viés dos limites postos pelos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da defesa do consumidor.

Categorizar as implicações práticas da intervenção regulatória, sob a luz da Constituição e dos princípios nela estatuídos e inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Propor uma alteração paradigmática que limite a atuação do Estado na regulação da Saúde Suplementar, sob a ótica do marco teórico do Liberalismo Econômico.

## 2 REGULAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR

A notável expansão do mercado de saúde suplementar desde os idos da década de 50 prestou-se, na Constituição de 1988, como estabelecimento do marco legal de atribuição do Estado para controle dos serviços de assistência à saúde explorada pela iniciativa privada e serve como lídima justificativa ao presente estudo.

A regulação da saúde suplementar apresentou-se na preocupação em equilibrar a relação econômica e jurídica entre operadoras e os consumidores e, no intuito de reduzir as assimetrias existentes e proteger o consumidor dos serviços de saúde suplementar, o legislador brasileiro editou a Lei nº 9.656/98<sup>1</sup> e a Lei nº 9.961/00<sup>2</sup>, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS.

A intervenção regulatória estatal no mercado de assistência à saúde foi justificada na necessidade de diminuir assimetrias e proteger o consumidor dos excessos cometidos pelas operadoras, que culminavam em clamor público, reportagens e pressão de demanda no judiciário, único bastião aos desvalidos de justiça ante as assimetrias e abusos existentes.

O decréscimo no número de empresas que prestam assistência de saúde suplementar chama a atenção e merece um estudo detido para verificar se a regulação em excesso tem sido a causa ou se há motivação das características do mercado para explicar o fenômeno da retração. Frisa-se, entretanto, que a própria ANS não possui informações que justifiquem essa diminuição, restando, para ela, irrelevante (em tese) saber se a intervenção provocou essa redução ou se simplesmente uma operadora fundiu-se a outra.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) reconhece a tendência de concentração de mercado na saúde suplementar, porém aponta outra visão, na lavra de seu Caderno: do CADE – Mercado de Saúde Suplementar – Conduas:

---

<sup>1</sup> Lei nº 9.656, de 3 de julho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.

<sup>2</sup> Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências.

Certas características do mercado de saúde suplementar determinam que operadoras de planos de saúde de grande porte tenham maior capacidade de se manter e competir no mercado. Como mencionado anteriormente, quanto maior a carteira de beneficiários de uma operadora, maior sua capacidade de diluir os riscos derivados da incerteza inerente ao mercado de seguros.

Além disso, o mercado também se caracteriza por custos crescentes derivados de inovações tecnológicas aplicadas aos tratamentos de saúde, as quais não se traduzem necessariamente em aumento de produtividade, mas em aumento de preços dos serviços. Outros fatores, como a rigidez da oferta de médicos e a dependência das taxas de juros contribuem para elevação dos custos das operadoras. Assim, as necessidades de financiamento tornam-se cada vez maiores, de forma que as grandes operadoras, que têm maiores carteiras e maior acesso a fontes externas de financiamento, adquirem vantagens competitivas nesse mercado. Tais fatores, que induzem à concentração de planos de saúde, associados aos problemas de assimetria de informação (abordados acima) induzem outro movimento das empresas do mercado de saúde suplementar: a integração vertical com segmentos à jusante na cadeia produtiva. Esse movimento tem se dado pela aquisição de laboratórios e hospitais por operadoras de planos de saúde.

Redução de custos de transação, melhor coordenação de serviços dentro da empresa, economias de escopo e o alinhamento de incentivos entre os elos da cadeia vertical, diminuindo os problemas decorrentes de assimetria de informação representam ganhos de eficiência e implicam menores custos na produção de bens e serviços, podendo aumentar o bem-estar econômico, justificando assim essa integração. Entretanto, considerando as características do mercado de suplementar abordadas anteriormente – assimetria de informação, barreiras à entrada, tendência à concentração – que facilitam o efetivo exercício do poder de mercado por uma empresa dominante, não se pode desconsiderar a possibilidade de efeitos concorrenciais negativos derivados de uma integração vertical nesse mercado (CADE, 2015).

A literatura aponta, contudo, outra razão para a concentração de mercado, que se origina, com efeito, no chamado excesso do Estado na Regulação de Mercado.

O excesso consubstanciando no intervencionismo regulatório acaba, na prática, por criar um aparato burocrático que concentra o mercado, carteliza os setores regulados — formados pelas empresas favoritas do governo —, determinando quem pode e quem não pode entrar no mercado.

Concomitantemente a isso, especifica quais serviços as empresas escolhidas podem ou não ofertar, impedindo dessa maneira que haja qualquer “perigo” de livre concorrência, liberdade econômica e defesa do consumidor.

## 2.1 BREVE HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL<sup>3</sup>

Inspirada na crise econômica ocorrida no mercado mundial com a quebra da bolsa de Nova York em 1929, a intervenção estatal dá-se quando Getúlio Vargas assume o controle do País.

Nas décadas de 40 e 50, o país depende de importações. No intuito de fomentar o desenvolvimento, o Estado investe no setor industrial, ocasião em que foram criadas importantes empresas estatais: Companhia Siderúrgica Nacional, Companhia Vale do Rio Doce, Petrobrás, entre outras.

No ano de 1962, diante da necessidade de prevenir, educar e reprimir abusos econômicos, criou-se, em 10 de setembro de 1962, no governo de João Goulart, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que, posteriormente, foi transformado em autarquia federal subordinada ao Ministério da Justiça, pela Lei nº 8.884/94<sup>4</sup> (CADE, 1994) que revogou a Lei nº 4.137/62<sup>5</sup> (CADE, 1962), dando início aos primeiros passos regulatórios.

Com o militarismo de 1964, entretanto, ocorreu um grande aumento na criação de empresas estatais. Não tardou para que os governantes percebessem o agigantamento do Estado, e, seguindo a tendência mundial liberalista, passaram a diminuir a intervenção direta, trazendo a iniciativa privada de volta à economia, porém de forma regulada.

Foi com a promulgação da Constituição de 1988 que a saúde tornou-se um direito fundamental do cidadão, devendo o Estado estabelecer as condições necessárias para a sua aplicabilidade, prevendo, desde então, no art. 199, a possibilidade da participação da iniciativa privada na assistência à saúde de forma suplementar, depreendendo-se do presente dispositivo a existência de dois subsistemas: o público e o privado, o que será mais

---

<sup>3</sup> A sinopse histórica que se pretende desenvolver aqui não pretende abarcar todos os períodos, por que não se constitui objeto direto da análise a que se propõe a presente pesquisa, nem mesmo detalhar em minúcias cada um deles; não haverá que se falar em erro por omissão, pois o que se vincula aqui é um apanhado ainda que esparso, com o qual não apenas ilustra o que em seguida se desenvolverá, mas para nortear o entendimento que se deverá operar das análises que impliquem certa contextualização.

<sup>4</sup> Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.

<sup>5</sup> Lei nº 4.137, de 10 de agosto de 1962. Regula a repressão do abuso do poder econômico.

detalhado oportunamente em capítulo específico, quando se abordará a relação consumerista.

No sistema público, desde a Constituição de 1988, restou estabelecido no art. 198, § 1º, a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), fundado no princípio basilar da universalidade do atendimento, prevendo, nos demais parágrafos, as formas de atuação, gestão e distribuição de finanças entre os Municípios, os Estados e a União, adotando a descentralização como forma administrativa, sendo certo que o atendimento da população fica a cargo dos Municípios e Estados, restando à União as ações de controlar, planejar e fiscalizar.

No setor privado, embora já existissem planos de saúde operando no mercado, constata-se a escassa regulação e carência de legislação específica. Somente em 03 de junho de 1998, foi sancionada, pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, a Lei nº 9.656, tratando do marco regulatório que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, definindo normas gerais de mercado como formas, requisitos, os agentes que podem atuar e quem irá fiscalizar e punir.

Nesse íterim, o Conselho de Saúde Suplementar (CONSU) ficou encarregado de publicar resoluções, dentre elas a Resolução nº 10 de 1998, que estabeleceu os primeiros critérios para as coberturas assistenciais e procedimentos obrigatórios comuns a todas as operadoras, dando mais transparência dos benefícios aos contratantes.

Em 2000, nasce a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), por meio da Lei nº 9.961, dando início à regulação dos planos de saúde, estabelecendo, em uma primeira fase, regras para entrada e saída das empresas no mercado e exigindo garantias financeiras por parte das operadoras. E, em um segundo momento, diminuir a assimetria da informação ao definir as regras assistenciais.

Até a criação da Agência Reguladora de Saúde Suplementar (ANS), o judiciário era o único a dirimir conflitos entre os consumidores desvalidos e as operadoras, motivando, assim, a intervenção regulatória do Estado no mercado privado.

Com a criação da Regulação da Saúde Suplementar, observa-se que, em um primeiro momento, havia a intenção de acompanhar o entendimento

jurisprudencial e manter a proteção e a eficiência em comento. Entretanto, com o passar do tempo e o aumento do mercado, surgiram novas questões relevantes que impeliram a criação de normas de regulamentação de mercado com a finalidade de melhoria na prestação de serviços.

Situações corriqueiras denotavam a falha na prestação de serviços como assimetria de informações, dificultando as minúcias do entendimento do plano contratado pelo consumidor, rompimentos arbitrários de contratos por parte das operadoras, causas de não cobertura, períodos de carências e outros mais, o que justificaram a maior intervenção estatal na admissão das operadoras participantes do sistema, que devem comprovar sua capacidade de cumprir com os compromissos assumidos financeiramente e com os objetivos da política pública <sup>6</sup> de saúde que tem como reflexos questões de direito ao consumidor como o acesso ao plano, as coberturas básicas oferecidas e a qualidade na prestação de serviços.

Como desdobramento de sua atuação, a ANS hoje tem a seguinte configuração: a) Regulação de consumo: utiliza-se do Código de Defesa do Consumidor para prática de seus atos regulamentares; b) Regulação assistencialista: definindo o padrão de assistência necessário ao objetivo da saúde almejada; c) Regulação da qualidade na prestação de serviços: analisa a capacidade da operadora de prestar o serviço e executá-lo por meio do Programa de Qualificação da Saúde Suplementar.

Toda essa forma de organização tem como objetivo criar normas e regulamentações administrativas e econômicas de forma a institucionalizar os planos e seguros de saúde e, ainda, amparar o consumidor em seus direitos, sejam jurídicos ou assistenciais, estabelecendo, nesse último, ações de saúde dentro dos objetivos de promoção, proteção e recuperação.

Dentro da regulação assistencialista em que se promove o Direito à Saúde e que é composta pelos intimamente imbricados setores público (SUS) e privado (Saúde Suplementar), tem-se que ambos devem complementar-se, pois, em face da notória limitação do sistema público de saúde vigente, o setor

---

<sup>6</sup> Conforme definição corrente, políticas públicas são conjuntos de programas, ações e decisões tomadas pelos governos (nacionais, estaduais ou municipais) com a participação, direta ou indireta, de entes públicos ou privados que visam assegurar determinado **direito** de cidadania para vários grupos da sociedade ou para determinado segmento social, cultural, étnico ou econômico. Ou seja, correspondem a direitos assegurados na Constituição. Fonte: <http://www.politize.com.br/politicas-publicas-o-que-sao/>.

privado vem complementar os serviços deficientes, viabilizando o sistema de forma conjunta, sem dicotomias, dentro da lógica de política de pública à população, oportunizando aos cidadãos os cuidados com a saúde.

Atualmente, o número de contratantes de planos de assistência médica e/ou odontológica, segundo a ANS (2016), é aproximadamente 47 milhões de beneficiários, número que tende abruptamente a cair ante a contingência por que atravessa o País em face da grave crise econômica pela qual atravessa.

A ANS traçou diretrizes regulatórias, considerando as peculiaridades sociais, tendo como base conceitos consumeristas, assistenciais e de qualidade. Principalmente no tocante à qualidade, seja pela regulação administrativa ou social, a ANS vem reunindo e atravessando todos os eixos regulatórios (administrativo, econômico, social, consumerista e assistencial).

Sucintamente, este é o histórico e a evolução da saúde suplementar no Brasil. Muito embora o tema não se esgote aqui, até porque não é o objetivo do presente estudo, permear-lhe-ão outros elementos e dados destes e que serão oportunamente abordados ao longo desta dissertação.

## 2.2 INTERVENÇÃO ESTATAL E SUAS CORRENTES

Não se pode deixar de atentar que a intervenção estatal, com a promoção de políticas regulatórias excessivas, provoque alguns fenômenos esperados, dentre os quais a redução do número de operadoras.

A própria ANS é cônica desse fenômeno, razão por que, em sua própria análise de mercado, constatou que:

A tendência à redução do número de operadoras em atividade permanece no terceiro trimestre de 2015 [...]. Depois de alcançar 2.004 operadoras médico-hospitalares em atividade em dezembro de 2000, em setembro de 2015 o total das mesmas foi de 999 operadoras, das quais 843 contavam com beneficiários. O mesmo comportamento se observa entre as operadoras de planos odontológicos (ANS, 2015).

A ANS (2015) verificou, por vez, no período compreendido de janeiro a setembro de 2015, um índice considerável de cancelamento de registros de operadoras em face do pedido de novos registros para atuação no segmento de saúde suplementar, o que corrobora a tese levantada no presente estudo.

Tal constatação pode ser cabalmente comprovada pela apuração das operadoras de planos privados de saúde em atividade, no período de dezembro de 1999 a setembro de 2015, conforme gráfico que se virá adiante.

Decorrem dessas intervenções regulatórias duas correntes, que serão mais bem analisadas nos subtítulos seguintes, sem que se pretenda exaurir a questão: a primeira denomina-se Corrente Intervencionista; a segunda convencionou-se chamar de Corrente da Autorregulação.

### 2.2.1 Da Corrente Intervencionista

Com argumentos arraigados em governos de inspiração socialdemocratas e progressistas, a corrente intervencionista defende maior intervenção estatal, principalmente em setores estratégicos da economia de bens e serviços essenciais, com o argumento de que, caso ocorra o livre mercado e a livre concorrência, os empresários, no afã da lucratividade, aumentem os preços, prejudicando os mais humildes.

Diante da descrença da autorregulação do mercado e suas consequências nefastas é que surge a corrente intervencionista, em que o governo visa controlar mecanismos complexos, como o da economia.

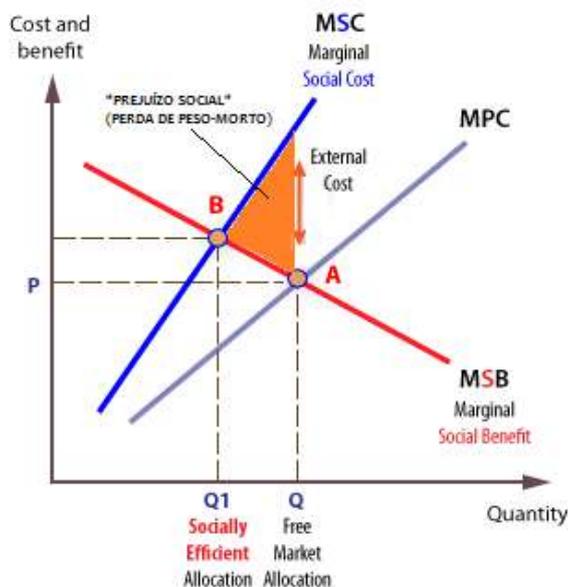
Assim, como há falhas no mercado em razão de sua ineficiência econômica e da desigualdade na distribuição de renda, afetando a alocação de recursos, justifica-se a intervenção estatal, sendo possível delimitar as seguintes ações:

1) corrigir falhas externas: situação em que a produção e o consumo de certos indivíduos afetam outros, impondo custos que não são pagos pelos que produziram. Nesse caso, surge espaço para que o governo corrija as falhas de mercado e maximize o “lucro social”, apresentado no gráfico abaixo como a oferta e a procura advinda de externalidades negativas<sup>7</sup> de produção causam “prejuízo social”, mormente quando não há nenhum tipo de regulação:

---

<sup>7</sup> Externalidades Negativas decorrem de ação de terceiros que provocam efeitos colaterais de produção de bens ou serviços sobre outras pessoas que não estão diretamente envolvidas com a atividade, ou seja, um impacto econômico negativo de uma decisão/ação sobre agentes que não participaram da ação econômica específica.

## GRÁFICO 1 – Externalidade Negativa



### EXTERNALIDADE NEGATIVA DE PRODUÇÃO

Fonte: <<http://www.economistax.com/governo-grande-crescimento-pequeno/>>. Acesso aos 28 fev 2017.

2) fomentar o custeio de produção de bens públicos: exemplo do problema da externalidade acima citada em que setores pelos quais a iniciativa privada não interessa empreendam esforços para produzir um bem ou serviço de interesse da sociedade, visto que não há como individualizar aqueles que pagam e os que não pagam, como as academias a céu aberto instaladas em praças públicas;

3) garantir a livre concorrência e livre iniciativa: detectando-se a ocorrência de monopólios que elevam os preços e atingem o bem-estar social, o governo legitima-se a agir através das agências reguladoras que visam corrigir as distorções, eliminando barreiras para admissão de novas operadoras e proibindo práticas anticompetitivas;

4) deixar fluir as informações do mercado: como a assimetria da informação pode criar dificuldades na estipulação de preço dos bens e serviços ofertados pelo contratado diante da omissão da informação pelo contratante, como no caso dos planos de saúde em que o contratante omite seu histórico de saúde, o governo adota uma atitude passiva diante dessa questão, a fim de que o plano contratado mantenha sua capacidade financeira. Nesse ponto, vale ressaltar ainda que o Brasil busca defender o beneficiário ao impedir que as operadoras aumentem o valor do plano por utilização, dentre outros;

5) redistribuir recursos de mercado: uma das funções regulatórias mais complexas, porque obriga o governo a redistribuir recursos por meio de taxas, o que, conseqüentemente, afeta incentivos e interfere negativamente na produção, o que produz um contraponto ao desejável: uma economia produtiva e eficiente;

6) interferir nos preços dos serviços essenciais para facilitar a atuação das agências: visa evitar as frequentes oscilações de preço, utilizando-se de controles políticos, monetários e fiscal, a fim de evitar graves crises que abalem o mercado financeiro e a sociedade.

Do exposto, tem-se que as ações ora elencadas encorajam os entusiastas do intervencionismo estatal, pois, se bem aplicadas, autorizam o governo a interferir no mercado e elevar o bem-estar social.

Durante o período militar (1964-1985), contudo, pode-se observar o auge da intervenção estatal com o surgimento de mais de 300 empresas estatais, dentre elas: Eletrobrás, Nucleobrás e Siderbrás, contabilizando, em 1981, a existência de 530 empresas estatais na esfera federal, financiadas por fundos obtidos do financiamento internacional de crédito, causando grande endividamento externo, conforme Barroso (2005).

Por fim, entre os anos de 1968 e 1973, o Brasil prosperou muito. Período que ficou conhecido como “milagre econômico”, principalmente alavancado pela indústria de bens duráveis, como eletrodomésticos e automóveis, que teve como reflexo a diminuição do desemprego urbano. Entretanto, por outro lado, não se pode olvidar de que o dito crescimento resultou em enriquecimento de poucos, culminando novamente na má distribuição de renda.

A ausência de ações de reforma agrária, entretanto, fez com que houvesse afluxo de pessoas do meio rural, que, atraídas pela possibilidade de emprego provocada pelo “milagre econômico”, gerou crescimento dos centros urbanos que não tinham infraestrutura para acolhimento, ocasionando crescimento de favelas e crise no abastecimento de água e esgoto.

### 2.2.2 Da corrente da autorregulação

A princípio, a ideia de regulação é extremamente atraente para a maioria dos consumidores que julga estar recebendo o melhor pelo menor preço. Do contrário, seria o caos e inversamente proporcional ao desejável, ou seja, péssima qualidade nos serviços a preços aviltantes.

Após os anos 80, observa-se grande aumento das regulações, ocasião em que várias agências foram criadas, a fim de tornar as privatizações politicamente receptíveis, tendo origem na Inglaterra e prontamente instituída pelos demais países que adotaram o mesmo sistema de privatização.

Se teoricamente a regulação tem o condão de proteção aos incautos, em um olhar mais atento, percebe-se um viés contrário, pois, ao proteger o cidadão regulando preços e criando normas na prestação de serviços, tem-se como consequência a restrição de entrada das pequenas operadoras que não conseguem atender a burocracia dissimulada de normas, o que só beneficia as grandes operadoras em um verdadeiro universo cartelizado.

O excesso de regulação afeta o consumidor, pois conceitos basilares da livre concorrência encontram-se ameaçados em face do flagrante favoritismo governamental que cria entraves burocráticos que só favorecem a formação de *lobby* das grandes empresas. Estas, por vez, unem-se para criar normas as quais somente as mesmas suportam cumprir, afastando o microempreendedor no segmento de saúde suplementar. Nesse favorecimento imprudente, arranjos subsistem de forma que o Estado atenda aos interesses das grandes operadoras e vice-versa.

Por tais razões, os partidos políticos, no afã de manter o controle estatal desses importantes setores da economia, defendem arduamente a manutenção ou até mesmo o aumento no poder de regulação.

A defesa da ausência total de regulação implica pressupor que o próprio mercado regule-se. Em um livre mercado, não há normas que impeçam o crescimento e a inovação; não há protecionismo voltado para um pequeno grupo de empresas e não há impostos que elevem o preço do produto de forma a minar o concorrente ou impedir o surgimento de novas empresas.

O que ocorre é que o próprio mercado vai se regulando por meio da livre concorrência, sendo que as empresas, ao oferecerem um bem ou serviço

de qualidade, fazem com que os consumidores optem pelo melhor ou mais adequado às suas necessidades, forçando as mesmas a se recriarem continuamente, gerando como consequência um melhor produto ao menor preço.

Nesse ponto, surge o fenômeno denominado “valoração subjetiva dos consumidores”, pois estes irão ditar se estão dispostos a pagar o preço ofertado pela concorrência, forçando assim que o produto obtenha um limite máximo de preço.

Um pão francês, por exemplo, pode ter uma variação de preço de acordo com a região, se localizada a panificadora em bairros mais pobres ou ricos. Mas se se pegar uma amostragem de padarias regionais, percebe-se que a variação é pequena ou até mesmo “tabelada”, pois haverá uma regularidade no preço forçada pela ação dos consumidores e concorrentes locais.

Além disto, a qualidade também se encontra constantemente avaliada na medida em que o consumidor insatisfeito irá propagar velozmente sua experiência negativa, de forma alcançar os demais que passarão a buscar esse mesmo pãozinho na padaria mais próxima.

No exemplo em tela, acaso uma padaria detivesse o monopólio do pão francês devidamente amparado pelas regras de regulação Estatal, a mesma poderia oferecer o produto com uma variedade enorme de preço e qualidade e ainda assim as pessoas comprariam por absoluta falta de opção.

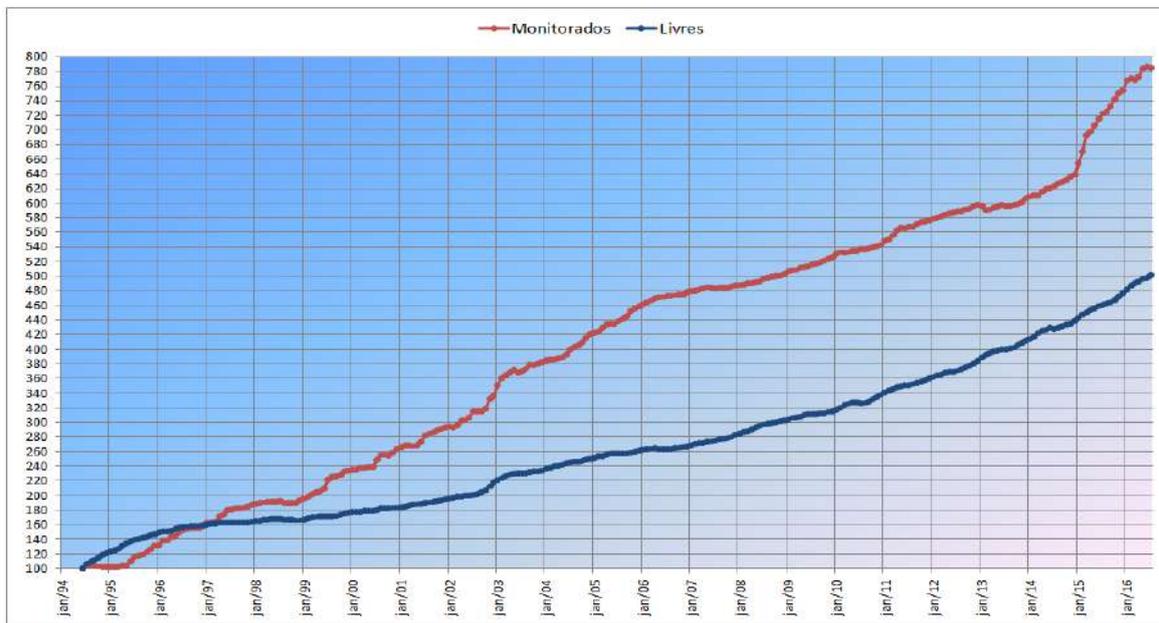
No livre comércio, tais imposições não ocorrem porque o consumidor pode escolher simplesmente entre comprar ou não, alcançando, assim, a excelência na qualidade, confiabilidade e preços competitivos.

Já em mercados regulados, o que se observa é a má qualidade na prestação de serviços a alto custo, a exemplo dos setores da telefonia, bancário, aéreo, transportes, energia e tantos outros regulados pelo Estado por meio das agências, não olvidando a Regulação da Saúde Suplementar.

Demonstrando essa assertiva estatisticamente, o IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística –, ao divulgar os índices do IPCA, adota por amostragem as pesquisas dos componentes “preços livres” estipulados pelo mercado e “preços monitorados” de bens e produtos de intervenção

Estatal; observar-se-á tal fenômeno de evolução dos componentes no gráfico abaixo:

GRÁFICO 2 – Evolução de bens e serviços regulados.



Obs: Encarecimento dos bens e serviços cujos preços são livres (linha azul) e dos bens cujos preços são regulados pelo governo (linha vermelha).

Fonte: Disponível em <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2499>>. Acesso aos 10 dez 2016.

De fácil constatação, é possível observar do gráfico acima: os “preços monitorados” sofreram maior alta em relação aos “preços livres”, sendo que os bens e serviços que sofreram regulação e que custavam R\$ 100,00 em janeiro de 1994 passaram a custar R\$ 785,00 em janeiro de 2016, denotando alta de 685% ao longo de 22 anos da amostragem e média anual de 9,82%. Já os bens ou serviços livres de regulação, no mesmo período, sofreram alta de 401% e média anual de 7,6%.

Importante ressaltar o contexto histórico da amostragem que se iniciou em 1º julho de 1994, pouco após a implantação do plano real, criado em 27 de fevereiro de 1994, por força da Medida Provisória nº 434<sup>8</sup>, no governo do presidente Itamar Franco, que instituiu a Unidade Real de Valor (URV), cujo

<sup>8</sup> Medida Provisória nº 434, de 24 de fevereiro de 1994. Dispõe sobre o Programa de Estabilização Econômica, o Sistema Monetário Nacional, institui a Unidade Real de Valor (URV) e dá outras providências (Revogada).

objetivo era controlar a hiperinflação. Observa-se que o plano real foi fator determinante para contribuir com que a linha azul do gráfico, correspondente aos “preços livres”, permanecesse em patamares relativamente estáveis até quase a primeira metade da amostragem.

Nesse mesmo período, como desdobramentos das fases do plano real, ocorreram várias medidas de reformas estruturais e de gestão pública, dentre elas a criação das agências reguladoras no ano de 2000, que, mesmo assim, não foram eficientes em conter a alta dos bens regulados pelo governo, conforme facilmente se depreende da evolução da linha vermelha do gráfico que, durante todo o período da amostragem, sempre subiram em comparação com os preços livres.

Tais forças inversamente proporcionais é que fazem com que os defensores da corrente de autorregulação do mercado ataquem tão frontalmente as agências reguladoras ao ponto de defender a ausência total de intervenção Estatal.

### 2.2.3 Da corrente moderada de intervenção

Com a exposição das duas correntes antagônicas, tem-se que o argumento de ambas é falho, seja no excesso de regulação, que acaba criando monopólios; seja a tese de ausência total de regulação pelo Estado, na medida em que importantes setores da economia necessitam da intervenção estatal. Há, portanto, que se adotar uma posição mais moderada diante das polaridades.

Certo é que sempre haverá regulação, seja imposta por meio de leis e decretos, seja pelo livre mercado e livre iniciativa.

Historicamente, a intervenção estatal já oscilou entre a completa abstenção até o excesso de intervenção. Na completa abstenção, representada pelo liberalismo, o Estado apenas se concentrava em salvaguardar as condições mínimas para que o mercado funcionasse. No contraponto, a intervenção excessiva, amparada no modelo político-econômico denominado Estado do bem-estar social, conhecido também pela denominação em inglês *welfare state*, tem como fundamento o fato de que os serviços essenciais são direitos de todos.

Nesse panorama, as comprovadas falhas oriundas do sistema capitalista liberal culminaram em graves desigualdades sociais que criaram vários pontos de tensão que ameaçavam a estabilidade política e contribuíram para o surgimento do *welfare state*.

Esse último sistema, todavia, também claudicou. E foi exatamente por trazer para si inúmeras responsabilidades que o Estado tornou-se ineficaz e não conseguiu honrar com os compromissos sociais e econômicos almejados, tornando os serviços públicos ineficientes e gerando a chamada “crise fiscal” em que se constata o Estado insolvente por ser incapaz de custear as despesas essenciais às quais se propôs, acumulando, por conseguinte, dívidas.

Todo esse cenário culminou na diminuição da intervenção na economia, devolvendo à iniciativa privada as atividades que por ela anteriormente eram desenvolvidas, porém se mantendo o controle de setores estratégicos da economia, ocorrendo com isso o surgimento do Neoliberalismo como nova ordem de intervenção estatal, que passou a ser aplicado a partir de 1980, com o intuito de preservar o livre comércio e manter sua atuação em setores específicos da economia. Ambiente propício para o surgimento do Estado Regulador <sup>9</sup> que se utiliza de suas prerrogativas normativas junto a particulares.

Assim, a ideologia do neoliberalismo surge como moderador entre aqueles que perceberam que o sistema socialista não funcionava e que, de outro lado, também resistiam a aplicar o liberalismo clássico da Escola Austríaca.

Como no passado, o Estado neoliberal menos participativo novamente se vê às voltas com a crescente desigualdade social globalizada ocorrida entre os países ricos e “emergentes”, levantando-se a questão de falência do sistema neoliberal, forçando o ressurgimento de uma maior intervenção estatal na economia atual.

---

<sup>9</sup> Estado Regulador no presente trabalho é definido como o Estado no uso de prerrogativas auferidas pela Constituição, para imposição de normas sobre as atividades particulares, principalmente em questões econômicas, além das hipóteses prevista de intervenção descritas na ordem Econômica, que estabelecem que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

Com a crise financeira na economia mundial, em 2009, oriunda da deficiência do EUA em lidar com a denominada “bolha imobiliária”, restou demonstrado que a intervenção do Estado é, às vezes, necessária na medida em que a liberdade do setor privado deve ser limitada pelo interesse público.

De acordo com o entendimento de Oliveira Filho (2001), há a necessidade de que o Estado controle e monitore as operadoras, a fim de garantir uma maior adequação das informações ao consumidor, denominado comumente de hipossuficiente <sup>10</sup>, de forma a acautelar a segurança e a qualidade na prestação de serviços.

No Brasil, a série de privatizações e parcerias entre setor público e privado que se seguiram são ações que tentam equilibrar a equação na medida em que o Estado passa a privilegiar a participação da sociedade, deixando a posição de monopolista e buscando formas de tornar a prestação de serviços mais barata e eficiente.

Segundo o CADE, ainda que exista grande número de operadoras atuantes, observa-se uma grande quantidade de beneficiários (70%) concentrados nas 10 maiores empresas, “enquanto mais de 1.000 operadoras dividem os restantes 30%” (CADE, 2016).

Some-se a isto o fato de que, para atender às exigências da ANS, somada às preeminentes necessidades de redução de custos, algumas operadoras vêm se associando a outras, a fim de conseguirem uma rápida capitalização. As mais fortes vêm pressionando a ANS para reajuste de preços dos planos, principalmente individuais mais antigos, assunto no qual o Supremo Tribunal Federal foi obrigado a intervir e decidir que os planos de ocorrência anterior à criação da ANS não podem ser submetidos à sua regulação. Uma solução razoável para essa intrincada equação, que aponta a possibilidade de as operadoras ofertarem um “pacote-padrão” para proteger o consumidor frente à necessidade de garantia da adequação, segundo Oliveira Filho (2001):

---

<sup>10</sup> Há que se observar que – em verdade – todo consumidor é vulnerável, sem que seja, necessariamente, hipossuficiente. A ideia de vulnerabilidade vincula o consumidor à parte fraca da relação jurídica de consumo; a hipossuficiência, por sua vez, aufere-se casuisticamente, tratando-se, pois, de conceito fático e não jurídico.

Neste contexto caberia ao governo promover mecanismos suficientes para a sua proteção. Ainda, quando discutem as políticas para melhorar a qualidade da prestação de serviços de assistência à saúde, os governos podem estimular a concorrência entre aqueles que prestam serviços de saúde, exigindo que eles ofereçam um “pacote-padrão” de serviços a preços previamente fixados (OLIVEIRA FILHO, 2001).

Assim, conclui-se que melhorias da qualidade Sistema de Saúde Brasileiro são necessárias e que os sistemas públicos e privados devem enfrentar o desafio de implementar políticas mais eficientes que oportunizem a livre concorrência e a livre iniciativa a proporcionar uma qualidade maior a preços competitivos, dando, todavia, as diretrizes necessárias, sem maiores entraves, sem excessos.

### 2.3 ASSIMETRIAS DE MERCADO NA SAÚDE SUPLEMENTAR

Embora o mercado de saúde suplementar cresça desde a década de 50, tem-se que o marco legal ocorreu quando da promulgação da CR/88, que consagrou, no art. 196, o dever do Estado em garantir saúde a todos os cidadãos, mediante implantação de políticas socioeconômicas, prevendo ainda a participação da iniciativa privada de forma complementar (art. 199) (BRASIL, 1988).

Posteriormente, o Estado, preocupado em cumprir com os princípios pragmáticos contidos no art. 170 da Constituição de 1988 e equilibrar a relação econômica entre operadoras e consumidores, deu início ao marco regulatório das agências no Brasil com a sanção da Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, e foi desenvolvida por meio de um consenso sobre a necessidade de intervenção, havendo apenas alguns tópicos de conflito no que concerne aos objetivos e limites da referida intervenção.

Atendendo ao grande clamor social, o Estado é chamado a arbitrar e buscar um consenso entre os agentes de mercado (consumidores, operadoras e prestadoras de serviços de saúde) e, ainda, a diminuir os conflitos no que se refere aos objetivos e limites da intervenção.

Assim, em 2000, criou-se a Agência Nacional de Saúde – ANS, por meio da Lei nº 9.961, que visa proteger o interesse público com o poder de polícia que lhe é atribuído e tem a finalidade de fiscalizar e corrigir as diversas assimetrias encontradas nas operações de mercado, dentre elas a mais importante: a assimetria da informação.

O destaque em voga constituiu-se justificativa para que o Estado, com fundamento no inciso XIX, art. 37 da Constituição de 1988, criasse a nova entidade reguladora, a fim de “evitar que assimetrias de informação funcionem como um incentivo oportunista dos agentes privados, levando o mercado a uma disfunção”, conforme Oliveira Filho (2001).

A teoria geral de mercado parte do princípio de que compradores e vendedores possuem informações suficientes e satisfatórias para transacionar. Entretanto, para alguns produtos e serviços tal assertiva não é aplicável, tendo em vista que uma das partes pode deter mais informação que a outra, gerando uma relação de insegurança e ineficiência, sendo que a assimetria pode advir de qualquer dos agentes de mercado: operadora/seguradora de saúde, consumidor/beneficiário, prestadora de serviços e agente regulador.

Conceitua-se a aplicação da assimetria para o caso da seguinte forma, conforme Oliveira Filho (2001):

Pode-se compreender como assimetria de informações o desequilíbrio verificado quando determinados ou indeterminados agentes econômicos, incluindo-se os consumidores, fornecedores, prestadores de serviços, estabelecem entre si uma transação econômica com uma das partes envolvidas detendo informações, qualitativa ou quantitativamente superiores aos da outra parte (OLIVEIRA FILHO, 2001).

Na Saúde Suplementar, a ausência de informação ocasiona a falha de mercado que pode afetar tanto o consumidor quanto a operadora.

No caso do consumidor, a assimetria pode ser ocasionada por contratos inteligíveis, baixa escolaridade ou falta de cuidados prévios como realizar consultoria técnica ou jurídica antes da contratação. Some-se a isto a impossibilidade de se alterarem as cláusulas do denominado contrato de adesão, ocorrendo a despersonalização e massificação dos contratos ou, ainda, a pouca capacidade de negociação em face do desconhecimento das bases institucionais das operadoras. Para proteger o consumidor vulnerável, o

CC/02 e o CDC vieram amainar essa massificação, utilizando-se do princípio basilar da repersonalização das relações e do princípio da boa-fé objetiva, em que o consumidor, parte vulnerável, não precisa comprovar, em regra, a culpa da operadora, mas o dano e nexo de causalidade entre conduta e resultado.

Quando a assimetria da informação atinge as operadoras, porém se observa que há certa ingerência das mesmas ao fazer o apanhado dos custos de modo a fornecer o melhor serviço pelo menor preço. Em outro ponto, verifica-se, ao desconhecer os riscos que cada consumidor apresenta ao contratar o plano, as operadoras são compelidas a fazer um equilíbrio de contas entre consumidores de alto e baixo risco, sendo ofertando um preço único, o que torna o processo ineficiente, já que não são ofertados produtos individualizados.

Como desdobramento da responsabilidade da assimetria pela falha no mercado, as operadoras começam a aplicar políticas seletivas que prejudicam o consumidor. São elas: seleção adversa, seleção de risco e risco moral.

Na “seleção adversa”, observa-se a assimetria da informação entre consumidor e a prestadora no tocante ao “risco” que aqueles oferecem à empresa contratada, dentro de um contexto econômico que se apresenta. De um lado, “as operadoras de plano de saúde consistem na parte informada, que conhecem seus custos e sua produtividade”; e, de outro lado, o consumidor que tem dificuldades de identificar o plano mais adequado e que, “muitas vezes, conhece seus riscos desconhecidos pelas operadoras do plano de saúde”, conforme entende Oliveira Filho (2001).

