

UNIVERSIDADE GAMA FILHO

MESTRADO EM DIREITO

**A PARTICIPAÇÃO DO TERCEIRO SETOR NA REGULAÇÃO DA SAÚDE
SUPLEMENTAR NO BRASIL**

Adriana Pontes Abraham

Rio de Janeiro

2004

UNIVERSIDADE GAMA FILHO

MESTRADO EM DIREITO

**A PARTICIPAÇÃO DO TERCEIRO SETOR NA REGULAÇÃO DA SAÚDE
SUPLEMENTAR NO BRASIL**

DISSERTAÇÃO APRESENTADA AO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO E
ECONOMIA COMO REQUISITO PARCIAL
PARA A OBTENÇÃO DO TÍTULO DE
MESTRE EM DIREITO, SOB A
ORIENTAÇÃO DO PROFESSOR DOUTOR
MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO.

Rio de Janeiro

2004

DISSERTAÇÃO APRESENTADA AO MESTRADO EM DIREITO DA
UNIVERSIDADE GAMA FILHO E APROVADA PELA COMISSÃO JULGADORA,
FORMADA PELOS SEGUINTESS PROFESSORES:

Prof. ALEJANDRO BUGALLO ALVAREZ
Universidade Gama Filho – UGF

Profª. CARLA IZOLDA FIUZA COSTA MARSCHALL
Universidade Cândido Mendes – UCAM

Prof. MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO
Universidade Gama Filho – UGF

Visto e Permitida a Impressão
Rio de Janeiro, 01 de junho de 2004

Profª. MARGARIDA MARIA LACOMBE CAMARGO
Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito

RESUMO

A falência do Estado de Bem-Estar em prover com suficiência e qualidade os serviços de saúde públicos – reconhecida pela própria Constituição da República de 1988 ao permitir a prestação suplementar dos serviços de saúde pela iniciativa privada (art. 199) – gerou a necessidade da regulação desses serviços pelo Poder Público.

O surgimento da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, no bojo do programa de Reforma implementado a partir de 1995, para promover o equilíbrio entre os diversos interesses envolvidos (mercado e consumidores), realiza-se por meio da normatização e controle de todas as atividades que envolvem a prestação de serviços de saúde privada.

Atualmente as operadoras atendem a um universo de mais de 37 milhões de consumidores de planos privados de assistência à saúde, que pela sua natureza, são considerados serviços essenciais à garantia do princípio da dignidade da pessoa humana.

Este estudo pretende demonstrar que a representação desses consumidores por entidades do Terceiro Setor, atuando na defesa de seus interesses por meio dos mecanismos de participação institucionalizados na ANS, faz-se necessária para que sejam atendidos não só o princípio da dignidade da pessoa humana, como da eficiência e legitimidade.

ABSTRACT

The failure of a “Well Being” State in providing public health services with sufficiency and quality – which was acknowledged by the 1988 Code of Law itself, when it allowed the rendering of supplementary health services by private companies (Sec.199) – has not suppressed the need for the Public Entity to establish regulations for such services.

The National Supplementary Health Division – NSHD, follows the Reform program implemented as of 1995, in order to achieve some balance between the various interests involved (market and consumers) in the rendering of private health care services.

Nowadays the companies manage a universe of over 37 million private health insurance consumers, such services being considered essential, due to their nature, to guaranteeing the principles of dignity to a human being.

This study intends to show that such consumers representation by Non Profit Organization, who act on their behalf by means of NSHD institutionalized mechanics, is made necessary in order to comply with legal, efficiency and human dignity principles.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
-------------------------	---

1 A LEGITIMIDADE DA PARTICIPAÇÃO DO TERCEIRO SETOR NA REGULAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR

1.1 Regulação da Saúde Suplementar.....	13
1.1.1 A saúde suplementar na Reforma do Estado.....	13
1.1.2 O papel da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.....	30
1.2 A Participação do Terceiro Setor.....	43
1.2.1 Considerações iniciais.....	43
1.2.2 Legitimidade da participação do Terceiro Setor.....	54
1.3 Conclusões parciais	60

2 A RELEVÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO DO TERCEIRO SETOR NA REGULAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR

2.1 O Terceiro Setor na representação dos consumidores de planos privados de assistência à saúde.....	62
2.1.1 Considerações iniciais.....	62
2.1.2 A auto-regulação	68
2.2 Entidades representativas do Terceiro Setor.....	71
2.2.1 Considerações iniciais.....	71
2.2.2 Entidades de colaboração	75
2.2.3 Entidades de Utilidade Pública.....	77
2.2.4 Organizações Sociais	80

2.2.5 Organizações da sociedade civil de interesse público.....	84
2.3 Conclusões parciais.....	88
3 MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO DO TERCEIRO SETOR NA REGULAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR	
3.1 Considerações iniciais.....	91
3.2 O risco da captura do regulador pelo regulado.....	98
3.3 Instrumentos de participação do Terceiro Setor.....	101
3.3.1 Na formulação das políticas públicas em saúde suplementar.....	101
3.3.2 Na regulação normativa.....	105
3.3.3 Na regulação executiva.....	114
3.3.4 Na regulação judicante.....	118
3.4 Conclusões parciais.....	124
4 PROVOCAÇÃO DO CONTROLE EXTERNO DA REGULAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR PELO TERCEIRO SETOR	
4.1 Considerações iniciais.....	127
4.2 O controle Legislativo e Judiciário.....	131
4.3 O controle pelo Tribunal de Contas.....	137
4.4 Conclusões parciais.....	141
CONCLUSÃO.....	143
BIBLIOGRAFIA.....	148

INTRODUÇÃO

Pode o consumidor influir nas decisões envolvendo a regulação da prestação de serviços de saúde privados no Brasil? Qual a importância dessa participação e quais mecanismos a possibilitam? Esses questionamentos urgiram-me a desenvolver a presente dissertação, com o intuito de contribuir para o desenvolvimento do tema posto que sua literatura ainda se encontra escassa.

A saúde foi erigida a um direito fundamental do cidadão e a um dever do Estado, de acordo com os artigos 6º e 196 da Constituição de 1988, *sendo as ações e serviços públicos desenvolvidos em uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único* (art. 198, CR).

Além dos serviços públicos de saúde, a própria Constituição cuidou de disciplinar a assistência à saúde prestada de forma suplementar por meio da iniciativa privada, consagrada em seu art. 199, porém sujeita a uma regulação pública (art. 174, CR).

Vale lembrar que já desde os anos sessenta, a prestação de serviços de saúde privada transformou-se numa relevante atividade econômica na área de saúde.

Aí reside a questão principal. A hipossuficiência dos consumidores em relação às operadoras decorria da própria natureza dos planos de assistência à saúde, que por serem contratos de adesão, permitiam a estipulação unilateral das condições de

ingresso com elevados custos e exclusão de diversas coberturas. Dessa forma, fez necessária a estipulação de regras para o mercado com vistas a promover o equilíbrio entre esses dois pólos.

Nessa esteira, no bojo da reforma administrativa do Estado iniciada em 1995, à luz do princípio da subsidiariedade, criou-se a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, com poderes para fiscalizar, normatizar e controlar as empresas autorizadas à exploração das atividades econômicas envolvendo o mercado de saúde suplementar.

O princípio da subsidiariedade informa que o Estado deve atuar apenas nas atividades onde a sociedade não consegue encontrar soluções de forma independente. Ora, tendo em vista que a sociedade não encontrava soluções *per se* para a saúde privada, fez-se mister a criação do órgão regulador mencionado anteriormente, criado especificamente para apresentar soluções, atendendo assim aos anseios dessa mesma sociedade.

Ademais, a importância do princípio da subsidiariedade reside não apenas nas transformações estruturais da administração pública que levaram ao surgimento da ANS, como também nas transformações da própria sociedade.

Registre-se que o mercado de saúde suplementar envolve um complexo formado por prestadores de serviço (hospitais, clínicas, laboratórios, médicos etc.), consumidores e operadoras de planos privados de assistência à saúde.

Atualmente, as operadoras de planos privados de assistência à saúde atendem a um universo de aproximadamente 37 milhões de consumidores que procuram seus serviços, em parte devido à insuficiência tecnológica e de recursos do Sistema Único de Saúde – SUS.

Tendo em vista essa insuficiência, devemos considerar que os planos privados de assistência à saúde são bens essenciais à manutenção da saúde e da dignidade dos seus consumidores.

Sendo, então, o direito a saúde e a dignidade da pessoa humana, princípios fundamentais a serem respeitados na prestação de serviços de saúde privados, a regulação desse mercado de saúde suplementar deve considerar não só o impacto econômico de suas decisões sobre essa massa de consumidores como também o impacto sobre a manutenção desses direitos.

Logo, um modelo justo de regulação, no qual o Estado não figure apenas como interventor impondo limites à livre iniciativa, e sim como agente relativizador de seus próprios atos, sejam administrativos ou normativos, importa necessariamente em promover a efetiva participação dos consumidores de planos privados de assistência à saúde nos processos decisórios por meio dos mecanismos institucionalmente estabelecidos ou não.

Essa participação da sociedade, como se verá adiante, tem maior força quando implementada de forma organizada por meio de um ente que se destaca

pela sua efetividade na tarefa de aproximação entre Estado e sociedade: o Terceiro Setor.

O primeiro capítulo trata da regulação da saúde suplementar e da legitimidade da participação do Terceiro Setor; o segundo, da relevância da participação dos consumidores por meio do Terceiro Setor e suas formas associativas; o terceiro, dos mecanismos de participação que os consumidores dispõem na ANS, para, no quarto, cuidar-se do controle externo da regulação pelo Terceiro Setor e, por fim, o conseqüente oferecimento de conclusões.

1 A LEGITIMIDADE DA PARTICIPAÇÃO DO TERCEIRO SETOR NA REGULAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR

1.1 Regulação da Saúde Suplementar

1.1.1 A saúde suplementar na Reforma do Estado

O liberalismo, nos ensinamentos de José Guilherme Merquior, “reflete a diversidade da história moderna, a mais antiga e a recente (...) compreende pensadores tão diversos em formação e motivação quanto Tocqueville e Mill, Dewey e Keynes, e, em nossos dias, Hayek e Rawls, para não falar em seus ‘antepassados de eleição’, tais como Locke, Montesquieu e Adam Smith.”¹

Aqui, importa destacar a crise do liberalismo clássico², decorrente da incapacidade do Estado mínimo de promover a justiça social, que, segundo o autor, levou a um modelo de Liberalismo Social, onde a função do Estado consistia na “remoção de obstáculos” ao autodesenvolvimento humano.³

Assim, os fundamentos da atual intervenção regulatória estatal sobre o setor privado da economia, têm sua origem no modelo de Estado intervencionista, que procurou coibir os excessos cometidos pelo Estado Liberal, rompendo com seus

¹ MERQUIOR, José Guilherme. **O Liberalismo Antigo e Moderno**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991, p.15.

² Merquior, citando Montague, salienta que no livro ‘The limits of Individual Liberty’(1885) o autor faz habilidosa analogia em que predicava o darwinismo social quando afirmou que a livre competição deixava impotente os fracos. Mas na sociedade os fracos estão longe de serem os piores. De qualquer forma, diferentemente do que acontece na natureza, em sociedades as vítimas da evolução não são eliminadas, mas permanecem como um peso morto no campo social. Então, por que não os ajudar, especialmente porque a sua degradação termina por prejudicar o conjunto? (Ibid., p.152.)

³ Id., Ibid., p.153.

postulados da livre iniciativa (o estado seria o produtor e distribuidor das riquezas para a sociedade) e da propriedade privada (os meios de produção eram propriedade do Estado), objetivando “impor a igualdade ainda que com sacrifício da liberdade”.⁴

Do esgotamento do modelo intervencionista, devido às distorções econômicas e sociais inerentes a um mercado não concorrencial, tem o surgimento do Estado Bem-Estar que buscou acolher elementos de ambos, de um lado protegendo a livre iniciativa, mas de outro intervindo na economia nos casos de “relevante interesse coletivo” e “imperativo de segurança nacional”.

Nessas condições, o Estado Bem-Estar era o provedor do crescimento econômico e da integração social do país, competindo com o mercado privado na busca pelo atendimento as aspirações da sociedade.

O alto custo na manutenção da máquina estatal em algumas atividades econômicas, mesmo que consideradas relevantes para a coletividade, leva ao declínio do modelo de Bem-Estar e à transferência da execução dessas atividades à iniciativa privada.

Ademais, não podemos cair no que Claus Offe chama de “falácia do estatismo excessivo”⁵, inculcada na nossa administração pública antes da

⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.18.

⁵ Claus Offe questiona ainda se um aumento marginal na capacidade estatal aumenta de forma demonstrável o acesso dos cidadãos à provisão de bens básicos como o acesso a tribunais, proteção legal, provisão de serviços

implementação da Reforma do Estado em 1995. Nesta época eram percebidas: baixa capacidade de formulação, informação, planejamento, implementação e controle das políticas públicas, servidores desmotivados, salários defasados, quadros superiores sem estabilidade funcional, assimetria de informações, centralização das decisões no âmbito federal, enfim, a administração estava despreparada para administrar as políticas públicas com eficiência.