Assim, imagine-se uma situação de mercado na qual a operadora lança um plano para alcançar certo grupo de pessoas com frequência baixa de consumo, garantindo à prestadora maior segurança na oferta. Porém, somente se interessam em adquirir o referido plano um grupo de pessoas com eventos de consumo muito maior que a expectativa original, demonstrando que as pessoas aderentes ao plano já apresentam problemas de saúde, o que desencadeia falha no contrato, levando a operadora a uma situação insustentável.

Mesmo que a operadora faça uma análise de risco prévio ao aplicar questionários, os resultados podem estar totalmente comprometidos em decorrência da subjetividade das respostas, erros de mensuração e

autoavaliação, além da conduta nem sempre sincera do consumidor <sup>11</sup>, denominada como risco moral <sup>12</sup>.

Exatamente por não conseguir detectar com eficácia quais são esses consumidores de baixo e alto risco que as operadoras optam por aplicar a seleção adversa e estabelecem um preço além da média apurada, a fim de manter o equilíbrio financeiro e manter o empreendimento rentável. Como consequência, ocorre a falha do mercado, motivando a intervenção regulatória Estatal que, continua-se a defender, deve ser de forma moderada, a fim de continuar oportunizando a livre concorrência e a livre iniciativa no intuito de alcançar maior qualidade de serviços a preços competitivos, sempre com foco nas diretrizes necessárias para a prevalência do bem-estar social.

Como forma de diminuir a ineficiência advinda da seleção adversa, as operadoras buscam, dentro do grupo heterogêneo de consumidores, estabelecer critérios de utilização e aumentar o valor do plano para, por exemplo, pessoas idosas, portadoras de doenças crônicas ou ainda para pessoas que escolhessem uma cobertura maior, por partir do princípio de que uma escolha de procedimentos mais amplos implicaria maior risco.

Embora essa modalidade sirva para ajudar as operadoras a manterem o equilíbrio econômico, tem-se que esse tipo de seleção traz de volta a questão da regulação do Estado na medida em que reduz a transparência dos serviços e aumenta a possibilidade de manipulação da oferta pela operadora, afastando a entrada de consumidores de alto risco no sistema de saúde suplementar.

Por fim, a seleção é uma prática desenvolvida pelas operadoras, a fim de se evitar o desequilíbrio contratual que ocorre sempre quando o consumidor age com individualidade, prejudicando a coletividade.

Como se observa, em uma situação em que haja mudança no comportamento, com utilização excessiva do plano contratado, pode-se ocasionar desequilíbrio contratual, fazendo com que as operadoras passem a utilizar de mecanismos como forma a inibir os excessos, como, por exemplo: limites de realizações de exames, negativas de cirurgias, limites de consultas a

---

<sup>11</sup> A ideia da expressão “conduta nem sempre sincera do consumidor” liga-se ao fato de o mesmo omitir ou falsear informações quando da contratação de serviços.

<sup>12</sup> Entende-se o risco moral como a mudança de comportamento que o indivíduo assume após a contratação, o que coaduna com a ideia de seleção adversa, outro tipo de assimetria de informação.

certas especialidades, cobrança de quantia fixa sempre que acionar o seguro, cobrança de coparticipação de quantia por utilização do serviço.

Dois fatores, entretanto, são relevantes para o surgimento do risco moral, pois existe a possibilidade de o consumidor simplesmente omitir seu estado de saúde, a fim de ser admitido no plano, acrescido ainda pelos pedidos de exames sem necessidade realizados pelos médicos.

No sentido de minimizar as restrições, preservar a solidariedade social e, dessa forma, manter a eficiência e o equilíbrio econômico do contrato, editou-se a Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, ampliando a intervenção do Estado na elaboração dos contratos. Com raízes profundas oriundas do processo de construção de princípios basilares do Código de Defesa do Consumidor e da CR/88, a lei em comento busca mitigar, sobretudo, os efeitos nefastos das assimetrias da informação no mercado.

Referida lei representou vários avanços nas relações contratuais, pois ditou as diretrizes de cobertura; delimitou prazo de carência; vetou a possibilidade de rescisão unilateral do contrato (salvo no caso de inadimplência do consumidor ou fraude comprovada praticada pelo mesmo); impossibilitou a rescisão unilateral, se o beneficiário estiver internado; proibiu as operadoras de práticas discriminatórias de admissão ao plano de consumidores idosos ou de portador de doença preexistente; e, ainda, cuidou de considerar a possibilidade de ocorrência do risco moral; e, a fim de salvaguardar o equilíbrio financeiro, concedeu às operadoras a possibilidade de fixar carência especial aos portadores de doenças preexistentes e a reajustar o plano por faixa etária.

Intervenção importante feita pela ANS diz respeito ao descredenciamento de hospitais renomados sem que o mesmo seja substituído por outro de mesmo padrão, posto que fosse prática comum as operadoras credenciarem um hospital de porte, a fim de tornar o plano mais atrativo e, logo depois, descredenciá-lo.

A Lei nº 9.656/98 visa assegurar atenção especial aos casos de urgência e emergência, com acesso a leito superior, caso haja indisponibilidade no plano contratado; proibição da exigência por parte das prestadoras do cheque caução para acesso à assistência médico-hospitalar; permissão ao consumidor para, por fim, migrar de operadora sem cumprir carência.

No complexo setor de saúde, a sociedade aceita tal mitigação, sendo certo que os avanços introduzidos pela ANS trouxeram mais solidez, não existindo nenhuma ocorrência expressiva de modo a afetar a credibilidade da instituição, embora sempre haja a preocupação de se verificar se tais intervenções não se revelem excessivas, a fim de preservar o que funciona bem no mercado.

## 2.4 AGENTES DE MERCADO, RELAÇÕES ENTRE SI E SEUS CONFLITOS

São agentes de mercado: o consumidor/beneficiário, as operadoras de assistência à saúde e os prestadores de serviços. Neste ponto, disserta-se sobre cada um deles, sua importância dentro do contexto do mercado atual, as relações entre si e os conflitos que advém dessas relações.

### 2.4.1 Consumidor/beneficiário

Consumidor/beneficiário é toda pessoa física ou jurídica que contrata o plano de saúde suplementar mediante remuneração, a fim de ter acesso a uma assistência médica de qualidade para si e/ou seus dependentes, os quais poderão usufruir dos serviços disponíveis, observadas as carências e abrangências da cobertura.

As grandes empresas, diante da oportunidade de aquisição de planos coletivos, também contratam a assistência médica como política de benefícios aos seus empregados (abrangendo familiares, ex-empregados, aposentados, sócios e estagiários), motivo pelo qual as empresas tornaram-se importantes vetores que alavancam o crescimento desse segmento.

Por se tratar de um contrato de adesão em que o beneficiário não pode opinar na elaboração de cláusulas previamente elaboradas, devendo apenas aderir ou não ao plano de saúde, o contratante é considerado hipossuficiente, ganhando proteção diferenciada prevista no art. 4º do Código de Defesa do Consumidor.

#### 2.4.2 Operadoras de plano de assistência à saúde

A Lei nº 9.656/98, em seu art. 1º, inciso II, conceitua a operadora de plano de assistência à saúde como sendo “pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato” de plano privado de assistência à saúde. Ou seja, as empresas constituídas podem operar nos setores de administração, comercialização ou disponibilização de planos.

Como desdobramento do referido inciso, a ANS classifica as operadoras pelas seguintes modalidades: administradora de benefícios, autogestão, cooperativa médica ou odontológica, filantropia, medicina/odontologia de grupo e seguradora.

A “administradora de benefícios” atua tanto como proponente na contratação de plano de saúde coletivo ou como prestadora de serviços de planos coletivos para pessoas jurídicas, a exemplo da Qualicorp Administradora de Benefícios S.A.

As operadoras criadas pelo sistema de “autogestão” não possuem fins lucrativos e têm como principal desafio oferecer um plano de saúde de qualidade aos usuários ao menor custo. Seus planos são fechados para atender um conjunto específico de beneficiários (empregados da ativa ou não, pensionistas e grupos familiares) e reportam-se para uma ou várias patrocinadoras e aos seus participantes, no caso de entidade de classe, que se organizam para eleger seus diretores e conselheiros. Cita-se, como exemplo, a CEMIG Saúde.

Já a modalidade de “cooperativa médica ou odontológica” possui planos abertos ao mercado e trata-se de uma associação de médicos ou odontólogos cooperados que se unem para prestarem serviços aos beneficiários contratantes, sejam por meio de planos individuais ou empresarias, a exemplo da Unimed BH. Suas diretorias e conselhos são formados pelos próprios médicos cooperados e não possuem fins lucrativos.

A “filantropia”, como o próprio nome aduz, não visa ao lucro e tem a Santa Casa BH como representante dessa modalidade. Também possui planos abertos ao público contratante com a finalidade de prestar serviços à

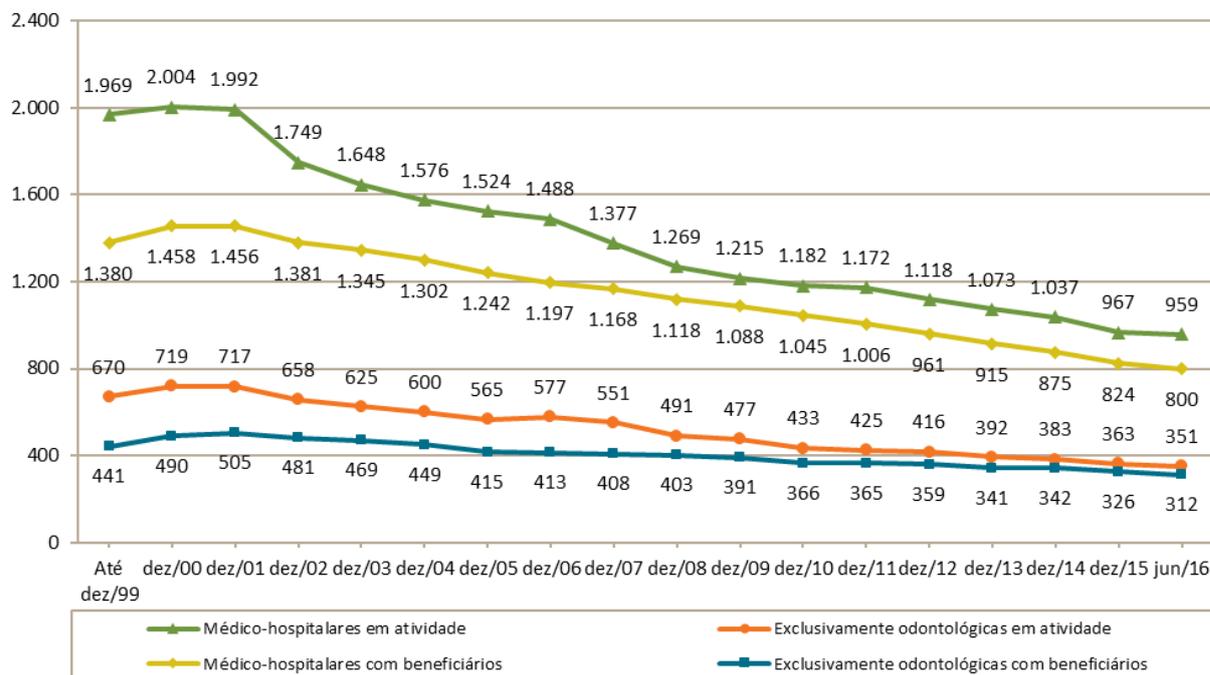
comunidade, podendo tanto as pessoas jurídicas quanto as físicas contratarem seus serviços.

Com o fim de obter lucro e dar em contrapartida a qualidade da prestação de serviços, a “medicina/odontologia de grupo” comercializa planos de forma aberta para pessoas físicas ou jurídicas e carrega-se a Amil para ilustrar essa espécie de modalidade, que se encontra inserida em nível maior de competição mercadológica.

Por fim, a “seguradora”, atuante no mercado geral de seguros, com fins lucrativos, recebe autorização para atuar também nesse segmento e oferecer o seguro saúde por intermédio de um corretor, a exemplo da Bradesco Saúde, devendo seguir as mesmas regras regulatórias das demais modalidades, sendo certo, ainda, que os planos individuais já não são mais comercializados. Submete-se à Lei nº 10.185/01 que a obriga a reembolsar as despesas médico-hospitalares ou odontológicas de seus contratantes ou a autoriza a comercializar ou operar seguro que garanta assistência médica.

No contexto macroeconômico atual, observa-se uma queda no número de beneficiários oriunda da perda de vários postos de trabalho formal que vem sofrendo desde dezembro de 2010 e, embora apresente número de beneficiários flutuantes entre 2010 e 2013, verifica-se o decréscimo contínuo desses beneficiários desde 2013, conforme dados extraídos do gráfico 29 do Caderno de Informação de Saúde Suplementar (BRASIL, 2015):

**GRÁFICO 3 - Operadoras de Planos Privados de Saúde em Atividade  
(Brasil - dezembro/1999-setembro/2015)**



Fontes: SIB/ANS/MS - 09/2015 e CADOP/ANS/MS - 09/2015 Caderno de Informação da Saúde Suplementar - dezembro/2015

Por fim, ainda dentro do contexto macroeconômico, é inegável que as operadoras de planos de assistência à saúde têm um importante papel junto à sociedade, na medida em que possibilitam o acesso da população aos serviços de saúde de maior qualidade, levando-se em consideração a ineficiência do setor público.

#### 2.4.3 Prestadores de serviços

Os prestadores de serviços disponíveis no mercado e seus respectivos percentuais de atendimento aos planos privados são: a) os médicos (62,1%) e b) os estabelecimentos de saúde, clínicas ou ambulatórios especializados (52,6%), hospitais especializados (41,8%), hospitais gerais (32,6%), policlínicas (45,3%), prontos socorros especializados (40,2%), prontos socorros gerais (14,2%) e unidade de serviço de apoio à diagnose e terapia (46,3%) (BRASIL, 2015).

Em março de 2015, a ANS contabilizava 207.749 estabelecimentos de saúde, sendo que “57% atendiam planos privados de assistência à saúde”,

verificando-se uma participação ínfima dos prontos-socorros gerais no atendimento aos planos privados, sendo que “dos 388 existentes em todo o país, apenas 55 atendem a rede privada”, ou seja, 14,2% do total (BRASIL, 2015).

Os “médicos” possuem *status* importante perante o setor, pois fazem a interligação entre o beneficiário que busca a melhor prestação de serviços e o plano de saúde que busca suprir a expectativa do beneficiário a baixo custo.

Nesse ponto, vale o comparativo divulgado pelo CADE entre o número de médicos atuantes no setor público e privado no ano de 2015:

Quanto à distribuição dos postos de trabalho médico entre serviço público e privado nota-se uma concentração em favor do último: a quantidade de postos de trabalho médico disponível para beneficiários de planos de saúde é 26,0% maior que o número dos postos em estabelecimentos públicos, enquanto o número de usuários do atendimento privado representa um terço do total de usuários do SUS. Esses números demonstram que para cada grupo de mil usuários do atendimento privado, há 7,6 postos de atendimento médico disponíveis e, para cada grupo de mil usuários do atendimento público, há 1,95 posto de atendimento médico disponível; proporcionalmente, pode-se afirmar que há 2,9 mais postos de trabalho médicos à disposição dos usuários do sistema privado em relação ao sistema de atendimento público (CADE, 2015).

Importante ressaltar que a interdependência entre esse prestador de serviços e a operadora é tanta que, ao citar uma pesquisa realizada pela Escola Nacional de Saúde de Pública, Campos (2004.) aponta que “de 75% a 90% dos médicos declararam depender diretamente dos convênios para manter suas atividades em consultório”.

A preferência pela atuação no setor privado justifica-se pela possibilidade de maior remuneração e reconhecimento profissional, embora não seja incomum encontrar profissionais prestando serviços tanto no setor privado quanto no público, mesmo diante de tanta precariedade.

Assim, buscando atender seus interesses financeiros de forma mais imediata, é que se questiona até mesmo a atuação desse profissional sob a ética médica, visto que a informação clínica de um paciente cria uma vantagem para o médico, na já conhecida informação assimétrica.

Já os “estabelecimentos de saúde” são os agentes designados a prover os recursos necessários ao atendimento do cidadão, seja ele

contratante ou não de plano privado, disponibilizando procedimentos, como, por exemplo, exames, internações e cirurgias.

As prestadoras de serviços, necessitando fomentar seu negócio, diante da escassez de pacientes, do mau relacionamento mantido com o setor público e da inflação em alta, não titubearam em se associar com as operadoras de planos de saúde. Afirma-se, conforme Campos (2004), que a situação de dependência é tão forte que:

Os planos de saúde são responsáveis pelo o pagamento de 91% das internações dos hospitais privados (ANAHP, 2004), admite-se que a relação comercial entre operadoras e prestadores de serviços hospitalares é de dependência. “Os hospitais não existem mais sem os planos” (SUSLIK, 2004). Segundo a Federação das Seguradoras (FENASEG, 2004) as internações hospitalares estão em primeiro lugar nos gastos das seguradoras obtendo 42,1% do total (...)” (CAMPOS, 2004, p 45).

Constantemente chamados pelas operadoras a se modernizarem e ainda assim manterem seus preços, observa-se que hospitais e clínicas vêm amargando uma defasagem de preços, o que afeta diretamente o usuário no tocante à qualidade da assistência, a qual, há que se frisar, é vendida pela operadora do plano de saúde.

#### 2.4.4 Conflito entre os agentes de mercado

Buscando demonstrar os pontos de conexões entre os agentes, verifica-se que consumidor/beneficiário representa a procura pelos serviços, as prestadoras de serviço representam a oferta, e as operadoras atuam como intermediárias entre um e outro.

Cabe ressaltar o claro conflito de interesses entre as operadoras e prestadoras de serviços. Chama atenção o fato de que eventos que representam custos para a operadora representem receita para os prestadores de serviços de saúde e, contextualizando numa outra vertente, geram custo ao consumidor/beneficiário através do pagamento das mensalidades o que “representa receita para as operadoras de planos de saúde”, conforme dicção de Campos (2004).

Chama a atenção para o cenário mercadológico e a relação entre os agentes durante o crescimento do setor da saúde suplementar no Brasil:

Operadoras e prestadores de serviços passam a ser concorrente entre si, com negócios originalmente desiguais. Entendida a interdependência, que de alguma forma continua, na inversão dos negócios passam a ser concorrentes de seus próprios clientes. “Às vezes, parecem dois inimigos que lutam continuada e desesperadamente, como se não tivessem uma grande interdependência para obterem sucesso em seus negócios”. Conseqüentemente o nível de desconfiança e do desequilíbrio da relação se tornou muito forte, criando um cenário desastroso continuamente delineado pelos agentes, cada um acredita que o outro negócio deva ser melhor que o seu. Tanto que os hospitais passaram a ter planos de saúde e as operadoras de planos de saúde passaram a ter hospitais (SILVA, 2004, p.46).

Assim, o consumidor/beneficiário, ao solicitar uma consulta, tem acesso aos prestadores de serviços (hospitais, médicos, laboratórios) que, por sua vez, prescrevem exames e procedimentos que são remunerados pelas operadoras. Como tais remunerações geram custo para a operadora, muitas vezes, opera-se o descredenciamento dos prestadores de serviços como forma de coibir a solicitação de procedimentos e exames julgados desnecessários.

Certo é que as várias regras às quais são obrigadas a cumprir fizeram com que as operadoras tivessem suas margens de lucro reduzidas e, sem poder transferir o “prejuízo” aos beneficiários, precisaram se voltar contra os prestadores de serviços, motivo pelo qual as relações acidificaram-se.

A ANS também criou uma série de medidas, a fim de diminuir os conflitos entre esses agentes, mormente priorizando a proteção aos usuários dos planos em face das operadoras, deixando as prestadoras de serviços em segundo plano. Tais medidas, entretanto, implicam diretamente a elevação do preço, motivo pelo qual a ANS está longe de dar uma solução satisfatória ao problema, pois há que se ter equilíbrio entre a restrição e o incentivo. Obviamente, na medida em que se criam restrições, tira-se a atratividade do setor e põe-se em risco a saúde da população como um todo.

Importante ressaltar, nesse ponto, que as relações contratuais entre as operadoras e prestadoras de serviços estão longe de se pautarem na qualidade da assistência ao usuário. As preocupações da operadora sempre estiveram pautadas na tabela de preços da nova prestadora de serviços credenciada e como esta lhe poderá gerar mais lucro.

Logo, visto que operadoras e prestadoras de serviços de saúde

encontram-se no ápice do conflito, resta o desafio de que as mesmas encontrem formas de enfrentamento das questões, a fim de obter o lucro necessário para o desenvolvimento de suas atividades com qualidade sem, contudo, desconsiderar o foco principal: o indivíduo.

### 3 ATIVIDADE ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO E A ATUAÇÃO DO ESTADO

Da inserção normativa da ordem econômica no texto constitucional, observar-se que, em que pese o caráter pessoal de valores sobre o qual se funda cada Carta Política, atendendo às necessidades de cada meio social, seus preceitos consubstanciaram-se em valores comuns, decorrentes dos conflitos socioeconômicos que marcaram o século XIX.

Por Ordem Econômica entendem-se as disposições constitucionais estabelecidas para disciplinar o processo de intervenção do Estado na condução da vida econômica do país, mormente as atividades geradoras de rendas e riquezas, a exemplo da atividade empresarial <sup>13</sup>.

Das lições do Figueiredo (2014), destaca-se:

A vigente Constituição da República prevê, como regra, a intervenção indireta do Estado na Ordem Econômica, de forma maximizada, via regulação e normatização, e, excepcionalmente, a intervenção direta, tão somente, nas hipóteses taxativamente previstas no texto constitucional, de forma minimalista. Ao Estado brasileiro, portanto, no que tange à seara econômica, é permitido atuar como agente normativo e regulador e, por meio dessas posições, exercer uma tríplice função: fiscalizadora, incentivadora e planejadora, a teor do que preceitua o artigo 174 da Constituição de outubro de 1988, e como agente explorador de atividade econômica, no que se refere aos casos de monopólio constitucional (art. 177, CRFB), prestação de serviços públicos (art. 175, CRFB), bem como nas hipóteses de exploração concorrencial com o particular (art. 173, CRFB) (FIGUEIREDO, 2014, p. 95).

Ordem constitucional atualmente vigente, o art. 170 assim determina que:

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;

---

<sup>13</sup> FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 95.

VII - redução das desigualdades regionais e sociais. (grifo nosso). (BRASIL. 1988).

A análise de referido artigo da Constituição de 1988 permite verificar a riqueza normativa desse dispositivo, que abrange temas relacionados ao fundamento, à finalidade e aos princípios da ordem econômica, além de nortear sua devida compreensão.

Ante tais considerações, pode-se compreender a expressão ordem econômica, sob a ótica subjetiva, como posta no art. 170, CR/88 ou de forma precisa, quando conjugado com o art. 173, § 5º do texto constitucional, o que se considera plausível e recomendado pela exegética e hermenêutica, portanto há um conjunto de normas jurídicas disciplinadoras dessas relações<sup>14</sup>.

Importante ressaltar que o texto constitucional declara os fundamentos que regem não só a atividade econômica e orientam a atuação estatal, mas a própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV). Assistindo razão à inteligência de Figueiredo (2014):

Cumpra assim analisarmos os valores e os princípios sob os quais se fundam a atual Ordem Econômica na Constituição de 1988.

Destarte, diante do fato social, os diversos ramos de ciências vão eleger quais os preceitos de ordem moral, religiosa, sociológica, científica, dentre outros, que devem ter primazia, sendo estes os valores que devem ser observados em virtude dos acontecimentos ocorridos.

A fim de outorgar a esses valores observância obrigatória por todos os membros da sociedade, o direito lhes confere força de norma jurídica, positivando-os em leis escritas cuja violação acarreta aplicação de sanção por parte do Estado.

Com base no que foi visto anteriormente, podemos conceituar os valores como sendo todos os preceitos fundamentais sobre os quais a sociedade se baseia, com primazia axiológica sobre os demais, uma vez que são essencialmente qualificados pelo direito, que lhes outorga cogência por meio da norma jurídica (FIGUEIREDO, 2014, p. 97).

Ressalta-se que qualquer estudo que tenha sob análise a eleição de valores, necessariamente, passa por um exercício de ponderação científica. Para tanto, uma visão da teoria da autopoiese do direito faz-se cogente.

Essa teoria nasceu nas ciências biológicas, a partir da teoria mecanicista do vivente, na qual o estudo dos seres vivos é feito com início na

---

<sup>14</sup> *Idem*, p. 97.

sua organização interna, seguindo-se para o estudo de seu relacionamento com o meio em que vive. Nesse sentido:

Segundo Luhmann, seu principal defensor, o meio social em que vivemos é um grande sistema, no qual diversos subsistemas, referentes aos centros de interesse do homem, convivem entre si, a saber, o subsistema do direito, da economia, da medicina, da engenharia, da contabilidade, da sociologia, da história, dentre outros (FIGUEIREDO, 2014, p. 97).

A sociedade nasce exatamente dessa interconexão entre os mais diversos sistemas, cada qual responsável por voltar para um aspecto técnico-científico da sociedade e de suas necessidades.

Cada sistema – em que pese ser um sistema fechado, com o qual se constroem seus elementos e suas normas com base na análise realizada em seu campo específico de estudo comportamental, dos interesses e das vontades –, necessita de abertura cognitiva ou interpretativa para os outros sistemas. Isto para que se possa disciplinar com efetividade e adequação os principais valores que preponderam em determinada sociedade em um período de tempo<sup>15</sup>.

Nesse contexto, o poder constituinte originário brasileiro elegeu diversos preceitos fundamentais da Ordem Econômica, dentre os quais se destaca a Livre Iniciativa.

Em sua essência, a Livre Iniciativa:

Significa que o Estado não deve restringir o exercício da atividade econômica, salvo nos casos em que se fizer necessário, para fins de proteção do consumidor e de toda a sociedade. Outrossim, podemos destacar que, por este princípio, a escolha do trabalho fica ao arbítrio da liberdade do indivíduo (pessoa natural ou jurídica), não podendo o Estado interferir para tanto. Todavia, consubstanciado na defesa da coletividade, o Estado pode e deve disciplinar, impondo os requisitos mínimos necessários para o exercício da atividade laborativa, com o fito de que esta seja exercida, tão somente, por profissionais capacitados e habilitados para tanto.

É corolário do liberalismo econômico de Adam Smith, que se faz presente nos textos constitucionais, ainda que de forma bastante mitigada. Significa a liberdade de entrar, permanecer e sair do mercado, sem interferências externas. [...].

Todavia, com base no princípio da subsidiariedade, a intervenção estatal somente se fará presente onde for necessária. Nos nichos de nossa economia onde não se apontar para a necessidade de

---

<sup>15</sup> *Idem*, p. 96.

interferência do Poder Público, o mercado se autorregulará (FIGUEIREDO, 2014, p. 97).

Importante ressaltar que o Estado pode avocar para si o exercício de determinadas atividades econômicas quando vitais à segurança nacional ou de relevante interesse coletivo *ex vi* art. 173, que preceitua:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei (BRASIL, 1988).

Ou, em alguns casos específicos, assumir o monopólio das atividades elencadas de forma taxativa no texto constitucional, nos termos do art. 177 da Constituição Federal, segundo o qual:

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do *caput* do art. 21 desta Constituição Federal.

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;

II - as condições de contratação;

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União;

§ 3º A lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional.

§ 4º A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos:

I - a alíquota da contribuição poderá ser:

a) diferenciada por produto ou uso;

b) reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150, III, b;

II - os recursos arrecadados serão destinados:

- a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo;
- b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás;
- c) ao financiamento de programas de infraestrutura de transportes (BRASIL. 1988).

Segundo Silva (2005), a ordem econômica adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que a constituição passou a discipliná-la de forma sistemática, tendo como principal marco inicial, nesse caso, a Constituição mexicana de 1917. No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira a consagrar princípios e normas referentes à ordem econômica, por influência principalmente da Constituição alemã de Weimar:

Isso não quer dizer que, nessa disciplina, se colhe o sopro da socialização. Não, aqui, como no mundo ocidental em geral, a ordem econômica consubstanciada na Constituição não é senão uma forma econômica capitalista, porque ela se apoia inteiramente na apropriação privada dos meios de produção e na iniciativa privada (170).

Isso caracteriza o modo de produção capitalista, que não deixa de ser tal por eventual ingerência do Estado na economia nem por circunstancial exploração direta de atividade econômica, porque essa atuação estatal ainda se insere no princípio básico do capitalismo que é a apropriação exclusiva por uma classe dos meios de produção, e, como é essa mesma classe que domina o aparelho estatal, a participação deste na economia atende a interesses da classe dominante (SILVA, 2005, p. 786).

Com isso, Silva (2005) afirma que a atuação do Estado nada mais é do que uma tentativa de pôr ordem na vida econômica e social e de arrumar uma suposta desordem provinda do liberalismo.

O embate entre ideias de viés liberal e socialista acabam repercutindo no texto das mais diversas legislações e constituições contemporâneas, com seus princípios econômicos e sociais, comportando-se um conjunto de disposições relacionadas aos direitos dos trabalhadores, à estrutura da ordem econômica, ao estatuto dos cidadãos, conjunto de princípios que formam o chamado conteúdo social das constituições.

Das lições de Silva (2005), extrai-se, nesse sentido, que:

A liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato. Consta do art. 170, como um dos esteios da ordem econômica, assim como de seu

parágrafo único, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo casos previstos em lei (SILVA, 2005, p. 787).

Ainda, conforme Silva (2005):

É certamente o princípio básico do liberalismo econômico. Surgiu como um aspecto da luta dos agentes econômicos para libertar-se dos vínculos que sobre eles recaiam por herança, seja do período feudal, seja dos princípios do mercantilismo. No início, e durante o século passado até a Primeira Grande Guerra (1914-1918), a liberdade de iniciativa econômica significava garantia aos proprietários da possibilidade de usar e trocar seus bens; garantia, portanto, do caráter absoluto da propriedade; garantia de autonomia jurídica e, por isso, garantia aos sujeitos da possibilidade de regular suas relações do modo que tivessem por mais conveniente; garantia a cada um para desenvolver livremente a atividade escolhida (SILVA, 2005, p. 793-794).

Cumprir destacar que a livre iniciativa, na verdade, relaciona-se ao conceito de liberdade e à compressão que esta sofre por parte do Estado, seja de forma direta, por meio da atuação coercitiva dos seus agentes; seja de forma indireta, por meio da legislação.

Segundo Hayek (1983), existe uma significativa confusão em torno do conceito de liberdade enquanto poder com o de liberdade no seu sentido original e que conduz inevitavelmente à identificação de liberdade com riqueza. Entretanto, em que pese a liberdade e a riqueza constituírem-se bens almejados pela maior parte das pessoas e serem necessárias à obtenção do que se deseja, ainda assim são coisas diferentes:

Poder decidir a respeito de minha pessoa agindo de acordo com minha própria escolha e o fato de as possibilidades entre as quais eu escolho serem muitas ou poucas são questões inteiramente diferentes. O cortesão que vive no luxo, mas está sujeito à vontade de seu príncipe, pode ser muito menos livre do que o camponês pobre ou o artesão e menos capaz de viver sua própria vida e de escolher as próprias oportunidades de sentir-se útil. Do mesmo modo, o general que comanda um exército ou o dirigente de um grande projeto de construção podem [sic] exercer enorme poder, em alguns aspectos até incontrolável, mas ainda assim podem ter menor margem de ação, estar mais à mercê de mudanças em suas intenções ou planos a uma simples palavra de um superior, ter menos liberdade de alterar suas próprias vidas ou de decidir o que para eles é mais importante, do que o mais pobre lavrador ou pastor (HAYEK, 1983, p. 13).

Para que se possa analisar o conceito de liberdade, sua definição não deve levar em conta se as pessoas consideram a liberdade algo que querem para si.

Parte significativa das pessoas não dá valor à liberdade que constitui objeto deste trabalho ou não percebe que ela lhe permite usufruir benefícios, pessoas que estarão prontas para trocá-la por outras vantagens. Entretanto, a liberdade pode ser desejável, mesmo que nem todas as pessoas façam dela o seu devido uso. Ter-se-á de verificar se os benefícios que a maioria auferir da liberdade dependem do uso que ela faz das oportunidades que a liberdade lhe oferece e se a justificativa filosófica da liberdade baseia-se realmente no fato segundo o qual a maioria das pessoas a deseja para si. Pode ocorrer que os benefícios de uma situação em que há liberdade para todos não decorram daquilo que grande parte das pessoas supõe serem seus efeitos <sup>16</sup>.

Nesse diapasão:

Acima de tudo, devemos reconhecer, no entanto, que podemos ser livres e, mesmo assim, infelizes. Liberdade não implica a posse de todos os bens ou a ausência de dificuldades. É certo que ser livre pode significar liberdade de morrer de fome, de cometer erros que redundarão em perdas ou, ainda, de correr riscos mortais. No sentido em que empregamos a palavra, o mendigo sem vintém que leva uma vida precária, baseada na constante improvisação, é, realmente, mais livre que o conscrito com toda sua segurança e relativo conforto.

Mas, se a liberdade, portanto, nem sempre pode parecer o melhor de todos os outros bens, ainda assim se trata de um bem distinto, que necessita de um nome distinto.

E, embora "liberdade política" e "liberdade interior" constituam acepções alternativas do termo, há muito tempo usadas, que, com um pouco de cuidado, podem ser empregadas sem causar confusão, não se pode tolerar a utilização da palavra "liberdades" no sentido de "poder" (HAYEK, 1983, p. 14).

O conceito de liberdade (HAYEK, 1983) somente poderá ser devidamente delimitado quando o conceito de coerção puder ser igualmente esclarecido, por se tratarem de ideias que igualmente se relacionam <sup>17</sup>. Assim:

Entendemos por "coerção" o controle exercido sobre uma pessoa por outra em termos de ambiente ou de circunstâncias, a ponto de, para evitar maiores danos, aquela ser forçada a agir para servir aos

---

<sup>16</sup> HAYEK, Friedrich A. *Os Fundamentos da Liberdade*. São Paulo: Visão, 1983. p. 13.

<sup>17</sup> *Idem*, p. 16.

objetivos desta e não de acordo com um plano coerente que ela própria elaborou. O indivíduo torna-se incapaz de usar sua própria inteligência e conhecimento ou mesmo de se orientar por seus objetivos e ideias, exceto no sentido de escolher o menor dos males numa situação que lhe é imposta por outra pessoa. A coerção é maléfica precisamente porque anula o indivíduo enquanto ser que pensa e avalia, fazendo dele um mero instrumento dos fins de outrem. A livre ação, graças à qual um indivíduo persegue seus próprios objetivos pelos meios que seu conhecimento lhe indica, deve basear-se em informações que não podem ser moldadas de maneira arbitrária por outrem. Ela pressupõe a existência de uma esfera conhecida, em que as circunstâncias não podem ser criadas por outra pessoa de modo a oferecer uma única escolha prescrita (HAYEK, 1983, p. 17).

A coerção não pode ser totalmente evitada, e as sociedades que pretenderem se consolidar com fundamento na liberdade podem resolver esse problema conferindo o monopólio da coerção ao Estado, limitando esse poder às circunstâncias em que a ação do Estado é necessária para impedir a coerção exercida pelos indivíduos. Isto só será possível se o Estado proteger as esferas privadas conhecidas contra a interferência de outras pessoas e, também, se forem delimitadas essas esferas privadas, não por designação específica, mas pela criação de condições nas quais o indivíduo pode determinar seu próprio escopo de atuação, pautando-se em normas que lhe dirá qual será a atitude do governo em diferentes tipos de circunstâncias <sup>18</sup>, conforme entendimento de Hayek (1983).

### 3.1 LIVRE CONCORRÊNCIA

Dentre os princípios fundamentais da atividade de econômica assegurados pelas Constituição da República Federativa do Brasil, encontra-se positivado na lei maior o princípio da livre concorrência, que, de certa forma, está relacionado ao princípio da livre iniciativa, destacando-se que, enquanto a livre iniciativa aponta para a liberdade política, a livre concorrência implica a possibilidade de agentes econômicos poderem atuar sem embaraços em uma determinação de mercado, visando à produção, à circulação e ao consumo de bens e serviços.

Recorre Mendes (2009) às lições de Miguel Reale:

---

<sup>18</sup> *Idem*, p. 17.

Ora, livre iniciativa e livre concorrência são conceitos complementares, mas essencialmente distintos. A primeira não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados. Liberdade de fins e de meios informa o princípio de livre iniciativa, conferindo-lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos citados arts. 1º e 170.

Já o conceito de livre concorrência tem caráter instrumental, significando o "princípio econômico" segundo o qual a fixação dos preços das mercadorias e serviços não deve resultar de atos cogentes da autoridade administrativa, mas sim do livre jogo das forças em disputa de clientela na economia de mercado.

Houve, por conseguinte, iniludível opção de nossos contribuintes por dado tipo de política econômica, pelo tipo liberal do processo econômico, o qual só admite a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quaisquer interferências, quer do próprio Estado, quer do embate de forças competitivas privadas que pode levar à formação de monopólios e ao abuso do poder econômico visando ao aumento arbitrário dos lucros (MENDES, 2009, p. 1.409).

Antes de adentrar-se, entretanto, na temática proposta neste tópico, é imprescindível destacar que é praticamente impossível falar-se de livre concorrência sem antes abordar a temática relacionada ao intervencionismo estatal e seus respectivos males.

O ideal socialista começa agora a perder seguidores, tendo em vista que as investigações econômicas e sociológicas têm mostrado ser sistema impraticável, e o fracasso em que têm acabado as experiências socialistas, levadas a cabo em todo lugar, tem desconcertado até mesmo seus mais entusiásticos defensores. Gradualmente, as pessoas estão se conscientizando de que a sociedade não pode passar sem a propriedade privada, conforme destaca Mises (2010a).

A crítica a que esteve sujeito o sistema privado dos meios produtivos deixou de rastro um preconceito tão forte contra o sistema capitalista que, a despeito do conhecimento e da impraticabilidade socialista, as pessoas não se veem capazes de admitir retornarem aos pontos de vista liberais, no que concerne à propriedade. Sem dúvida, concorda-se que o socialismo, a propriedade comunal dos meios de produção, é totalmente impraticável, pelo

menos no presente. Mas, por outro lado, afirma-se que a propriedade privada sem restrições é, também, um mal<sup>19</sup>.

Fica evidente, todavia, que qualquer tentativa estatal de interferir na operação do sistema econômico, baseado na propriedade privada dos meios de produção, não cumpre a meta que desejavam alcançar seus defensores.

Nesse sentido, o que se pode dizer da intervenção, segundo Mises (2010b, p. 100), é que ela é infrutífera e contrária aos propósitos para os quais foi decretada. E, em relação ao sistema de política econômica que procura operar por meio de tais atos de intervenção, é impraticável e inconcebível, o que contradiz a lógica econômica<sup>20</sup>.