Assim é que, com a necessidade de estabelecer um novo modelo de administração pública, onde o Estado não fosse omissor na proteção da sociedade contra as forças do mercado (como durante a vigência do Estado Liberal), figurasse apenas como limitador das forças do mercado (como no Estado Intervencionista), ou atuasse em competição com o mercado (Estado de Bem-Estar), tem-se o surgimento do Estado Regulador⁶.

de saúde, educação, habitação e transporte? Ou será que, hipoteticamente, uma queda marginal no tamanho do aparato estatal e em suas responsabilidades serve melhor a esse objetivo? Se a resposta é sim, devíamos obter ainda ‘mais por menos’. O ônus da prova para responder a tais questões deve ser daqueles que defendem maiores gastos estatais e maior nível de empregos no setor público. (OFFE, Claus. *A Atual Transição da História e Algumas Opções Básicas para as Instituições da Sociedade in Sociedade e Estado em Transformação*. São Paulo: UNESP, 1998, p.133).

⁶ Comentando sobre o processo regulatório americano, com motivação distinta do modelo regulatório brasileiro, Joaquim Barbosa Gomes esclarece que “Para os EUA, a regulação por intermédio de agências independentes constituiu, como já dito, uma brutal (embora não abrupta) ruptura com uma concepção de Estado mínimo, identificado como «policing model», isto é, um Estado alheio à questão do bem-estar econômico da população, e sobretudo proibido de empreender intromissão mais arrojada em áreas tais como fixação de preços, disseminação de informações úteis aos usuários, imposição, consolidação e monitoramento de práticas concorrenciais justas, em suma, regulação de mercados. Noutras palavras, trata-se do abandono da conhecida visão do Estado que, segundo Adam Smith, seria regulado pura e simplesmente pela «mão invisível» do mercado. No Brasil, diversamente, a nova regulação nasce em um contexto inteiramente diferente. Aqui se tenta abandonar uma concepção de Estado altamente clientelista, o qual, por certo, sempre foi ativo no campo da economia, mas não para regulá-la eficazmente, mas sim para servir aos interesses dos diversos estamentos superiores de que sempre foi «presa». Doravante esse Estado pretende transferir a atores privados o essencial das atividades que antes detinha a título de monopólio ou quase-monopólio, assumindo o papel de normatizador e de fiscalizador. Trata-se, como se vê, de um implante, de uma «greffe» aplicada a tecidos de textura diferente. Em suma, mais uma tentativa de se ministrar o mesmo remédio a sintomas e pacientes com diagnósticos totalmente diferentes.”(Agências reguladoras: a “metamorfose” do estado e da democracia: uma reflexão de direito constitucional e comparado. *In: Direito da regulação*. Alexandre Santos de Aragão (Coord.). **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**. v.XI. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.4)

Regulação é relacionada à execução de uma política pública, que tem na lei a manifestação da vontade da sociedade e a fixação das diretrizes para o desenvolvimento de um determinado segmento.⁷

Marçal Justen Filho ampliou o conceito de “regulação”, relacionando-o aos fins buscados pelo Estado no atendimento ao interesse público, ou seja, sob esse prisma, a regulação seria um instrumento político fundamental⁸, aplicável a quaisquer concepções ideológicas vigentes.

Seguindo a linha de pensamento acima, prossegue o autor, durante a época em que vigeu o Estado de Bem-Estar, os fins de interesse público, de grande relevância, eram atribuídos à atuação direta do próprio Estado (intervenção regulatória direta). Já no modelo de Estado regulatório, as necessidades coletivas devem ser satisfeitas pela atuação apenas dos próprios particulares. Daí a necessidade de constranger os limites, os fins e a natureza da atividade privada (intervenção regulatória indireta).⁹

Como nos lembra em seus ensinamentos Hely Lopes Meirelles “os fins da Administração consubstanciam-se na defesa do interesse público, assim entendidas

⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Palestra proferida no Encontro de Integração promovido pela Agência Nacional de Saúde Suplementar em sua sede no dia 10 de julho de 2002, no Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br>> Acesso em: 05 jan. 2004.

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 27-28.

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal, loc. cit.

aquelas aspirações ou vantagens lícitamente almejadas por toda a comunidade administrada.”¹⁰

Neste ponto, cabe ressaltar que para fins desse trabalho será adotada a definição de regulação de Marcos Juruena Villela Souto, embora parte da doutrina entenda que o termo regulação e regulamentação podem ser usados sem distinção¹¹.

Vale repisar que por regulação entende-se uma série de instruções direcionadas a um determinado segmento econômico, atuando em atividades consideradas relevantes ao interesse público, assegurando a eficácia do seu desempenho, com vistas a evitar que o mesmo considere apenas os aspectos financeiros inerentes às práticas nas economias de mercado¹².

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 81.

¹¹ Antes, Maria Sylvania Zanella Di Pietro na mesma linha de Marcos Juruena, ressalta que “Regular significa estabelecer regras, independentemente de quem as dite, seja o legislativo ou o executivo, ainda que por meio de órgãos da Administração direta ou de entidades da administração indireta. Trata-se de um vocábulo de sentido amplo, que abrange, inclusive, a regulamentação, que tem um sentido mais estrito.(...) regulamentar significa também ditar regras jurídicas, porém, no direito brasileiro, como competência exclusiva do Poder Executivo. Perante a atual Constituição, o poder regulamentar é exclusivo do Chefe do Poder Executivo (art. 84, IV), não sendo incluído, no parágrafo único do mesmo dispositivo, entre as competências delegáveis.” (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na Administração Pública – Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras formas**. 4ª Ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2002, p.150). Já a doutrina oposta a essa classificação, citando Alexandre Santos de Aragão, entende que “Alguns autores (entre outros, Gunther Teubner, *in* O Direito como Sistema Autopoietico, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, trad. José Engrácia Antunes, p. 127 e segs.), ao verem a mudança da atuação estatal sobre a economia, dão ênfase à migração dos aspectos de modelação e controle para os de autonomia e sensibilidade ao meio envolvente, qualificando aqueles, próprios dos anos 50/80, como ‘regulamentação’ e estes como ‘regulação’. Entendemos, no entanto, juntamente com Fernando Herren Aguilar (in Controle Social de Serviços Públicos, Max Limonad: 1999, p. 163-286), que os termos podem ser usados indistintamente, tendo em vista que, mesmo que nos dias de hoje o Estado busque preferencialmente soluções indutivas e consensuais, nada impede que, no exercício das mesmas competências, tenha que atuar de maneira vertical, coercitiva ou mesmo interventiva.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Os Ordenamentos Setoriais e as Agências Reguladoras Independentes. *In*: Direito Político. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**. v. VI. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 3).

¹² A transformação do trabalho, terra e dinheiro em mercadorias (em uma sociedade desprotegida e submetida apenas aos mecanismos de mercado) levando ao seu desmoroamento, foi definida por Karl Polanyi como

Remarque-se que a Reforma do Estado brasileiro iniciada em 1995, com a transferência para o setor privado da execução de alguns serviços públicos, deu impulso à criação de agências reguladoras independentes, a elas reservando a função de normatização, fiscalização e controle dessas atividades na forma da lei.¹³

Vale transcrever a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto sobre a independência das agências reguladoras e sua relativa independência no tocante a quatro aspectos:

“1º)- independência política dos gestores, investidos de mandatos e com estabilidade nos cargos durante um termo fixo; 2º)- independência técnica decisional, predominando as motivações apolíticas para seus atos, preferentemente sem recursos hierárquicos impróprios; 3º)- independência normativa, necessária para o exercício de competência reguladora dos setores de atividades de interesse público a seu cargo; e 4º)- independência gerencial orçamentária e financeira ampliada, inclusive com a atribuição legal de fonte de recursos próprios, como, por exemplo, as impropriamente denominadas taxas de fiscalização das entidades privadas executoras de serviços públicos sob contrato”.¹⁴

Comentando sobre a independência das agências reguladoras, Joaquim Barbosa Gomes ressalta que:

“A «independência» das Agências — A idéia fundamental que norteou o surgimento das agências reguladoras foi a de se criar um ente administrativo técnico, altamente especializado e sobretudo impermeável às injunções e oscilações típicas do processo político, as quais, como se sabe, influenciam sobremaneira as decisões dos órgãos situados na cadeia hierárquica da Administração. Para tanto,

“moinho satânico”. (POLANYI, Karl. **A Grande Transformação: As Origens de nossa Época**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 95).

¹³ A competência do Estado para exercer essas funções encontra-se no artigo 174 da CR de 1988, aqui transcrito: “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.” (BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>> Acesso em: 05 abr. 2004).

¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 147-148.

concebeu-se um tipo de entidade que, embora mantendo algum tipo de vínculo com a Administração Central, tem em relação a ela um acentuado grau de autonomia.”¹⁵

Cabe salientar ainda que uma das formas do Estado aumentar sua operacionalidade, e assim, recuperar sua legitimidade, consubstancia-se na descentralização local e regional. A alegação de perda do poder pode ser afastada através da coordenação entre os diversos níveis institucionais em que se desenvolve a ação dos agentes políticos.¹⁶

Ademais, não cabe a alegação de alguns opositores à criação das agências reguladoras de que houve “usurpação” do poder central do Estado, pois o “poder de império” só pode ser exercido através de órgão da administração direta, ou, se descentralizado, por uma autarquia.

Luiz Carlos Bresser Pereira, um dos principais responsáveis pela Reforma do Estado no Brasil, sustenta que houve na verdade uma reforma gerencial do Estado, que não se resumiu nas privatizações e criação das agências reguladoras, pois que houve a implementação de um “Estado democrático e eficiente, que financia a fundo perdido os serviços sociais e de pesquisa científica e age como capacitador (enabler) da competitividade das empresas privadas.”¹⁷

¹⁵ GOMES, Joaquim Barbosa. Agências reguladoras: a “metamorfose” do estado e da democracia: uma reflexão de direito constitucional e comparado. *In: Direito da regulação*. Alexandre Santos de Aragão (Coord.). **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, op. cit., p. 16.

¹⁶ CASTELLS, Manuel. Para o Estado-Rede: Globalização Econômica e Instituições Políticas na Era da Informação em **Sociedade e Estado em Transformação**. São Paulo: UNESP, 1998, p. 163.

¹⁷ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A Reforma Gerencial do Estado de 1995. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro: FGV, vol. 34, jul./ago. 2000. p. 9.

Nesse contexto, continua o autor, a reforma gerencial do Estado “não se limita a propor descentralização para os estados e municípios e desconcentração ou delegação de autoridade para os dirigentes das agências estatais federais, estaduais ou municipais. Em adição, propõe, segundo o modelo que apresentei no plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, uma nova classificação das atividades do Estado.”¹⁸

Considerando a função estatal de administrar como aquela não englobada na função legislativa e judicante, haverá então, na classificação de Marcos Juruena Villela Souto, aqui adotada, as atividades administrativas (serviço público em sentido amplo) que de acordo com a finalidade envolvem a polícia administrativa, a gestão de serviços públicos (em sentido estrito), o ordenamento econômico (incluindo o fomento) e o ordenamento social.¹⁹

Dentro do ordenamento social, onde se encontra a saúde, a justificativa da regulação estatal sobre os serviços econômicos de interesse geral reside na “preservação e oferta de bens e serviços indispensáveis à natureza e à dignidade da pessoa humana.”²⁰

Neste momento, cabe destacar o surgimento de um espaço público não-estatal formado por organizações de direito privado, sem fins lucrativos, atuando em prol do interesse público, que compõe o chamado Terceiro Setor.

¹⁸ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser, loc. cit.

¹⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.69.

²⁰ Id., Ibid., p.159

Cumprido esclarecer que, para os fins desse estudo, analisaremos apenas de que forma o Terceiro Setor pode auxiliar na regulação dos serviços econômicos de interesse geral prestados pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, de competência da Agência Nacional de Saúde Suplementar, diversos dos serviços públicos de saúde prestados pelo Estado (permitidos à iniciativa privada, porém, considerados como serviços públicos, nos moldes do art. 197 da CR).

A prestação de serviços econômicos de interesse geral em matéria de saúde suplementar, livre à iniciativa privada (artigo 199 da CR), norteia-se por dois princípios fundamentais no ordenamento jurídico econômico: o princípio da livre iniciativa (atividade econômica desenvolvida pelas operadoras) e o da dignidade da pessoa humana (consumidor dos serviços de saúde privada). Ambos devem ser sopesados ²¹ pelo regulador no momento da elaboração e implementação das