Importante destacar que a questão do intervencionismo não deve ser confundida com a do socialismo. Não se discute se o socialismo é ou não, de alguma forma, concebível ou realizável. Não se questiona se “a sociedade humana pode basear-se na propriedade pública dos meios de produção”, como posto em Mises (2010b, p.). O problema que se apresenta é o seguinte: quais são as consequências das intervenções do governo e de outras instâncias no sistema de propriedade privada? Será possível conseguir o resultado que se espera dessas intervenções? É hora, portanto, de definir mais precisamente o conceito de “intervenção”<sup>21</sup>.

Na dicção de Mises (2010b, p.20):

Intervenção é uma norma restritiva imposta por um órgão governamental, que força os donos dos meios de produção e empresários a empregarem estes meios de uma forma diferente da que empregariam. Uma “norma restritiva” é uma regra que não faz parte de um esquema socialista de regras, ou seja [sic] de um esquema de regras que regulamenta toda a produção e distribuição, substituindo, desta forma, a propriedade privada dos meios de produção pela propriedade pública desses meios. As regras da economia privada podem ser muito numerosas, mas, como não visam direcionar toda a economia e substituir a motivação para o lucro dos indivíduos pela obediência, enquanto força geradora de atividade humana, devem ser consideradas como normas limitadas. Por “meios de produção” entendemos todos os bens classificáveis em categorias mais elevadas, inclusive os estoques de produtos acabados que,

---

<sup>19</sup> MISES, Ludwig von. *Liberalismo Segundo a Tradição Clássica*. 2. ed., Rio de Janeiro: Instituto Ludwig von Mises, 2010. p. 98.

<sup>20</sup> *Idem*, p. 100.

<sup>21</sup> MISES, Ludwig von. *Uma Crítica ao Intervencionismo*. 2. ed., Rio de Janeiro: Instituto Ludwig von Mises, 2010. p. 18.

estando na posse dos comerciantes, ainda não chegaram aos consumidores<sup>22</sup> (MISES, 2010b, p. 20).

Importante que se faça a distinção entre dois grupos de regras: uma delas reduz ou impede diretamente a produção econômica, sendo que a outra procura fixar preços que diferem dos preços de mercado. À primeira, atribui-se o nome de “restrições de produção”; e, ao segundo, de “interferência na estrutura de preços”, conforme Mises (2010b).

Ao discorrer sobre o conceito de “restrições de produção”, Mises (2010b) destaca que a economia não precisa apontar o efeito imediato das restrições de produção. Explica-se: “o governo, ou qualquer outro órgão de coerção pode, logo de início, chegar ao que se propõe, pela intervenção”, consoante Mises (2010b, p.). Mas, saber se ele pode atingir seus objetivos em médio e longo prazo através da intervenção é outra questão. E “deve-se investigar melhor se o resultado vale o custo, ou seja, se a autoridade intervencionista procederá à intervenção, caso tivesse pleno conhecimento dos custos envolvidos”, conforme Mises (2010b, p.99).

É “nesse ponto” que se inicia “o trabalho dos economistas”, como posto na dicção de Mises (2010b), e, em contínuo, aduz “O propósito dos teóricos do livre comércio não foi demonstrar que as tarifas são impraticáveis, mas que elas têm consequências imprevistas e não atingem, nem podem atingir, o que seus defensores esperam delas”, conforme dispõe Mises (2010b, p.100)<sup>23</sup>.

“Na verdade, dificilmente se pode deixar de levar em consideração o fato de que as restrições à produção sempre reduzem a produtividade da mão-de-obra, diminuindo, desta forma, o dividendo social”. E, “por isso mesmo, ninguém ousa defender as restrições como um sistema de política econômica à parte” (MISES (2010b, p.101).

Já a intervenção nos preços tem como principal objetivo determinar preços diversos daqueles que seriam estipulados nas circunstâncias vigentes de livre mercado. Se, por exemplo, os preços são determinados pelo mercado, o preço dos produtos cobre os custos de produção. Entretanto, geralmente,

---

<sup>22</sup> *Idem*, p. 20.

<sup>23</sup> *Idem*, p. 22.

quando os preços são fixados pelo governo, os lucros são inferiores aos custos de produção, causando-se, assim, prejuízo aos empreendedores.

De forma muito esclarecedora, Mises (2010b) destaca:

Um problema muito mais difícil de resolver surge, quando os estoques, que existiam no momento da intervenção nos preços, se esgotam. Como a produção não é mais lucrativa ao preço fixado, ela é reduzida ou mesmo interrompida. Ora, se o governo quiser que a produção tenha continuidade, terá de não só forçar os produtores a não interrompê-la, mas também controlar os preços das matérias-primas, dos produtos semiacabados e salários. Esse controle, porém, não pode ser exercido apenas sobre algumas indústrias cujos produtos o governo acha que são, especialmente, importantes. Deve abranger todos os ramos da produção, os preços de todas as mercadorias, todos os salários, e as medidas econômicas tomadas por todos os empresários, capitalistas, proprietários e trabalhadores. Se alguma indústria permanecer fora do controle governamental, o capital e a mão de obra vão atuar livremente, frustrando, conseqüentemente, o propósito inicial da intervenção do governo. O governo - a quem certamente interessaria um considerável estoque dos produtos que julga essenciais, a ponto de procurar regulamentá-lo - não pode admitir que esses produtos desapareçam, por causa da intervenção (MISES, 2010b, p. 25).

Pode-se afirmar que, em um sistema de propriedade privada, a intervenção governamental por si só não é apta a atingir os objetos elencados pelos governantes, tornando-se com isso uma medida completamente inadequada, “já que agrava o mal que se pretende eliminar”, consoante Mises (2010b, p.104) <sup>24</sup>.

Outro exemplo de intervenção governamental que vale a pena ressaltar está na imposição de salários mínimos e controle de salários, seja ele feito diretamente pelos governantes ou indiretamente por meio de sindicatos.

Quando os salários aumentam, conseqüentemente se elevam os custos de produção e os preços. Entretanto, destaca-se que, se esses trabalhadores fossem os únicos consumidores dos produtos, na qualidade de compradores, o aumento dos salários reais não seria possível: os trabalhadores perderiam o que conquistaram a título de aumento de salários. É preciso, porém, considerar que há, também, consumidores cuja renda provém de bens imóveis e de atividade empresarial. A elevação dos salários não aumenta suas rendas, não podendo pagar os preços mais altos, eles terão de

---

<sup>24</sup> *Idem*, p. 25.

reduzir seu consumo. A redução da demanda leva à demissão de trabalhadores. Se não houvesse intervenção sindical, os desempregados pressionariam o mercado de trabalho, que reduziria os salários, artificialmente elevados ao nível normal de mercado. Essa saída, contudo, encontra-se travada (MISES, 2010b) por pressões e imposições sindicais. O desemprego, fenômeno de atrito, que logo desaparece em uma ordem de mercado livre, toma-se uma instituição permanente, quando há intervencionismo <sup>25</sup>.

Como governante nenhum tem a pretensão proposital de se criar desemprego, vê-se diante da necessidade de intervir de novo, forçando os empresários a reintegrarem os trabalhadores que perderam seus empregos, caindo em um ciclo no qual os empregadores muitas vezes se veem em uma situação na qual não conseguem cobrir suas despesas.

O desemprego permanente de milhares de pessoas, de um lado, e a depreciação do capital do outro são consequências da elevação artificial dos salários pelos sindicatos, e do seguro-desemprego (MISES, 2010b), ambos resultantes do intervencionismo <sup>26</sup>. Pode-se compreender a história das últimas décadas a partir de uma análise das consequências da intervenção estatal nas operações econômicas da iniciativa privada. Desde o desaparecimento do liberalismo clássico, o intervencionismo tem sido a essência da política em todos os países da Europa, da América Central, bem como também da América Latina, produzindo consequências lamentáveis para a economia desses países <sup>27</sup>.

Quando um observador externo e leigo em economia observa que alguma das partes não consegue escapar das restrições da lei, torna-se evidente que o sistema funciona de forma precária, gerando a falsa impressão de que o intervencionismo seria a solução mais viável para se buscar uma relação próxima da perfeição entre cidadãos e Estado.

A violação da lei, entretanto, não é simplesmente um mal que precisa ser combatido para que se crie um paraíso na terra, não é um mal que nasce

---

<sup>25</sup> *Idem*, p. 25.

<sup>26</sup> MISES, Ludwig von. *Uma Crítica ao Intervencionismo*. 2 ed., Rio de Janeiro: Instituto Ludwig von Mises, 2010b. p. 29.

<sup>27</sup> *Idem*, p. 29.

da fraqueza humana, extremamente difícil de ser exterminado, como os estadistas ingenuamente proclamam. Se todas as leis intervencionistas fossem realmente observadas, levariam a uma situação de absurdo (MISES, 2010b). Todas as engrenagens acabariam parando, emperradas pelo braço forte e inoperante do governo <sup>28</sup>.

Retoma-se às ideias anteriores para destacar o que disserta Mises (2010b):

Não podemos, aqui, investigar o impacto da corrupção nos costumes públicos. É lógico que nem os que subornam nem os que se deixam subornar se dão conta de que é seu tipo de comportamento que preserva o sistema, considerado certo pela opinião pública e por eles próprios. Eles estão conscientes de que, com a violação da lei, o bem-estar público fica prejudicado.

[...]

Pode-se dizer que o sistema de intervencionismo tornou-se suportável por causa do descaso dos responsáveis pela execução das leis. Considera-se mesmo que as interferências nos preços podem perder seu poder restritivo quando os empresários conseguem “corrigir” a situação através de dinheiro e persuasão. Todos concordam, porém, que seria melhor se não houvesse intervenção. Afinal, a opinião pública sempre procura a acomodação. O intervencionismo é visto como um tributo que deve ser pago à democracia, para que se possa preservar o sistema capitalista (MISES, 2010b, p. 29).

Qualquer pessoa que defenda o intervencionismo o faz com argumentos inverídicos e, muitas vezes, sem a noção dos verdadeiros prejuízos que as intervenções governamentais podem causar à produtividade.

Com o intervencionismo (MISES, 2010b), embora seja regra na grande maioria dos países, a adaptabilidade da economia capitalista teria conseguido afastar obstáculos à atividade empresarial, em que pese não ser possível mensurar qual seria o reflexo na qualidade e na quantidade desses produtos ou serviços se não houvesse dispêndio de mais energia e dinheiro, se o governo não agravasse, de forma intencional, o estado das coisas <sup>29</sup>.

Importante destacar que muitos escritores anticapitalistas dão muita ênfase ao fato de que a economia de mercado serviria apenas aos interesses da burguesia, o que, supostamente, explicaria seu êxito, levando, por sua vez, ao êxito da burguesia. Contudo, ninguém ousaria contestar que a liberdade

---

<sup>28</sup> *Idem*, p. 29.

<sup>29</sup> *Idem*, p. 33.

alcançada pelo liberalismo clássico proporcionou o incrível desenvolvimento das forças de produção durante o último século. Mas infelizmente é um engano acreditar que, por se opor à intervenção, o liberalismo clássico tenha obtido uma aceitação mais fácil. Ele enfrentou a oposição de todos aqueles a quem a atividade febril do governo concedia proteção, favores e privilégios. O liberalismo clássico, não obstante, só pode prevalecer em decorrência de ter sobrepujado intelectualmente os defensores do privilégio. Não havia novidade no fato de as vítimas do sistema de privilégios reivindicarem a extinção desse sistema. A grande novidade foi o enorme sucesso obtido pelas críticas ao sistema de privilégios (MISES, 2010b), sucesso que deve ser atribuído exclusivamente ao triunfo das ideias do liberalismo clássico <sup>30</sup>.

Assim:

O liberalismo clássico venceu com a economia e através dela. É a única ideologia econômica que se pode adaptar à ciência da catalática. Durante as décadas de 1820 e 1830, na Inglaterra, fez-se uma tentativa no sentido de usar a economia para demonstrar que a ordem capitalista, além de injusta, não funciona satisfatoriamente. A partir daí, Karl Marx criou seu socialismo “científico”. No entanto, mesmo que Marx e seus seguidores tivessem conseguido provar, com sucesso, suas teses contra o capitalismo, teriam, ainda, de provar que uma [sic] outra ordem social, como o socialismo, seria melhor do que o capitalismo. E isso não foram capazes de fazer. Não conseguiram nem mesmo provar que uma ordem social pode, de fato, ser fundamentada na propriedade pública dos meios de produção. Pelo simples fato de rejeitarem ou deixarem de lado qualquer análise das “concepções utópicas” do socialismo, eles, evidentemente, não resolveram nada (MISES, 2010b, p. 35).

Esclarece-se que ninguém conseguiu demonstrar que exista uma terceira ordem social concebível e possível, que não se baseie na propriedade privada ou na propriedade pública dos meios de produção. O sistema intermediário de propriedade, obstruído, orientado, e regulado pelo governo, consiste por si só em um sistema contraditório e ilógico (MISES, 2010b)<sup>31</sup>.

Distinguem-se dois tipos de regulamento social de ações econômicas, quais sejam: regulamento para assuntos secundários, que “consiste naqueles em que o estado trata de assuntos secundários para se efetivar uma determinada transação principal”. Entretanto, o regramento para assuntos

---

<sup>30</sup> *Idem*, p. 34.

<sup>31</sup> *Idem*, p. 36.

essenciais consiste no cerne do contrato em jogo, e o Estado toma a liberdade ou não de fixar os termos do intercâmbio e determinar a compensação em dinheiro ou mercadoria ou dizer não haverá intercâmbio. Essa distinção coincide grosseiramente com a distinção que Mises (2010b) faz entre intervenção na produção e nos preços. Está claro que uma consideração econômica quanto ao sistema do intervencionismo não poderia de modo algum ser diferente <sup>32</sup>.

Mises realizou estudos a respeito da intervenção na produção (MISES, 2010b). Ele concluiu que restrições governamentais impõem alguns ônus à indústria <sup>33</sup>.

Conforme Mises (2010b), admite-se que o governo possa fazer grande bem, se simplesmente cuidar para que todos gozem das vantagens dos mais diversos níveis de mercado, impedindo, dessa forma, que os menos esclarecidos sejam explorados por causa de sua ignorância <sup>34</sup>.

Os adversários da liberdade, entretanto, defendem que as condições para que as sociedades empresárias atuem no mercado em um contexto de livre concorrência não existem mais no mundo contemporâneo (MISES, 2010b). Atualmente, uma vez que os trustes, cartéis e monopólios detêm o completo controle do mercado, a livre concorrência estaria destinada ao fracasso acabado em qualquer circunstância. Não foi a política que destruiu referida possibilidade, mas uma tendência inerente à inexorável evolução do sistema de livre empresa <sup>35</sup>.

Importante destacar que, na atualidade, a política econômica da maior parte dos governos visa retirar pequenas áreas da unidade da livre concorrência (MISES, 2010), nas quais, sob a proteção de tarifas e intervenções regulatórias, as empresas não mais sejam capazes de responder à concorrência no livre mercado. Isso diminuiria, conseqüentemente, a qualidade do serviço que é apresentada aos consumidores/cidadãos, fazendo

---

<sup>32</sup> *Idem*, p. 42-43.

<sup>33</sup> *Idem*, p. 43.

<sup>34</sup> *Idem*, p. 47.

<sup>35</sup> MISES, Ludwig von. *Liberalismo Segundo a Tradição Clássica*. 2. ed., Rio de Janeiro: Instituto Ludwig von Mises, 2010d. p. 111.

com que a meritocracia seja preterida em relação às trocas e favores políticos

36.

Destaca-se que:

O efeito da burocratização é mais aparente em seu representante, o burocrata. Numa empresa privada, a contratação de mão de obra não constitui a outorga de um favor, mas uma transação comercial da qual se beneficiam ambas as partes, o empregador e o empregado. O empregador deve procurar pagar salários correspondentes, em valor, ao trabalho executado. O empregado, para que não perca o trabalho, deve, por sua vez, esforçar-se para cumprir bem as tarefas pertinentes a seu cargo, para justificar o salário que ganha. Uma vez que o emprego não é um favor, mas uma transação comercial, o empregado não deve temer pelo seu emprego, se ele cair em desagrado pessoal, porque o empregador que dispensa, por razões pessoais, um bom empregado, digno do seu salário, prejudica a si próprio e não ao trabalhador, que pode encontrar uma posição semelhante em outro lugar. [...]

As coisas são muito diferentes numa organização burocrática. Uma vez que a contribuição produtiva de cada departamento e, daí, também, de cada indivíduo empregado, mesmo que ocupe cargos executivos, não possa ser avaliada, neste caso, está aberta a porta para o favoritismo e a tendenciosidade pessoais, tanto na contratação quanto na remuneração. O fato de que a interveniência de pessoas influentes desempenha certo papel no preenchimento de cargos no serviço público não deve ser atribuído a uma falha de caráter da parte dos responsáveis por preencher tais postos, mas ao fato de que, em princípio, não há qualquer critério objetivo para a determinação da qualificação do indivíduo para nomeação (MISES, 2010d, p. 119-120).

Essa lógica de favorecimentos políticos infelizmente se replica e acaba por se tornar uma realidade naqueles setores em que há regulação e intervenção estatal, lançando seus gestores, muitas vezes, mão de expedientes inadequados em um esforço para compensar determinadas ineficiências.

Importante destacar também que a regulação de determinados setores da economia, bem como o intervencionismo estatal, torna-se um verdadeiro empecilho para que novas empresas concorrentes se estruturam no mercado em condições igualitárias de competitividade, tendo em vista que as políticas regulatórias criam requisitos e empecilhos praticamente inatingíveis pelos novos empreendedores, que acabam por desistir de se aventurarem no nicho pretendido. Concebe-se, assim, uma reserva de mercado que acaba por favorecer aquelas minorias que se aproximam dos burocratas públicos e

---

<sup>36</sup> *Idem*, p. 112.

estabelecem com eles relações de compadrio para manutenção e, até mesmo, conquista de novos privilégios.

O efeito que essas políticas causam é a diminuição da qualidade dos serviços/produtos que é oferecida aos consumidores. A única razão pela qual esse resultado não se tornou mais visível é que os avanços do sistema capitalista têm sido sempre muito mais do que suficientes para contrabalançá-lo. Entretanto, (MISES, 2010) não há dúvida de que hoje todos estariam mais satisfeitos, se as regulações estatais não tivessem restringido as possibilidades de escolha dos consumidores <sup>37</sup>.

A teoria clássica da livre concorrência, portanto, destaca que há setores com condições de produção relativamente favoráveis e outros com condições relativamente desfavoráveis. Na ausência de interferência e regulações da parte dos governos, a realização de investimentos ocorre por si só, não importa quais sejam as condições de produção, comparadas às de outros lugares. Sem dúvida, os Estados, e até mesmo países, que detenham condições comparativamente favoráveis de produção, serão mais ricos do que outros (MISES, 2010) e, conseqüentemente, os consumidores possuirão maiores opções de escolha, o que acarretará como consequência uma oferta na queda de preços, bem como um aumento na qualidade dos produtos e serviços ora consumidos <sup>38</sup>.

Quaisquer que sejam os pré-requisitos para o desenvolvimento de qualquer empreendimento, o intervencionismo bem como a regulação estatal podem resultar somente numa única coisa: evitar que uma produção de qualidade seja efetuada e satisfaça de fato as expectativas dos consumidores e que as condições naturais e sociais lhe sejam mais favoráveis, fazendo com que, ao contrário, esta se efetive onde as condições sejam piores.

O resultado do intervencionismo e da regulação estatal, por conseguinte, será sempre a redução da produtividade do trabalho humano. Importante destacar que a livre concorrência está longe de negar os males e diversos problemas inerentes ao capitalismo e à liberdade empreendedora. O

---

<sup>37</sup> *Idem*, p. 147.

<sup>38</sup> MISES, Ludwig von. *Liberalismo Segundo a Tradição Clássica*. 2. Ed., Rio de Janeiro: Instituto Ludwig von Mises, 2010b, p. 148.

que se pode alegar é que os meios recomendados pelos intervencionistas e favoráveis a políticas regulatórias não são capazes de eliminar os problemas ora existentes.

Não obstante isso, os defensores da livre iniciativa propõem um caminho diferente. Para que se criem as indispensáveis condições para uma paz duradoura (MISES, 2010), uma das características da presente situação que se deseja mudar é o fato de que, em condições de livre concorrência e igualdade de competição, os prestadores de serviços apresentariam um serviço ou produto de melhor qualidade, o que só poderia se dar por um custo mais baixo, atendendo, pois, melhor os anseios dos consumidores<sup>39</sup>.

O setor da telefonia, assim como de planos de saúde, é grande exemplo de que políticas regulatórias podem gerar efeitos diversos daquele a que se propõe, pois acabam por limitar as opções de escolha dos consumidores, que acabam tendo que se contentar com a escolha dos serviços e produtos que sejam melhores.

Os defensores da livre concorrência, diversas vezes, têm sido censurados, com o argumento de que seus programas se mostram predominantemente negativos. Isso resulta, necessariamente, da própria natureza da liberdade. A exigência de liberdade consiste, essencialmente, na rejeição de algum tipo de reivindicação. Por outro lado, assim se pensa, o programa de partidos autoritários é positivo<sup>40</sup>:

Uma vez que, em geral, comportam a conotação de um julgamento de valor muito definido, os termos “negativo” e “positivo”, já envolvem uma tentativa sub-reptícia de descrédito do programa político do liberalismo. Não há necessidade de repetirmos aqui que o programa liberal (uma sociedade baseada na propriedade privada dos meios de produção) não é menos positivo do que qualquer outro programa político concebível.

O que é negativo no programa liberal é a negação, a rejeição e o combate a tudo que se coloca em oposição a este programa positivo. Nesta postura defensiva, o programa do liberalismo (e, relativamente a essa questão, a postura de cada momento) depende da posição que seus adversários assumem em relação a ele. Onde a oposição é forte, a investida do liberalismo também deve ser forte; onde for relativamente fraca, ou mesmo completamente escassa, umas

---

<sup>39</sup> *Idem*, p. 151.

<sup>40</sup> MISES, Ludwig von. *Liberalismo Segundo a Tradição Clássica*. 2. ed., Rio de Janeiro: Instituto Ludwig von Mises, 2010b. p. 151-152.

poucas e breves palavras são suficientes, dependendo da circunstância.

Por fim, uma vez que a oposição, confrontada pelo liberalismo, se tem modificado durante o curso da história, o aspecto defensivo do programa liberal tem também experimentado muitas mudanças.

Isto se torna bastante claro, da perspectiva do liberalismo, em relação à questão da liberdade de movimento. O liberal sustenta que toda pessoa tem o direito de viver onde desejar. Esta não é uma exigência “negativa”. Pertence à própria essência da sociedade, que se baseia no princípio da propriedade privada dos meios de produção de que todo homem pode trabalhar e dispor de seus ganhos como lhe aprouver. Este princípio só se reveste de caráter negativo, se nos deparamos com forças que visem à restrição da liberdade de movimento (MISES, 2010b, p.151-152).

Atualmente, sabe-se bem que as coisas assumiram posições bastante diferentes. As liberdades, não apenas de movimento, mas também de empreender, começaram a ser bastante cerceadas pelo intervencionismo estatal, tendo-se em vista as incontáveis regras e procedimentos burocráticos que, muitas vezes, são criados para que uma iniciativa consiga sair do papel.

Diversas medidas coercitivas muitas vezes adotadas pelos mais diversos órgãos do estamento burocrático acabam por promover reservas de mercado, bem como uma restrição da oferta de produtos e serviços que poderia ser disponibilizada aos consumidores.

As condições naturais de produção bem como de prestação de serviços são muito mais favoráveis naquelas ocasiões em que o intervencionismo é menor, e o nível de barreiras burocráticas impostas não inviabilizam a capacidade de inovação e criação que é inerente ao ser humano.

Ao criticar muitas vezes as iniciativas estatais que extrapolam seus poderes para limites inimagináveis, Rothbard (2012) destaca que:

Uma vez que o estado sobrevive necessariamente do confisco compulsório do capital privado, e uma vez que a sua expansão envolve necessariamente uma incursão cada vez maior sobre indivíduos e empresas privadas, é imperativo afirmar que o estado é uma instituição profunda e inerentemente anticapitalista. Em certo sentido, a nossa posição é o inverso da máxima marxista que diz que o estado é atualmente o “comitê executivo” da classe dominante, supostamente os capitalistas. Ao contrário, o estado — a organização dos meios políticos — é constituído pela — e é a fonte da — “classe dominante” (ou melhor, casta dominante) e está em permanente oposição ao capital genuinamente privado. Podemos, portanto, concordar com Jovenel:

Apenas aqueles que nada sabem sobre outras épocas senão a sua, que estão completamente às escuras quanto ao modo de funcionamento do Poder desde há milhares de anos, verão estes procedimentos como o fruto de um conjunto particular de doutrinas. Estas são, na realidade, as manifestações normais do Poder, e em

nada diferem na sua natureza em relação aos confiscos dos mosteiros realizados por Henrique VIII.

É o mesmo princípio em operação; o apetite por autoridade, a sede por recursos; e em todas estas operações estão presentes as mesmas características, inclusive o rápido crescimento daqueles que dividem os espólios. Seja socialista ou não, o Poder tem sempre de estar em guerra com as autoridades capitalistas e despojar os capitalistas da sua riqueza acumulada; ao fazê-lo, obedece às leis da sua própria natureza (ROTHBARD, 2012, p. 35-36).

É visível o incômodo das autoridades públicas diante de qualquer inovação que desafie a regulação, a exemplo do que está ocorrendo com o UBER e Netflix, havendo-se imediata reação daqueles setores que cresceram à custa de compadrio e monopólio do setor público.

Na seara da saúde, a situação não é distinta. Invariavelmente, propõem-se solutos intervencionistas para solucionarem-se problemas decorrentes do intervencionismo estatal. Cria-se ideia segundo a qual a instituição de agências reguladoras seja a melhor saída para assegurar um mínimo de qualidade a produtos e serviços consumidos. Ocorre, porém, que se despreza toda a capacidade regulatória que poderia realizar-se pelos próprios consumidores, os quais, por razões óbvias, ininterruptamente, irão optar pelo serviço que lhe oferecer melhor custo benefício.

### 3.2 DEFESA DO CONSUMIDOR

A preocupação com a tutela do consumidor pode observar-se no texto do art. 170 da CR/88, que cuida da ordem econômica fundada na valorização do trabalho e da livre iniciativa, tendo por fim assegurar a existência digna, conforme ditames da justiça social, conquanto observados determinados princípios fundamentais, principalmente a defesa do consumidor.

O art. 150, § 5º da CR/88, que trata das limitações ao poder de tributar, por vez, estabelece: “a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços” (BRASIL, 1988).

Ainda em nível constitucional, a preocupação com a tutela do consumidor está prevista também no art. 175 da CR/1988, quando alude a usuários de serviços públicos por intermédio de concessão ou permissão do

Poder Público, ao determinar que incumbe ao próprio Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Importante destacar que, em seu parágrafo único, a lei determina que disporá sobre os “*direitos dos usuários*”, no caso, e à evidência, “*usuários-consumidores*” dos mencionados serviços públicos concedidos ou permitidos (BRASIL, 1988).

Além do mais, vale a pena destacar também que, de forma clara, o art. 48 do ADCT expressa: “O Congresso Nacional, dentro de 120 dias da promulgação da Constituição, elaborará Código de Defesa do Consumidor”<sup>41</sup>, culminando-se, assim, na promulgação do texto da Lei nº 8.078/1990<sup>42</sup>.

Importante destacar que tamanha conquista se deveu ao movimento consumerista brasileiro, mediante a promoção, desde a década de oitenta, de encontros nacionais de entidades de proteção e defesa do consumidor. Destacam-se, aí, as iniciativas do Ministério Público brasileiro, que, em diversas ocasiões, reuniu-se para a apresentação de teses e estudos que poderiam agregar à iniciativa objeto de reflexões<sup>43</sup>.

Em estudo elaborado pelos autores do anteprojeto, destaca-se que:

Por fim, ainda neste tópico, destaca-se que as normas ora instituídas são de ordem pública e interesse social, o que equivale a dizer que são inderrogáveis por vontade dos interessados em determinada relação de consumo, embora se admita a livre disposição de alguns interesses de caráter patrimonial, como, por exemplo, ao tratar o Código da convenção coletiva de consumo em seu art. 107, dispondo que as entidades civis de consumidores e associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo (GRINOVER, 2005, p. 24).

---

<sup>41</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

<sup>42</sup> Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

<sup>43</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 22-24.

Uma das principais questões suscitadas quando o Código de Defesa do Consumidor passou a vigorar foi saber se a nova sistemática das chamadas cláusulas abusivas atingiria ou não os atos jurídicos praticados anteriormente.

O STJ determinou-se que, em se tratando de normas de Direito Econômico, sua incidência é imediata; alcançando-se, dessa forma, os contratos em curso, notadamente chamados “de trato sucessivo ou de execução continuada, em decorrência exatamente do caráter de normas de ordem pública”, conforme se extrai do voto proferido pelo relator, ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

Orlando Gomes, em obra dedicada ao Direito Econômico, analisando os aspectos jurídicos do dirigismo econômicos nos dias atuais, após assinalar que a sanção pela transgressão de norma de ordem pública é a nulidade, afirma: “Outro princípio que sobre alteração frente à ordem pública é o da intangibilidade dos contratos”. Sempre que uma nova lei é editada nesse domínio, o conteúdo dos contratos que atinge tem que se adaptar às suas inovações. Semelhante adaptação verifica-se por força da aplicação imediata das leis desse teor, sustentada com prática necessária à funcionalidade da legislação econômica dirigista (BRASIL, 1990).

Verifica-se assim a importância e a extensão do disposto do art. 1º do Código do Consumidor ao cunhar as locuções “ordem pública” e “interesse social”.

Importante destacar a relevância do conceito de Consumidor, cujo caráter é de essência econômica, ou seja, leva em consideração apenas o personagem que, no mercado de consumo, adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, em que o destinatário final pressupõe-se agir com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de outra atividade negocial.

Abstraiu-se do conceito de consumidor componentes de natureza sociológica, e até mesmo psicológica (GRINOVER, 2005), aqui se encarando o consumidor como o indivíduo (pessoa física ou jurídica) do qual se estudam as reações, a fim de se individualizarem os critérios à produção e às motivações internas que o levam ao consumo <sup>44</sup>.

Ressalta-se também que o legislador procurou abstrair-se de considerações de ordem literária e filosóficas, o que permite asseverar que a

---

<sup>44</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 27.

conceituação proposta pelo Código pátrio se acentua tão somente pelo aspecto jurídico do termo.

Abstraídas todas as conotações de ordem psicológicas, sociológicas e filosóficas, entende-se por consumidor qualquer pessoa física ou jurídica que, de forma isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição e locação de bens bem como a prestação de um serviço.

Verifica-se assim que não há como escapar da conceituação de consumidor como sendo partícipe das relações de consumo, que são relações jurídicas por excelência, com a preocupação de se tratarem desigualmente pessoas desiguais, tendo-se em vista manifesta posição de inferioridade deste perante fornecedores de bens e serviços <sup>45</sup>.

Um dos principais destaques do Código de Defesa do Consumidor reside na perspectiva que se deve adotar, ou seja, de considerar-se como vulnerável a parte que figura como hipossuficiente numa relação comercial. E isso pela simples constatação de que dispõem as pessoas jurídicas de força suficiente para sua defesa, enquanto o consumidor ou a coletividade de consumidores ficam desprotegidos e imobilizados pelos altos custos e morosidade crônica da justiça comum <sup>46</sup>.

Prevaleceu, entretanto, como em algumas legislações estrangeiras, a inclusão de pessoas jurídicas igualmente, enquanto consumidores de produtos e serviços, embora com as devidas ressalvas de que assim são entendidas aquelas como destinatárias finais dos produtos e serviços que adquirem e não como insumos necessários ao desempenho de sua atividade lucrativa.

Entende-se assim, contudo, por mais racional que sejam consideradas nesse caso, as pessoas jurídicas equiparadas aos consumidores vulneráveis, ou seja, as que não tenham fins lucrativos, mesmo porque a conceituação é indissociável da figura da fragilidade.

Importante destacar que os bens adquiridos devem ser bens de consumo e não bens de capital. Além do mais, é preciso que haja entre fornecedores e consumidores um desequilíbrio que desfavoreça o primeiro. Ou

---

<sup>45</sup> *Idem*, p. 31.

<sup>46</sup> *Idem*, p. 31.

seja, o CDC não veio para revogar o Código Comercial ou o Código Civil no que diz respeito a relações entre as partes iguais do ponto de vista econômico. Com isso, uma grande empresa não pode valer-se do CDC da mesma forma que um microempresário. Este critério, que, na lei é insuficiente, é, no entanto, o único que dá sentido a todo texto legal <sup>47</sup>.

Uma vez que a própria legislação contempla a pessoa jurídica enquanto consumidora, tal interpretação deve se dar, entretanto, de forma objetiva conforme cada caso concreto.

A própria legislação diz que não é só a pessoa física que é consumidora; a pessoa jurídica também o é:

E nesse sentido parece-nos essencial verificar-se o seguinte:

- a) se o consumidor-fornecedor na hipótese concreta adquiriu bem capital ou não;
- b) se contratou serviço para satisfazer uma necessidade ou que lhe é imposta por lei ou natureza de seu negócio, principalmente por órgãos públicos.

No primeiro caso, trazemos como exemplo a aquisição de alimentos, preparados ou não, para fornecimento aos operários de uma fábrica ou então a compra de máscaras protetoras contra poeiras tóxicas. No segundo, a contratação de serviços de dedetização de um galpão industrial ou serviços de educação para a creche construída para os filhos dos operários.

Resta evidente, por conseguinte, que eventuais deteriorações ou contaminações dos referidos alimentos em prejuízo da empresa adquirente a transforma em manifesta consumidora, assim como na hipótese de descumprimento das normas atinentes à fabricação das mencionadas máscaras contra poeiras tóxicas.

[...]

Diferentemente, não pode ser considerada consumidora a empresa que adquire máquinas para a fabricação de seus produtos ou mesmo uma copiadora para seu escritório e que venha a apresentar algum vício. Isto porque referidos bens certamente entram na cadeia produtiva e nada tem a ver com o conceito de destinação final (GRINOVER, 2005, p. 35).

Embora o CDC não conceba pessoas jurídicas como consumidoras, a realidade é que o texto legal faz essa análise de maneira limitada, não apenas em decorrência do princípio da vulnerabilidade da pessoa jurídico-consumidora, tal a pessoa física, como também pela utilização não profissional dos produtos e serviços <sup>48</sup>.

Cada caso deverá, portanto, ser analisado em separado, até mesmo porque o Código é destinado às pessoas mais fragilizadas no mercado

---

<sup>47</sup> *Idem*, p. 33.

<sup>48</sup> *Idem*, p. 36.

consumerista, havendo-se possibilidade de equipararem-se as pessoas jurídicas às pessoas físicas.

Consoante proposta desta dissertação, importante delimitar a prestação de serviços como objeto de relações de consumo, destacando-se, como exemplo, o que interessa ao escopo deste trabalho: os serviços prestados por operadoras de planos de saúde.

O art. 3º, em seu parágrafo 2º do CDC efetivamente menciona serviço como sendo “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Importante ressaltar com isso que, nesse conceito, não se inserem os tributos com tarifas; estas sim inseridas no contexto dos serviços ou, mais particularmente, “preços públicos”, pelos serviços prestados diretamente pelo Poder Público, ou então mediante sua concessão ou permissão pela iniciativa privada.

Ao contrário do que muito se propala, frisa-se: o Código de Defesa do Consumidor ora instituído não possui por principal objetivo fomentar a discórdia entre as partes que integram uma relação de consumo.

Muito pelo contrário, o CDC visa exatamente promover harmonia entre as relações consumeristas; porquanto, por um lado, efetivamente se preocupa com o atendimento das necessidades básicas dos consumidores; por outro, visa à paz daquelas, para tanto atendidos certos requisitos, dentre os quais as boas relações comerciais, a proteção da livre concorrência, do livre mercado, da tutela das marcas e patentes, inventos e processos industriais, programas de qualidade e produtividade; enfim, uma política que diz respeito ao mais perfeito possível relacionamento entre consumidores - todos nós em última análise, em menor ou maior grau – e fornecedores <sup>49</sup>.

Até por questão de lógica, são aqueles que propiciam o lucro e subsidiam os investimentos dos segundos, os quais, por seu turno, não podem prescindir dos bens da vida, ainda pelos segundos propiciados.

---

<sup>49</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 8 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 60-61.

Resta evidente que o consumidor, sobretudo quando não se dispõe a defender interesse ou direito seu, procura resolver suas pendências pelos meios menos custosos, e, muitas vezes, acaba, como posto por Grinover (2005), por se quedar inerte quando é necessário levar a pretensão de defesa de seus direitos para o âmbito judicial<sup>50</sup>.

Em relação à tutela da saúde e segurança dos consumidores, o CDC estabelece, em seus artigos 8º a 11, uma temática relacionada com o objetivo de garantir que não haja fornecimento de produtos ou serviços nocivos à saúde ou comprometedores da segurança dos consumidores.

Ao analisar a tutela dos consumidores sob uma ótica mais crítica, entretanto, Friedman (2015) destaca a importância das leis do mercado como mecanismo de controle de qualidade dos produtos e serviços que são oferecidos aos consumidores.

Adverte referido economista a respeito de alguns movimentos que tiveram início há alguns anos com o intuito de se conferirem maiores proteções ao direito dos consumidores, dentre os quais se destacam: a publicação da Primavera Silenciosa, de Rachel Carson; a investigação, pelo Senador Estes Kefauver, do setor de drogas; e o ataque de Ralph Nader ao Corvair, da General Motors, como sendo “sem medo de segurança em qualquer velocidade” e levaram a uma importante mudança interna, tanto na extensão, quanto no caráter do governo no envolvimento com o mercado, em nome de uma maior proteção e tutela dos consumidores, conforme Friedman (2015)<sup>51</sup>.

Após o início de referidos movimentos, o ritmo da intervenção acelerou-se consideravelmente depois do New Deal, sendo que metade das 32 agências existentes até 1966 foram criadas depois da eleição de Franklin Roosevelt, em 1932. Entretanto, em que pese referido acréscimo no número de agências reguladoras, a intervenção continuou moderada e focada apenas em algumas atividades industriais<sup>52</sup>.

Como consequência, as despesas do governo cresceram consideravelmente, ao passo que o crescimento dos EUA desacelerou

---

<sup>50</sup> *Idem*, p. 62.

<sup>51</sup> FRIEDMAN, Milton. *Livre para escolher: uma reflexão sobre a relação entre a liberdade e a economia*. Rio de Janeiro: Record, 2015. p. 278.