²¹ Excede os limites do presente trabalho uma análise aprofundada da aplicação do princípio da proporcionalidade à regulação da saúde suplementar, apenas cumprir esclarecer que a ponderação entre princípios constitucionalmente garantidos constitui um fator fundamental na busca por um modelo justo de regulação. Nesta linha trago à colação Robert Alexy que propôs uma forma de solucionar o problema da colisão entre direitos fundamentais, e, buscando um ponto comum entre os diversos tipos pontificou “todas as colisões podem somente então ser solucionadas se, ou de um lado ou de ambos, de alguma maneira, limitações são efetuadas ou sacrifícios são feitos.” ALEXY, Robert. **Derecho y Razón Práctica**. México: Marcial Pons, p.73. Ainda, discorrendo sobre a noção de princípios, Dworkin afirma que “Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren (la política de protección a los consumidores de automóviles interfiere con los principios de libertad de contratación, por ejemplo), quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno.” DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Editorial Ariel S.A: 3ª edição, 1997, Barcelona, p.77. Claus-Wilhelm Canaris, corroborando com o acima exposto, salienta que “os princípios não valem sem exceção e podem entrar entre si em oposição ou em contradição; eles não têm a pretensão da exclusividade; eles ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas.” Wilhelm Canaris, Klaus. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian: 2ª edição, 1996, p.88. E retornando a Robert Alexy, faz-se mister salientar sua importante contribuição no estudo da utilização do princípio da proporcionalidade como meio de solução das colisões de princípios. Partindo da premissa de que os princípios são “mandatos de optimización (abarca también permisiones e prohibiciones), que están caracterizados por el echo de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida devida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.”, ele desenvolveu sua Lei de Colisão, onde, ainda citando o autor, “La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada.”

normas de caráter técnico para o setor e também na fiscalização dos serviços prestados, sob pena de por um lado prejudicar o pleno desenvolvimento do mercado ou de outro inviabilizar o acesso ao mesmo pelo consumidor.

Registre-se que a regulação do setor de saúde suplementar é uma necessidade que decorre das falhas de mercado observadas entre as operadoras de planos privados de assistência à saúde e seus beneficiários, especialmente no que concerne às assimetrias informativas, o que será analisado no ponto (2.1).

Cabe trazer à colação o estudo de Ruy Santacruz ²² onde ele justifica a regulação do setor de saúde em decorrência de uma “informação imperfeita”:

“A inexistência de informações corretas e suficientes para orientar a decisão do agente econômico limita sua capacidade de agir eficientemente, sendo fonte de mal-funcionamento dos mercados e perda de bem-estar. Existe consenso entre os especialistas da Organização Industrial com trabalhos nos mercados de saúde, por exemplo, de que neste segmento é certamente a informação imperfeita a falha de mercado mais importante, por trazer incerteza e assimetria de informação (Arrow, 1963). Uma vez tendo contratado a prestação de serviços a um preço fixo, o consumidor tende a usar excessivamente os serviços, efeito conhecido na literatura como risco moral (moral hazard). Como contrapartida, o preço cobrado ao consumidor pelo operador do serviço de saúde também pode ser “superestimado”, seja para compensar o “consumo excessivo”, seja para elevar lucros, uma vez que o consumidor percebe essa situação (mesmo com preços mais altos) como vantajosa para ele.”

Ademais, a intervenção estatal num segmento tão sensível como o da saúde suplementar justifica-se ainda pela própria situação precária em que se encontravam

ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86.

²² SANTACRUZ, Ruy. Fundamentos (econômicos) da regulação pública dos mercados. In **Revista ARCHÉ Interdisciplinar**. Defesa da Concorrência, Vol. 10, nº 29. Rio de Janeiro: Universidade Cândido Mendes Ipanema, 2001, p.86. Apud CUNHA, Paulo César Melo da. **A Regulação Jurídica da Saúde Suplementar no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 63.

muitas empresas que ofertavam serviços de saúde privados. Não havia exigência de comprovação de solvência, tampouco de reservas técnicas pelas empresas o que comprometia a prestação contínua do serviço aos consumidores.

Desta forma, as políticas governamentais deveriam garantir a qualidade da assistência aos consumidores dos planos, coibindo a captação de poupança popular sem a necessária provisão desses recursos.

Nesse caso, a interferência do Estado Regulador, à luz do princípio da subsidiariedade, justifica-se apenas quando a sociedade não consegue por seus próprios meios encontrar a solução.

Nessa linha, a subsidiariedade limita os “excessos que possam ser cometidos pelo ente maior em detrimento do menor”²³, justificando a intervenção do Estado somente nos casos em que houver ameaça ao interesse público.

As profundas transformações sociais e políticas decorrentes da aproximação dos mercados e a intensificação na velocidade e volume das informações, no final do século passado, tornaram obsoleto o modelo de Estado Bem-Estar que combinava ideologias do modelo liberal e intervencionista.

Vale dizer, que durante o período em que vigeu o Estado Liberal, a preocupação do indivíduo era apenas em atingir seus interesses pessoais, mesmo

²³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro**. v.VI. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 177.

que significasse o sacrifício do bem estar coletivo. Já durante a vigência do Estado Interventor, os interesses individuais eram tutelados pelo Estado, que acreditava ser o único responsável pelo atingimento do bem-estar da coletividade.

Comentando o fenômeno acima, José Alfredo de Oliveira Baracho ressalta que a idéia de subsidiariedade procura convergir essas duas tendências (do modelo liberal e intervencionista), para efetivação do bem-estar, não apenas em termos de interesse econômico e financeiro, mas por uma maior participação do cidadão nas decisões envolvendo interesses privados e coletivos.²⁴

Assim, continua o autor, “o Estado só deve agir, por ele próprio, quando existe necessidade real, que não tenha sido atendida por qualquer coletividade ou grupo de cidadãos.”²⁵

Corroborando com essa colocação, Diogo de Figueiredo Moreira Neto define o princípio de subsidiariedade como um escalonamento de atribuições, tanto nas organizações sociais como políticas, na medida em que

“Cabe primariamente aos *indivíduos* decidirem e atuarem para satisfazer com seus próprios meios tudo o que se refira aos respectivos e inerentes interesses individuais; secundariamente, aos *grupos sociais menores*, decidirem e atuarem para a satisfação dos respectivos interesses coletivos; terciariamente, aos *grupos sociais maiores*, decidirem e atuarem em prosseguimento de seus respectivos interesses coletivos de maior abrangência; e, quaternariamente, à *sociedade civil*, como um todo, decidir e atuar para a realização de seus interesses gerais.”²⁶

²⁴ BARACHO, José de Oliveira. **O Princípio de Subsidiariedade: Conceito e Evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 64.

²⁵ Id., Ibid., p. 65.

E prossegue o autor esclarecendo que somente naquelas demandas que pela sua natureza, o atendimento pela sociedade não for possível, deverá o Estado atuar subsidiariamente à mesma.²⁷

Merece registro que para Chantal Milon-Delsol, o princípio da subsidiariedade apresenta-se sob duplo aspecto e exigência:

“a) aspecto negativo: a autoridade em geral e o Estado em particular não devem impedir as pessoas ou grupos sociais de conduzir suas próprias ações, isto é, de empregar tanto quanto possível energia, imaginação e perseverança nas obras, através das quais realizam as ações de interesse geral e interesse particular; b) aspecto positivo: cada autoridade tem por missão incitar, sustentar e finalmente suprir, quando necessário, os atores insuficientes.”²⁸

Como se observa, o princípio da subsidiariedade não se preocupa com a legitimidade do poder, nem com o fato de que o direito deva ser efetivado pelo governante, pois é um princípio de organização social, que por extensão é concebido como um princípio de organização política.²⁹

Desse modo, o Estado Subsidiário coloca o bem comum antes da liberdade soberana do indivíduo, fixando limites quando necessário. A concretização jurídica do princípio está vinculada à enunciação das condições de ingerência estatal, avaliadas sob o critério do bem comum.³⁰

²⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 20.

²⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, loc. cit.

²⁸ MILLON-DELSOL, Chantal. Le principe de subsidiarité. Paris: Presses universitaires de France, 1993. p.5. Apud BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O Princípio de Subsidiariedade: Conceito e Evolução**. Op. cit., p. 59-60.

²⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Ibid., p. 69.

A Constituição da República de 1988, em seu Capítulo VII, onde dispõe sobre a Ordem Econômica e Financeira, disciplina o papel do Estado como agente normativo e regulador, porém, ressaltando que a exploração direta de atividade econômica só lhe será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

A Constituição definiu, também, que a ordem econômica deve pautar-se em dois princípios fundamentais: a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano.

Além desses, cabe elencar os demais princípios a serem observados pela ordem econômica, porém, destacando apenas aqueles mais significativos na execução da atividade regulatória em saúde suplementar, que são: a livre concorrência e a defesa do consumidor.

Com efeito, quando o modelo de Estado Regulador imprimiu à administração pública a busca por uma maior eficiência no atendimento aos interesses públicos e, ainda, quando interviu no mercado com vistas à ponderação entre os interesses envolvidos, ele estava buscando também o atendimento aos princípios da legitimidade e da eficiência.

Vale ressaltar que a presença do estado num determinado segmento, ainda que justificado o relevante interesse coletivo, “só estará legitimada se o Estado puder ser mais eficiente que o particular, isto é, se puder produzir resultados de

³⁰ Id., Ibid., p. 85.

atendimento do interesse público inatingíveis pelo particular, em termos de qualidade, quantidade e prazo.”³¹

Diogo de Figueiredo Moreira Neto salienta que “a legitimidade pressupõe, portanto, a capacidade do sistema político para criar e manter a crença de que as instituições políticas existentes são as mais convenientes à sociedade”.³²

Ora, como é impossível que todos os interesses da sociedade sejam definidos em lei, faz-se necessário “a permanente integração positiva da legitimidade na ação jurídica do Estado.”³³

José Afonso da Silva salienta ainda que “o princípio da legalidade de um Estado Democrático de direito assenta numa ordem jurídica emanada de um poder legítimo, até porque, se o poder não for legítimo, o Estado não será Democrático de Direito, como proclama a Constituição (art. 1º).”³⁴

Como dito, retornando à lição de José Alfredo de Oliveira Baracho, “O Estado Subsidiário corresponde ao Estado de Direito, mas o homologa sob plano diferente. A idéia de intervenção do Estado, conforme sua estrita necessidade e utilidade,

³¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 259.

³² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade**, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 12.

³³ Id., *Ibid.*, p. 13.

³⁴ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Malheiros, 1995, p. 405.

possibilita a democracia e o Estado subsidiário, sendo que ele reclama os esforços de discrição dos poderes públicos, pela prevalência das iniciativas da sociedade.”³⁵

Para fins desse trabalho, importa apenas conhecer um dos modelos utilizados pelo Estado na intervenção da economia, feito por meio das agências reguladoras (por força do art. 174 da CR), mais especificamente a promovida pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS na regulação das operadoras de planos privados de assistência à saúde (com fundamento no artigo 197 e 199 c/c art.174).³⁶

Logo, o colapso na prestação de assistência à saúde pelo setor público³⁷, no Brasil, levou ao crescimento do mercado de saúde suplementar, voltado para prestação de serviços à saúde no âmbito privado.³⁸

³⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O Princípio de Subsidiariedade: Conceito e Evolução**, op. cit., p. 90.

³⁶ Ver item 1.1.2

³⁷ Os serviços de saúde pública são prestados por meio do Sistema Único de Saúde – SUS, disciplinado pela Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990. Paulo César Mello da Cunha ensina que “o Poder Público pode realizar centralizadamente seus próprios serviços, por meio dos órgãos da Administração Direta, ou prestá-los de forma descentralizada, por meio de entidades estatais que integram a Administração Indireta, ocasião em que se valerá de outorga legal para a criação de autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e de fundações (...) por outro lado, pode, também, o serviço público ser prestado por empresas privadas e por particulares individualmente (...) nos casos de terceirização, contratos de gestão, termos de parceria, convênios e reconhecimento de utilidade pública.” (**A Regulação Jurídica da Saúde Suplementar no Brasil**, op. cit., p. 44).

³⁸ Anteriormente a edição da Lei n.º 9.656, em 3 de junho de 1998, os planos privados de assistência à saúde não seguiam nenhuma regulamentação específica, a única exceção encontrava-se nas sociedades seguradoras. As operações com seguros de saúde realizadas no país estavam subordinadas ao Decreto-Lei n.º 73, de 21 de novembro de 1966, regulamentado pelo Decreto n.º 60.459, de 13 de março de 1967. O seguro saúde garante a cobertura aos riscos de assistência médica e hospitalar, mediante pagamento em dinheiro efetuado pela sociedade seguradora, à pessoa física ou jurídica prestante da assistência médica e hospitalar. O sistema é o de livre escolha do médico e do hospital pelo segurado. As seguradoras são meras intermediárias financeiras entre os prestadores de serviços médicos e os seus segurados, cobrindo as despesas em caso de sinistro, de acordo com o estipulado na apólice. Recentemente, as sociedades seguradoras que desejarem operar planos privados de assistência à saúde nos moldes da Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998, deverão constituir sociedades seguradoras especializadas nesse seguro, ficando vedada à atuação em quaisquer outros ramos ou modalidades. Desta forma, desde a publicação da Lei n.º 10.185, de 12 de fevereiro de 2001, o Seguro Saúde enquadra-se em plano privado de assistência à saúde e a sociedade seguradora especializada em saúde como operadora de plano de assistência à saúde, de acordo com seu artigo 2º. Embora, através da especialização, essa forma de seguro fique mais próxima do previsto na atual regulamentação de saúde suplementar, ainda mantém no bojo subordinação às normas

Sendo a saúde, um bem jurídico protegido pela nossa Constituição (art. 196), fez-se mister a atuação do Poder Público para garantir que os todos os serviços envolvendo a assistência privada da saúde fossem prestados com eficiência e qualidade, em vista da relevância da matéria.