<sup>52</sup> *Idem*, p. 278.

drasticamente, visto que o surgimento de movimentos em prol do consumidor, movimentos ecológicos, bem como movimentos antinuclear, de certa forma, acabaram por fomentar uma onda de anticrescimento, em função da postura avessa a novos desenvolvimentos e inovações industriais.

Todo o período de revolução e desenvolvimento industrial, entretanto, de certa forma foi acompanhado por uma maior intervenção do governo em alguns setores. Nesse sentido, Friedman (2015) enfatiza:

Os produtos de má qualidade são todos produzidos pelo governo ou por indústrias reguladas pelo governo. Os produtos excepcionais são todos produzidos por empresas privadas com pouco ou nenhum envolvimento do governo. E, no entanto, o público - ou uma grande parte dele - foi persuadido de que as empresas privadas produzem produtos de má qualidade, de que precisamos de empregados do governo sempre vigilantes para impedir que as empresas nos empurrem produtos sem segurança, produtos enganadores a preços ultrajantes sobre clientes ignorantes, inocentes, vulneráveis. Essa campanha de relações públicas se saiu tão bem que estamos no processo de transferir para o tipo de pessoas que trazem nossa correspondência à tarefa muito mais crucial de produzir e distribuir energia.

[...]

A indústria ferroviária e a indústria automobilística oferecem um excelente exemplo da diferença entre um setor regulado pelo governo protegido da concorrência e um setor sujeito aos rigores plenos da concorrência. As duas indústrias servem ao mesmo mercado e, em última instância, proporcionam o mesmo serviço – transporte.

[...]

As ferrovias estão perdendo dinheiro e em processo de serem tomadas pelo governo. A indústria automobilística, por outro lado, estimulada pela concorrência nacional e estrangeira, e com liberdade para inovar, fez tremendos progressos, apresentando sucessivas inovações, de modo que os carros de cinquenta anos atrás são peças de museu.

Os consumidores se beneficiaram - e também os trabalhadores e acionistas da indústria automobilística. Algo impressionante - e trágico, por que a indústria automobilística agora está se tornando rapidamente uma indústria regulada pelo governo (FRIEDMAN, 2015, p. 282-283).

Ante esse incontestável exemplo, pode-se afirmar que a intervenção do governo no mercado está sujeita a leis próprias, ou seja, leis científicas. Todo ato de intervenção governamental institui situações de poder. Como esse poder será usado e para que finalidade constituem questões que dependem mais das pessoas que estão na situação de tomar o controle desse poder e dos seus propósitos do que das intenções e dos objetivos da intervenção, conforme Friedman (2015).

A Comissão Interestadual do Comércio de 1887 foi a primeira agência criada em grande parte por estadistas autoproclamados representantes dos consumidores e é um excelente exemplo para ilustrar a história da intervenção governamental no mercado.

Com o passar do tempo, a Comissão Interestadual de Comércio passou a ter poderes ampliados e a exercer um controle cada vez maior do setor ferroviário. Entretanto, a principal ameaça ao setor ferroviário surgiu em 1920, quando apareceram os caminhões de transporte de longa distância, visto que as tarifas de frete artificialmente elevadas fizeram com que a indústria de caminhões crescesse em proporções consideráveis, pelo fato de não serem regulamentadas e serem competitivas.

Diante desse contexto, o setor de ferrovias logo se mobilizou para que os transportes de longa distância por caminhões ficassem sob o controle da Comissão Interestadual do Comércio e tiveram êxito, conforme Friedman (2015):

A história das ferrovias se repetiu com o transporte de caminhões. Foi cartelizado, as tarifas foram fixadas, as rotas, determinadas. Com o crescimento do setor de transporte por caminhões, os representantes dos caminhoneiros vieram a ter cada vez mais influência na comissão e, aos poucos, passaram a substituir os representantes das ferrovias como força dominante. A ICC tornou-se tanto uma agência voltada para a proteção do setor caminhoneiro contra as ferrovias e os caminhões não regulamentados quanto para proteção das ferrovias os caminhões. Com isso, encobertou que estava, simplesmente, protegendo sua própria burocracia. (...) Desde essa época, a comissão tem sido muito relutante em conceder autorização para uma nova concorrente (FRIEDMAN, 2015, p. 278).

Os efeitos da regulação estatal não param por aí. Normas cada vez mais rígidas impediram que as ferrovias se adaptassem às mais recentes inovações, tais como o surgimento de automóveis, ônibus e aviões, como alternativa de transporte de passageiros de longa distância.

O ICC demonstra as consequências da história natural da intervenção governamental. Se por acaso a ICC não tivesse sido criada e se as forças do mercado tivessem obtido permissão para funcionar sem a intervenção do Estado, é bem provável que os EUA teriam hoje um sistema de transporte ainda mais sofisticado. O setor ferroviário provavelmente seria mais enxuto e eficiente, em consequência das maiores possibilidades de inovação tecnológica

mais estimulada pela concorrência e dos ajustes mais rápidos às novas modalidades e exigências de transporte.

Do mesmo modo, haveria mais empresas de transporte por caminhões como alternativa de viagens de volta sem ocupação e de rotas de desvio a que a regulamentação da ICC determina:

Todo modelo de transporte deveria ser radicalmente diferente, envolvendo, talvez, um uso muito maior de modos combinados de transporte. Uma das poucas formas lucrativas de funcionamento de ferrovias privadas nos últimos anos tem sido um serviço que transporta as pessoas e seus automóveis no mesmo trem.

[...]

Um argumento para não permitir que as forças do mercado atuem é a grande dificuldade de se imaginar o que seria o seu resultado. A única coisa certa é que nenhum serviço sobreviveria se os usuários não o valorizassem bastante para pagar por ele – e pagar por preços que rendessem às pessoas que oferecessem a o serviço uma renda mais adequada do que as alternativas à sua disposição. Nem os usuários nem os produtores poderiam por as mãos no bolso de ninguém para manter um serviço que não satisfizesse tal condição (FRIEDMAN, 2015, p. 295).

Em geral, o Estado cria seus próprios problemas e ele próprio apresenta como soluções mais intervencionismos para tentar sanar problemas decorrentes do intervencionismo estatal <sup>53</sup>.

O movimento ambientalista também consiste em outro exemplo no qual as áreas de intervenção estatal ocorreram mais rapidamente, pois preservar o meio ambiente e evitar a poluição é considerado tarefa importante na qual os governos têm relevante papel a desempenhar:

O governo é um meio pelo qual podemos tentar compensar a falha de mercado, usar nossos recursos mais efetivamente para produzir a quantidade de ar, água, e terra puros pelos quais estamos dispostos a pagar. Infelizmente, os próprios fatores que produzem a falha de mercado também tornam difícil para o governo obter uma solução satisfatória. Em geral, não é mais fácil para o governo identificar especificamente as pessoas prejudicadas e beneficiadas do que é para os participantes do mercado; não é mais fácil para o governo avaliar a quantidade de dano e de benefício para cada um. As tentativas de se usar o governo para corrigir as falhas de mercado quase sempre substituíram a falha de mercado pela falha de governo. As discussões públicas da questão ambiental frequentemente se caracterizam mais pela emoção do que pela razão. Grande parte disso ocorre como se a questão fosse poluição versus não poluição, como se fosse desejável e possível ter um mundo sem poluição. Isso é claramente absurdo (FRIEDMAN, 2015, p. 312-313).

---

<sup>53</sup> FRIEDMAN, Milton. *Livre para escolher*: uma reflexão sobre a relação entre a liberdade e a economia. Rio de Janeiro: Record, 2015. p. 293.

Outra dificuldade de se fazer uma análise racional da questão ambiental é a tendência de colocá-la como um bem ou um mal. Além do mais, a abordagem adotada na tentativa de controlar a poluição é a mesma da regulação das ferrovias e caminhões, do controle dos alimentos e medicamentos e da promoção da segurança de produtos <sup>54</sup>.

Como destacado, economistas, em sua maioria, concordam que um modo melhor de controle da poluição do que a regulação estatal consiste na disciplina de mercado cobrando impostos sobre a emissão de efluentes (FRIEDMAN, 2015), fazendo com que as empresas tivessem incentivos para manter o baixo índice de poluentes. A própria alíquota dos impostos ora propostos poderia variar conforme as experiências e observância dos seus resultados <sup>55</sup>.

O setor de energia também é um claro exemplo de que as estratégias de regulação e controle estatal, muitas vezes, podem produzir efeitos diversos daquele inicialmente proposto.

O embargo do petróleo nos EUA, instituído pelo cartel da OPEP, em 1973, conduziu a uma série de crises de energia e a intermináveis filas nos postos de gasolina. Tal situação criou um enorme transtorno para todos os consumidores, e a principal reação do governo foi criar organizações burocráticas para controlar e regular a produção e o uso de energia, culminando com a criação do Departamento de Energia no ano de 1977. Nesse sentido:

Houve uma crise de energia porque o governo criou. Naturalmente, o governo não fez isso de forma deliberada. Os presidentes Nixon, Ford, e Carter nunca mandaram uma mensagem ao Congresso pedindo que legisse uma crise de energia nem longas filas para a gasolina. Desde que o presidente Richard Nixon congelou os salários e os preços em 15 de agosto de 1971, o governo impôs preços máximos para o petróleo bruto, para a gasolina no varejo e para outros produtos do petróleo. Infelizmente, o quadruplicar dos preços do petróleo bruto pelo cartel da Opep em 1973 impediu que a imposição desses preços máximos fosse abolida quando a de todos os outros foi. Preços máximos estipulados por lei para produtos derivados do petróleo – este foi o elemento fundamental comum tanto à Segunda Guerra Mundial quanto ao período posterior a 1971.  
[...]

---

<sup>54</sup> *Idem*, p. 314.

<sup>55</sup> *Idem*, p. 135.

Há um modo simples de acabar com a crise de energia e a escassez de gasolina amanhã – e queremos dizer amanhã mesmo, não daqui a seis meses, nem daqui a seis anos. Acabe com todos os controles de preço do petróleo bruto e outros produtos do petróleo (FRIEDMAN, 2015, p. 317-318).

As empresas privadas podem contar que colherão benefícios somente se tiverem confiança de que os preços futuros não serão controlados, caso contrário, serão sempre sujeitos a todo jogo de interesses inerentes ao poder público <sup>56</sup>.

A partir dos exemplos apresentados, pode-se verificar que nas ocasiões em que o Estado realizou intervenções na atividade econômica, o resultado foi muito aquém do esperado e, ao final, os consumidores acabaram sendo os principais prejudicados em função da regulação estatal, suportando, assim, serviços caros e de duvidosa qualidade.

Por outro lado, se um determinado comerciante oferece ao consumidor um produto de qualidade inferior ou preço mais alto do que outros, não se continuará a comprar no referido estabelecimento comercial. Portanto, os comerciantes sempre estão em busca de excelência e oferecem, inclusive, garantias para atrair novos compradores, sob pena de ter que fechar as portas.

Esta é a diferença básica entre o mercado e o governo. Na primeira hipótese, o consumidor possui ampla liberdade de escolha. Já no segundo caso, a exemplo do que ocorre com as operadoras de plano de saúde, as opções tornam-se muito mais reduzidas a um pequeno número de empresas, que na maior parte dos casos oferecem um serviço ou produto de qualidade duvidosa.

Os defensores da regulação econômica, entretanto, sempre irão alegar que, se o Estado não interferir na economia, há risco de que o consumidor possa vir a suportar produtos ou serviços alterados ou que possam colocar sua integridade em risco.

Trata-se, todavia, de uma estratégia bastante duvidosa de se conquistarem clientelas leais e fiéis, visto que as hipóteses de erros ou acidentes podem ocorrer em qualquer circunstância. A principal diferença consiste no fato de que, se uma empresa privada comete erros, a mesma pode ter que vir a fechar as portas, havendo-se nesse caso uma preocupação maior

---

<sup>56</sup> *Idem*, p. 320-321.

com a qualidade dos produtos e serviços que na maior parte das vezes são ofertados aos consumidores.

Surgirão sempre casos nos quais ocorrerão efeitos adversos imprevisíveis, e o poder público, em hipótese alguma, possui melhores meios de prever ocorrências do que a iniciativa privada, sendo que o único meio de se precaver de quaisquer adversidades seria evitar qualquer iniciativa empreendedora <sup>57</sup>.

A concorrência não protege o consumidor apenas porque os empresários são pessoas mais caridosas ou prestativas do que os burocratas, ou porque são mais altruístas e generosos, ou até mesmo porque sejam mais competentes, senão é do próprio interesse do empresário servir ao consumidor, como disserta Friedman (2015).

Assim:

Sem a Comissão de Segurança dos Produtos de Consumo, como o consumidor poderá avaliar a qualidade de produtos complexos? A resposta do mercado é que ele não tem de ser capaz de avaliar a escolha por si mesmo. Ele tem outras referências para fazer sua escolha. Uma delas é recorrer a um intermediário. A principal função econômica de uma loja de departamentos, por exemplo, é monitorar a qualidade em nosso proveito. Nenhum de nós é especialista em todos os artigos que compramos, nem mesmo nos mais triviais, como camisas, gravatas ou sapatos. Se compramos um artigo que veio com defeito, o mais provável é que nós o desenvolveremos para o comerciante varejista de quem o compramos, não ao fabricante. O comerciante varejista está em uma condição muito melhor de avaliar a qualidade do que nós.

[...]

Outro recurso ainda é a organização privada que faz pesquisas. Esses laboratórios de testes são comuns na indústria e tem um papel extremamente importante na certificação da qualidade de uma vasta gama de produtos.

[...] E quanto a [sic] alegação de que os consumidores podem ser manipulados em uma propaganda? Nossa resposta é de que eles não podem, como testemunha diversos fiascos da publicidade (FRIEDMAN, 2015, p. 322-323).

O principal fator responsável pela formação de monopólios não está na iniciativa privada, pauta-se na reserva de mercado ocasionada pela intervenção/regulação estatal, mediante a criação de requisitos normativos capazes de serem atendidos apenas por uma minoria de prestadores que já se consolidaram no mercado, por meio da prestação de serviços de qualidade

---

<sup>57</sup> FRIEDMAN, Milton. *Livre para escolher: uma reflexão sobre a relação entre a liberdade e a economia*. Rio de Janeiro: Record, 2015. p. 321-323.

duvidosa. Na maior das hipóteses, entretanto, essa minoria não conta com a devida satisfação da maioria dos consumidores, os quais se veem sem opção para escolher serviços que possam de fato corresponder às suas expectativas. Com isso, como ocorre na prestação de serviços por parte de planos de saúde, a exploração desse nicho econômico fica restrito a um pequeno número de empresas.

Em 1920, nos EUA, o evangelista Billy Sunday saudou a primeira tentativa de proibição de bebidas alcoólicas com os seguintes dizeres, conforme Friedman (2015), a proibição seria imposta para o bem da própria população. Entretanto, o resultado de toda essa iniciativa culminou em uma maior ingestão de bebidas alcoólicas em crime contra o Estado. A proibição não acabou com a ingestão de bebidas alcoólicas, mas, na realidade, converteu cidadãos obedientes em infratores da lei.

Até mesmo as pessoas que administravam as agências reguladoras espantaram-se com a situação e recuaram. Quanto ao restante da população, sua reação em face das tentativas mais extremadas de controle de comportamento é ampla evidência de que preferem a liberdade ao intervencionismo regulatório estatal <sup>58</sup>.

### 3.3 LIMITES DA INTERVENÇÃO ECONÔMICA

A questão do intervencionismo estatal será desenvolvida neste tópico com fulcro na seguinte problemática: quais são os problemas decorrentes da intervenção econômica na iniciativa privada? É possível conseguir resultados positivos a partir dessas intervenções? Quais seriam os limites da intervenção econômica do Estado?

A princípio, importante destacar o conceito de intervenção (MISES, 2010b):

Intervenção é uma norma restritiva imposta por um órgão governamental, que força os donos dos meios de produção e empresários a empregarem estes meios de uma forma diferente da que empregariam. Uma “norma restritiva” é uma regra que não faz parte de um esquema socialista de regras, ou seja, de um esquema

---

<sup>58</sup> FRIEDMAN, Milton. *Livre para escolher*: uma reflexão sobre a relação entre a liberdade e a economia. Rio de Janeiro: Record, 2015. p. 328-329.

de regras que regulamenta toda a produção e distribuição, substituindo, desta forma, a propriedade privada dos meios de produção pela propriedade pública desses meios. As regras da economia privada podem ser muito numerosas, mas, como não visam direcionar toda a economia e substituir a motivação para o lucro dos indivíduos pela obediência, enquanto força geradora de atividade humana, devem ser consideradas como normas limitadas. Por “meios de produção” entendemos todos os bens classificáveis em categorias mais elevadas, inclusive os estoques de produtos acabados que, estando na posse dos comerciantes, ainda não chegaram aos consumidores (MISES, 2010b, p. 21).

Importante diferenciar os dois tipos de regras. Uma delas reduz ou impede, diretamente, a produção econômica, enquanto a outra procura fixar preços que diferem dos preços de mercado. Ao primeiro denomina-se grupo de “restrições de produção”; ao segundo, geralmente conhecido como grupo de controles de preços, denomina-se grupo de “interferência na estrutura de preços”, conforme disserta Mises (2010b) <sup>59</sup>.

Em relação à modalidade de restrições de produção, pode-se afirmar que o governo ou o Estado podem, por meio da coerção, propor medidas intervencionistas, tais como ocorre nessa modalidade.

Se o Estado alcançará ou não os resultados pretendidos nessa iniciativa, é outra questão. É possível que o governo pratique medidas intervencionistas mesmo quando esteja ciente das consequências, podendo, em muitos casos, atingir outros objetivos que não sejam econômicos, considerados até mesmo mais importantes do que a própria restrição de preços.

Já as intervenções nos preços visam determinar preços diversos daqueles que seriam praticados em um contexto de livre mercado. Entretanto, tal medida governamental não poderia resolver quaisquer problemas relacionados às relações comerciais. Conforme destaca Mises (2010b):

Na vigência ideal das leis do mercado, oferta e demanda coincidem. No momento em que o governo decreta um preço mais baixo, a demanda passa a ser maior, e a oferta continua inalterada. Consequentemente o suprimento existente não será suficiente para atender à demanda pelo preço fixado. Parte da demanda deixará, então, de ser atendida. O mecanismo do mercado, que normalmente aproxima demanda e oferta pelas mudanças de preços, para de funcionar. Os consumidores que querem pagar o preço oficial ficam de mãos vazias, porque os primeiros compradores ou aqueles que conheciam pessoalmente os vendedores terão comprado o estoque

---

<sup>59</sup> *Idem*, p. 21.

inteiro. Assim, se o governo quiser evitar as consequências de sua própria intervenção - que, afinal, são exatamente o contrário do que pretendia - deve lançar mão do racionamento como medida complementar ao controle de preços e de ordens de liberação dos estoques. Dessa forma, é o governo que vai determinar a quantidade de um produto que pode ser vendida para cada comprador, ao preço tabelado (MISES, 2010b, p. 24).

Pode-se compreender, a partir de uma observação das últimas décadas, o resultado destrutivo provocado pela intervenção estatal na iniciativa privada, sendo que, desde o desaparecimento do liberalismo clássico, o intervencionismo tem sido a essência política praticada na maioria dos países da Europa e da América. A própria ineficiência e corrupção inerente aos órgãos controladores não abala a confiança na infalibilidade do Estado, aumentando-se a aversão de investidores e empreendedores nas iniciativas estatais. Coadunando com esse pensamento, Mises (2010b) disserta que:

Entretanto, a violação da lei não é simplesmente um mal que precisa ser erradicado para que se crie um paraíso na terra, não é um mal que nasce da fraqueza humana, extremamente difícil de ser exterminado, como os estadistas tão ingenuamente proclamam. Se todas as leis intervencionistas fossem realmente observadas, levariam a uma situação de absurdo. Todas as engrenagens acabariam parando, emperradas pelo braço forte e inoperante do governo.

[...]

Na verdade, a opinião pública não está errada em suspeitar de corrupção em todos os cantos do estado intervencionista. A corruptibilidade dos políticos, deputados e funcionários é a própria base do sistema. Sem ela, o sistema se desintegraria e seria substituído ou pelo socialismo ou pelo capitalismo. O liberalismo clássico considerava melhores as leis que não propiciavam total plenipotência às autoridades executivas, por diminuírem as ocasiões de arbitrariedades e abusos.

O estado moderno, ao contrário, procura expandir essa plenipotência; tudo deve ser deixado a critério dos funcionários competentes (MISES, 2010b, p. 29).

Pode-se afirmar também que o intervencionismo se tornou tolerável por causa de descasos daqueles que, em tese, seriam os responsáveis pela execução das leis. Considera-se mesmo que as interferências nos preços podem perder seu poder restritivo quando os empresários conseguem sanar uma determinada situação através de dinheiro ou da persuasão.

Todos estão de acordo, entretanto, que tudo seria melhor se não houvesse intervenção. Afinal, a opinião pública sempre procura a acomodação. O intervencionismo, como observa Mises (2010b), é visto como um tributo que

deve ser pago à democracia, para que se possa preservar o sistema capitalista<sup>60</sup>.

Não é possível calcular qual seria o reflexo na qualidade e na quantidade desses produtos e serviços, se não houvesse gasto de mais energia e dinheiro, ou seja, se o governo, com suas iniciativas, não agravasse as coisas, com suas medidas de viés intervencionista. Os estatistas e os socialistas, na dicção de Mises (2010b), são os principais responsáveis por fomentarem as principais crises que assolam a economia mundial desde o término da Segunda Guerra Mundial<sup>61</sup>.

Não se pode afirmar, contudo, que a eliminação instantânea de todos os obstáculos para o bom funcionamento da ordem econômica acabaria imediatamente com as consequências de muitas décadas de intervenção.

Os adeptos e defensores do intervencionismo estatal correntemente apelam para a tese segundo a qual o liberalismo se trata de algo ultrapassado, e que, atualmente, eles dizem viver em uma era de política econômica construtiva, ou seja, intervencionista. O curso da história não pode voltar atrás, e aquilo que passou não pode ser restaurado. Conforme Mises (2010b), quem invoca o liberalismo clássico e, dessa forma, alardeia que a solução é a “volta a Adam Smith” está pedindo o impossível<sup>62</sup>.

Importante destacar que o liberalismo não é estático, hermético em um dogma rígido, consistindo-se, assim, em uma aplicação dos princípios da ciência à vida social do homem, a política. A economia e as ciências sociais deram largos passos desde que se introduziu a teoria liberal. Assim, também o liberalismo teve de mudar, embora seu ideário básico tenha permanecido inalterado. Quem estudar o liberalismo moderno, logo descobrirá as diferenças entre os dois. Concluirá que o conhecimento do liberalismo, como pontua Mises (2010b), não pode provir apenas de Adam Smith, e que o pedido de

---

<sup>60</sup> *Idem*, p. 31.

<sup>61</sup> *Idem*, p. 32-33.

<sup>62</sup> MISES, Ludwig von. *Uma Crítica ao Intervencionismo*. 2. ed., Rio de Janeiro: Instituto Ludwig von Mises, 2010. p. 52.

revogação das medidas intervencionistas não corresponde ao movimento chamado “volta a Adam Smith”<sup>63</sup>.

Em estudos realizados por Rothbard (2012), na obra “Governo e Mercado”, destacam-se as seguintes modalidades de intervenção:

Quais tipos de intervenção o invasor pode cometer? De modo geral, podemos destacar três categorias. Na primeira, o invasor pode obrigar um determinado indivíduo a fazer ou impedi-lo de fazer algo que envolva direta e unicamente a sua pessoa ou propriedade. Em suma, restringe o uso da propriedade de tal indivíduo, nos casos que não envolvem troca. Isto pode ser chamado de intervenção autística, pois envolve somente o próprio sujeito. Na segunda categoria de intervenção, o invasor pode forçar uma troca entre ele mesmo e o sujeito, ou oferecer um “presente” coercitivo. Na terceira categoria, o invasor pode compelir ou proibir a troca entre dois indivíduos. A categoria precedente pode ser chamada de intervenção binária, uma vez que a relação hegemônica é estabelecida entre duas pessoas (o invasor e o sujeito); e esta terceira categoria pode ser chamada de intervenção triangular, já que a relação hegemônica é criada entre o invasor e dois permutadores – reais ou em potencial. O mercado, por mais complexo que seja, consiste numa série de trocas entre pares de indivíduos. Não obstante a abrangência das intervenções, estas podem ser segregadas e classificadas por seus impactos unitários tanto em sujeitos individuais quanto em pares de indivíduos (ROTHBARD, 2012, p. 32).

Por conseguinte, em um primeiro instante, analisar a intervenção é contrastar o resultado direto nas utilidades dos participantes com o resultado que seria obtido na sociedade em que se pratica o livre mercado.

Quando as pessoas, sejam físicas ou jurídicas, são livres para agir, sempre agirão de um modo que creem lhes maximizará a utilidade, isto é, far-lhes-ão subir ao patamar mais elevado possível, de acordo com suas escalas de valores<sup>64</sup>.

A intervenção coercitiva, principalmente na esfera econômica, por outro lado, significa que um ou mais indivíduos coagidos não teriam feito o que estão fazendo, não fosse pela intervenção.

O indivíduo coagido a dizer ou não algo, a fazer ou não troca com o interventor, tem suas ações modificadas por ameaça de violência que, a qualquer momento, poderá ser praticada pelo Estado, culminando com a perda

---

<sup>63</sup> *Idem*, p. 52.

<sup>64</sup> ROTHBARD, Murray N.. *Governo e Mercado: A Economia da Intervenção Estatal*. Trad. de Márcia Xavier de Brito. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises. Brasil, 2012. p. 34.

da utilidade do indivíduo coagido, pois sua ação alterou-se pelo impacto coercitivo <sup>65</sup>. De forma enfática, disserta Rothbard (2012):

Antes do desenvolvimento da ciência econômica, as pessoas pensavam em trocas e mercados como instrumentos que sempre beneficiavam uma parte em detrimento da outra. Esta é a fonte da visão mercantilista de mercado. A economia mostra que isso é uma falácia, pois, no mercado, ambas as partes se beneficiam com as trocas. No mercado, portanto, não pode haver algo como exploração. Mas a tese de conflito de interesses é verdadeira quando o estado ou qualquer outra agência intervém no mercado; pois, então, o interventor ganha somente em detrimento do sujeito que perde em utilidade. No mercado tudo é harmonia. No entanto, logo que a intervenção aparece e é estabelecida, o conflito é criado, pois cada um luta para ser, por fim, um ganhador, e não perdedor, ou seja: ser parte do time invasor, em vez de uma das vítimas (ROTHBARD, 2012, p. 35).

Ao analisar o fenômeno do intervencionismo estatal na América Latina, Barbieri (2013) ressalta que os defensores deste acreditam na sabedoria de uma posição intermediária entre os extremos coletivista e liberal, vistos como inerentemente dogmáticos e extremistas. Entretanto, contraditoriamente, esse discurso é muito pouco tolerante: qualquer discussão sobre o papel do Estado ou sobre a lógica da ação estatal é enfaticamente vetada. Impõe-se então que a análise das intervenções estatais deve ser sempre pragmática, caso a caso, de forma que o sistema intervencionista em si não possa jamais ser contestado. O resultado disso é uma forma de historicismo: as intervenções estatais na economia não seriam sujeitas a nenhuma regularidade que mereça uma teoria <sup>66</sup>.

A possibilidade de expropriação tributária, denominada por Frederic Bastiat de pilhagem legal, cria condições favoráveis e gera, conforme sublinha Barbieri (2013), uma tendência ao crescimento do Estado e de sua interferência nos mercados. Aliás:

Essa situação, por sua vez, aumenta o ganho de se dedicar a atividade de busca de renda em comparação a atividade de produção e troca voluntária, levando a estagnação econômica. Além disso, as intervenções geram consequências opostas do intencionado, como enfatiza Hayek. Além disso, políticas keynesianas que pretendiam estabilizar as economias geraram déficits crônicos, que perpetuaram

---

<sup>65</sup> *Idem*, p. 34.

<sup>66</sup> BARBIERI, Fábio. *A Economia do Intervencionismo*. 1 ed., Rio de Janeiro: Instituto Ludwig von Mises, 2013. p. 95.

os desequilíbrios macroeconômicos; a construção do estado de bem-estar, por sua vez, falhou em resgatar a população da pobreza, causando dependência do Estado e enrijecendo a economia, prejudicando o crescimento econômico (BARBIERI, 2013, p. 96).

Os equívocos cometidos pelos governantes, entretanto, geram demanda por mais intervenção, na medida em que os próprios erros são contabilizados pela ideologia intervencionista ao capitalismo (ou até mesmo a um suposto neoliberalismo) e não ao próprio intervencionismo estatal. Novas intervenções são adotadas para corrigir o que, em verdade, – e conforme Barbieri (2013) – é fruto de intervenções anteriores praticadas de forma equivocada, reforçando-se, dessa forma, a fase do ciclo de expansão do estatal<sup>67</sup>.

Quando as drásticas consequências das intervenções econômicas causam danos graves o bastante, a ideologia intervencionista diminui um pouco sua influência, mas não cessa suas medidas e atuações. Até mesmo os defensores menos radicais do Estado interventor descobrem que é impossível criar riqueza por decreto, por impressão de moeda ou por gastos públicos.

No Brasil, o simples reconhecimento de que “não existe almoço grátis” foi taxado de neoliberal (termo fictício, pois o liberalismo não teve suas bases alteradas para ser chamado de novo), embora o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso tenha preferido explorar outras fontes de financiamento do Estado a de fato promover reformas liberais. Contudo, algumas dessas reformas, mesmo tímidas, foram implantadas, o tamanho do Estado continuou aumentando, conforme Barbieri (2013)<sup>68</sup>.

Importante destacar que é o acúmulo de falhas de governo e não um inexistente liberalismo que explica a falta de alternativas de políticas econômicas à disposição dos governantes e que muito poderiam trazer benefícios aos consumidores, conforme Barbieri (2013)<sup>69</sup>.

Ressaltam-se, mais uma vez, as lições de Barbieri (2013):

Vivemos sob um sistema econômico intervencionista. Mas, surpreendentemente, é raro encontrar nos escritos dos economistas

---

<sup>67</sup> *Idem*, p. 97.

<sup>68</sup> *Idem*, p. 98.

<sup>69</sup> *Idem*, p. 98.

modernos análises sobre a lógica do intervencionismo visto como um sistema econômico, com exceção dos economistas austríacos. Neste capítulo revisaremos os fundamentos da análise desses autores sobre o assunto.

Ao analisar o intervencionismo como um sistema econômico, os austríacos retomam uma tradição típica da economia clássica. A Riqueza das Nações de Smith, por exemplo, se lida na íntegra, se revela uma comparação do desempenho econômico de conjuntos de instituições liberais e intervencionistas – denominadas “sistemas de liberdades naturais” e “mercantilismo”, respectivamente. Da mesma forma, nos escritos de economistas antigos, como Turgot, Say, Bastiat e outros autores, na sua maioria franceses, podemos constatar a centralidade da crítica ao intervencionismo.

[...]

Ludwig von Mises, porém, retomou no século XX a tradição clássica de crítica ao intervencionismo, desenvolvendo ao longo de sua carreira uma extensa análise de vários aspectos desse sistema econômico, desde o exame de sua ideologia e estudos históricos sobre suas consequências até trabalhos teóricos sobre o funcionamento da burocracia estatal e também sobre a crítica ao sistema econômico intervencionista. A respeito desse último tópico, não contente em estabelecer a tese sobre a inviabilidade do socialismo (tese até hoje sem respostas satisfatórias), Mises mostrou que a alternativa intervencionista tampouco consiste em um sistema econômico viável, pois as contradições inerentes ao mesmo o tornam instável, tendendo sempre para os limites de uma economia livre ou controlada centralmente (BARBIERI, 2013, p. 101-103).

Ao longo da evolução do processo intervencionista, o fator ideológico acaba por exercer papel relevante, visto que, sob a ótica estatista, cada fracasso de nova intervenção gera demandas por novas intervenções. Por conseguinte, as culpas dos problemas nunca recaem sobre os Estado em si, mas sim sobre as leis e o suposto egoísmo dos empreendedores e agentes econômicos. Portanto, como disserta Barbieri (2013), a moralidade da própria sociedade é corroída e entra em uma espécie de ciclo, pois as novas e rigorosas leis criadas para resolver problemas decorrentes do intervencionismo acabam por gerar novos problemas que atentam contra o interesse público <sup>70</sup>.

O sistema econômico intervencionista (ou mercantilista) encontra-se regido por duas forças, quais sejam:

- a) devido ao conhecimento limitado dos agentes públicos, as políticas econômicas geram consequências não intencionais que são em geral opostas ao que foi desejado pelos seus formuladores e;
- b) devido ao autointeresse, inclusive dos mesmos agentes públicos, as intervenções geram a exploração da maioria por meio de privilégios concedidos a grupos de interesse. A interação entre esses dois tipos de fatores atuantes nos sistemas econômicos intervencionistas gera uma dinâmica de crescimento do estado difícil

---

<sup>70</sup> *Idem*, p. 103.

de reverter, o que, no entanto, pode ocorrer quando o acúmulo dos fracassos causados pelas intervenções resulta em uma crise mais aguda, que ameaça até mesmo a renda dos exploradores instalados no poder, o que por sua vez pode gerar um clima propício a reformas<sup>71</sup> (BARBIERI, 2013, p. 109).

Embora bastante controverso, um sistema predominantemente intervencionista dificilmente é abandonado, já que, por um lado, ninguém renuncia – de pronto – a tamanhos e fartos privilégios; e, por outro, no que diz respeito ao aspecto ideológico, o conhecimento necessário para a compreensão do funcionamento comparado das ordens sociais espontâneas e das estruturas hierárquicas contraria o senso comum, em qualquer período histórico, conforme observa Barbieri (2013)<sup>72</sup>.

Sendo assim, é de se esperar que o sistema intervencionista seja constante ao longo da história e, uma vez instalado, seja bastante duradouro. De fato, pode-se encontrá-lo em diversas civilizações e em diferentes períodos, assim como os problemas econômicos daí decorrentes.

Os efeitos drásticos da ausência ou violação aos direitos de propriedade, presentes nos controles de preços, nos aumentos do estoque de moeda por parte dos governos, nas proibições e restrições ao comércio exterior e nas restrições à atividade econômica livre em geral repetem-se uniformemente, seja na China Antiga, no Império Romano, na Europa Medieval, no mundo árabe na mesma época ou nos Estados Unidos no século XX, e seja na totalidade dos países da América Latina no século XXI, conforme a dissertação de Barbieri (2013)<sup>73</sup>.

Insofismáveis, são incontáveis os exemplos de análises feitas por autores que viveram nessas diversas culturas que são surpreendentemente consistentes no que se referem às consequências das intervenções econômicas estatais. Estudos, aliás, indicam a relevância de se analisar tal

---

<sup>71</sup> *Idem*, p. 109.

<sup>72</sup> BARBIERI, Fábio. *A Economia do Intervencionismo*. Rio de Janeiro: Instituto Ludwig von Mises, 2013. p. 109.

<sup>73</sup> *Idem*, p. 109.

temática a cada caso concreto de práticas intervencionistas praticadas pelo Estado, conforme dissertação de Barbieri (2013) <sup>74</sup>.

Em relação à temática proposta neste trabalho, os problemas decorrentes do intervencionismo estatal repetem-se. Naquelas situações em que os prejuízos causados aos consumidores forem concretos, estes podem fundamentar a tutela de seus direitos na principiologia e fundamentos da república, que assegura a tutela da liberdade, erigindo-a como direito fundamental; bem como na livre iniciativa, constituidora de um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, no intuito de que ao menos no caso concreto, o intervencionismo estatal possa ser mitigado nas hipóteses em que o judiciário seja devidamente provocado.

---

<sup>74</sup> *Idem*, p. 109.

#### 4 AUTONOMIA E ESTRATÉGIAS REGULATÓRIAS

A Administração Pública, no século XIX, revela-se um instrumento à execução da lei, subordinada ao Poder Executivo, e constitui um modo de agir da autoridade governamental. A crença no Estado mínimo correspondeu a uma Administração mínima, protegida pela burocracia.

A organização administrativa, por vez, era unitária e centralizada, prevalecendo o princípio da hierarquia, o qual guiava a relação dos indivíduos no interior da Administração, formando as cadeias de comando. Pregava-se a formalidade excessiva dos atos administrativos, conforme Medauar (2003), repousada na supervalorização do princípio da legalidade (tradição liberal).

O respeito à liberdade e à livre iniciativa de mercado foram princípios informadores do Estado liberal que influenciaram a Administração Pública nesse período.

Nesse sentido, Pereira (*apud* PEREIRA; SPINK, 1998b), com precisão, disserta:

[a] democracia e a administração pública burocrática emergiram como as principais instituições que visavam a proteger o patrimônio público contra as privatizações do Estado. Democracia é o instrumento político que protege os direitos civis contra a tirania, que assegura os direitos sociais contra a exploração [...]. Burocracia é a instituição administrativa que usa, como instrumento para combater o nepotismo e a corrupção [...], os princípios de um serviço público profissional e de um sistema administrativo impessoal, formal e racional<sup>75</sup> (PEREIRA *apud* PEREIRA; SPINK, 1998b, p. 26).

A teoria tece críticas a esse modelo inicial adotado pela Administração Pública. Esta acabou por se fechar em si, pouco havendo comunicação entre Estado e sociedade, a despeito de a ideologia do Estado no século XIX valorizar o indivíduo e seus direitos. Segundo Medauar (2003), a Administração “manteve o indivíduo na condição de súdito” de um “deficiente jurídico” em relação às recusas estatais.

Apesar do progresso da organização burocrática da administração (PEREIRA; SPINK, 1998b), o século XX foi marcado pela ampliação do papel socioeconômico do Estado, e a estratégia principal da esfera administrativa (o

---

<sup>75</sup> PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do Setor Público: Estratégia e Estrutura para um Novo Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. 2. ed., Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998. p. 26.

controle hierárquico-formalista dos procedimentos) demonstrou ser inadequada, pois, mesmo evitando o nepotismo e a corrupção, era lenta, dispendiosa e ineficiente.

Nessa conjuntura, a Administração Pública, entre as décadas de 1930 e 1990, passou por intensa ampliação, assumindo novos papéis à medida que as funções estatais aumentavam. Conforme Medauar (2003), a expansão da Administração ocorreu no sentido estrutural e no sentido de desempenho das atividades.

Com relação à estrutura, multiplicaram-se os órgãos centrais e se criaram diversos entes dotados de personalidade jurídica própria, atuantes nos setores específicos da sociedade. Representou a superação da concepção da Administração unificada pela Administração desagregada.