Por tal razão, foi finalmente publicada a Lei n.º 9.656, 03 de junho de 1998, após cinco anos³⁹ de extensivos debates no Congresso Nacional, estabelecendo as regras para as operadoras que disponibilizassem serviços privados de assistência à saúde aos consumidores.

Porém, durante esse período, foi promovida a descentralização da atividade administrativa de fiscalização do setor privado de saúde, no bojo da reforma gerencial do Estado, possibilitando então a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com a publicação da Lei n.º 9.961, em 28 de janeiro de 2000.⁴⁰

Visto que a intervenção do Estado na economia em matéria de serviços de saúde privada⁴¹ se legitima em vista do artigo 199 da Constituição de 1988 e que no

específicas de seguros, como as referentes às aplicações dos ativos garantidores das provisões técnicas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional – CMN.

³⁹ A lei originou-se dos debates acerca do Projeto de Lei do Senado n.º 93, de 1993.

⁴⁰ O Conselho de Saúde Suplementar – CONSU, órgão colegiado integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde, com competência para estabelecer e supervisionar a execução de políticas e diretrizes gerais do setor de saúde suplementar, aprovar o contrato de gestão da ANS e fixar normas para a constituição, organização, funcionamento e fiscalização das operadoras privadas de saúde. Ressalve-se que após a criação da ANS, o artigo 35-A da Lei n.º 9.656, de 1998, continua em vigência, portanto, nada impede que o CONSU possa deliberar fixando diretrizes gerais para o setor de saúde.

⁴¹ Ray Robinson, comentando a regulação da saúde privada nos EUA, salienta que “in the United States, for example, federal and state governments offer assistance to low income and/or high risk groups who would find it difficult to get adequate private insurance. Thus, the Medicaid and Medicare programmes cover a large part of the health costs incurred by poor families and elderly people. This means that, even in a system that places a high priority on the private market, approximately 40 per cent of the cost of health care is financed through

Estado Regulador a transferência do exercício das atividades de interesse geral para a sociedade – inclusive com a representação do Terceiro Setor - legitima o poder do Estado, vejamos o modelo de regulação em saúde suplementar implementado no processo de reforma gerencial do Estado.

1.1.2 O papel da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS

Luiz Carlos Bresser Pereira, comentando a construção do modelo da reforma gerencial do Estado, salientou que o Estado moderno conta com três setores: “o setor das atividades exclusivas de Estado, dentro do qual estão o núcleo estratégico e as agências executivas ou reguladoras; os serviços sociais e científicos, que não são exclusivos, mas que, dadas as externalidades e os direitos humanos envolvidos, demandam dos pontos de vista técnico e ético que contem com forte financiamento do Estado; e, finalmente, o setor de produção de bens e serviços para o mercado.”⁴²

E prossegue o autor em seus ensinamentos:

“Nas atividades exclusivas, a administração deve ser descentralizada; nos serviços não-exclusivos, a administração deve ser mais que descentralizada – deve ser autônoma: a sociedade civil dividirá, com o governo, as tarefas de controle.”⁴³

public expenditure.” (ROBINSON, Ray. *Markets in Health Care. In: Privatization and Regulation: a review of the issues.* New York: Longman, 1994).

⁴² PEREIRA, Luis Carlos Bresser. **A Reforma Gerencial do Estado de 1995.** Op. cit., p. 20.

⁴³ Id., Ibid., p. 21.

Nesse momento, importa destacar o surgimento das agências reguladoras que são entidades da administração indireta, no bojo da descentralização funcional do aparato administrativo, como reflexo de uma mudança não só no paradigma do Estado como dentro da própria sociedade, onde “os poderes sociais passaram a concorrer com os poderes políticos. Neste Estado pluralista, tornou-se insuficiente um esquema que cuidasse apenas da distribuição das competências jurídicas ignorando as forças sociais.”⁴⁴

Nessa linha, Alexandre Santos de Aragão entende o processo de fragmentação da administração pública como reflexo das transformações da sociedade:

“Devemos ter em vista que foi ultrapassada a separação absoluta que outrora se fazia entre Estado e sociedade. Há, outrossim, uma interpenetração entre ambos. O Estado é um instrumento de organização da sociedade, cujo bem-estar é o seu objetivo. Sendo assim, a tecnicização, diferenciação e autonomização dos vários subsistemas sociais fez com que as esferas decisórias estatais passassem a se revestir das mesmas características. Ou seja, sem se tecnizar, diferenciar e autonomizar internamente o Estado se distanciaria da sociedade a que incumbe regular. **Uma regulação estatal homogênea, centralizada e desprovida dos meios técnicos necessários seria insuscetível de produzir os efeitos desejados em uma sociedade caracterizada pela heterogeneidade, pluralismo e complexidade técnica.**”⁴⁵

Inicialmente, o processo de regulação do mercado de saúde suplementar enfrentou um período de adaptação. Os modelos de regulação em saúde, em sua maioria implementados a partir da experiência de outros países, demandavam um período de ajuste, pois o mercado de saúde privado acostumado há décadas sem

⁴⁴ BAPTISTA, Patrícia Ferreira. O Princípio da Separação dos Poderes Revisitado e Atualizado. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, vol. VI, p. 17-18.

nenhum tipo de regulação específica, não estava preparado para atender a quantidade de exigências e informações advindas da legislação em saúde.

É certo que, a criação de uma agência reguladora específica para o segmento de saúde suplementar provocou uma evolução no paradigma do Estado: a uma, na medida em que ela será a responsável pela implementação de uma política voltada para a regulação de um mercado com falhas ⁴⁶; a duas, na medida em que deverá promover a eficiência nesse mesmo mercado e ainda promover a defesa mediata do consumidor em seus interesses coletivos e difusos; e, por fim, a três, na medida em que deverá intermediar esses interesses aparentemente conflitantes, com fins de dar equilíbrio e atender as demandas do sistema como um todo.

Registre-se que o princípio da livre iniciativa do mercado de saúde privada não entra em conflito com os interesses gerais da sociedade a serem protegidos pelo Estado por meio da regulação, pois “a regulação e o controle podem atingir a liberdade, mas para todos e não apenas para alguns.” ⁴⁷

Nesse sentido, a Agência Nacional de Saúde suplementar exerce função regulatória de controle ou prevenção, quando tenta impedir a conduta abusiva por parte das operadoras de serviços privados de assistência à saúde e de solidariedade, quando protege os consumidores desses serviços, vistos como a parte hipossuficiente da relação de consumo.