Com relação às atividades, houve uma ampliação das funções desempenhadas pelos órgãos e entes da Administração, que agora revelava a burocracia prestacional típica do Estado social. Com o incremento de funções e crescente tecnização da atividade, foi necessário o recrutamento de pessoas especializadas para os setores regulados.

Para atender a demanda social, além de incrementar a estrutura e as atividades da Administração, foi imperativo estabelecerem-se formas de controle mais eficientes dos atos administrativos. Então, além dos controles clássicos de legalidade e hierarquia, surgiram os controles de produção, de resultados, pautados no princípio da eficiência administrativa.

Registra-se, como se observa em Medauar (2003), uma crise generalizada da gestão pública, marcada principalmente pelo sucateamento das estruturas públicas e pela crise fiscal.

O Estado não conseguia conciliar a prestação dos serviços públicos de forma eficiente com os crescentes gastos oriundos dos monopólios. Não se modernizou a Administração, que não conseguiu acompanhar a evolução dos anseios populares com o excesso desorganizado de estruturas ineficientes.

Nesse cenário de crise, surgem diversas propostas de reforma da Administração Pública. Como ensina Kettl (1998, p.23), desde “os primeiros anos 80, vê-se crescer em todo o mundo uma onda global de reforma do setor público. Praticamente todos os governos têm empreendido esforços para modernizar e agilizar a administração pública”. Por conseguinte, a

Administração Pública gerencial (PEREIRA; SPINK, 1998) surge como resposta à crise estatal e tem como características básicas a orientação para o cidadão, a obtenção de resultados, a descentralização e o incentivo à inovação.

As reformas econômicas tiveram importância acentuada, visto que a ingerência estatal do século XIX foi a responsável pela crise. Dessa maneira, buscou-se a liberalização de mercados, as privatizações e a desregulação.

Nas palavras de Pereira e Spink (1998, p.35), a “administração pública gerencial envolve uma mudança na estratégia de gerência, mas essa nova estratégia deve ser posta em prática em uma estrutura administrativa reformada”, que se baseia na descentralização, delegando-se autoridade.

Com relação às atividades desempenhadas pela Administração, as propostas da reforma não intentaram reduzi-las. Na verdade, pugnou-se pelo incremento da atividade regulatória do Estado, nos moldes da moderna regulação.

No tocante à estrutura (MEDAUAR, 2003), mesmo com a transferência ao setor privado de entidades estatais, por meio das privatizações, as reformas propiciaram a criação de entes de regulação denominados agências reguladoras na experiência brasileira.

A respeito da importância do surgimento das agências ou autoridades reguladoras independentes para a Administração gerencial, declara Binensbojm (2006) que foram responsáveis por quebrar o vínculo de unidade no interior da Administração, pois as atividades que desempenham se encontram em esfera jurídica externa à da responsabilidade do governo”<sup>76</sup>. Ademais, por serem dotadas de reforçada autonomia política para seus dirigentes frente à chefia da Administração central, as agências reguladoras, conforme Binensbojm (2006, p.48), “rompem o modelo tradicional de recondução direta de todas as ações administrativas ao governo [...]. Passa-se, assim, de um desenho piramidal para uma configuração policêntrica”.

---

<sup>76</sup> No mesmo sentido, Medauar (2003, p.47) dispõe que “uma das características comuns das agências reguladoras encontra-se na autonomia, que, embora se revestindo de moldes variados, conforme o país, significa, em geral, maior liberdade de decidir em comparação aos demais órgãos da administração, quebrando-se, do ponto de vista jurídico, a subordinação hierárquica ao poder central [...]”.

A reforçada autonomia política das agências é, pois, resultado de características próprias conferidas de forma relativamente homogênea pelos sistemas jurídicos mundiais, quais sejam: estabilidade e mandato certo para os dirigentes, receitas próprias, ausência de subordinação hierárquica do ponto de vista político e atenuação dos controles provenientes da Administração central.

A Administração gerencial, destarte, é caracterizada pela ampliação das atividades e completa reestruturação dos entes que a compõe, passando a assumir forma policêntrica dada a variedade de centros de comando inseridos em setores específicos da economia, objeto da moderna regulação.

Ainda que o surgimento da Administração Pública gerencial tenha produzido efeitos relativamente homogêneos nos sistemas jurídicos mundiais, diferenças estruturais e relativas ao desempenho da atividade regulatória manifestaram-se em diferentes matizes ao redor do globo, de acordo com as peculiaridades sociais de cada nação.

Inicialmente, proceder-se-á à análise do modelo regulatório norte-americano, pois este inspirou o modelo brasileiro. Embora as agências administrativas tenham feito parte da Administração, desde a promulgação da Constituição, a proliferação das modernas agências reguladoras seguiu a tendência dos movimentos políticos, econômicos e sociais responsáveis pelo questionamento e superação do Estado do século XIX.

Nesse diapasão, a *Interstate Commerce Commission* (ICC) é apontada como a primeira agência reguladora independente do País, destinando-se à regulação dos serviços interestaduais de transporte ferroviário.

Apesar da introdução das agências no sistema jurídico desde a formação da Nação (BINENBOJM, 2006; VELHO, 2009), afirma-se que somente na era pós-*New Deal* ganham destaque e tornam-se elemento característico da Administração Pública<sup>77</sup>.

Nesse interim, frisa-se que

apenas onze agências foram criadas entre a elaboração da Constituição e o fim da Guerra Civil; seis surgiram entre 1865 e a virada do século; nove foram constituídas entre 1900 e a Primeira

---

<sup>77</sup> Binenbojm (2006) destaca que “[...] apenas onze agências foram criadas entre a elaboração da Constituição e o fim da Guerra Civil; seis surgiram entre 1865 e a virada do século; nove foram constituídas entre 1900 e a Primeira Guerra; outras nove apareceram entre 1918 e a Grande Depressão de 1929; enquanto nada menos que dezessete foram erigidas entre 1930 e 1940, período de implementação do *New Deal*”.

Guerra; outras nove apareceram entre 1918 e a Grande Depressão de 1929; enquanto nada menos que dezessete foram erigidas entre 1930 e 1940, período de implementação do *New Deal* (BINENBOJM, 2006, p.52).

No final do século XIX e começo do século XX, deu-se início, no País, às pioneiras medidas intervencionistas do governo em setores específicos da economia, a fim de concretizar as medidas pugnadas pelo *New Deal* do Presidente Roosevelt, tentando restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro arrasado pela Crise de 1929, conforme Sunstein (2004):

[a] agência reguladora moderna foi o resultado em larga medida da profunda insatisfação com a ordem privada do sistema do *common law* e a distribuição original dos poderes nacionais. Uma preocupação adicional era o caráter anacrônico ou pelo menos incompleto dos direitos do *common law*. A Depressão e as falhas do mercado desregulado tornaram mais difíceis sustentar a tese de que a intervenção governamental para além das regras do *common law* era incompatível com a produtividade econômica. O colapso do sistema de mercado [...] durante a Depressão fez com que as premissas utópicas do *laissez-faire* parecessem irrealistas. E mais, a recuperação econômica parecia demandar uma coordenação e um planejamento cada vez maiores (SUNSTEIN, 2004, p. 142).

As *regulatory agencies* são criadas por lei que fixa competências e poderes, incluindo os normativos, por meio dos *standarts* para guiarem sua atuação. Assim, o Legislativo determina o funcionamento, os métodos de agir, os princípios informadores da atividade regulatória, as garantias de independência, as formas de fiscalização, dentre outras disposições.

Posto isso, as agências reguladoras, conforme Martins (2010), para disciplinar as relações particulares, gozam de poderes tipicamente legislativos (edição de atos normativos abstratos) e judiciais (mediação de conflitos entre os administrados), além de funções executivas (poder de polícia, por exemplo).

As agências reguladoras – conforme Binenbojm (2008) – viraram alvo de críticas pelo crescente grau de intrusividade na esfera privada, dúbia eficiência na regulação dos mercados e excessiva independência frente aos mecanismos de controle. Dessa forma, as críticas evoluíram no sentido de questionar seu controle político, sua responsividade social e sua legitimação democrática.

As reformas propostas por Roosevelt passam a ser criticadas, sendo necessária a atualização dos instrumentos da moderna regulação. Diante

dessa realidade, segundo Binenbojm (2006), as últimas décadas foram marcadas por um crescimento das alternativas de controle político pelo Executivo, Legislativo e Judiciário sobre as agências; além de ter-se empenhado em incrementar os instrumentos de participação dos agentes econômicos e entidades de defesa do consumidor e do meio ambiente.

Corroborando esse entendimento, Sunstein (2004) leciona que

[o] sistema regulatório estabelecido durante o New Deal falhou em cumprir sua promessa original. Naquela época, os reformadores acreditavam que os agentes públicos funcionariam como agentes transformadores independentes, com iniciativa própria, politicamente neutros e com grande conhecimento técnico. Essa idéia básica uniu a crença constitucional original na necessidade de um governo nacional enérgico ao desejo, associado ao movimento progressista, de isolar os agentes públicos de pressões particularistas, a serviço do interesse público de longo prazo. O conceito de administração autônoma, atualmente sob intenso ataque, era originalmente fonte de grande otimismo a respeito da reforma possível do sistema de freios e contrapesos. Os New Dealers acreditavam que mudanças institucionais eram necessárias para permitir que o governo federal enfrentasse os múltiplos problemas econômicos e sociais que surgiram no rastro da depressão (SUNSTEIN, 2004, p. 132).

Passando para análise do modelo britânico, tem-se que as agências reguladoras não possuem uma estrutura que as diferenciem dos demais entes administrativos ingleses. Isto porque a Administração Pública no País é marcada por forte descentralização e considerável autonomia dos órgãos. Segundo Aragão (2004, p.12), nesse sentido, atribui-se essa característica ao fato de que “o Direito inglês não elaborou a figura da personalidade jurídica de direito público”, portanto seria desproposado discutir sobre a extensão desta às agências.

A partir do século XIX, começam a surgir os primeiros *quangos* (abreviação para *quasi-autonomos non governmental organizations*). Estes eram órgãos autônomos responsáveis pela aplicação de leis que tinham por objeto um determinado interesse público. Desse modo, foram criados *quangos* para as mais diversas finalidades, como assistenciais, regulatórias e de controle, podendo possuir esferas de atuação nacionais ou locais. Durante o governo de viés conservador de Margaret Thatcher, pretendeu-se “aumentar o controle sobre os *quangos* e extinguir uma série deles. Entretanto, muitos foram criados para regular as atividades então desestatizadas. No âmbito da

reforma do *Next Steps Report* foram criados mais 92 *quangos* no início da década de 90”, conforme sublinha Karan (2008, p.36) em sua dissertação de mestrado.

Diante do exposto, verifica-se a enorme pluralidade da regulação britânica, permeada por grande variedade de formas institucionais, propósitos e formas de atuação. Esses organismos, entretanto, possuem uma característica em comum, qual seja sua responsabilidade indireta e limitada frente ao ministro responsável pelo setor em que os *quangos* atuam. Aquele inclusive designa os dirigentes destes, os quais não possuem garantias de inamovibilidade e de irrevogabilidade dos mandatos.

Com relação ao controle, devido à heterogeneidade dos *quangos*, torna-se difícil estabelecer técnicas de controle uniforme. No entanto, os diplomas instituidores normalmente trazem as hipóteses de controle específico. Karan (2008), tratando do controle em geral, explica que:

[...] os *quangos* podem vir a responder por três vias diversas: (I) perante o Ministro do setor, como estabelecem os estatutos; (II) perante o Parlamento diretamente através das Comissões; (III) perante o Parlamento, de modo indireto, em face de comissões investigatórias para a Administração. Trata-se ainda assim de uma responsabilidade atenuada, que não elimina totalmente a subordinação do executivo ao legislativo, em um sistema parlamentarista (KARAN, 2008, p.37).

Mesmo com a previsão dos mecanismos de controle expostos, critica-se a possibilidade de os *quangos* escaparem ao controle do ministro. Segundo Aragão (2004), como vige na Inglaterra, a responsabilidade ministerial (ministro é responsável por atos emanados do seu ministério, podendo responder por estes frente ao Parlamento), esta restaria enfraquecida quando um *quango* escapasse ao controle prévio ministerial. Assim, quem responderia, posteriormente, seria o ministro.

Na sequência, o modelo regulatório instaurado na França reflete, em grande parte, as características do direito administrativo europeu. Este é fortemente marcado por uma concepção burocrática, centralizadora, submissa às diretrizes do Poder Executivo, hierárquica, de estrutura piramidal e composta por inúmeros órgãos. As agências reguladoras são consideradas como autoridades independentes (*autorités administratives indépendantes*), concebidas entre os anos de 1880 e 1945. Não são dotadas de personalidade

jurídica, apesar de possuírem garantias de independência normativa e de autonomia financeira e administrativa frente ao Executivo, além da estabilidade conferida aos seus dirigentes, conforme dicção de Martins (2010).

As *autorités* não ficaram imunes às críticas quanto à constitucionalidade do instituto. A Constituição francesa dispõe que o poder público deve ser legitimado por meio de procedimentos democráticos, não prevendo a possibilidade de o Poder Legislativo delegar competências para edição de normas a outros organismos. Ademais, estabelece a competência do Primeiro-Ministro para editar regulamentos. Destarte, vedada estaria a possibilidade de delegação legislativa às *autorités*. O Conselho Constitucional já admitiu a hipótese de delegação legislativa, porém “exige que a lei estabeleça critérios e princípios vetores determinados para o seu desenvolvimento”, consoante Aragão (2004, p.14), ressaltando ainda que a determinação das políticas públicas <sup>78</sup> a serem “implementadas deve ficar a cargo do Governo”, conforme Aragão (2004, p.14).

Na Espanha, por vez, os órgãos destinados à regulação recebem o nome de *administraciones independientes* e foram criados para atuar em dois setores específicos: regulação econômica e garantia dos direitos fundamentais.

Tais entidades são dirigidas por um órgão colegiado com membros designados pelo Poder Executivo e, conforme Karan (2008), possuem competência genérica para a prática de atos administrativos e de fiscalização e edição de normas e regulamentos que envolvam a atividade regulada.

As *administraciones independientes* possuem independência não por previsão constitucional, mas por construção jurisprudencial, visando à proteção dos direitos fundamentais. Não há garantia de inamovibilidade dos seus dirigentes, e o governo exerce controle por meio de diretivas e “mediante a aprovação de regulamento em matéria conexa, o que limita a liberdade de ação das agências”, conforme leciona Martins (2010).

Já o modelo regulatório instaurado na Itália derivou da influência legislativa de outros países, notadamente da França. A realidade regional italiana, marcada pelo avanço do sindicalismo, acabou dificultando a

---

<sup>78</sup> Aqui a Política pública a ser definida para a saúde suplementar traz em si como norte orientador a proteção da livre concorrência e da defesa do consumidor, o que reforça a importância que a ação governamental se atenha a Constituição para consecução de seus fins.

implantação de um modelo de agência que satisfizesse os objetivos idealizados. Apenas na década de 1990, as *autorità indipendenti* tomaram forma e passaram a desempenhar a regulação de atividades setoriais afeitas ao interesse social. Adotam, normalmente, forma colegiada, garantindo o pluralismo político.

O regime jurídico das *autorità* “se caracteriza pela cumulação de competência normativa e atos executivos, pela não submissão de seus atos ao controle de outros órgãos da administração pública, pela sua competência que é exercida através de atos regulamentares”, conforme Karan (2008, p.38).

Por último, vale analisar o modelo neozelandês, pois este adotou forma bastante diferenciada da regulação agencial tradicional. Predominou no país a compreensão de que as falhas de governo, decorrentes do risco de captura pelos interesses dos agentes econômicos dos custos com a corrupção, seriam mais graves que as falhas de mercado. Assim como em outros países, já se pode notar, no decorrer de programas de liberalização da economia, que obter uma virada econômica bem-sucedida é muito mais difícil quando as reformas no setor privado não são acompanhadas de reformas semelhantes no próprio Estado, conforme análise de Richardson (1998).

No caso da Nova Zelândia, assegurar uma melhor *performance* do Estado envolveu uma transformação tão profunda como qualquer transformação no setor privado.

Assim, prosperou o modelo de desregulamentação técnica e econômica conhecida como *light-handed regulation*, marcado pela edição de normas regulatórias somente quando indispensável ao setor. O desempenho de funções para reequilibrar o mercado, corrigindo suas falhas, ficou a cargo da autoridade antitruste (defesa da concorrência). Destarte, as normas relativas à regulamentação econômica são bastante reduzidas, não havendo instituição de órgão regulador, conforme disserta Martins (2010).

O modelo funda-se em quatro bases fundamentais: confiança nos mecanismos de defesa da concorrência; elevado grau de transparência na prestação de informações; separação entre as atividades econômicas com características de monopólio e aquelas exercidas em mercado contestáveis; e ameaça de regulação mais dura em casos excepcionais, conforme Oliveira Filho (2001).

Apesar de esse modelo trazer desvantagens claras ao cercear uma regulação abrangente na economia, a deficiência harmoniza-se perfeitamente com os propósitos políticos adotados no País, os quais se baseiam em uma estrutura estatal minimalista. O modelo “apresenta méritos relevantes, tais como a redução extrema do tamanho da máquina estatal”, eficiência econômica das empresas e a “redução da carga tributária e de outros encargos que oneram os consumidores”, como registra Martins (2010, p.32).

Após a análise da evolução dos modelos estatais e da Administração Pública, ressaltando nuances da moderna regulação concebidas no âmbito das reformas administrativas do final do século XX e início do século XXI, com a derrocada do Estado empresário e o surgimento do Estado gerenciador, cogente se faz compreender a evolução do modelo regulatório brasileiro, que teve como ápice a reforma administrativa de 1990.

Conforme demonstrado, a atuação reguladora do Estado não se limita à aplicação das medidas pugnadas no advento do Estado regulador, sendo certo que algumas medidas tradicionais já adotadas, como a intervenção na economia com essência regulatória, são praticadas antes mesmo da ascensão do Estado liberal. Por conseguinte, “não se torna correto afirmar que a experiência [regulatória] brasileira se iniciou com a criação das primeiras agências reguladoras, na década de 90”, segundo Martins (2010, p.33).

A Administração Pública brasileira, no período entre o descobrimento e a década de 1930, adotou postura patrimonialista, seguindo a tendência das monarquias absolutistas da Europa entre os séculos XV e XVIII, marcada pela confusão patrimonial entre as esferas pública e privada. Apontam-se (PEREIRA *apud* PEREIRA; SPINK, 1998b) as características e falhas da administração patrimonialista:

[...] o Estado era entendido como o próprio rei. O nepotismo e o empreguismo, senão a corrupção, eram a norma. Esse tipo de administração revelar-se-ia incompatível com o capitalismo industrial e as democracias parlamentares que surgiram no século XIX. É essencial para o capitalismo a clara distinção entre o Estado e o mercado; só se pode existir democracia quando a sociedade civil, formada por cidadãos, distingue-se do Estado ao mesmo tempo que [sic] o controla. Tornou-se assim necessário desenvolver um tipo de administração que partisse não só da clara distinção entre o público e o privado, mas também da separação entre o político e o administrador público (PEREIRA. *apud* PEREIRA; SPINK, 1998, p. 241).

Esse modelo administrativo imperou no Brasil do descobrimento até a primeira Constituição, período marcado pela permeabilidade do direito privado nas ações administrativas. Apenas com a outorga da Constituição Imperial, firmou-se a separação dos poderes e a disseminação das normas de direito público. Após a revolução de 1930, o Estado ressurgiu, adotando uma postura mais participativa e menos absenteísta no sentido de desempenhar um papel orientador da política econômica do País, tentando superar o fenômeno do subdesenvolvimento por meio da reconstrução de estruturas administrativas nacionais. Assim, a Era Vargas, no período de 1930 a 1945, inaugurou um ciclo socioeconômico marcado por ideias desenvolvimentistas e assistenciais. Representou a implantação do Estado social à realidade brasileira.

Os anos de 1930 ficaram marcados pelo esforço em criar mecanismos hábeis para implementar a industrialização, modernizando as estruturas estatais, por meio do pacto interelites. Tal intento só foi possível graças à construção de uma administração burocrática que adotou as seguintes bases: a) hierarquização administrativa; b) sistema de mérito para o ingresso no serviço público (concursos); c) orçamento como plano de trabalho (planejamento econômico); e d) predominância do aspecto técnico, conforme disserta Mendonça (2008).

Em seguida, com a edição do Decreto-lei Federal nº 579<sup>79</sup>, de 30 de julho de 1938, criou-se o Departamento Administrativo do Serviço Público – DASP, o qual absorveu o Conselho Federal do Serviço Público e despontou como o principal instrumento para complementação da reforma que estava em curso. Foram, por conseguinte, objetos de implantação e execução pelo DASP quatro setores: “a administração de pessoal, com a introdução do sistema de mérito na Administração Pública; a administração de material, objetivando [...] simplificação e padronização; [...] a administração orçamentária [...] e a racionalização de métodos”, conforme dicção de Mendonça (2008, p.39).

Os esforços empreendidos entre as décadas de 1930 e 1940 obtiveram resultados positivos no sentido de modernizar a Administração Pública

---

<sup>79</sup> Decreto-lei nº 579, de 30 de julho de 1938. Organiza o Departamento Administrativo do Serviço Público, reorganiza as Comissões de Eficiência dos Ministérios e dá outras providências (Revogado).

brasileira, entretanto a quebra da continuidade política prejudicou bastante o modelo, já que se criava resistência a sua total implantação. O DASP não conseguiu, pois, implantar uma sólida administração burocrática, principalmente pelo fato de se descuidar da adoção de uma política de recursos humanos compatíveis com a necessidade do País.

O intervencionismo do Estado na economia, com o crescente aumento das instituições estatais, continua nas décadas seguintes. A respeito do assunto, observa-se que “agigantamento do Estado Econômico brasileiro se deu a partir da década de 60, sobretudo após o golpe militar de 1964 e ao longo de toda a década de 70”, sendo criadas, no período, “mais de 300 empresas estatais”, período o qual – com propriedade – denominou-se de “a era das empresas ‘brás’”, conforme dicção de Barroso (2002, p.48).

O Brasil, contudo, chega ao final do século XX com a Administração em crise. O País tornara-se extremamente grande e ineficiente, assolado pela pobreza e corrupção. Após duas décadas de regime militar, a realidade social era de concentração de renda e atraso social. A crise fiscal dominava os setores da economia, impossibilitando a prestação adequada dos serviços públicos. Em verdade, o País estava vivenciando um fenômeno mundial, relacionado à crise do próprio Estado social e da Administração burocrática. Conforme Pereira (*apud* PEREIRA; SPINK, 1998):

[a] administração pública burocrática clássica foi adotada porque era uma alternativa muito superior à administração patrimonialista do Estado. Entretanto, o pressuposto de eficiência em que se baseava não se mostrou real. No momento em que o pequeno Estado liberal do século XIX cedeu definitivamente lugar ao grande Estado social e econômico do século XX, verificou-se que ele não garantia nem rapidez, nem boa qualidade, nem custo baixo para os serviços prestados ao público. Na verdade, a administração burocrática é lenta, cara, autorreferida, pouco ou nada orientada para o atendimento das demandas dos cidadãos (PEREIRA *apud* PEREIRA, SPINK, 1998b, p. 241).

As soluções para as controvérsias que se apresentavam vieram com o advento do Estado regulador e da Administração Pública gerencial, fenômenos típicos das décadas de 1980 e 1990, em que intensas reformas administrativas buscavam reformular a estrutura dos Estados mundiais.

O cenário da implantação da reforma de 1990 no Brasil refletia a realidade mundial. A crise do capitalismo burocrático e nacionalista demonstrou

a necessidade de se expandirem os mercados para aumentar a fluidez do capital, portanto, o período foi marcado pela abertura da economia para o capital externo, desestatização da economia, privatizações das empresas estatais, quebra dos monopólios públicos, além de outras medidas visando combater os efeitos da recessão fiscal experimentada pelo País (MARTINS, 2010).

A proposta de reforma foi apresentada em 1995, no primeiro mandato do Governo Fernando Henrique Cardoso, quando Luiz Carlos Bresser, então ministro de Estado, esboçou o projeto de reforma.

A apresentação do Plano Diretor de Reforma do Estado e da Administração ao Congresso deu-se em momento oportuno, dada a estabilização econômica verificada à época. Nas palavras do próprio Presidente:

[...] vivemos hoje num cenário global que traz novos desafios às sociedades e aos Estados nacionais. Não é nenhuma novidade dizer que estamos numa fase de reorganização tanto do sistema econômico, como também do próprio sistema político mundial. Como consequência desse fenômeno, impõe-se a reorganização dos Estados nacionais, para que eles possam fazer frente a esses desafios [...]. Reformar o Estado não significa desmantelá-lo. Pelo contrário, a reforma jamais poderia significar uma desorganização do sistema administrativo e do sistema político de decisões e, muito menos, é claro, levar à diminuição da capacidade regulatória do Estado [...] (CARDOSO, 1998, p. 15).

Os idealizadores intelectuais da reforma de 1990 primeiramente apontaram quatro setores do Estado brasileiro. O primeiro seria o núcleo estratégico, que corresponde ao governo em sentido amplo, responsável pela definição das leis e políticas públicas, sendo composto pelo Presidente, ministros e assessores diretos. O segundo setor é o das atividades exclusivas, que abarca as atividades que somente o Estado pode realizar e os poderes de fiscalização, fomento e regulação. O terceiro setor corresponde ao dos serviços não exclusivos, em que o Estado atua, simultaneamente, com outras organizações públicas não estatais e privadas. O último setor seria o da produção de bens e serviços para o mercado, relacionado à área de atuação das empresas nas atividades econômicas voltadas para o lucro.

Após identificar os setores, foram propostas várias mudanças: em primeiro lugar, fortalecer o núcleo estratégico por meio de uma política de

capacitação técnica e de planos de cargos. Para o segundo setor, foi prevista a criação das agências executivas e reguladoras, órgãos que seriam dotados de autonomia administrativa. Já para o terceiro setor, pugnou-se por tornar públicas as atividades não exclusivas do Estado, mediante criação de organizações sociais. Por fim, relativamente ao último setor, previu-se a privatização do mesmo, conforme Mendonça (2008) corroborando Pereira (1998).

Os pontos de reforma do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado deram-se pela aprovação da Emenda Constitucional nº 19<sup>80</sup> e foram, conforme Mendonça (2008): a) revisão das regras da estabilidade dos servidores; b) controle dos gastos e equilíbrio das contas públicas; c) adoção de novos critérios para fixação da remuneração dos cargos públicos; d) profissionalização da função pública; e) desenvolvimento da gestão pública com a adoção das técnicas da moderna regulação; f) ampliação da autonomia de gestão da Administração indireta; e g) alteração das leis que disciplinam a licitação para aquisição e contratação pela Administração Pública.

Apontam-se, ainda, outras medidas de caráter legislativo que serviram ao propósito da construção do Estado brasileiro gerencial.

A primeira foi a Emenda Constitucional nº 6<sup>81</sup>, de 15 de agosto de 1995, responsável por extinguir algumas restrições ao capital estrangeiro. Suprimiu o art. 171 da Constituição de 1988, que trazia a conceituação de empresa pública brasileira de capital nacional, prevendo para ela a concessão de proteção extra de benefícios especiais e preferências. Também modificou a redação do *caput* do art. 176 da Constituição, passando a permitir que a pesquisa e lavra de recursos minerais e explorações de potenciais de energia elétrica pudessem ser concedidas a empresas constituídas sob as leis brasileiras, dispensando-se o controle do capital nacional, conforme Mendonça (2008).

---

<sup>80</sup> Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências.

<sup>81</sup> Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995. Altera o inciso IX do art. 170, o art. 171 e o § 1º do art. 176 da Constituição Federal.

A Emenda Constitucional nº 7<sup>82</sup>, de 15 de agosto de 1995, também intentando eliminar empecilhos ao capital estrangeiro, modificou o art. 178 da Constituição, deixando de exigir que a navegação de cabotagem e interior seja privativa de embarcações nacionais (BARROSO, 2002).

A segunda medida visou flexibilizar os monopólios estatais, dando origem a três emendas, conforme Barroso (2002). A Emenda Constitucional nº 5<sup>83</sup>, de 15 de agosto de 1995, que alterou o § 2º do art. 25 da Constituição, possibilitando aos Estados-membros concederem a empresas privadas a exploração dos serviços públicos locais de distribuição de gás canalizado. A Emenda Constitucional nº 8<sup>84</sup>, de 15 de agosto de 1995, que fez o mesmo com o setor de telecomunicação e de radiodifusão sonora e de sons e imagens. Por fim, a Emenda Constitucional nº 9<sup>85</sup>, de 9 de novembro de 1995, que eliminou o monopólio estatal com relação à exploração petrolífera, ao facultar à União Federal contratar empresas privadas para tanto, conforme a dicção de Barroso (2002).

A última medida foi a edição da Lei nº 8.031<sup>86</sup>, de 12 de março de 1990, que instituiu o Programa Nacional de Privatização. Depois, substituída pela Lei nº 9.491<sup>87</sup>, de 9 de setembro de 1997. Tal medida, segundo Medauar (2003), visava implantar as privatizações, típicas das reformas gerenciais. Assim, determinou a reordenação estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada algumas atividades exclusivas do setor público, além de contribuir para a modernização do parque industrial do País.

---

<sup>82</sup> Emenda Constitucional nº 7, de 15 de agosto de 1995. Altera o art. 178 da Constituição Federal e dispõe sobre a adoção de Medidas Provisórias.

<sup>83</sup> Emenda Constitucional nº 5, de 15 de agosto de 1995. Altera o § 2º do art. 25 da Constituição Federal.

<sup>84</sup> Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995. Altera o inciso XI e a alínea "a" do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal.

<sup>85</sup> Emenda Constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995. Dá nova redação ao art. 177 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos.

<sup>86</sup> Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências.

<sup>87</sup> Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências.

Pelo exposto, todas as medidas pugnadas pela reforma demonstram a opção pelo modelo gerencial da Administração Pública, como solução para a crise das décadas de 1980 e 1990. Tal escolha, consoante Mendonça (2008. p.51), justifica-se “pela necessidade de maior eficiência, democratização do serviço público e flexibilidade organizacional para fugir do paradigma [...] [estrutural] da administração burocrática”. Dessa forma, buscou-se mudar os paradigmas institucionais, intentando a adoção de estratégias mais adequadas à realidade brasileira.

#### 4.1 CAPTURA REGULATÓRIA

O surgimento das agências reguladoras independentes na realidade jurídica brasileira foi fruto da necessidade de atualização institucional das estruturas da Administração Pública, tendo como base as diretrizes já estudadas da moderna regulação. Assim, com o advento da reforma de 1990, as citadas agências passaram a ganhar destaque.

Para cumprir seu papel reformista, as agências reguladoras foram instituídas em diversos países com realidades jurídicas diversas e até conflitantes, todavia a autonomia destas perante o Poder Executivo é característica que se repete, apenas modulando o grau de intensidade de sua independência política.

No Brasil, a característica de independência frente às decisões do Chefe do Executivo demonstrou-se incompatível com a interpretação constitucional dada pelo Supremo Tribunal Federal à Constituição de 1988. Entendia-se que o poder de exoneração do Presidente da República não poderia ser mitigado em razão do regime especial conferido a algumas autarquias.

Dessa forma, negava-se às agências reguladoras amplitude autônoma para estatuir que seus dirigentes não pudessem ser demitidos *ad nutum*, dificultando a implantação dos ideais propostos pela moderna regulação.

A discussão chegou ao STF quando do julgamento de medida liminar concedida na sede da ADIN nº 1.949-0/RS, ajuizada pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul contra dispositivo de lei que instituiu a Agência

Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS) e que criava a figura da estabilidade temporária para os dirigentes da agência. Na oportunidade, decidiu-se pela constitucionalidade da lei instituidora e o caso tornou-se paradigma na jurisprudência do STF. Dada a relevância da decisão, é importante ressaltar os argumentos levantados a favor e contra a constitucionalidade do referido dispositivo.

Defendendo a inconstitucionalidade, lançaram-se os seguintes argumentos: a) violação à regra do art. 84, inciso II, da Constituição Federal, que compete ao Chefe do Poder Executivo a direção superior da Administração Pública, em caráter privativo; b) criação de uma quarta espécie de cargo público, não prevista na Constituição; e c) violação ao princípio democrático, vez que o Presidente ficaria à mercê das imposições políticas de seu antecessor, pois os mandatos dos dirigentes das agências reguladoras ultrapassariam o mandato daquele que os nomeara, avançando sobre o novo governo constituído, conforme a dissertação de Binenbojm (2006).

Segundo Aragão (2004), pugnano pela constitucionalidade do dispositivo da lei instituidora da AGERGS, o ministro Nelson Jobim argumentou, sinteticamente, que: a) o art. 84, inciso XXV da Constituição estabelece ser de competência do Presidente da República o provimento e extinção de cargos públicos federais, na forma da lei, assim a Constituição da República teria permitido que a lei criasse modalidade intermediária de cargo público comissionado de livre exoneração sujeito à estabilidade provisória; b) não haveria fraude ao processo democrático, pois o legislador poderia extinguir, a qualquer tempo, a estabilidade provisória; c) o modelo de estabilidade provisória seria necessário à implantação do Estado regulador, com base na reforma de 1990; e d) a própria Constituição Federal respaldava este modelo ao estabelecer em seus arts. 21, XI e 177, § 2º, III a criação de um órgão regulador para o setor de telecomunicações e do petróleo.

Os votos pela constitucionalidade foram maioria e declarou-se constitucional o referido dispositivo da lei da AGERGS, reconhecendo-se, então, a estabilidade provisória a agentes ocupantes de cargos em comissão.

Superado o primeiro debate constitucional acerca das agências reguladoras independentes no Brasil, surgiu a necessidade de defini-las no interior da estrutura administrativa pátria.

Dada a amplitude de funções de natureza pública que as agências desempenham em sua atividade regulatória, elas foram concebidas como órgãos públicos. Nesta senda:

[...] as agências reguladoras são órgãos públicos dotados de autoridade, capazes de exercer coercitivamente suas atribuições. Exercem função pública típica de Estado [...]. Destacamos isso para reiterar que as agências são órgãos criados para o exercício da regulação estatal, conforme previsto no artigo 174 da Constituição. Não se confundem com espaços de exercício de autorregulação ou de mero concerto de interesses do mercado. São órgãos de exercício de funções públicas próprias dos poderes estatais (MARQUES NETO, 2005, p. 55).

No direito pátrio, as agências reguladoras são concebidas como autarquias especiais. Segundo Aragão (2004), a previsão não poderia ser diferente, tendo em vista o desempenho de funções públicas, muitas das quais de natureza coercitiva (fiscalização e aplicação de penalidades, por exemplo), surgindo, pois, a necessidade de se revestirem de personalidade jurídica de Direito Público.

A necessidade de autonomia política, por sua vez, justifica o regime especial, já que a mera criação de autarquia ou qualquer ente da Administração indireta, sem que possua distinto grau autônomo, tornaria infrutífera a concretização do entendimento do STF.

O regime de autarquia especial foi, pela primeira vez, utilizado no direito brasileiro na Lei nº 5.540/68<sup>88</sup>, em relação às universidades públicas, remetendo à autonomia que essas entidades possuem para definir a orientação pedagógica que seguirão e vedar a exoneração *ad nutum* dos dirigentes, conforme dicção de Aragão (2004). Assim, passou a surgir um regime especializado, diferente do regime geral das autarquias previsto no Decreto-lei nº 200/67<sup>89</sup>. Deve-se frisar, mais uma vez, que o maior grau de autonomia conferido às agências reguladoras independentes não advém simplesmente da inserção em um regime especial, mas sim do regime jurídico dado pela lei que

---

<sup>88</sup> Lei 5.540, de 28 de novembro de 1968. Fixa normas de organização e funcionamento do ensino superior e sua articulação com a escola média, e dá outras providências.

<sup>89</sup> Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.

instituir a entidade, a qual delimitará o grau da autonomia, segundo Aragão (2004).

Por fim, conclui-se que as agências reguladoras possuem regime jurídico especial tanto formal (as leis instituidoras caracterizam e delimitam o alcance da autonomia), como material (outras prerrogativas que aumentam a autonomia, em comparação às outras autarquias, são previstas e pacificadas, como a vedação à exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes).

A “agência reguladora independente é uma autarquia especial, sujeita a regime jurídico que assegura a autonomia em face da Administração direta e que é investida de competência para a regulação setorial”, conforme Justen Filho (2012, p.63). Dissecando essa definição, o autor sintetiza que: a) as agências, por serem consideradas autarquias, inserem-se no contexto da Administração indireta; b) o regime especial conferido a esses entes revela a redução do grau de subordinação face à Administração direta (especialidade na investidura e demissão dos administradores das agências, não sujeição à revisão de atos por autoridade da Administração direta, autonomia financeira e de gestão.); e c) possuem poder de editar normas abstratas infralegais, adotar decisões discricionárias e compor conflitos no setor econômico.

No âmbito da Constituição de 1988, há apenas duas disposições atinentes às agências reguladoras. O art. 21, XI determina que caiba à lei criar um órgão regulador dos serviços de telecomunicação; e o art. 177, § 2º, III prevê que a lei disciplinará a estrutura e as atribuições do órgão regulador do monopólio federal sobre atividades relacionadas a petróleo.

Tais dispositivos carecem de densidade legislativa, por conseguinte não disciplinam as competências e estruturas a serem adotadas pelas agências, ficando ao alvedrio das leis instituidoras, respeitando os princípios e limites constitucionais, dispor sobre estes assuntos. Da interpretação dos citados artigos, percebe-se que não se pode inferir que somente duas agências poderiam ser criadas. Embora a Constituição autorize expressamente a criação dessas duas, outras podem ser instituídas por vontade legislativa, conforme Aragão (2004) corroborado por Justen (2012).

Muitos criticam o uso do vocábulo “agência” no direito, alertando que se trata de modismo introduzido pela globalização, vez que o Brasil inspirou-se grandemente no modelo norte-americano de regulação independente,

conforme Di Pietro (2003), Marques Neto (2005) e Souto (2002). Na realidade no Governo dos Estados Unidos, o termo *agencies* é utilizado para designar o gênero de órgãos públicos, envolvendo tanto órgãos reguladores dotados de independência – *independent regulatory agencies* – como órgãos não reguladores.

Critica-se também que a inspiração em larga medida no modelo norte-americano não atentou para as distinções dos momentos políticos em que as agências reguladoras foram introduzidas nos Estados Unidos e no Brasil. Por meio da análise dos contextos nacionais, verificam-se significativas distinções (ou mesmo oposições) entre os cenários político, ideológico e econômico, nos quais se deu a implantação do modelo regulatório independente e compreendem-se as atuais preocupações pátrias com a reforma regulatória da década de 1990.