⁴⁵ ARAGÃO, Alexandre.Santos de. Administração Pública Pluricêntrica. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro: 2001, n.º54, p. 29 (grifo nosso).

⁴⁶ Ver item 2.1.1

⁴⁷ POLANYI, Karl. **A Grande Transformação: As Origens de nossa Época**, op. cit., p. 297.

Como dito, o Estado pode intervir no domínio econômico para implementar políticas públicas e garantir a prevalência do interesse geral sobre o privado, atuando por meio de entidades da administração indireta. Foram criadas, então, as agências reguladoras instituídas sob a forma de autarquias sob regime especial para planejar, regular e fiscalizar as atividades executadas por terceiros.

Cabe salientar, contudo, que o artigo 5º do Decreto-Lei n.º 200/67 ⁴⁸, ao conceituar a autarquia, não definiu o conceito de “autarquia de regime especial”, deixando uma brecha para que os legisladores e a doutrina definissem por seus próprios critérios.

Hely Lopes Meirelles, partindo da brecha deixada pelo Decreto-Lei instituidor da autarquia, mencionado anteriormente, conceituou-a como “toda aquela a que a lei instituidora conferir privilégios específicos e aumentar sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns, sem infringir os preceitos constitucionais pertinentes a essas entidades de personalidade pública.” ⁴⁹

Maria Sylvia Zanella de Pietro considera que o regime especial “vem definido nas respectivas leis instituidoras, dizendo respeito, em regra, à maior autonomia em relação à Administração Direta; à estabilidade de seus dirigentes, garantida pelo exercício de mandato fixo, que eles somente podem perder nas hipóteses

⁴⁸ Art. 5º. Autarquia: o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

⁴⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Op. cit., p. 318-319.

expressamente previstas, afastada a possibilidade de exoneração *ad nutum*; ao caráter final das suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública.”⁵⁰

Quanto à independência⁵¹ das agências reguladoras em relação aos poderes do Estado, prossegue a autora:

“Em relação ao Poder Judiciário essa independência praticamente não existe, pois, se por um lado, à agência pode dirimir conflitos em última instância administrativa⁵², nada obsta a apreciação dos mesmos pelo poder judiciário, de acordo com o artigo 5º, XXXV, da Constituição de 1988; em relação ao Poder Legislativo também não existe, tendo em vista que os seus atos normativos não podem conflitar com as normas constitucionais ou legais, por força do princípio da legalidade; por fim, em relação ao Poder Executivo, pois seus atos não podem ser revistos ou alterados pelo mesmo, em virtude de serem autarquias de regime especial, porém, dentro dos limites estabelecidos em lei. Nada obsta o controle pelo Congresso Nacional, previsto no art. 49, X, da Constituição de 1988 e pela direção superior, prevista no seu artigo 84, II.”⁵³

Alexandre Santos de Aragão, nessa linha, salienta ainda que “O tantas vezes repisado caráter de ‘independência’ das agências reguladoras retrata na verdade uma autonomia reforçada, uma maior autonomia em relação à de que normalmente são dotadas as demais entidades da Administração indireta, que em sua maioria não são materialmente descentralizadas.”⁵⁴

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, São Paulo: Atlas S.A, 16ª edição, 2003, p. 404-405.

⁵¹ Marçal Justen Filho ressalta a problemática semântica acerca do uso alternado do vocábulo autonomia e independência para indicar a extensão dos vínculos de influência externa sobre as agências. Tal problemática não será apreciada nesse trabalho, pois não é relevante para o objeto da pesquisa. (**O Direito das Agências Reguladoras Independentes**, op. cit., p. 396-397).

⁵² Paulo César Melo da Cunha ressalta o fenômeno da “parajudicialidade” nas agências, onde a composição dos conflitos entre os agentes do segmento regulado pode-se dar fora da apreciação do Poder Judiciário, por meio de conciliação, mediação e arbitragem. (**A Regulação Jurídica da Saúde Suplementar no Brasil**, op. cit., p. 57-58.)

⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *ibid.*, p. 406.

⁵⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Administração Pública Pluricêntrica**. Op. cit., p. 42.

Ressalte-se que um dos principais motivos da criação da ANS foi a constatação da hipossuficiência dos consumidores em relação às operadoras de planos privados de saúde ⁵⁵, no momento da contratação dos seus serviços, portanto, havia necessidade de regular o mercado com vistas a promover o equilíbrio entre esses dois pólos. ⁵⁶

Essa hipossuficiência decorre da própria natureza dos contratos de prestação de serviços privados de assistência à saúde ⁵⁷, que são classificados como contratos

⁵⁵ As operadoras de saúde encontram-se classificadas pela RDC n.º 39, de 27 de outubro de 2000, conforme abaixo:

ADMINISTRADORA - Art. 11. Classificam-se na modalidade de administradora as empresas que administram planos ou serviços de assistência à saúde, sendo que, no caso de administração de planos, são financiados por operadora, não assumem o risco decorrente da operação desses planos e não possuem rede própria, credenciada ou referenciada de serviços médico-hospitalares ou odontológicos.

COOPERATIVA MÉDICA - Art. 12. Classificam-se na modalidade de cooperativa médica as sociedades de pessoas sem fins lucrativos, constituídas conforme o disposto na Lei n.º 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que operam Planos Privados de Assistência à Saúde.

COOPERATIVA ODONTOLÓGICA - Art. 13. Classificam-se na modalidade de cooperativa odontológica as sociedades de pessoas sem fins lucrativos, constituídas conforme o disposto na Lei n.º 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que operam exclusivamente Planos Odontológicos.

AUTOGESTÃO - Art. 14. Classificam-se na modalidade de autogestão as entidades de autogestão que operam serviços de assistência à saúde ou empresas que, por intermédio de seu departamento de recursos humanos ou órgão assemelhado, responsabilizam-se pelo Plano Privado de Assistência à Saúde destinado, exclusivamente, a oferecer cobertura aos empregados ativos, aposentados, pensionistas ou ex-empregados, bem como a seus respectivos grupos familiares definidos, limitado ao terceiro grau de parentesco consanguíneo ou afim, de uma ou mais empresas, ou ainda a participantes e dependentes de associações de pessoas físicas ou jurídicas, fundações, sindicatos, entidades de classes profissionais ou assemelhados.

MEDICINA DE GRUPO - Art. 15. Classificam-se na modalidade de medicina de grupo as empresas ou entidades que operam Planos Privados de Assistência à Saúde, excetuando-se aquelas classificadas nas modalidades contidas nas Seções I, II, IV e VII desta Resolução.

ODONTOLOGIA DE GRUPO - Art. 16. Classificam-se na modalidade de odontologia de grupo as empresas ou entidades que operam exclusivamente