Nos Estados Unidos, as agências reguladoras surgem como instrumento de intervencionismo e relativização das garantias liberais clássicas, a fim de implementar a plataforma socialdemocrata do *New Deal*, sendo dotadas de competências amplamente discricionárias para fixar uma política regulatória diferente daquela erigida pela tradição do *common law*. O contraponto da autonomia reforçada foi o incremento dos mecanismos de controle político, jurídico e social, realizados sob os diferentes matizes pelos três poderes e por grupos econômicos regulados, conforme Binenbojm (2006).

Já no Brasil, o contexto em que se deu a implantação das agências reguladoras durante a reforma de 1990 é diametralmente oposto ao norte-americano. Com efeito, o modelo de regulação independente pátrio foi resultado de um processo amplo de privatizações e desestatizações. A atração de investimentos estrangeiros, a fim de modernizar as estruturas administrativas e consolidar o programa reformista, dependia da garantia de continuidade e estabilidade de regras políticas. O compromisso regulatório (marcado pela previsibilidade e constância das formas de atuação do Estado) tornou-se exigência mercadológica para a captação de investimentos, principalmente em, como disserta Binenbojm (2006, p.53), “países cuja história recente foi marcada por movimentos nacionalistas autoritários”, pois o risco de expropriação e de ruptura dos contratos assustava os investidores internacionais. Daí a ideia de “blindagem institucional” do modelo brasileiro,

pautado na autonomia política das agências, apta a resistir às alternâncias e ingerências políticas.

Dessa exposição, depreende-se que, enquanto nos Estados Unidos as agências reguladoras foram implantadas para impulsionar as mudanças propugnadas pelo governo Roosevelt, pautadas na relativização das liberdades econômicas clássicas; no Brasil, o objetivo era manter um governo livre das ingerências e inconstância das sucessões políticas.

Com relação à classificação, as agências reguladoras independentes podem ser agrupadas de acordo com diferentes critérios, como leciona Aragão (2004), conforme virá adiante.

Levando em consideração a esfera federativa, as agências podem ser federais, estaduais ou municipais, de acordo com seu âmbito de atuação. Vale ressaltar que as agências reguladoras estaduais seguem os mesmos traços das federais, inclusive no que diz respeito à vedação da exoneração *ad nutum* de seus dirigentes e podem vir previstas de forma genérica nas Constituições estaduais, em respeito ao princípio constitucional da simetria.

Quanto à especialização territorial, podem ser classificadas como unissetoriais (normalmente são as da esfera federal); ou multissetoriais, a exemplo da maioria das agências estaduais, que acumulam a regulação de vários serviços e atividades econômicas.

No que tange à autonomia organizacional, existem agências que podem editar seu próprio regulamento (ANATEL, por exemplo) e as que o tem emitido pela Administração central (ANP e ANEEL, por exemplo).

Por fim, levando em conta a atividade regulada, têm-se as agências que regulam a prestação de serviços públicos (ANATEL e agências estaduais), a exploração de monopólios públicos (ANP), a exploração de bens públicos (ANA) e o desempenho de atividades privadas (ANVISA, ANS, ANAC).

## 4.2 DESLEGALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

A atribuição de poder normativo a determinados entes da Administração Pública advém da necessidade de se sobrepor o interesse público ao interesse privado, na consecução das metas que o governo central elege como norteadoras da orientação política do país em uma dada época;

assim, conforme Di Pietro (2003), a Administração torna concreto o poder em comento através da expedição de atos normativos.

Importante faz-se definir a natureza jurídica das normas exaradas pelas agências reguladoras. Identificam-se três correntes que cuidam do tema, consoante leciona Velho (2009): natureza de atividade regulatória (mesmo patamar de lei), natureza de regulamento e natureza de ato normativo-administrativo.

A primeira corrente, de origem em experiência estrangeira, notadamente na Itália e na Espanha, defende a tese da deslegalização, a qual estabelece que a capacidade normativa das agências reguladoras tenha o mesmo potencial de lei ordinária, podendo inclusive revogá-las. Deslegalização, portanto, segundo Binenbojm (2008), seria a operação efetuada por uma lei que, sem adentrar na regulação de certo tema, determina expressamente que o mesmo passará a ser normatizado por regulamento da Administração Pública. O próprio legislador retira, do domínio legal, certas matérias, passando-as ao domínio dos regulamentos.

As críticas mais contundentes a essa corrente evidenciam que a deslegalização seria forma de delegação de poderes legislativos, sustentando que tal deslocamento de sede normativa só poderia vir a ser feito pela própria Constituição. Como o constituinte originário adotou um modelo constitucional rígido com relação a posteriores mudanças, não caberia a interpretação de que o legislador ordinário poderia abrir mão de seus poderes, sem derogar de forma inconstitucional as competências fixadas por aquele. Binenbojm (2008) adota esse posicionamento, preconizando que a tese não encontra guarida no ordenamento constitucional vigente.

Em sentido oposto, encontra-se Aragão (2004), que defende a constitucionalidade do instituto ao explicitar que

[...] não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra [sic] sede normativa a regulação de determinada matéria. [...] Não é propriamente o regulamento que revoga a lei anterior. Ele é apenas o instrumento que, dentro do princípio da *Lex posterior derogat priori*, se vale a lei posterior para, diferida e dinamicamente, revogar a lei anterior, adequando a disciplina jurídica existente no momento em que entrou em vigor à cambiante realidade social (ARAGÃO, 2004, p. 422-423).

Posicionamento que mescla as opiniões aludidas é o de Moraes (2002), ao estabelecer que a deslegalização só é válida quando o legislador estabelece *standarts* para o poder normativo das agências reguladoras.

Prevalece – conforme Di Pietro (2003) – o entendimento de que a Constituição de 1988 apenas prevê uma hipótese de regulamento autônomo, situação disposta no art. 84, VI, CR/88 (competência do Presidente para dispor mediante decreto sobre organização da Administração federal e extinção de funções ou cargos públicos vagos) se aceita regulamento inovando na ordem jurídica, estabelecendo normas sobre matérias não disciplinadas em lei. Assim, a deslegalização não constitui a natureza jurídica do poder normativo das agências reguladoras.

A segunda corrente defende que as normas editadas pelas agências reguladoras possuem caráter infralegal, igualando-se aos regulamentos editados pelo Chefe do Executivo (com exceção da hipótese do artigo 84, VI, CR/88), sendo balizado pela legislação ordinária. Nessa linha de raciocínio, Binenbojm (2008, p.61) explica que o poder normativo das agências é “imanentemente infralegal, salvo onde a própria Constituição de forma expressa o excepcione”, mas assim não o fez em favor destas em momento algum. Dessa forma a “dignidade da lei deve ser preservada como condição para a existência de parâmetros de controle externos à atividade regulatória” (Binenbojm,2008, p.63). Consequentemente, o desrespeito aos limites legais invalida o ato normativo, configurando forma democrática de se controlar finalisticamente a atividade das agências reguladoras.

A terceira tese, por sua vez, tem como principal defensora Di Pietro (2003), ao estabelecer que as normas emitidas pelas agências reguladoras estejam em nível inferior inclusive aos regulamentos do Chefe do Executivo, já que não há previsão constitucional para a delegação feita pelas leis instituidoras. Assim,

[a] função normativa que exercem não pode, sob pena de inconstitucionalidade, ser maior do que a exercida por qualquer outro órgão administrativo ou entidade da Administração Indireta. Elas não podem regular matéria disciplinada em lei, porque os regulamentos autônomos não têm fundamento constitucional no direito brasileiro, nem podem regulamentar leis, porque essa competência é privativa

do Chefe do Poder Executivo e, se pudesse ser delegada, essa delegação teria que ser feita pela autoridade que detém o poder regulamentar e não pelo legislador (DI PIETRO, 2003, p. 407).

Esse posicionamento é praticamente isolado, já se encontrando superado, conforme consta da dicção de Velho (2009). A tese que prospera é a que confere natureza de regulamento ao poder normativo das agências reguladoras independentes.

Resta analisar se esse poder normativo, concretizado por meio de regulamentos independentes (e não autônomos), possui sede constitucional. Entende Marques Neto (2005, p.71) que o art. 49, V da Constituição, prevendo a “competência do Congresso de sustar atos normativos infralegais”, utilizou a seguinte construção: “sustar atos normativos do Poder executivo, que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”, com o fito de determinar que o poder normativo exercido pelo Poder Executivo é mais amplo que a pessoa do seu chefe, prevendo a possibilidade de delegação legislativa.

Esclarecendo que as agências reguladoras não usurpam a função legislativa, a qual continua cabendo ao Poder Legislativo, mas que, entretanto, este, frequentemente, edita leis com elevado grau de abstração e generalidade, sendo necessários regulamentos normativos posteriores para especificar e viabilizar o planejamento de setores afeitos à regulação estatal. O poder normativo das agências seria dessa forma um aprofundamento da atividade normativa estatal, conforme Souto (2002).

O controle das agências reguladoras insere-se nas regras gerais de controle sobre a Administração Pública, portanto o objetivo é zelar pela realização do interesse público, em atenção aos princípios de ordem administrativa plasmados no *caput* do art. 37 da CR/88. Entretanto, adverte-se que a finalidade do controle é justamente orientar, fiscalizar e revisar as atividades administrativas, porém com a evolução das funções estatais e suas “modernas técnicas de atuação, a ideia de controle é centrada nos freios e contrapesos e não numa separação estanque de tarefas”, conforme Souto (2002, p.81).

Nesse contexto, a autonomia das agências reguladoras não pode ser compreendida de forma a incompatibilizar-se com o regime constitucional

brasileiro. Muitas críticas são destinadas à sua independência, entretanto não se pretende furtá-las ao controle dos Poderes estatais, apenas busca-se afastar a incidência de interferência política, que comprometeria a própria regulação, conforme Amaral (2008) e Souto (2002). As atividades desempenhadas pelas agências reguladoras também não usurpam o princípio da separação de poderes. Tal princípio não pode ser mais concebido como a separação estanque das funções do Estado, pois este cresceu e surgiram novos anseios populares e novas instituições foram erigidas para alcançá-los. Aragão (2004) corrobora essa tese:

[...] as competências complexas das quais as agências reguladoras independentes são dotadas fortalecem o Estado de Direito, vez que, ao retirar do emaranhado das lutas políticas a regulação de importantes atividades sociais e econômicas, atenuando a concentração de poderes na Administração Pública central, alcançam, com melhor aproveitamento, o escopo maior – não meramente formal – da separação de poderes, qual seja, o de garantir eficazmente a segurança jurídica, a proteção da coletividade [...] (ARAGÃO, 2004, p. 375-376).

O controle das agências, portanto, coaduna-se com sua autonomia e compatibiliza-se com a moderna interpretação do princípio da separação de poderes. Por fim, proceder-se-á à análise dos mecanismos de controle de acordo com os órgãos representativos dos três Poderes.

O controle político das agências já se inicia a partir do momento em que se preconiza a feitura dos projetos de leis para criá-las, definindo-se as competências, o valor das taxas de regulação, o critério para nomeação e a exoneração dos dirigentes, e a organização e remuneração dos agentes. Ademais, a subordinação das políticas regulatórias, por força de lei, às políticas públicas é inerente à atividade daquelas.

Aponta-se também outra forma de controle pelo Executivo, qual seja a edição de medidas provisórias para atribuir ou retirar competências, devendo ser utilizadas de forma razoável e proporcional para não haver “injunções descabidas no conceito técnico de regulação”, conforme Souto (2002, p.82).

As agências reguladoras submetem-se ao controle do Congresso Nacional, plasmado no art. 49, X, CR/88 e ao controle financeiro, orçamentário e contábil exercido pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas,

em consonância com os arts. 70 e ss. da Constituição, conforme leciona Amaral (2008).

O Congresso possui competência para sustar atos normativos das agências que exorbitem seu poder normativo ou os limites da delegação legislativa, como consta da dicção de Souto (2002). Já se analisou, entretanto, a natureza jurídica do poder normativo das agências e definiu-se que este tem essência de regulamento independente, porém não autônomo, devendo respeitar as balizas (*standarts*) que a lei estabelecer. Em caso de desrespeito, cabe o controle ao Congresso.

Já o controle do Tribunal de Contas justifica-se pelo fato de a regulação estatal envolver dinheiro público, legitimando a fiscalização sobre a atividade-fim da agência. Porém, não é legítima qualquer pretensão de ingerir sobre as atividades-meios, como já explanado, interferindo nas políticas regulatórias e autonomia das agências. O controle financeiro, na esteira do art. 74, § 2º da Constituição Federal, pode ser realizado de ofício ou mediante provocação por cidadão, partido político ou sindicato e associação.

Para Binenbojm (2008), a fiscalização e controle do Legislativo sobre as agências visam mesmo garantir a independência destas, assegurando o cumprimento das leis que definem suas atribuições. Tudo isso em prol da segurança e confiabilidade da sociedade com relação aos atos desenvolvidos no exercício da regulação.

O controle judicial sobre os atos das agências reguladoras é bastante amplo, como não podia deixar de ser, em função da defesa do princípio da legalidade e da jurisdição una (art. 5º, XXXV, CR/88), não se podendo furtar à apreciação do Judiciário as ameaças ou lesões a direitos. Desse modo, os atos expedidos por aquelas no exercício da função regulatória estarão sempre adstritos à legalidade, cabendo o controle judicial sobre as violações.

Questão interessante é a que se coloca com relação à possibilidade de se controlar atos administrativos discricionários (controle de mérito). O ato administrativo possui os elementos competência, forma, finalidade, motivo e objeto. Quando um ato se pretende vinculado, todos os elementos encontram-se predeterminados em lei e o seu descumprimento torna-o inquinado de vício, cabendo apreciação do Judiciário, porquanto o princípio da legalidade fora descumprido.

Em se tratando de ato discricionário, os elementos motivo e objeto não vêm exaustivamente descritos na lei, cabendo certa margem de discricionariedade ao administrador para interpretar um conceito indeterminado ou optar por uma das possibilidades determinadas em lei. Trata-se de prerrogativa de mérito, permitindo-se que, utilizando-se os critérios de oportunidade e conveniência, perfaçam-se o motivo e o objeto do ato, segundo Amaral (2008).

Por mais que os atos discricionários estejam submetidos ao juízo do administrador, ainda caberá o controle do Judiciário, pois caso aqueles sejam perfectibilizados sem levar em conta os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, o mérito do mesmo poderá ser discutido na seara judicial.

Em contraste com essa possibilidade, entretanto, todos os atos expedidos no âmbito da atividade regulatória têm natureza essencialmente técnica<sup>90</sup>. Surge, então, o dilema da possibilidade ou não de se controlarem atos discricionários de natureza técnica, visto que o Judiciário não goza de conhecimentos técnicos avançados sobre os setores regulados.

Por vez, entende-se que o controle do ato discricionário técnico somente seria possível quando “do conjunto dos dados normativos e fáticos disponíveis, se possa extrair uma – e apenas uma – solução legítima” (Amaral, 2008, p.54). Amaral (2008), porém, apresenta posição mais flexível, escrevendo que cabe aos atos discricionários técnicos o mesmo controle baseado na razoabilidade e proporcionalidade aplicado aos atos discricionários livres.

Dessa feita, não somente quando houver apenas uma opção na lei, caberá o presente controle, mas sempre será possível quando da verificação da “coerência lógica na motivação científica, técnica ou de experiência constante na decisão reguladora”, conforme Amaral (2008), ao se inferir sobre a violação dos princípios supra.

#### 4.3 DÉFICIT DEMOCRÁTICO INSTITUCIONAL

---

<sup>90</sup> Souto (2002) diferencia a discricionariedade livre da discricionariedade técnica, lecionando que “na primeira, há liberdade de determinar a consequência jurídica derivada da coincidência do fato real com o pressuposto fático previsto na norma [...]. A discricionariedade técnica envolve a aplicação de regras experimentadas, comprovadas e comumente certas, ou, em outras palavras, a valoração de fatos opináveis segundo pautas técnica-administrativas”.

O modelo regulatório independente adotado pelo Brasil sofre duras críticas acerca da autonomia conferida às agências reguladoras, notadamente no que diz respeito à vedação da exoneração *ad nutum* de seus dirigentes. Haveria um déficit democrático, vez que a ausência de controle hierárquico por parte do Chefe do Executivo geraria uma carência de legitimidade nesses entes reguladores.

Quatro causas são as mais citadas para justificar o déficit democrático das agências reguladoras. Primeiramente, destaca-se a tensão com o princípio da soberania popular plasmado no art. 1º, parágrafo único da Constituição de 1988, segundo o qual todo o poder provém do povo, que o exerce diretamente ou por meio de seus representantes. As agências reguladoras têm seus dirigentes escolhidos por indicação do Presidente da República e não por eleição popular, portanto estariam em desacordo com o princípio constitucional.

Adicionalmente, citam-se outras tensões, já abordadas, a saber: desrespeito aos princípios da separação de poderes e da legalidade e violação ao poder de direção do Presidente da República (art. 84, II, CR/88).

Alerta-se que a questão quanto à legitimidade da Administração Pública, conforme Binenbojm (2006) foi reconduzida aos mecanismos de legitimação dos Poderes Legislativo e Executivo. Com relação ao primeiro, “invoca-se a lei (produto da vontade geral ou, ao menos, da vontade de agentes eleitos) como fonte de autoridade da Administração”; já, ao segundo, “remetia-se a condução dos negócios administrados ao Presidente ou Primeiro-Ministro, escolhidos, de forma imediata ou não, pelo voto popular”, conforme Binenbojm (2006, p.64). Esses mecanismos demonstram-se insatisfatórios, pois, ainda que a lei geral estabeleça *standarts* de atuação para a atividade administrativa, os administradores gozam de relativa liberdade no exercício de suas funções, bastando lembrar os atos administrativos discricionários.

De outra parte, considerar que toda a atividade administrativa seria produto da vontade do Chefe do Executivo mostra-se uma inverdade frente à realidade atual de fragmentação das decisões estatais, fruto do advento do Estado regulador. Já se explicou que o poder de direção da Administração Pública não pode ser confundido com poder de mando e desmando.

Por essa razão, Aragão (2004) rebate a crítica de falta de legitimidade das agências reguladoras frente ao princípio da legalidade, defendendo que as mesmas são uma criação legislativa, pautada no disposto no art. 37, XIX da Constituição, o qual autoriza a criação de autarquias por lei específica que determine suas finalidades e competências. Assim, as leis instituidoras das agências reguladoras, as quais possuem natureza de autarquias especiais, serviriam para essa finalidade. Ademais, o Chefe do Poder Executivo, democraticamente eleito assim como os membros do Senado e da Câmara, em consonância com o art. 61, § 1º, II, “e” da Constituição, possui iniciativa privada para instituir, alterar ou extinguir as autarquias, ficando seus atos submetidos ao controle jurisdicional.

Em se tratando da suposta tensão com o princípio da separação de poderes, dado o poder das agências reguladoras para editar atos normativos e solucionar conflitos de interesses no âmbito do setor regulado, pontua-se que a delegação de tais poderes é sempre feita de forma constitucional.

Na lição de Souto (2002), embora se questione amplamente a transferência de poder normativo pelo Legislativo à agência, em face de possível violação ao princípio da representatividade, esta seria constitucionalmente possível. O autor explica que o legislador, legitimado constitucionalmente, estaria apto a delegar às agências reguladoras tal poder, visto que possuam corpo técnico mais qualificado para responder às necessidades do setor regulado do que o Congresso, podendo inclusive permitir a participação de interessados no processo de tomada de decisões.

Reconhece-se, pois, que os novos padrões sociais não mais se coadunam apenas com a edição de leis pelo Legislativo com alto teor de abstração e generalidade. Exige-se uma atuação normativa estatal mais profunda, afeita à realidade específica de cada setor da economia e à consecução dos objetivos gerais da Nação estabelecidos na Constituição. As agências reguladoras despontam como um dos instrumentos capaz de suprir as novas exigências de especialização, por meio da regulação individual de cada setor social. O poder normativo conferido a estas, longe de ser irrestrito, submete-se aos *standarts* estabelecidos pelo Poder Legislativo, não constituindo usurpação do princípio da separação de poderes, conforme Gomes (2002).

No intuito de mitigar a concepção clássica da separação de poderes é oportuno abordar a Teoria dos Poderes Neutrais, que estabelece a existência de entes e órgãos estatais que não se enquadrem nos poderes clássicos, a fim de garantir-se o exercício imparcial das atividades administrativas, concretizando o pluralismo político-democrático. Aragão (2004) remonta à Revolução francesa o surgimento do instituto, época em que

[...] foi verificada a necessidade da criação de órgãos estatais com autonomia de gestão e independência funcional para, fora do círculo político eleitoral, controlar e equilibrar as relações entre os titulares de cargos eletivos para assegurar a observância dos valores maiores da coletividade. Surgiram, então, os poderes neutrais do Estado, que abrangem realidades díspares, desde as cortes constitucionais às agências reguladoras independentes, passando pelos tribunais de contas, conselhos com sede constitucional [...] (ARAGÃO, 2004, p. 441).

Todos os órgãos criados em função da aludida teoria possuem em comum o caráter não eletivo do provimento de seus titulares, natureza eminentemente técnica das funções, ausência de subordinação hierárquica aos poderes políticos estatais e exercício imparcial de suas atribuições, em face de interesses submetidos à sua autonomia administrativa. Essas características, inclusive, ampliam o sistema de freios e contrapesos, que tradicionalmente se aplicam às relações entre os três poderes clássicos, como assevera Justen Filho (2003).

Em face do exposto, pode afirmar-se que o déficit democrático da atuação das agências reguladoras independentes não repousa na falta de legitimidade criada pela tensão com os princípios da legalidade ou com o princípio da separação dos poderes. Em verdade, as funções e poderes conferidos às agências coadunam-se com aqueles, conforme demonstrado. Resta ainda analisar se o déficit é originário da tensão com o princípio da soberania popular.

Segundo o aludido princípio, todo poder estatal emana do povo, que o exerce por meio dos representantes eleitos, ou indiretamente nos casos em que a Constituição permite (art. 1º, parágrafo único, CR/88). Assim, em uma democracia, cabem àqueles democraticamente eleitos as atividades de governo, como a direção da máquina pública, “de modo a perseguir os objetivos e princípios que, apresentados à sociedade, ensejaram-lhes

mandatos conferidos por sufrágio”, conforme disserta Marques Neto (2005, p.26). A Democracia, portanto, estaria esvaziada, caso os representantes eleitos não pudessem imprimir ao Estado os seus desígnios e orientações.

O conceito de Democracia, entretanto, é bastante complexo, não podendo estar restrito apenas a uma de suas vicissitudes, qual seja a eleição por voto popular. Não se pretende aqui determinar um conceito fixo para o instituto referido. Busca-se, na verdade, entender que tipos de estruturas de atuação estatal poderiam ser considerados democráticos, quando não caracterizados pelo voto puro e simples do cidadão.

Nesse desiderato,

A impossibilidade de uma definição padronizada e absoluta de Democracia” decorre do fato de terem existido, ao longo dos tempos, inúmeras experiências tidas como democráticas, mas que diferiam consideravelmente umas das outras; sendo que nenhum delas fornece a comprovação de que a Democracia limita-se à “preponderância ilimitada da vontade da maioria (JUSTEN FILHO, 2003, p.101).

O que as experiências democráticas possuem em comum é o respeito aos direitos e interesses individuais, os quais não podem ser vilipendiados em prol da vontade de uma maioria. Portanto, reconhece-se que qualquer sistema aspirante à Democracia deve comportar “um conjunto de princípios e regras destinados tanto a assegurar a participação popular na formação da vontade política quanto propicie limites a essa participação”. Consequentemente, as diferentes soluções encontradas para se atingir o equilíbrio entre a vontade da maioria e o respeito aos direitos individuais caracterizarão um regime como democrático ou não, consoante Justen Filho (2003).

O déficit surgiria quando a solução encontrada não satisfizesse os anseios populares, prestando-se apenas aos interesses escusos de algum governante. Fácil compreender que um governo estabelecido pelo voto popular pode carecer de legitimidade democrática quando passa a descumprir os objetivos gerais da Nação plasmados na Constituição de 1988 e negar proteção aos direitos e garantias fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana. Justen Filho (2003) sintetiza, nesse sentido, que

[...] tem de admitir-se que a legitimação democrática é produzida por diversas vias. Reduzir a legitimação democrática exclusivamente à

via da eleição popular reflete uma concepção limitada, insuficiente e inadequada sobre o próprio conceito de Democracia. Mais precisamente, poderia supor-se que a eleição popular dos exercentes do poder político é um dos ângulos da legitimação popular – mas seria um equívoco afirmar que todo e qualquer governante, simplesmente porque eleito pelo povo, seria dotado de legitimidade democrática. Um governante que, eleito pelo povo, exercite suas funções sem respeito às instituições fundamentais da Democracia padecerá de uma carência de legitimidade democrática. Em última análise, retorna-se uma distinção clássica no pensamento da Teoria Geral do Estado, consistente na diferenciação entre legitimação pelo título e legitimação pelo exercício do poder (JUSTEN FILHO, 2003, s/p).

A busca da legitimação pelo exercício do poder foi o que levou à criação de instrumentos regulatórios, como as agências reguladoras independentes, visando salvaguardar os direitos fundamentais inerentes à exploração de atividades econômicas e à prestação de serviços públicos. “Isso nada tem de antidemocrático. Muito ao contrário. Qualquer democracia desenvolvida não cogitaria de abrir mão dos seus órgãos de Estado em favor de uma vaga e indefinida legitimação democrática pela via eleitoral”, conforme Marques Neto (2005, p.61). Como já explicitado, as agências reguladoras refletem, pois, a ampliação do sistema de freios e contrapesos, atenuando a concentração de poderes, limitando o âmbito de atuação dos governantes eleitos.

Depreende-se dessa análise que a legitimidade democrática não repousa apenas no cumprimento da lei, abarcando também a necessidade de instituições estáveis, mesmo que isso signifique reduzir a margem de atuação do governante, o qual tem a garantia de que suas pautas políticas serão mais facilmente atingidas, se respaldadas em instituições estabilizadas.

De acordo com o abordado até aqui, não há que se falar em um déficit democrático decorrente do princípio da soberania popular inerente apenas às agências reguladoras independentes, mas à Administração Pública como um todo. A deficiência constatada nas agências seria mero reflexo de uma crise maior que assola vários entes administrativos, podendo estas, como disserta Binenbojm (2006), inclusive, serem utilizadas como forma de mitigar a deficiência através de suas peculiares características.

Reconhece-se que a falta de participação popular nos processos decisórios estatais em geral é a responsável pela crise de legitimidade

democrática que paira sobre a Administração Pública. Nessa realidade, as agências podem contribuir para suprir esse déficit, se utilizadas de forma adequada, já que possuem características únicas para cumprir tal desiderato. Justen Filho (2003) aponta que as agências reguladoras trazem dupla proposta de aperfeiçoamento do sistema democrático, *in verbis*:

Sob um prisma, nem todas as decisões estatais podem ser alicerçadas exclusivamente no critério da vontade popular, tendo em vista o risco de comprometimento da realização de valores e princípios fundamentais. Por outro ângulo, é necessário ampliar os canais de comunicação entre o Estado e a Sociedade, propiciando a participação popular e dos grupos organizados na formação de certas decisões que apresentam relevância significativa em determinados setores (JUSTEN FILHO, 2003, s/p).

Em vias de conclusão, depreende-se que as agências reguladoras independentes, longe de serem dotadas de falta de legitimidade democrática intrínseca à sua autonomia reforçada, podem ser utilizadas para corrigir o déficit democrático da Administração como um todo. Sua existência pura e simples, entretanto, não garante o aperfeiçoamento democrático, devendo ser implementados os mecanismos de participação popular, a fim de se concretizar o princípio da soberania popular.

A tendência atual, visando suprir o déficit democrático da Administração Pública e restaurar o lastro de legitimidade de sua atuação, é o fomento da participação popular em procedimentos administrativos, principalmente os regulatórios. Nesse sentido, entende-se que “com efeito, a translação dos centros decisórios do Estado deve corresponder uma correlativa translação dos mecanismos de participação popular”, conforme Binenbojm (2006, p.64).

Afirma-se que a constitucionalização dos direitos fundamentais acarretou, na segunda metade do século XX, a democratização do direito administrativo. Submeteu-se, pois, a Administração Pública “aos direitos fundamentais, nas garantias de maior participação dos administrados nas decisões da Administração e na redução do âmbito de atuação discricionária do administrador”, conforme Mastrangelo (2005, p.33).

A Constituição de 1988, atenta às transformações sociais, trouxe, em vários dispositivos, mecanismos tendentes a viabilizar a participação popular

na Administração. Conforme Cabral (2008) buscou-se a transposição do modelo tradicional da democracia representativa para os paradigmas participativo e deliberativo, como solução à crise de legitimidade sofrida pelo Estado, impondo-se ao Poder Público a criação e o desenvolvimento de instrumentos que “permitissem incrementar a participação do indivíduo nos processos de tomada de decisão”, conforme Cabral (2008, p.52).

Vários são os exemplos encontrados na Constituição Federal que ilustram a tese aqui defendida. O art. 29, XII prevê a cooperação das associações representativas no planejamento municipal; o art. 10 determina a participação de trabalhadores e empregados nos órgãos públicos colegiados, quando estiver em pauta assuntos previdenciários e profissionais de seus interesses; os arts. 198, III, 204, II e 227, § 1º garantem a participação da comunidade na organização de serviços públicos afeitos à área da saúde e assistência social; o art. 74, § 2º atribui legitimidade ao cidadão, partido político, associação ou sindicato para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas; dentre outros dispositivos, conforme leciona Medauar (2003).

Não obstante as disposições que tentavam inserir na realidade brasileira, a democracia participativa deu-se com a reforma administrativa de 1990. O direito de participação na Administração Pública direta e indireta, entretanto, ganhou respaldo após a promulgação da Emenda Constitucional nº 19/98. Através desta, foi incluído no art. 37 da Constituição o parágrafo 3º, que passou a dispor, *in verbis*:

Art. 37, § 3º. A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:  
I – 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 informações sobre atos do governo, observando o disposto no art. 5º, X e XXXIII;  
III – a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo do cargo, emprego ou função na administração pública (BRASIL, 1988).

Ao analisar-se o tema, percebe-se que a inserção do citado parágrafo foi responsável pelo reconhecimento dos direitos de participação popular e de reclamação (gênero daquele) como direitos fundamentais, tendo por conteúdo

o “direito dos cidadãos de controlar os serviços públicos prestados pelo Estado ou por suas concessionárias”, conforme Schier (2002, p.76).

Essa inovação foi importante, pois o reconhecimento de submissão ao regime dos direitos fundamentais funciona como “fundamento de legitimidade de toda e qualquer sociedade” (Schier,2002), devendo o governante que assume o poder estabelecer o compromisso de resguardar os “valores máximos eleitos pelo corpo social” (Schier,2002). Os direitos fundamentais são, portanto, “uma verdadeira reserva de constituição, com o objetivo de preservação do Estado Social e Democrático de Direito, definindo o seu conteúdo de cunho social, político, de liberdades e garantias”, conforme Schier (2002, p.77).

O reconhecimento do direito de participação presta-se “à identificação do interesse público de modo compartilhado com a população” (Schier,2002), associando-se ao decréscimo da discricionariedade e propiciando a atenuação da unilateralidade na formação dos atos administrativos. Por conseguinte, compreende que a ideia de participação possui uma acepção larga, que “abrange também a atuação do povo na escolha de integrantes do Legislativo e chefes do executivo, pelo voto e a militância em partidos políticos, [...]” (Schier,2002); e uma mais restrita, focalizada na participação em atividades administrativas, consoante Medauar (2003).

Segundo o disposto, o que se pretende é a criação de um espaço público aberto à discussão e ao diálogo, viabilizando a participação popular de forma ampla, nos diversos setores estatais. Mastrangelo (2005) aduz que, hodiernamente,

[...] não se pode recusar que tal participação infunde legitimidade à ação administrativa, porquanto o sentido finalístico que deve informá-la – o interesse público – não se satisfaz com a mera conformação à legalidade. A essa altura, pois, a participação avulta como pressuposto para assegurar a adequação do agir administrativo com os princípios da razoabilidade e da eficiência (MASTRANGELO, 2005, p. 99).

A reforma gerencial brasileira, conforme visto, representou a transformação da Administração Pública burocrática, unilateral e ineficiente em um instrumento de consolidação dos anseios populares em respeito aos direitos e garantias constitucionais. O surgimento das agências reguladoras

representa – conforme dicção de Velho (2009) – a concretização desses direitos e a defesa da dignidade da pessoa humana, pois as leis instituidoras já preveem alguns instrumentos que conferem dinamismo, independência e flexibilidade para que se encontre solução consensual em caso de conflitos de interesse no desempenho das atividades regulatórias. Entretanto, como se verá adiante, esses mecanismos precisam ser aprimorados, ampliando o alcance de suas benesses.

A crescente preocupação de garantir espaços à discussão dos interessados, em sede administrativa, tem sido responsável pela superação da tendência em se considerar o administrado mero cliente da Administração gestora. Este não pode mais ser visto apenas como um usuário apático dos serviços públicos, que não possui voz para fazer valer seus interesses individuais. O cidadão deve possuir prerrogativas para exigir das instituições eficiência e qualidade nos serviços, levando ao conhecimento destas as irregularidades e as insatisfações na prestação dos mesmos.

Ademais, o fenômeno da inserção de mecanismos viabilizadores da participação popular na seara administrativa segue tendência mundial, que pode ser facilmente observada em países de bases democráticas, sendo que o modelo adotado pelas *agencias* americanas constitui um dos melhores exemplos, conforme Mastrangelo (2005).

No âmbito da Administração federal estadunidense foi editado o *Administrative Procedural Act – APA*, lei federal que regula o processo administrativo, exigindo que toda atividade administrativa de caráter normativo passe por procedimento regulamentar participativo, compreensivo e racional. Impõe-se que se conceda oportunidade de participação a todos que possam ser atingidos pela regra em questão, devendo o procedimento ser racional, “de modo a exigir das agências a demonstração de pertinência da norma editada com os elementos colhidos na fase de consulta pública, bem assim com a própria finalidade normativa”, consoante Mastrangelo (2005, p 68).

As garantias de participação popular advindas da Constituição Federal e da legislação administrativa infraconstitucional influenciaram a legislação específica das agências reguladoras, que preveem diversos mecanismos para fazer valer o direito do cidadão em participar do processo administrativo regulatório. Além disso, no desenrolar deste, a Lei nº 9.784/99, que regula o

processo administrativo no âmbito da Administração federal, aplica-se de forma subsidiária <sup>91</sup>.

#### 4.4 ESTRATÉGIA NA REGULAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR *VERSUS* EXCESSO DE ESTADO NA REGULAÇÃO DO SETOR

O direito administrativo tradicional aponta os atos administrativos como manifestações volitivas da Administração. Ou seja, para que qualquer atividade administrativa ganhe concretude no mundo dos fatos, é necessária a prolação de um ato. Para que os atos administrativos sejam aptos a produzir efeitos no mundo jurídico, eles devem passar por três fases de constituição, segundo Carvalho Filho (2010).

A primeira fase, consoante dicção de Carvalho Filho (2010), é a da perfeição, que exige por critério de existência do ato o cumprimento fiel de processo administrativo prévio, descrito em lei. Normalmente, a lei que disciplina a atividade administrativa em pauta traz os requisitos legais e individualiza o processo, entretanto, segundo Di Pietro (2003), nada impede que as disposições gerais da Lei nº 9.784/99 sejam aplicadas de forma subsidiária. O ato que é editado de forma a violar essa fase carece de legalidade, podendo ser submetido ao controle do Poder Judiciário ou mesmo revogado de plano pela Administração, através do princípio da autotutela.

A segunda fase é a de validade do ato. Nesta, o ato só será válido quando houver cumprido todas as disposições legais referentes ao processo, não podendo haver vícios de legalidade, conforme Carvalho Filho (2010). A última fase é a eficácia, a qual é conferida a ato perfeito e válido, após cumprimento de uma condição, termo ou publicação, conforme leciona Mello (2009).

Uma vez estabelecida a participação popular como etapa no processo administrativo de feitura do ato (previsão legal de uma audiência pública, por exemplo), esta se torna elemento indissociável do mesmo, constituindo requisito de legalidade deste. O desrespeito ao direito de participação, nesses casos, pode levar à anulação de decisão ou ato normativo que o violou.

---

<sup>91</sup> Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Nessa senda, a inserção de mecanismos viabilizadores da atuação cidadã no âmago do procedimento administrativo regulatório, próprio das agências reguladoras independentes, permite amplo controle judicial das decisões desses entes, quando os critérios de legalidade, razoabilidade e proporcionalidade não forem verificados. Dessa forma, a previsão desses meios na legislação atinente aos entes regulatórios é capaz de conferir-lhes ampla legitimidade democrática. Justen Filho (2003), corroborando tal entendimento, dispõe que

[...] toda e qualquer ampliação da autonomia decisória das agências tem de ser acompanhada da submissão das suas decisões a um processo de formação da vontade que impeça a prevalência de preferências subjetivas ou produza a redução dos instrumentos de limitação do poder consagrados na tripartição de poderes. Isso Significa, antes e acima de tudo, reconhecer que a participação dos particulares nos processos administrativos não configura uma mera formalidade, destituída de utilidade prática. [...] Se a participação de terceiros no procedimento for destituída de qualquer efeito prático, estará infringindo o postulado do devido processo administrativo (JUSTEN FILHO, 2003, s/p).

Diante do exposto, já se percebe a função legitimadora dos processos decisórios das agências quando incide a participação popular. A Administração unilateral perde espaço para a Administração concertada, baseada na consensualidade e no diálogo. Incrementa-se, dessa forma, conforme Mastrangelo (2005, p.69), “a transparência e a moralidade das atividades administrativas”, assegurando maior grau de estabilidade e segurança jurídica para as partes envolvidas na regulação.

Reflete-se, pois, a necessidade ou não de previsão legal dos procedimentos participativos. Essa controvérsia surge na medida em que, apesar das disposições constitucionais, a legislação infraconstitucional é escassa com relação ao estabelecimento e obrigatoriedade dos mecanismos participativos em sede de processo administrativo.

O segundo posicionamento aqui exarado parece ser o mais compatível com a ordem constitucional brasileira. Dado o déficit democrático apontado nas atividades das agências independentes, é de extrema importância a valorização do princípio da participação popular.

Por se tratar de um princípio constitucional, clara está sua natureza de norma cogente. Entretanto, a previsão em legislação especial é de suma

importância para minudenciar aquilo que a Constituição de 1988 dispôs, na tentativa de concretizar ao máximo o princípio em estudo.

A legislação infraconstitucional que obriga a existência de procedimento participativo no âmago de processo administrativo regulatório, além de conferir respaldo a um possível controle de legalidade, pode prestar-se a alargar as formas de participação popular, especificando e desenvolvendo os conceitos lançados na Constituição de 1988.

Por fim, resta analisar o ônus argumentativo imposto às agências reguladoras, relacionado à motivação dos atos administrativos que produzem. Nessa senda, é importante observar que “a participação popular no processo regulatório se reporta essencialmente à sua fase preparatória, não retirando da Administração a última palavra sobre a matéria, desde que o faça motivadamente e dentro dos quadros legais”, conforme Aragão (2004, p16.).

Diferente não poderia ser. Como visto, as agências reguladoras gozam de autonomia reforçada para o desempenho de suas atividades. Porém, não podem elas ser forçadas a empregar na regulação determinação proveniente de interesse que não se compatibilize com a realidade do setor regulado. Entretanto, a recusa em aceitar a resposta social para a discussão estabelecida no seio do processo administrativo regulatório, deve ser devidamente motivada, pautando-se nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Não pode constituir mera construção inverídica do regulador. Busca-se, pois, impedir a captura da atividade regulatória pelo interesse de um ou mais sujeitos envolvidos na regulação, comprometendo-se o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão e permissão de serviços públicos, conforme Mastrangelo (2005).

Assevera-se que os procedimentos participativos criam presunção em favor de sua conclusão, configurando “inversão do ônus da prova”. Dessa feita, “fixado o interesse público”, em certo sentido a partir do resultado do procedimento participativo, “se a autoridade administrativa optar por decidir de maneira contrária, terá de empreender um trabalho de justificação”, motivando o ato administrativo de forma mais acurada do que exigido em decisões semelhantes, conforme Cabral (2008, p.53).

A imposição do ônus argumentativo, por conseguinte, impede que as agências reguladoras descartem de plano a contribuição social, pois se exige motivação ampla a respeito do não acolhimento do contributo popular.

Uma vez motivado o ato administrativo regulatório, este passa a submeter-se à Teoria dos Motivos Determinantes, segundo a qual, a explicitação dos motivos que levaram à expedição do ato compõe a própria formalização deste. “Se o motivo se conceitua como a própria situação de fato que impele a vontade do administrador, a inexistência dessa situação provoca a invalidação do ato”, segundo Carvalho Filho (2012, p.75).

Em outras palavras, caso a motivação do ato regulatório no sentido de afastar o avanço por participação popular baseie-se em argumentos inverídicos, apenas para fazer prevalecer a decisão unilateral do ente, o ato será considerado inválido, cabendo ao controle judicial anulá-lo.

Após ter-se demonstrado a existência do déficit democrático na atuação das agências reguladoras independentes, explicitado a crise de legitimidade que assola não somente o modelo regulatório brasileiro, mas toda a Administração, e reconhecida a necessidade de se adotarem mecanismos de participação cidadã para conferir lastro de legitimidade às atividades daquelas, resta analisar as vicissitudes dos instrumentos de participação popular, inseridos no contexto das atividades das agências reguladoras.

As leis instituidoras, regulamentos e resoluções das agências brasileiras, como posto, trazem previsões referentes às formas de inserção da participação popular nos processos decisórios e de expedição de atos normativos, seja de forma facultativa ou obrigatória. Destarte, é correto afirmar que a presença dos regulados, consumidores e usuários de serviços públicos nas etapas do processo administrativo regulatório funciona como autêntico controle social.

Os instrumentos fundamentais que viabilizam a participação e o controle social das agências reguladoras são as audiências públicas, as consultas públicas, os conselhos consultivos, as ouvidorias e os convênios.

O instituto da audiência pública consiste “na realização de sessões abertas aos cidadãos individualmente considerados, associações e demais interessados”, esclarecendo e debatendo temas relativos a processos administrativos decisórios em curso e projetos de lei propostos pela agência. O

resultado desse debate não possui caráter vinculante, objetivando-se apenas a dar aos participantes a oportunidade de oferecer sugestões e esclarecimentos sobre a matéria. Contudo, como asseverado, caso a previsão da audiência disponha pela obrigatoriedade da realização, esta passa a constituir formalidade essencial dos atos vinculados a ela, conforme Binenbojm (2006).

As consultas públicas, por seu turno, possuem precedentes no direito europeu, notadamente na França, onde são chamadas de *enquetes*, bastante utilizadas em temas municipais, como desapropriação e declaração de utilidade pública. Entretanto, é no direito norte-americano que as agências reguladoras independentes brasileiras se inspiram. O APA prevê para o processo administrativo regulamentar três fases: a proposta normativa, a consulta pública e a decisão. Assim, “cabe à agência, por meio do respectivo edital, delinear o procedimento de consulta pública a ser adotado”, conforme Mastrangelo (2005), destacando as questões relevantes que afetam interesses do setor regulado. No momento da consulta propriamente dita, concede-se tempo aos interessados para registrar suas propostas de forma escrita. Por fim, a agência profere uma decisão devidamente motivada e concisa à consulta, conforme Mastrangelo (2005).

Ambas as analisadas formas de participação popular se prestam a conferir maior transparência à atuação das agências. Diferem, entretanto, na forma de realização. Na audiência, uma data é marcada previamente para a formação de uma sessão pública, na qual os interessados comparecem para expor suas opiniões, vigendo o princípio da oralidade nos debates. Já na consulta, os interesses dos participantes expressam-se em peças formais escritas, que serão juntadas ao processo administrativo individualmente, conforme dicção de Mastrangelo (2005) corroborada por Binenbojm (2006).

Os conselhos consultivos, por sua vez, são órgãos de participação social institucionalizada (fazem parte da própria organização da agência), sendo compostos por pessoas da sociedade e representantes de órgãos cujos interesses são atingidos pela regulação. Possuem composição mista, reunindo representantes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, do Poder Executivo, das prestadoras de serviços regulados, das entidades representativas de usuários e das que representam a sociedade em geral. Apresentam caráter consultivo e fiscalizador, “incluindo a emissão de opiniões

sobre projetos das agências, aconselhamento quanto à prestação de serviços públicos, apreciação de relatórios e elaboração de propostas concernentes à atuação do Conselho Diretor”, segundo preleção de Binenbojm (2006, p.66).

Criticando a previsão e instituição das ouvidorias por entender que estas disputam competência com o Ministério Público, Souto (2002) posiciona-se no sentido de considerar desprovida a criação das mesmas, *in verbis*:

A vantagem do ouvidor em cada agência, além da especialização técnica e de um menor volume de assuntos a resolver, é a facilidade do acesso. Entretanto, não tem independência, não é dotado de legitimidade processual ativa, não é permanente (vitalício) como o representante do Ministério Público, nem tem sede constitucional (sendo previsto ora em lei ora em decretos, vinculando-o a diversas estruturas; tais normas têm processo mais simples de modificação de competências, especialmente após a edição da Emenda Constitucional nº 32/2001). Existe, pois, uma instituição organizada, independente e com legitimidade processual, parecendo ser desnecessária a criação de novas figuras, com impactos demagógicos e aumento da despesa pública (SOUTO, 2002, p. 239).

É bastante válida, entretanto, a previsão das ouvidorias, pois constituem canal de comunicação mais especializado e facilmente acessível aos interesses dos cidadãos. Não se pode desqualificar o instituto tão somente por existência de outro que alberga funções assemelhadas. Ambos podem trabalhar conjuntamente visando à consecução de um fim comum, desafogando, por exemplo, as demandas do Ministério Público, especializando-se nas necessidades de cada setor regulado.

Resta, por fim, tecer considerações a respeito dos convênios previstos no Decreto nº 2.335/97, que, em seu art. 19, confere à ANEEL a prerrogativa de descentralizar suas atribuições, delegando aos Estados e Distrito Federal atividades complementares de regulação, controle e fiscalização dos serviços e instalações de energia elétrica.

Longe de representarem a perda de autonomia da agência, os convênios prestam-se para facilitar a execução das atividades da ANEEL, que possui ampla gama de competências. Tal delegação, por óbvio, só é possível quando o Estado possuir ampla capacidade técnica para arcar com as responsabilidades advindas da atividade regulatória do setor elétrico e apenas se refere às atividades executórias. Os convênios facilitam o acesso do usuário, que “assim pode reclamar, peticionar, sugerir perante um órgão

localizado em seu próprio Estado, ao qual, mercê de cláusula do convênio, são carreados recursos pela ANEEL, vinculados à Taxa de Fiscalização de Serviços de Energia Elétrica”, conforme Mastrangelo (2005, p.73).

O PL nº 3.337/04, apresentado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional, ainda se encontra em tramitação na Câmara dos Deputados. Tal projeto dispõe sobre a gestão, organização e controle social das agências reguladoras independentes, alterando alguns dispositivos das leis instituidoras destas e inserindo novas propostas, visando dar maior efetividade e abrangência à participação popular em sede regulatória.

O projeto de lei pretende criar, como disposto na exposição de motivo, um conjunto homogêneo e estável de regras, a fim de orientar a gestão e a atuação das agências reguladoras, criando uma lei geral sobre o regime jurídico destas, respeitando as peculiaridades dos setores específicos regulados por cada uma.

Uma das medidas propugnadas pelo projeto é introduzir a obrigatoriedade de realização de consultas públicas antes da tomada de decisão de qualquer questão relevante e estabelecimento de um ouvidor para todas as agências. Ademais, os artigos 6º, 7º e 8º determinam que audiências e outras formas de participação possam ser instituídas pelas agências.

A previsão de obrigatoriedade demonstra-se relevante e em consonância com o que já foi abordado sobre o processo administrativo regulatório. Assim, a participação popular por meio de consultas tornar-se-ia requisito de validade do ato e seu desrespeito autorizaria o controle judicial.

Outra inovação de igual importância é a disponibilização na internet dos atos e propostas das agências submetidas à participação popular e de seu relatório anual de atividades. Nessa senda, incrementa-se a participação cidadã, conferindo maior transparência às atividades regulatórias. Agrega-se à mera publicidade da imprensa oficial o alcance sem limites do uso da internet, concretizando o direito aludido, como disserta Marques Neto (2005).

Visíveis estariam os benefícios que a aprovação do PL 3.337/04 (Lei Geral das Agências Reguladoras), cuja relatoria coube ao deputado Leonardo Picciani (PMDB-RJ), podiam trazer à realidade regulatória brasileira. Lamentavelmente, porém, apesar do apoio de que gozava por parte tanto da

oposição quanto da base governista, aos 14 de março de 2013, a Presidente Dilma Rousseff vetou-o integralmente.

Segundo Binenbojm (2006, p.69), as “autoridades independentes não precisam nem devem ser espaços fechados, infensos às posições e opiniões de agentes econômicos, consumidores e da sociedade civil como um todo”. Dessa maneira, expandem-se os benefícios do controle social sobre os atos regulatórios. Apesar do arquivamento do PL nº 3.337/04, sua exposição de motivos corroboraria a tese exposta até então:

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. É na ampliação desses instrumentos que se concentra a maior inovação do projeto de lei. São instituídos, estendidos ou ampliados 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. Assim é que o projeto de lei reserva o Capítulo I para o processo decisório das Agências, nele prevendo: a) a decisão colegiada, em regra, como forma de respaldar as decisões do regulador (art. 3º); b) obrigação, para todas as Agências, de realizar consulta pública, além da necessidade de ampla divulgação dos resultados da consulta e audiência pública realizadas (arts. 4º e 7º); e c) direito das associações de defesa do consumidor/usuário de indicarem até três representantes especializados para acompanhar os processos de consulta pública, custeados dentro das disponibilidades orçamentárias pela própria Agência (art. 4º, § 5º) (BRASIL, 2004).

Esse excerto enfatiza o papel da agência reguladora como mediadora do debate público, tornando possível a comunicação e o diálogo com regulados, consumidores e usuários de serviço público. Busca-se, pois, dar ao caráter técnico das atividades regulatórias maior compreensão social, permitindo um controle efetivo.

Não obstante os benefícios extensos da inserção dos mecanismos de participação popular para suprir o déficit democrático da regulação independente, aponta-se o baixo grau de mobilização da sociedade como óbice à concretude de tais medidas.

Deve-se, no entanto, reconhecer que a complexidade técnica inerente à natureza das funções desenvolvidas pelas agências reguladoras pode não atrair o interesse dos consumidores, levando ao comprometimento da participação popular. Descobriu-se que “a participação concentra-se no grupo que atua no ramo de telecomunicações, as empresas e outros organismos a elas ligados, tais como escritórios de advocacia, os quais somam 68,8% das contribuições oferecidas”, conforme Binenbojm (2006, p.296).

Já a presença de órgãos governamentais e entidades de defesa do consumidor revelou-se ínfima. Essa realidade repete-se em outras agências, como é o caso da ANEEL.

A ausência de segmentos da sociedade civil pode conduzir facilmente ao fenômeno analisado da captura de interesses. Se somente o ente regulado participa, mais facilmente este conseguirá impor seu interesse sobre o do cidadão, buscando apenas o lucro. Daí a fundamental necessidade de que as agências promovam campanhas de conscientização.

A realização dos procedimentos participativos deve contar com ampla publicidade prévia, criando oportunidade legítima para a população. Não basta divulgar-se na imprensa oficial, as agências devem fazer uso de meios de comunicação mais atualizados e eficientes, como a internet.

Indo mais além, defende-se a necessidade de criação de um ente regulador independente específico com vistas à defesa, proteção e promoção da publicidade do direito fundamental da participação popular, Binenbojm (2006) disserta, *in verbis*:

A regulação da imprensa deve preencher as falhas naturais do mercado livre no ramo da comunicação social. É fundamental que as empresas jornalísticas sejam entidades da sociedade civil, independentes de qualquer controle ou benesse do Estado. Cumpre-lhes, todavia, o dever de dar cobertura ampla e não condicionada por fatores econômicos ou conveniências políticas a fatos e questões de interesse geral, além de proporcionar ao público o conhecimento plural das diversas versões e pontos de vistas sobre assuntos controvertidos (BINEBOJM, 2006, p. 296).

O princípio da publicidade também exige a clareza na prestação das informações para evitar que o cidadão se perca nos termos e conceitos técnicos do setor regulado. As agências devem, por conseguinte, promover a tradução dos signos científicos de modo a viabilizar a compreensão dos

mesmos pela população, majorando as estatísticas de participação da sociedade civil.

As agências reguladoras independentes brasileiras foram concebidas no intuito de consolidar os ideais da moderna regulação, marcada notadamente pela dispersão dos poderes estatais e intervenção indireta na economia. Para cumprir esse desiderato, foram conferidas a elas características que lhes reforçam a autonomia frente ao poder de direção do Chefe do Executivo, como vedação à exoneração *ad nutum*, ausência de subordinação hierárquica e o amplo poder normativo.

Essa configuração não está imune a críticas, as quais atacam a constitucionalidade do instituto frente aos princípios da legalidade, separação de poderes e soberania popular. Por outro lado, afirma-se que a concepção clássica dos dois primeiros princípios citados deve ser relativizada. Além disso, as agências reguladoras possuem expressa previsão constitucional (artigos 21, XI; 37, XIX e 177, § 2º, III da CR/88) e intensificam o sistema de freios e contrapesos, próprio da separação de poderes, ao se submeterem aos controles judicial e legislativo.

A crítica do déficit democrático imputado à atual configuração das agências é bastante válida, contudo a crise da falta de legitimidade é fenômeno que abrange a totalidade da Administração Pública. O princípio da soberania popular não pressupõe uma Democracia meramente representativa. É essencial o reconhecimento do direito fundamental à participação popular, concretizando-o por meio da adoção de mecanismos que possibilitem a intervenção cidadã.

Para cumprir essa tarefa, as leis instituidoras, regulamentos e resoluções das agências reguladoras independentes, em consonância com o art. 37, § 2º da CR/88 e arts. 31 e 32 da Lei nº 9.784/99, já preveem audiências públicas, consultas, ouvidorias, conselhos consultivos e convênios como instrumentos viabilizadores da participação popular.

Uma Democracia participativa, entretanto, exige mais. Esses mecanismos não podem ser somente previstos de forma facultativa, pois, destarte, não constituem elemento de validade do processo, impedindo o controle, quando desrespeitados. Nessa senda, salta aos olhos a importância da aprovação de um substitutivo ao Projeto de Lei nº 3.337/2004, prevendo que

os instrumentos de participação popular sejam inseridos, de forma obrigatória, nos processos administrativos regulatórios das agências. Dessa feita, qualquer ato decisório ou normativo que reflita interesse dos regulados, consumidores ou usuários de serviço público será precedido do diálogo entre sociedade e Administração Pública, visando encontrar a melhor solução regulatória para o setor em questão.

A previsão de obrigatoriedade garante que o processo administrativo perfectibilizado em descumprimento ao direito fundamental de participação popular seja anulável pelo controle do Poder Judiciário ou revogável pelo princípio da autotutela administrativa.

Mesmo que as autoridades reguladoras independentes não acatem o contributo social, deverão motivar sua opção de forma mais intensa do que em outros atos administrativos. Esse ônus argumentativo imposto àquelas é necessário para se evitar uma participação popular cosmética, apenas para cumprir os requisitos formais da lei. Desse modo, evita-se que as agências procedam às audiências e consultas sem a real intenção de permitir o diálogo com a sociedade.

Por fim, exige-se que a publicidade da realização dos procedimentos participativos seja ampla. A internet, nesse caso, desponta como importante ferramenta para divulgar a realização e resultados, atingindo um número maior de interessados. O princípio aludido também exige que o caráter técnico, próprio das atividades das agências, não impeça a participação cidadã, devendo a Administração preocupar-se em traduzir os signos científicos, a fim de evitar que a publicidade se revele ineficaz.

## **5 O EXCESSO DO ESTADO NA REGULAÇÃO**

A Constituição da República de 1988, inofismavelmente, inovou ao abarcar a proteção à saúde enquanto direito social, conforme consignado em seu art. 6º:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança a previdência social, a proteção à

maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

Como posta no texto constitucional, a saúde adquire status de irrenunciável, portanto, intransferível, e, por outro viés, transcende ao patamar do imprescritível.

Se assim o ambicionou o constituinte originário, implica asseverar – na mesma proporção – que, enquanto direito social, a assistência à saúde exige prestação efetiva e positiva do Estado, competindo a ele, pois, fornecê-la ao cidadão independentemente de suas condições econômico-financeiras.

Na qualidade de direito fundamental, toda e qualquer norma que vise à assistência à saúde possui aplicação imediata conforme mesmo se expende do art. 5º, § 1º do texto constitucional:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (BRASIL, 1988).

Não se pode olvidar de que dessa norma constitucional imane outra, segundo a qual o Estado possui o dever de fazer cumprir, como posto no art. 196 da CR/88:

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).

Nada impede, entretanto, que haja atuação da atividade empresária concorrente à atividade estatal, aquela preenchendo lacunas e vácuos deixados por esta.

Nisso, irrompe-se a questão contratual inerente à assistência complementar à saúde.

Conforme Pereira (1998), o contrato

[...] é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos (PEREIRA, 1998, p. 11).

A essa tese, coaduna-se Diniz (1995), para quem

[...] contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas e natureza patrimonial (DINIZ, 1995, p. 27).

Assim, não se pode, conquanto adstrito à legalidade, admitir que a vontade das partes se submeta a intervenções estatais, de forma a desequilibrar-se ou a adulterar-se.

Não se pode, porém, olvidar-se de que o contrato, hodiernamente, possua uma concepção social, como posto na dicção de Gonçalves (2006):

A concepção social do contrato apresenta-se, modernamente, como um dos pilares da teoria contratual. [...] Tem por escopo promover a realização de uma justiça comutativa, aplainando as desigualdades substanciais entre os contratantes (GONÇALVES, 2006, p. 5).

Muito embora se admita, à unanimidade, que a função social do contrato tenha origem na transição entre o Estado Liberal e o Estado Social e possa sua utilidade adstringir-se à proteção do interesse público envolvido na contratação, resta incógnito o que venha a constituir-se o propalado “interesse público”.

A relativa elucidação do sintagma nominal “interesse público”, encontra assento em Gagliano e Pamplona Filho (2006), para os quais:

O contrato é considerado não só como um instrumento de circulação de riquezas, mas também, de desenvolvimento social.

Isso mesmo: desenvolvimento social [...].

Consoante inferimos linhas acima, como cancelar válido, por exemplo, um negócio que, posto atenda aos seus pressupostos formais de validade, desrespeite leis ambientais ou pretenda fraudar leis trabalhistas?

Na mesma linha, não se pode admitir contratos que violem a livre concorrência, as leis de mercado ou os postulados de defesa do consumidor, sob o pretexto de se estar incentivando a livre-iniciativa (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 46).

Se, todavia, o contrato não pode violar a livre concorrência, de igual forma, não podem normas regulatórias de natureza meramente administrativa fazê-lo. Consentir-lo, como se virá adiante, implica outorgar ao Estado o direito de atuar inclusive excessivamente sobre o mercado, extirpando não só a concorrência livre, mas cerceando a livre iniciativa.

Cumpre, nesse íterim, colacionar o disposto no art. 421 do código civilista:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato (BRASIL, 2002).

Isso se faz imperioso posto que haja esforço hermenêutico no sentido de, percebendo a imprecisão do conceito social do contrato, tentar preencher o vácuo interpretativo, uma vez que pode adstringir a exegética posta nos enunciados 21<sup>92</sup> e 22<sup>93</sup> do CJF; ou vincular-se à conceituação exarada do enunciado 360<sup>94</sup>, para o qual a expressão se referia a princípio; ou referir-se a uma garantia constitucional, conforme se depreende do enunciado 23<sup>95</sup>; ou mero arcabouço teórico imergido do instituto contratual como apregoa o enunciado 167<sup>96</sup>; ou, por outra, mecanismo de revisão judicial do seu conteúdo por diversas hipóteses não vinculadas intimamente à dignidade da pessoa humana, conforme orientação dos enunciados 166<sup>97</sup> e 361<sup>98</sup>:

---

<sup>92</sup> Enunciado 21. A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui **cláusula geral** a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito (grifo nosso).

<sup>93</sup> Enunciado 22. A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui **cláusula geral** que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas (grifo nosso).

<sup>94</sup> Enunciado 360. **O princípio da função social** dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes (grifo nosso).

<sup>95</sup> Enunciado 23. A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes **interesses metaindividuais** ou **interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana** (grifo nosso).

<sup>96</sup> Enunciado 167. Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma **nova teoria geral dos contratos** (grifo nosso).

<sup>97</sup> Enunciado 166. A **frustração do fim do contrato**, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no Direito brasileiro pela aplicação do art. 421 do Código Civil (grifo nosso).

Por outro norte, manifestar-se-á o controle judicial no exame de cláusulas contratuais desde a raiz do negócio jurídico, conforme Venosa (2005):

O controle judicial não se manifestará apenas no exame das cláusulas contratuais, mas desde a raiz do negócio jurídico (VENOSA, 2005, p. 406).

A esse respeito, Castro (2009) disserta que

O contrato também pode ser utilizado como meio de redistribuição de riquezas e justiça social, porém não diretamente nem pela intervenção judicial. O uso do contrato como instrumento de justiça redistributiva se realiza de modo indireto, pela tributação. Cabe ao Estado, por meio do Direito Financeiro e Tributário, promover a realocação de riqueza de maneira socialmente ótima e constitucionalmente legítima. Não cabe ao Poder Judiciário decidir sobre a alocação de recursos particulares com base em equivocada aplicação da função social do contrato (CASTRO, 2009, p. 32).

O contrato se reveste de boa-fé objetiva, razão pela qual Venosa (2005) disserta que:

[...] o manifestante de vontade crê que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui de um negócio. Para ele há um estado de consciência ou aspecto psicológico que deve ser considerado (VENOSA, 2005, p. 406).

Posto que a defina como “uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos”, conforme Venosa (2005, p.98).

Na lição de Castro (2009),

[...] a eficácia social do contrato se dá não pela avaliação dos resultados comutativos do contrato, porém pela constatação se a relação contratual se deu em atendimento aos parâmetros legalmente apresentados pelo Direito Civil, Econômico, Consumerista, Trabalhista, Ambiental e Tributário, carecendo o juiz de legitimidade para intervir, fora dos casos de aplicação da teoria de imprevisão, na estrutura comutativa do contrato com fins a promover “justiça e desenvolvimento social” (CASTRO, 2009, p. 32).

---

<sup>98</sup> Enunciado 361. O **adimplemento substancial** decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé, balizando a aplicação do art. 475 (grifo nosso).

Se, portanto, por um lado nem mesmo o Judiciário pode interferir nas relações contratuais além do que lhe é consentido, muito menos pode o Estado regular excessivamente o mercado de saúde complementar de forma a interferir, não só na economia, no direito contratual, como na livre iniciativa e na livre concorrência.

O excesso de regulação do Estado brasileiro no mercado de saúde suplementar reveste-se de predicados nitidamente intervencionistas, visando, a todo instante, via comandos normativos, intervir não só na vida do particular, mas, sobretudo, nas relações empresárias. O Estado, portanto, mostra-se, além de paternalista, injusto, quando não corrompido pela associação que faz com grandes operadoras atuantes no mercado.

Ao logo da presente dissertação, vislumbrou-se que o excesso de regulação retarda, sobremaneira, o desenvolvimento do setor privado, engessando a competitividade, posto que suplante a livre concorrência, amputando quaisquer possibilidades de inovação.

Não se pode olvidar que o descomedimento normativo por parte do ente estatal implica geração de espoliação incontestada da iniciativa privada, o que propicia terreno fértil para corrupção e para o empobrecimento deliberado de micro, pequenas e médias empresas, não obstante isso ofenda a Constituição da República no que atina à legalidade.

Ululante que a regulamentação por demasia gera não só conflitos normativos, mas também confusão jurídica, uma vez que se estabeleça o caos normativo. Noutras palavras: produz, de forma sistêmica, inconstitucionalidade formal e material.

Nessa dicção, sobre a constitucionalidade e inconstitucionalidade, Branco e Mendes (2015) dissertam que

[...] a relação que se estabelece entre uma coisa — a Constituição — e outra coisa — um comportamento — que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido (BRANCO; MENDES, 2015, p. 1043).

Estas, no entanto, não se circunscrevem exclusivamente ao fato de a norma possuir ou não conformidade com a carta republicana, razão por que prosseguem:

Assim, tomando de empréstimo a expressão de Bittar, dir-se-á que constitucional será o ato que não incorrer em sanção, por ter sido criado por autoridade constitucionalmente competente e sob a forma que a Constituição prescreve para a sua perfeita integração; inconstitucional será o ato que incorrer em sanção — de nulidade ou de anulabilidade — por desconformidade com o ordenamento constitucional (BRANCO; MENDES, 2015, p. 1045).

Vale, nesse ínterim, compilar o comando do art. 58<sup>99</sup> da CR/88, segundo o qual o Congresso Nacional deve possuir comissões permanentes com pertinências auguradas em regulamento interno.

No mesmo sentido, o Regimento Interno da Câmara dos Deputados consigna em seu art. 32, inciso IV, as competências da Comissão de Constituição e Justiça:

Art. 32. São as seguintes as Comissões Permanentes e respectivos campos temáticos ou áreas de atividade:

[...]

IV – Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania: a) aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas Comissões; b) admissibilidade de proposta de emenda à Constituição; c) assunto de natureza jurídica ou constitucional que lhe seja submetido, em consulta, pelo Presidente da Câmara, pelo Plenário ou por outra Comissão, ou em razão de recurso previsto neste Regimento; [...] (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2004).

Essas normas internas das casas legislativas legitimam a interferência, por si só, no mercado de saúde suplementar ao alvedrio de interesses políticos e de pressões mercadológicas dos grandes conglomerados sobre elas.

Saindo da *urbe* legislativa, o Executivo, de igual forma, mantém parcela de interferência sobre a atividade empresária, inclusive no segmento da saúde suplementar, basta deixar olhos ao § 1º do art. 66 da Constituição da República.

Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º. Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data

---

<sup>99</sup> Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto (BRASIL, 1988).

Inquestionável que o controle político exercido pelos poderes legislativo e executivo dá-se por atuação de ordem não jurisdicional, o que implica interferência de interesses igualmente políticos.

Por outro lado, o controle jurídico quer concentrado ou difuso, a ser exercido respectivamente pelo Supremo Tribunal Federal e por quaisquer dos tribunais ou magistrados, só se vincula e se realiza ante os casos concretos.

Quanto aos vícios materiais a que se aludiu no introito deste capítulo, na dissertação de Branco e Mendes (2014):

Os vícios materiais dizem respeito ao próprio conteúdo ou ao aspecto substantivo do ato, originando-se de um conflito com regras ou princípios estabelecidos na Constituição (BRANCO; MENDES, 2014, p. 1438).

Tal postulado teórico corrobora a tese segundo a qual o excesso normativo do Estado no mercado de saúde suplementar gera, sobremaneira, conflito com regras ou princípios estabelecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Desse conflito normativo proveniente do excesso do Estado na atividade empresária, advém o desvio de finalidade, o qual deve ser repellido e declarado nulo. Na dicção de Mazza (2016),

No requisito finalidade, o defeito passível de atingir o ato administrativo é o desvio de finalidade, que se verifica quando o agente pratica o ato visando fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência (art. 2º, parágrafo único, e, da Lei n. 4.717/65).

[...]

b) atos nulos: aqueles expedidos em desconformidade com as regras do sistema normativo. Possuem defeitos insuscetíveis de convalidação, especialmente nos requisitos do objeto, motivo e finalidade. Exemplo: ato praticado com desvio de finalidade (MAZZA, 2016, p. 380).

Coadunando com essa tese, na esfera do Direito Administrativo, Meirelles (2013) disserta que:

O excesso de poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, vai além do permitido e exorbita no uso de suas faculdades administrativas. Excede, portanto, sua competência legal

e, com isso, invalida o ato, porque ninguém pode agir em nome da Administração fora do que a lei lhe permite. O excesso de poder torna o ato arbitrário, ilícito e nulo. É uma forma de abuso de poder que retira a legitimidade da conduta do administrador público, colocando-o na ilegalidade e até mesmo no crime de abuso de autoridade quando incide nas previsões penais da Lei 4.898, de 9.12.65, que visa a melhor preservar as liberdades individuais já asseguradas na Constituição (art. 5º) (MEIRELLES, 2013, p. 98).

Ao regular excessivamente, pois, o ente estatal interfere na atividade empresária e, por conseguinte, nas relações contratuais, solapando a vontade das partes.

O excesso regulatório caracteriza o ilícito por parte do Estado, que, exorbitando do uso de suas competências administrativas, abusa do poder para regular aquilo que compete exclusivamente à iniciativa privada e à livre concorrência, princípios mais caros e lúdicos do Direito Empresarial.

O art. 97 da Constituição da República determina que:

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (BRASIL, 1988).

O que se observa, porém, é que o Estado, atuando em conluio com os grandes conglomerados, exorbita de suas funções e, na maioria das vezes, o que o constituinte originário consignou no texto da Carta da República não possui eficácia no âmbito legislativo pelos motivos já expendidos no presente estudo.

O embate atinente ao disposto no art. 97, inclusive, chegou a ser travado perante o Supremo Tribunal Federal, que editou a Súmula Vinculante nº 10, *in verbis*:

SÚMULA VINCULANTE Nº 10. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte (BRASIL, 2008).

O entendimento da Corte Constitucional, por si só, entretanto, não foi nem é suficiente para que o Estado se abstenha de interferir abrupta e excessivamente no mercado de saúde suplementar, até porque este se vale de

órgãos reguladores, como a ANS, para burlar cláusulas e condições que balizam o seguimento empresarial.

Cuida-se de algumas que são as condições suficientes para vincular o Legislativo. A esse respeito, Moraes (2016) aduz serem elas:

[...] a) não poderá ser editada uma norma que derogue a decisão da Suprema Corte; b) não poderá ser editada norma que convalide atos nulos que foram praticados com base na lei declarada inconstitucional (MORAES, 2016, p. 1433).

Não muito raro, entretanto, se se depara com regramentos exarados pelo Legislativo ou pela ANS, ao arrepio da inteligência da Corte Suprema, que vêm na contramão do entendimento do Poder Judiciário.

À baila de terminar estas considerações quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade do excesso do Estado na atividade empresarial, em particular no seguimento de saúde complementar, convém retornar a dicção de Mello (2010), para quem o objetivo fundamental de qualquer norma constitui-se discriminadora de situações, revestida sempre de efeitos jurídicos:

[...] as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição (MELLO, 2010, p. 13).

Isso porque o meio empregado pelo legislador deve adequar-se e lançar-se sob o objeto ao qual pretende regular, visando ao resultado desejado, conquanto que não se limite o direito fundamental, tese, a propósito, já referendada por Bonavides (1993):

[...] o meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido um [sic] outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental (BONAVIDES, 1993, p. 330).

O que não se pode nem se deve admitir é que o Estado, valendo-se da premissa de controle, lance mão de subtrair direitos, ao argumento de que os

princípios da necessidade e da proporcionalidade legitimam-no a exercer um controle regulatório exacerbado, cerceando a livre iniciativa e a livre concorrência.

No sentido exato do exposto, há que se ater aos conceitos, como o faz Barros (1996):

[...] a diferença básica entre o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito está, portanto, no fato de que o primeiro cuida de uma otimização com relação a possibilidades fáticas, enquanto este envolve apenas a otimização de possibilidades jurídicas (BARROS, 1996, p. 81).

Não se pode olvidar de que um mercado, qualquer que seja ele, mesmo o de saúde suplementar, deva possuir por predicado basilar a livre concorrência. Sem esse atributo, não há que se assegurar a minimização de custos, a qualidade dos serviços e a satisfação das expectativas de que o consumidor se reveste em função de seus interesses.

Por livre iniciativa e livre concorrência, porém, não se pode entender que não haja interesse público do ente estatal de fiscalizar e controlar a atuação dos atores da atividade empresária, com o fito de perseguir e direcionar em direção aos interesses da sociedade. Fazê-lo de forma adequada, contudo, de maneira que não interfira aquele na atividade que não lhe é afeta diretamente constitui-se tarefa nem sempre pacífica ou isenta de questionamentos.

Compete ao ente estatal – tanto quanto ao ente privado – fomentar políticas que sejam capazes de movimentar projetos econômicos adequados às expectativas da coletividade social. Ao ente estatal compete, face isso, balizar – por meio de regulamentação – atuações lícitas pautadas sempre, por conseguinte, no ordenamento jurídico e que não impactem a atividade de terceiros, de forma a engatilhar aumentos de custos. Em outras palavras, a atividade do ente estatal não pode deixar de promover a eficiência do mercado de maneira que este persiga a eficiência tanto operacional quanto a locacional.

Se, por um lado, a eficiência da atividade empresária vincula-se à competição, inconcebível que regulações estatais venham na contramão da competitividade que incrementa e produza benefícios à sociedade. Assim, qualquer regramento por parte do ente estatal que iniba a competitividade sadia deve ser repellido. Não se pode, porém, deixar de observar que a prática

concorrencial hígida em si enseja e estimula a autorregulação, evitando que o ente estatal venha baixar normas que impactem a atividade empresária de forma a inibir a prática salutar da concorrência.

À medida que o ente estatal abstém-se de interferir continuamente no mercado livre e, portanto, na atividade empresária em si, fomenta-se a autorregulação, o que implica asseverar que o ente estatal deixará de gerar o excesso regulatório. Por meio da autorregulação, evitar-se-á a excessiva centralização do poder mandatário de normas, e o mercado livre poderá promover a autofiscalização de suas práticas.

Nítido que a autorregulamentação deva fundar-se em seus próprios pressupostos; do contrário, abrir-se-á campo para que o ente estatal – no exercício de sua função fiscalizatória e regulatória – produza normas que preencham lacunas que deveriam ter sido sanadas pela iniciativa privada.

A entidade autorreguladora deve imbuir-se de sensibilidade para evitar normas e atuar prestativamente e estimular a prática concorrencial que produza eficácia e custo mínimo ao consumidor, incitando ainda a adesão deste a seus serviços ou produtos. Todavia, o mais sensível na autorregulação há sempre de ser a elaboração e o estabelecimento de normas por parte da própria comunidade consumerista, uma vez que esta se sentirá responsável pelo cumprimento das mesmas, afastando ou diminuindo, por conseguinte, a interferência do órgão regulador.

Não se pode deixar de ressaltar que a autorregulação implica menor dispêndio de recursos na fiscalização do cumprimento das normas exaradas, porém, de igual forma, como se virá adiante. Não se pode deixar de observar que a atuação de órgão regulatório implica a possibilidade de haver complacência com interesses públicos, bem como a promoção de autoproteção dos regulados, via leniência na cominação de sanções administrativas.

Necessário, porém, que se avance na análise do excesso regulatório no âmbito da saúde complementar. Para tanto, imprescindível que se viande paulatinamente no mérito de cada tópico que o compõe.

No âmbito do Direito Comercial, não se pode deixar de perceber que a atividade empresária sobrepõe-se a conceitos políticos-ideológicos, sendo sua função a promoção de intercâmbio no qual haja prevalência de interesses

convergentes que assegurem o equilíbrio dos mercados. Na dicção de Estrela (1969), já se percebia essa dimensão:

É o comércio atividade da maior valia. Encarado sob o prisma puramente sociológico, atua como fator decisivo de civilização, eis que, sobrepondo-se aos preconceitos ideológicos, políticos ou nacionalistas, promove o intercâmbio, alheando-se, de todo em todo, de tais preconceitos, para fazer prevalecer, unicamente, os interesses convergentes (ESTRELA, 1969, p. 10).

Na seara do pacto entre consumidor e empresas de saúde complementar, não se pode afastar ainda da função social do contrato, não se admitindo que haja interpretação extensiva da legislação de forma a promover o desequilíbrio contratual, observado ainda o relevante interesse social. Não à toa que Wald (*apud* PINHEIRO; SADDI, 2005) disserta, asseverando que:

A função social do contrato não deve ser interpretada como proteção especial do legislador em relação à parte economicamente mais fraca. Significa a manutenção do equilíbrio contratual e o atendimento dos interesses superiores da sociedade que, em determinados casos, podem não coincidir com os do contratante. A ideia básica é o atendimento dos interesses da própria sociedade e do maior grupo de interessados, que não pode sofrer as consequências do comportamento de um deles (WALD *apud* PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 116).

Não se pode deixar aqui de abordar a questão sobre a ótica da Teoria da Captura, denominada também de Teoria da Falha Regulatória, segundo a qual se origina a regulação na necessidade de defesa do interesse público. Não obstante isso, embora possa parecer contrassenso, defende-se que o desenvolvimento regulatório conduza à deturpação desse objetivo, posto que a demanda setorial anseie pela maximização dos lucros produzidos pela regulação.

Entende-se a captura enquanto fenômeno no qual a agência reguladora passa a servir de instrumento cujo desígnio consiste em viabilizar e legitimar a consecução de interesses privados dos segmentos regulados. O problema, porém, reside no fato de que as agências reguladoras – afastando-se dos princípios constitucionais – passem a atender pura e simplesmente aos interesses privados em detrimento da parte hipossuficiente, na relação consumerista. Nesse sentido, Hernández (2012) leciona que:

Dessa forma, quando algumas agências reguladoras se afastam dos preceitos constitucionais, dos princípios relativos à defesa do consumidor, para atender interesses de agentes e grupos econômicos em detrimento dos cidadãos que utilizam ou necessitam dos serviços públicos configura-se o fenômeno da captura (HERNÁNDEZ, 2012, p.114).

Num contínuo à sua dicção, disserta:

Vale dizer que a corrupção (abuso do poder público com fins privados) e a aceitação da assimetria de informações (aceitar como verdadeiras as afirmações e informações dos agentes regulados) sem auditar também são formas de captura (HERNÁNDEZ, 2012, p.114).

Na esteira de seu pensamento, Hernández (2012) aduz sobre a existência das formas de corrupção: a “de alto nível (altos níveis da administração, políticos e tribunais)” e a de “baixo nível (níveis mais baixos da administração) onde a ocorrência é maior”. Cita Boehm (2011), para quem “quando se fala dos tipos de corrupção, frequentemente se faz a diferença entre suborno, malversação de fundos, fraude, extorsão, favoritismo e nepotismo”, o que, entretanto, não é objeto do presente estudo.

Ainda no que tange à Teoria da Captura, imprescindível aduzir-se às trocas pessoais que lhe são inerentes e intrínsecas, quer sejam estabelecidas no plano estrutural, quer no interpessoal nas quais se operacionalizam influências políticas, consubstanciadas na indicação de cargos de topo. Nesse diapasão, Franco (2018):

De acordo com esta teoria, fatores pessoais, tais como as trocas e relações entre os profissionais das indústrias e os da agência; e fatores estruturais, frente à composição estrutural das agências, em que geralmente a indicação dos cargos mais altos é política, e as empresas reguladas patrocinadoras de suas campanhas políticas – culminariam no exercício de influências e na conseqüente “captura” da agência pelos entes regulados (FRANCO, 2018, p.19).

Não há, por conseguinte, em não se ao menos cogitar na possibilidade de esta ou aquela agência reguladora sucumbir-se à influência política, imune a influências externas, ávida ou não por sobrepor interesses privados em detrimento do interesse público. Tema, a propósito, recorrente na esfera acadêmica.

Tais influências, entretanto, só poderiam ser ainda que razoavelmente controladas mediante audiências públicas, tese que é defendida por Cabeza e Cal (2008):

A sistematização de audiências públicas, audiências de conciliação envolvendo governo, usuários e prestadores de serviço, além de dar transparência nas decisões do órgão regulador, bem como a divulgação permanente dos direitos dos consumidores, são formas de minimizar ou eliminar o risco de captura. Alguns defendem que as agências multissetoriais são teoricamente mais difíceis de sofrer captura (CABEZA,; CAL, 2008).

A despeito disso, não se pode olvidar de que haja o imperativo de o ente estatal intervir, de forma a impedir o abuso do poder econômico de forma a suplantar interesse do particular e asfixiar a parte hipossuficiente na relação consumerista. Cogente que se faça presente de forma a assegurar credibilidade ao mercado.

Não se pretende, com o presente estudo, amputar ou alijar a livre iniciativa de sua função, afastando-a da órbita da saúde suplementar. Antes se pretende reforçá-la. Cumpre, todavia, estabelecer que a interferência estatal – em qualquer segmento da atividade empresária – deva dar-se de forma mínima, balizando com marcos atuação mercadológica ética, restringindo comportamentos que possam violar ditames legais e afrontar a dignidade da pessoa humana.

Corroborar essa tese, Cantidiano (1996), para quem:

Daí por que, mesmo entre aqueles que defendem a livre iniciativa, é aceita e implementada a tese de que, em circunstâncias especiais, deve o Estado, em defesa da poupança popular, e para preservar a credibilidade de determinado segmento da economia, que tem relevante função a cumprir, interferir no seu funcionamento, estabelecendo regras que cerceiam a participação dos agentes econômicos naquele setor da atividade econômica e, mais que isso, que impõem (aos que são admitidos a participar das atividades referidas) restrições no comportamento que deve ser adotado no encaminhamento dos negócios que pretendem realizar (CANTIDIANO, 1996, p. 25).

Abona-se, todavia, a interferência do ente estatal na atividade empresária quando se averigua, cabalmente, falha do próprio Estado, devendo abster-se de fazê-lo, quando o próprio mercado puder cumpri-lo, sob a

iminência de provocar-se maior problema que o constatado. A dicção de Wernek (*apud* DI PIETRO, 2004) corrobora, sobremaneira, esse apotegma:

A interferência estatal na atividade econômica só se justifica se a 'falha do estado' for menor do que a falha do mercado; caso contrário, não vale a pena corrigir a falha do mercado, para se cometer uma falha ainda maior (WERNEK *apud* DI PIETRO, 2004, p. 606).

Como contraponto, há quem defenda a tese segundo a qual o ente estatal, ainda que por meio de agências reguladoras, intervenha na atividade empresária. No âmbito do mercado de capitais, porém, percebe-se o acastelar de acionistas, entretanto a tese é refutada por muitos com o argumento de que o excesso regulatório provoca asfixia econômica e atrofia a expansão do mercado, pensamento consolidado por Caminha (1999), em cuja tese disserta que:

A maior parte da doutrina pátria, no entanto, assume a defesa dos acionistas investidores como principal, e, por vezes, único escopo da legislação atinente às sociedades anônimas e à distribuição de seus valores mobiliários. Essa disciplina, todavia, nem de longe atinge esse objetivo, e, ao mesmo tempo, entrava o desenvolvimento do mercado com um número excessivo de regras (CAMINHA, 1999, p. 1).

Não se pretende, aqui, todavia, aventar se o excesso de regulação atinge de morte aspectos econômicos, assistenciais, estrutural-constitutivos ou de solvabilidade. Fazê-lo implicaria, *sine qua non*, afastar-se dos objetivos alvitados no presente estudo, até porque a regulação possui natureza jurídica.

Insta, nesse interim, frisar que a regulação estatal constitui um conjunto de medidas com o qual o Estado visa orientar o mercado nas direções socialmente desejáveis. Há que se privilegiarem os mecanismos que impeçam ou coíbam lesões aos interesses consignados no art. 197 da CR/88.

No que aduz a diretriz comportamental advinda da interferência no mercado, mediante regulação, e tendo em vista o disposto no texto constitucional, coerente com a linha de mérito desta dissertação, a preleção de Aragão (2004):

A regulação estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas e concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da constituição e orientando-os em direções

socialmente desejáveis (ARAGÃO, 2004, p. 144).

Em atenção ao disposto no art. 197 da CR/88, o Estado editou a Lei nº 9.656/98 e a Medida Provisória nº 1.655/88 que – originalmente – prestam-se como marco legal à regulamentação. Paulatinamente, o ente estatal passou a regular com constância os mercados, cominando com a criação da Agência Nacional de Saúde, como consta em Montone (2002):

O marco legal original da regulamentação é o resultante da Lei 9.656 e da Medida Provisória 1.655, atualizada em múltiplas MPs subsequentes... A segunda etapa do processo de regulação ocorreu em setembro de 1999 e teve dois movimentos importantes: a) a introdução do conceito legal de Plano Privado de Assistência à Saúde para enfrentar a discussão da inconstitucionalidade da inclusão das seguradoras no universo da regulação. Submetido à legislação específica, o setor de seguros questionava a legalidade da sua inclusão na esfera de abrangência da regulação. Optou-se por definir a abrangência pelo tipo de produto e não pelas características das empresas ou entidades que o oferecem...; b) a definição do Ministério da Saúde, através do CONSU e da SAS/DESAS, como o único responsável pelos dois níveis de regulação do setor: o econômico-financeiro e o de assistência à saúde. A terceira etapa foi a criação da ANS (MONTONE, 2002, p.112).

Na esteira do historicismo, ressalta-se que o Direito, enquanto ciência humana que evolui conforme o avanço social, com o fito de produzir tutela jurídica, assaz eficaz via regulação suficiente para efetivar direitos fundamentais, não pode quedar-se inerte a eles, sucumbindo aos interesses meramente econômicos do mercado. Nesse sentido, dissertam Lima e Júnior (2009):

O Direito pós-moderno a fim de produzir uma tutela jurídica válida e eficaz optou, em geral, por extratos de valor mais não simplesmente voltados a uma visão social utilitarista e individualista, mas traduziu valores públicos e sociais naquelas normas de regulação dos elementos econômicos a fim de tornar o Direito do Consumidor não meramente preso ao conjunto de pressupostos privatistas, individualistas e patrimonialistas... A regulamentação pelas agências das parcelas pertinentes de seu campo de atuação implica na [sic] realização de um padrão de efetivação de direitos fundamentais do cidadão em relação ao atendimento seguro, correto, célere, nas suas demandas de consumo (LIMA; JUNIOR, 2009).

Isto, contudo, não implica asseverar inexistir excesso de regulamentação, nem que deixe de haver corruptelas que aviltem a livre concorrência e os princípios da atividade econômica, nem que essa

intervenção excessiva – via regulamentação – não produza certo desequilíbrio no mercado, antes, imperioso, que se avance na análise da questão, sem o que se trataria de meras conjecturas, incabíveis em estudo científico.

Com efeito, qualquer agência reguladora deve pautar-se na independência, sem a qual se limitaria a refletir vetustas concepções filosóficas e jurídicas incompatíveis com o desenvolvimento econômico-social do mundo contemporâneo. Consenti-lo implicaria engessar a atuação do próprio Estado, enquanto ente responsável por zelar pela sociedade e buscar concretizar-lhes os interesses. Este, aliás, é o entendimento de Aragão (2004):

Entendemos que a independência das Agências Reguladoras deve ser tratada sem preconceitos ou mitificações de antigas concepções jurídicas que, no mundo atual, são insuficientes ou mesmo ingênuas. Com efeito, limitar as formas de atuação e organização estatal àquelas do século XVIII, ao invés de, como afirmado pelos autores mais tradicionais, proteger a sociedade, retira-lhe a possibilidade de regulamentação e atuação efetiva de seus interesses (ARAGÃO, 2004, p. 19).

Há, entretanto, que a intervenção do Estado sobre a economia, independentemente do segmento da atividade empresária, deva circunscrever-se a estabelecer políticas impeditivas da formação de cartéis e monopólios. O que se dará mediante política antitruste. Até por que não é admissível a colusão que tenha por objetivo planificar preços bem como impedir fusões e desmembramento de empresas, com o intuito de impor-se ilicitamente no mercado, acarretando prejuízo à livre-iniciativa e à livre concorrência. Nessa acepção, Taylor (2007):

O governo pode promover a concorrência e controlar as empresas com o poder de mercado. Considerando aqui dois tipos abrangentes de política: (1) a política antitruste, cuja preocupação é evitar práticas contra concorrência, como a colusão entre empresas para estabelecer preços em um setor de atividade e limitar o poder de mercado da empresa, impedindo fusões das mesmas ou desmembrando-as; (2) a política regulatória, pela qual o governo obriga empresas que exerçam monopólio natural a estabelecer preços em níveis prescritos (TAYLOR, 2007, p. 344).

Para fixar preços, os planos de saúde pautam-se na sinistralidade que impactará diretamente o valor das mensalidades. Assim, quanto maior a frequência de consultas e internações, por exemplo, maior será o custo

operacional que refletirá no reajuste do valor a ser desembolsado pelo consumidor para usufruir da prestação de serviço posta a sua disposição pela atividade empresária. A respeito da sinistralidade, Azevedo (2010) preleciona:

Nos planos de saúde, quanto maior a frequência de consultas, exames e internações, maior a sinistralidade, e o custo tende a ser repassado para o valor das mensalidades. O termo também faz parte do universo de seguros de veículos e outras categorias de seguros. A lógica é a mesma. Se aumentar o uso, encarece o valor a ser pago pelo consumidor. A sinistralidade, portanto, significa a relação entre sinistros realizados e prêmio, ou seja, os custos sobre as receitas de uma operadora (AZEVEDO, 2010, p. 42).

Atento a tais considerações, esquivar-se-ia o Estado de exercer controle demasiado regulatório sob o segmento de saúde complementar, patrocinando a livre concorrência e estimulando a livre iniciativa, sem que tenha que se corromper em uma simbiose de carcinoma que, em metástase, sufoque micro, pequenos e médias operadoras. Portanto, sob a ótica de todo o ordenamento jurídico, o controle exacerbado eiva-se de inconstitucionalidade. Melhor, pois, que o Estado limite-se a consentir que a iniciativa privada cumpra o seu papel, desempenhando funções e prerrogativas que lhe são inerentes, quando muito, que o Estado haja como copartícipe em parceria com o consignado no presente estudo.

## 6 CONCLUSÕES

Não se pode olvidar de que o influxo dos princípios de ordem social intrínsecas ao Estado Social e, *a posteriori*, ao Estado Democrático de Direito padeceu de influências sobrevindas do aspecto social cujas implicações relativizaram-se entre as partes perante a sociedade.

Essas influências acabaram por fazer o Estado Democrático de Direito centrado na dignidade humana, o que, sobremaneira, implicou a personalização do direito privado e proclamou-lhe a despatrimonialização.

Irrompeu-se o arquétipo jurídico enquanto reivindicação da realidade social que visasse regulamentar quaisquer operações econômicas, inclusive as de saúde complementar, por meio impositivo de normas que, com a transcorrência temporal, aglutinaram-se de forma que forjaram o Estado Contratual.

Apesar de todo o arcabouço hermenêutico e da gama de cunho social com as quais se revestiu a vigente Constituição da República, isto não implica asseverar que o ordenamento jurídico se escancarou de forma a ensejar uma atuação socialista por parte do Estado. Por mais que este se revele estatizante e controlador dos agentes do mercado, a vinculação pleonástica do termo social no corpus constitucional constitui-se tão-só uma palavra que o próprio ente não é capaz e menos ainda competente de dotar-lhe de acepção e eficácia.

Por outro lado, encontra-se o Brasil longe do denominado capitalismo de livre mercado e uma das provas disso se percebe quando analisado todo o conjunto normativo que regula as relações afeitas à saúde suplementar, normalmente concebida ante os interesses – nem sempre lícitos – de terceiros e a conveniência de grandes empresários.

Não se pode, porém, negar que o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil ensejou modificação dos métodos de interpretação do Direito Privado, o que propiciou a mutação do cerne basilar principiológico do Direito Civil, que passou a nortear-se por valores sociais e princípios consagrados na vigente Constituição da República. Por outro lado, não se pode – de igual forma – negar que o gigantismo do Estado passou, paulatinamente, a intervir e

interferir nas relações privadas a ponto de perverter-se, propendendo, sobremaneira, beneficiar-se e majorar o lucro de apadrinhados.

Muito embora a intervenção regulatória estatal no mercado de assistência à saúde tenha – em princípio – que ser justificada ante a necessidade de diminuir assimetrias e blindar o consumidor dos excessos perpetrados pelas operadoras, esta não se mostrou eficaz ante mesmo a simbiose de poder político e econômico entre Estado e iniciativa privada.

Ao intervir e interferir, de forma promíscua, nas relações contratuais de saúde complementar, o Estado deixa de exercer função social, afasta-se do cumprimento de sua função-dever de prestar assistência médica e, corrompido, ata-se a interesses escusos de forma tal que sufoca o princípio da livre iniciativa e suplanta o princípio da livre concorrência. Outra, pois, não é a opção que não a autorregulação para evitar-se que haja interferência demasiada no mercado, aliada à transparência e à publicidade.

Por todo o expendido, insofismável que o excesso do Estado na regulamentação da saúde suplementar constitui-se afronta ao princípio fundamental da própria República: a livre iniciativa; golpeia de morte os princípios da atividade empresária: a livre concorrência; e conduz, por conseguinte, ao depauperamento a defesa do consumidor.

No embate entre relações consumeristas, Estado e atividade empresária, outra opção não há para romper o ciclo de interesses escusos e corrupção travestida de regulamentação mercadológica senão alterar-se o paradigma no qual se submerge o setor de saúde complementar.

Cogente que haja, via sistema de Voucher, a transferência da assistência à saúde do Governo à iniciativa privada. Entretanto, isso não se viabilizaria ante o atual sistema regulatório imposto pela ANS, posto que esta se preste à promoção de concentração de mercado.

Há, pois, a necessidade imperativa de se assegurar redução da regulamentação e, concomitantemente, da promoção do livre mercado, a propiciar, destarte, a ampla concorrência, com a simultânea coexistência de micro, pequenos e grandes empresários que atuem no mesmo segmento.

Desregulamentação e desobrigação constituem, entretanto, os embrionários passos a serem tomados ante a complexidade do tema.

Se, por um lado, imperioso que se adote a desregulamentação do segmento; por outro, urge que esta – efetivamente – incite e promova dilatada concorrência, prestigiando as mais variadas modelagens de planos de saúde. Noutra vertente, imprescindível que o Estado promova parcerias público-privadas que satisfaçam as prementes necessidades da população no que diz respeito à assistência à saúde, eximindo-se, por essa via inclusive, de prestigiar grandes conglomerados.

A lógica de transferir a assistência à saúde para a iniciativa privada ante a incompetência e a ingerência do Estado no setor, contudo, por si só não se revelará eficaz, se não existir um escalonamento de ações que promovam a implantação gradual da desregulamentação almejada. Fazê-lo de forma abrupta implicaria ruptura traumática de forma a arremessar na desassistência milhares de necessitados e de vulneráveis sociais; desrespeitaria o ato jurídico perfeito; promoveria a insatisfação e a insurgência não só dos consumidores, mas do próprio setor de saúde complementar.

Com o fito de propiciar melhor qualidade na prestação de serviço a custo reduzido, ao transferir a saúde para a iniciativa privada, imperioso promover-se a redução tributária, atentando-se, porém, para o arrefecimento das obrigações e responsabilidades inerentes ao próprio Estado, que, de forma alguma, pode eximir-se dos princípios que lhe impõe a Constituição da República.

Nesse tópico, imprescindível que o ente estatal mantenha hospitais e centros de saúde de referência que visem atender grupos populacionais específicos, como é o caso dos denominados hospitais universitários, prontos-socorros e centros de tratamento de traumatizados e de reabilitação.

Frisa-se que essa ineficácia do ente estatal na assistência à saúde dá-se ante a carência de motivação científica, apuro técnico e tirocínio decisório e regulatório, que só são plausíveis, possíveis e tangíveis na esfera privada. O Estado não pode atuar como ente empresário naquilo que compete à própria livre iniciativa. Consentir-lo implica desrespeitar princípios constitucionais, permitir a interferência do Estado no que não lhe compete e, por derradeiro, compelir a população, ante a letargia da função pública, à desassistência ou ao serviço custoso e ineficaz.

Se a própria ANS promove a concentração de mercado, o primeiro de todos os passos é pensar-lhe a extinção. Assim, assegurar-se-ia a gênese da desregulamentação e a promoção do livre mercado com a ampla concorrência que lhe é inerente. O que não se pode mais admitir é que o Estado tente fazer aquilo que não consegue ou não lhe é afeto. O que não se pode permitir é que o ente estatal intrometa-se maleficamente no mercado, em uma simbiose de poder e corrupção, numa metástase de interesses escusos com grandes conglomerados de saúde complementar, numa promiscuidade político-econômica que só interessa à dilatação de assimetrias e descaso para com o cidadão.

Não se pode permitir que o livre mercado e a livre concorrência não contemplem a existência de micro, pequenas e médias operadoras no segmento de saúde suplementar.

O ideal para que se resolva esse problema é que o ANS, enquanto entidade reguladora – visando preservar a coexistência dos consumidores com as empresas – exija garantias econômicas por parte destas, de forma proporcional, observada a capacidade financeira de cada uma.

Não se pode pretender tratar todos de forma igualitária, se as características de cada um são díspares. Imprescindível, pois, que a ANS atribua tratamento diferenciado ao porte de cada uma das operadoras de saúde suplementar.

O regramento que se deve impor às grandes operadoras, insofismavelmente, não deve ser o mesmo a ser imposto às demais, que não detêm o aporte financeiro-econômico de que dispõem os grandes conglomerados e empresas consolidadas há muito no mercado.

Por outro lado, imperioso seria que, não obstante as garantias econômicas, a ANS instituísse um fundo garantidor às solvabilidades para micro, pequenas e médias operadoras.

Quanto ao excesso de regulação, cumpre à ANS, enquanto agência reguladora, estimular a livre concorrência, primado basilar do livre mercado, estimulando a autorregulação e promovendo a autocomposição de eventuais conflitos. Mercado livre deve coadunar com o primado do Estado Democrático de Direito, não se sucumbir às regulamentações meramente impostas, ainda

que advindas de instância competente. Esta, muito a propósito, deve ser a última instância a ser provocada a intervir.

Vale a premissa mercadológica segundo a qual o excesso de regramento diminui a concorrência e pode ademais fazer surtir outro efeito colateral: a piora na prestação do serviço. As regras emanadas pela ANS devem, pois, sempre pautar-se na melhoria do sistema, a estimular a concorrência bem como a migração dos clientes para outras empresas.

No que tange à análise do excesso de regulação, esta deve aprofundar-se em estudos específicos, com o fito de contribuir para a redução de assimetrias e subsidiar a ANS de informações e conclusões científicas mais contundentes de forma que possa cumprir com maior segurança e isenção o poder regulatório quando provocado.

Por derradeiro, se o direito à saúde é cláusula pétrea, não se pode entender a função social como meio de se criarem obrigações positivas para um dos contratantes no âmbito da saúde complementar. Da mesma forma, inconcebível que, na ordem privada, salvo em excepcionais hipóteses, se comine a solidariedade. Pensar-se o oposto implicaria admitir uma aberração jurídico-normativa e conduziria as relações privadas a um indesejável sistema impositivo de deveres e obrigações, chancelado pelo Estado na contramão do que institui a própria Constituição da República, o que se impõe e justifica-se, portanto, alteração paradigmática que limite a atuação do ente estatal na regulação da Saúde Suplementar, sobre a ótica do marco teórico do Liberalismo Econômico, como defendido ao longo do presente estudo.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE - ANS. *Caderno de Informação da Saúde Suplementar: beneficiários, operadoras e planos*. Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2015, Rio de Janeiro, mar., 2015. Disponível em <[www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/caderno\\_de\\_informa%C3%A7%C3%A3o\\_mar\\_2015\\_final.pdf](http://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/caderno_de_informa%C3%A7%C3%A3o_mar_2015_final.pdf)>. Acesso em: 18 out. 2016.

ALVES, Sandro Leal. *Entre a Proteção e a Eficiência: Evidências de Seleção no Mercado Brasileiro de Saúde Suplementar*. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE). *Annual Papers*. Berkeley, 2007.

AMARAL, Alexandra da Silva. *Princípios Estruturantes das Agências Reguladoras e os Mecanismos de Controle*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Regulação da Economia: Conceito e Características Contemporâneas*. *Revista do Direito da Energia*. São Paulo, n. 2, p. 144, 2004.

AZEVEDO, E. R. F. C.. *Os Desafios das Operadoras de Saúde de Autogestão em um Cenário de Envelhecimento Populacional e Cronificação das Doenças*. Faculdade Anhanguera, Rio de Janeiro, 2010.

BARBIERI, Fabio. *A Economia do Intervencionismo*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2013.

BARROS, Suzana Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Apontamentos sobre as agências reguladoras*. In: MO-RAES, Alexandre de. *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, Ordem Econômica e Agências Reguladoras*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2016.

BASTIAT, Frédéric. *A Lei*. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises, 2010.

BINEBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BINEBOJM, Gustavo. *Temas de Direito Administrativo e Constitucional: artigos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed., São Paulo: Malheiros, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Evolução e desafios da Regulação do Setor de Saúde Suplementar*. Rio de Janeiro: ANS, 2003.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência de Saúde Suplementar. *Atenção à Saúde no Setor Suplementar. Evolução e Avanços no Setor Regulatório*. Rio de Janeiro. ANS, 2009e.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência de Saúde Suplementar. *Caderno de Informação da saúde suplementar. Beneficiários, operadoras e planos*. Rio de Janeiro: ANS, 2015f.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Regulação & Saúde: Estrutura, Evolução e Perspectivas da Assistência Médica Suplementar*. Rio de Janeiro: ANS, 2002b. Disponível em <[http://www.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/Livro\\_regulacao\\_e\\_saude1.pdf](http://www.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/Livro_regulacao_e_saude1.pdf)> Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 5, de 15 de agosto de 1995. *Altera o § 2º do art. 25 da Constituição Federal*. Diário Oficial, Brasília, 1995. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995. *Altera o inciso IX do art. 170, o art. 171 e o § 1º do art. 176 da Constituição Federal*. Diário Oficial, Brasília, 1995. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 7, de 15 de agosto de 1995. *Altera o art. 178 da Constituição Federal e dispõe sobre a adoção de Medidas Provisórias*. Diário Oficial, Brasília, 1995. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995. *Altera o inciso XI e a alínea "a" do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal*. Diário Oficial,

Brasília, 1995. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995. *Dá nova redação ao art. 177 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos*. Diário Oficial, Brasília, 1995. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. *Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências*. Diário Oficial, Brasília, 1998. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Decreto-lei nº 579, de 30 de julho de 1938. *Organiza o Departamento Administrativo do Serviço Público, reorganiza as Comissões de Eficiência dos Ministérios e dá outras providências*. Diário Oficial, Brasília, 1938. p. 15168.

BRASIL. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. *Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências*. Diário Oficial, Brasília, 1967 (Suplemento).

BRASIL. Decreto nº 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, Brasília, 1997. p. 22377.

BRASIL. Lei nº 4.137, de 10 de agosto de 1962. *Regula a repressão do abuso do poder econômico*. Diário Oficial, Brasília, 1962. Seção 1, p. 11717. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 19 ago. 2016.

BRASIL. Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. *Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias. Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências*. Diário Oficial, Brasília, 1964. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4595.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4595.htm)>. Acesso em: 23 ago. 2016.

BRASIL. Lei 5.540, de 28 de novembro de 1968. *Fixa normas de organização e funcionamento do ensino superior e sua articulação com a escola média, e dá outras providências*. Diário Oficial, Brasília, 1968. Seção I, p. 10369 e retificado no DOU de 3 dez. 1968, Seção 1, p. 10433.

BRASIL. Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990. *Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências*. Diário Oficial, Brasília, 1990 e retificado em 18 abr. 1990. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 17 ago. 2016.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*. Diário Oficial, Brasília, 1990 – Edição Extra, retificada em 10 jan. 2007. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 19 ago. 2016.

BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. *Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências*. Diário Oficial, Brasília, 1994. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 19 ago. 2016.

BRASIL. Lei nº 9.9491, de 9 de setembro de 1997. *Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências*. Diário Oficial, Brasília, 1997 e republicado em 11 set. 1997. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 17 out. 2016.

BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de julho de 1998. *Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde*. Diário Oficial, Brasília, 1998. Seção 1. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 19 ago. 2016.

BRASIL. Lei Nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. *Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal*. Diário Oficial, Brasília, 1999. p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm)>. Acesso em: 14 set. 2016.

BRASIL. Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000. *Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências*. Diário Oficial, Brasília, 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9986.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9986.htm)>. Acesso em: 23 ago. 2016.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Diário Oficial, Brasília, 2002. p. 1. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 15 nov. 2016.

BRASIL. Medida Provisória nº 434, de 24 de fevereiro de 1994. *Dispõe sobre o Programa de Estabilização Econômica, o Sistema Monetário Nacional, institui a Unidade Real de Valor (URV) e dá outras providências*. Diário Oficial, Brasília, 1994. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 18 nov. 2016.

BRASIL. Projeto de Lei nº 3.337, de 2004 (da Câmara dos Deputados) MSC 166/2004. *Dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, acresce e altera dispositivos das Leis nº 9.472, de 16 de julho de 1997, nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, nº 9.984, de 17 de julho de 2000, nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e nº 10.233, de 5 de junho de 2001, da Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e dá outras providências*. Diário do Congresso Nacional, Brasília, 2004. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 24 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 10, de 27 jul. 2008. *Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.* Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 29 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial: REsp. 2.595/SP. 4ª Turma. *Julgamento 28 de agosto de 1990, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo. DJ 01 out. 1990*, p. 10.449. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 20 jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADIN 1949 RS. Tribunal Pleno.* Julgamento 17 de setembro de 2014, Rel. Min. Dias Toffoli. Acórdão Eletrônico DJe 224. Divulgação 13 nov. 2014. Publicação 14 nov. 2014. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 20 jul. 2016.

CABEZA, Eliane Rocha de La Osa; CAL, Ariane Brito Rodrigues. *O Risco de Captura nas Agências de Regulação dos Serviços Públicos: Uma Abordagem à Luz da Teoria Econômica*, 2008. Disponível em <<http://www.workoutenergy.com.br/abar/cbr/Trab0204.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

CABRAL, Antonio. Os Efeitos Processuais da Audiência Pública. *Revista eletrônica de direito administrativo econômico*. 2008, n. 13. Não paginado. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-13-FEVEREIRO-2008-ANTONIO%20CABRAL.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2016.

CADE. *Cadernos do Cade - Mercado de Saúde Suplementar.* Condutas. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. 2015. Em <<http://www.cade.gov.br/upload/Cadernos%20do%20Cade%20%E2%80%93%20Mercado%20de%20Sa%C3%BAde%20Suplementar%20Condutas%20%E2%80%93%202015.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Regimento Interno.* Câmara dos Deputados, 31 de março de 2004. João Paulo Cunha, Presidente. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/internet/legislacao/regimento\\_interno/Rlpdf/RegIntern o.pdf](http://www.camara.gov.br/internet/legislacao/regimento_interno/Rlpdf/RegIntern o.pdf)>. Acesso em: 23 de set. 2016.

CAMINHA, Unie. Eficiência Alocativa das Normas de Direito Societário em Relação ao Acionista Minoritário. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v. 116, p. 1, 1999.

CAMPOS, Carla da Costa. *Um Estudo das Relações entre Operadoras e Prestadoras.* Disponível em <[http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais\\_para\\_pesquisa/Materiais\\_por\\_assunto/Dissertacoes\\_Um\\_estudo\\_das\\_relacoes\\_entre\\_operadoras\\_e\\_prestadoras.pdf](http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/Dissertacoes_Um_estudo_das_relacoes_entre_operadoras_e_prestadoras.pdf)>. Acesso em: 18 out. 2016.

CANTIDIANO, Luiz Leonardo. *Regulação e Desenvolvimento no Mercado de Capitais. Estudos de Direito Societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

CARDOSO, Fernando Henrique. Reforma do Estado. *In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASTRO, Adriano Augusto de. Análise Econômica da Função Social do Contrato. *Revista da Faculdade de Direito Promove*, Belo Horizonte, v. I, n. 01, p. 32, 1º sem. 2009.

CONSELHO DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Resolução Consu nº 10, de 04 de novembro de 1998. *Dispõe sobre a elaboração do rol de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica e fixa as diretrizes para a cobertura assistencial*. Diário Oficial da União, Brasília, 1998. Disponível em: <[www.ans.gov.br/portal/site/legislação.asp](http://www.ans.gov.br/portal/site/legislação.asp)>. Acesso em: 25 out. 2016.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado 21*. *In: Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: Enunciados Aprovados /coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior*. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p. 136. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>>. Acesso em: 21 out. 2016.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado 22*. *In: Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: Enunciados Aprovados /coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior*. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p. 136. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>>. Acesso em: 21 out. 2016.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado 23*. *In: Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: Enunciados Aprovados /coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior*. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p. 136. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>>. Acesso em: 21 out. 2016.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado 166*. *In: Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: Enunciados Aprovados /coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior*. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p. 136. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>>. Acesso em: 21 out. 2016.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado 167*. *In: Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: Enunciados Aprovados /coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior*. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p. 136. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>>. Acesso em: 21 out. 2016.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado 360*. In: Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: Enunciados Aprovados /coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p. 136. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>>. Acesso em: 21 out. 2016.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado 361*. In: Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: Enunciados Aprovados /coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p. 136. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>>. Acesso em: 21 out. 2016.

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

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1995.

ESTRELA, Hernani. *Direito Comercial*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1969.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FRANCO, Julia Damazio de Barroso. *A Autorregulação no Mercado de Capitais Brasileiro*. 2018. p. 17. Disponível em <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/12009/12009.PDF>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

FRIEDMAN, Milton. *Livre para escolher: uma reflexão sobre a relação entre a liberdade e a economia*. 1. ed., Rio de Janeiro: Record, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Contratos. Teoria Geral*. 2. ed., rev., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Contratos e Atos Unilaterais*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências Reguladoras: a Metamorfose do Estado e da Democracia. *Mundo Jurídico*. 2002. Não paginado. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos.asp?codigo=32](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos.asp?codigo=32)>. Acesso em: 12 set. 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumido: Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. *Revista eletrônica de direito administrativo econômico*. n. 6, 2006, Não paginado. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-6-MAIO-2006-DINORA.pdf>>. Acesso em: 7 set. 2016.

HAYEK, Friedrich A. *O Caminho da Servidão*. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises, 2010.

HAYEK, Friedrich A. *Os Fundamentos da Liberdade*. 1. ed., São Paulo: Visão, 1983.

HERNÁNDEZ, José Manuel Lavers. *O Fenômeno da Captura e o Direito Brasileiro*. 2012. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6978/O-fenomeno-da-captura-e-o-Direito-Brasileiro>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo: Dialética, 2002. Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na Regulação Independentes? *Revista de direito público da economia – RDPE*. 2003, v. 1, n. 1. Não paginado. Disponível em: <<http://justenfilho.com.br/wp-content/uploads/2008/12/mjf62.pdf>>. Acesso em: 14 set de 2016.

KARAN, Fabiana de Souza. *As Agências Reguladoras no Cenário Brasileiro: os mecanismos de proteção do consumidor considerados os respectivos efeitos sociais e ambientais*. 2008. 169 f. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2008. Disponível em: <[http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_ação=&co\\_obra=97943](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_ação=&co_obra=97943)>. Acesso em: 14 set. 2016.

KETTL, Donald F.. A Revolução Global: Reforma da Administração do Setor Público. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. 2. ed., Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

LIMA, N. O.; JUNIOR C. B.. Regulação e Direito do Consumidor: Um Enfoque Publicista sobre o Direito Consumerista. *Revista Jus Vigilantibus*, mai., 2009. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/39826/2>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

MCMAKEN, Ryan; RALLO, Juan Ramon. *Você sabe o que realmente significa 'Neoliberalismo'*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2016. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2542>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

MENDES, Gilmar et al. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras: Fundamentos e seu Regime Jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras e Políticas Públicas*. Fortaleza: DIN-CE, 2010.

MASTRANGELO, Claudio. *Agências Reguladoras e Participação Popular*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDEIROS, Marcio Lima. *As Falhas de mercado e os mecanismos de regulação da saúde suplementar no Brasil com uma abordagem das novas responsabilidades para os agentes desse mercado*. 2010. 95 f. Dissertação (Mestrado). Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e. *As Organizações Sociais entre o Público e o Privado: Uma Análise de Direito Administrativo*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008.

MISES, Ludwig von. *Ação Humana: um Tratado de Economia*. 3. ed., Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

MISES, Ludwig von. *A Mentalidade Anticapitalista*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

MISES, Ludwig von. *Uma Crítica ao Intervencionismo*. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010.

MISES, Ludwig von. *Liberalismo Segundo a Tradição Clássica*. 2. ed., Rio de Janeiro: Instituto Ludwig Von Mises. 2010.

MONTONE, J. *Desafios e Perspectivas da Saúde Suplementar. Imaginando e operando a gestão da assistência no âmbito da saúde suplementar*. Rio de Janeiro: ANS, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Agências reguladoras*. In: MORAES, Alexandre de. *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32. ed., São Paulo: Atlas, 2016.

MOREIRA, Vital. *Autorregulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Agências reguladoras (descentralização e deslegalização). In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: Legitimidade, Finalidade, Eficiência, Resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações nos Serviços Públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 out. 2016.

OLIVEIRA FILHO, Gesner José de. *Regulação e Defesa da Concorrência: Bases Conceituais e Aplicação do Sistema de Competências Compartilhadas*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2001. Não paginado Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/3198>>. Acesso em: 7 set. 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 17. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. 2. ed., Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. 2. ed., Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998b.

RIBAS, Barbara Kirchner Corrêa. *Processo Regulatório em Saúde Suplementar: Dinâmica e Aperfeiçoamento da Regulação para a Produção da Saúde*. 214 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Estado do Paraná, Curitiba, 2009.

RICHARDSON, Ruth. As reformas no setor público da Nova Zelândia. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. 2. ed., Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

ROQUE, Leandro; BORKOWSKI, Mark; SENNHOLZ, Hans F.. *Os Reais Beneficiados por Capitalismo Regulado*. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises, 2014. Disponível em <[www.mises.org.br/Article.aspx?id=1876](http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1876)>. Acesso em: 20 nov. 2016.

ROTHBARD, Murray Newton. *A Anatomia do Estado*. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises, 2012. 50p.

ROTHBARD, Murray Newton. *Governo e Mercado: A Economia da Intervenção Estatal*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2012. 293p.

SANTOS, Brasilino Pereira dos. *Agências Reguladoras e o Medo do Concurso Público*. 2001. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/revista/texto/394>>. Acesso em: 23 set. 2016.

SANTOS, F. P.; MALTA, D. C.; MERHY, E. E.. A Saúde Suplementar e o Modelo Assistencial Brasileiro: Situação Atual e Perspectivas. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 13, n. 5, 2008.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A Participação Popular na Administração Pública: o Direito de Reclamação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Alceu Alves da. A Relação entre Operadoras de Planos de Saúde e os Prestadores de Serviços – um novo relacionamento estratégico. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde. *Documentos Técnicos de apoio ao fórum de saúde suplementar de 2003*. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SUNSTEIN, Cass R.. O Constitucionalismo Após o New Deal. In: MATTOS, Paulo. *Regulação Econômica e Democracia: O Debate Norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004.

TAYLOR, John B.. *Princípios de Microeconomia*. São Paulo: Ática, 2007.

VELHO, Rafael Rott de Campos. O Poder Normativo das Agências Reguladoras: Democracia e Direitos Fundamentais. *Revista eletrônica do curso de Direito da UFSM*. v. 4, n. 2, 2009. Não paginado. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/article/view/7034#.UbjZKOeG0YQ>>. Acesso em: 12 set. 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2005.

WALD, Arnoldo. In: PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

WERNEK, Bruno Dário. A Autorregulação da Atividade Econômica no Brasil. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Regulatório – Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

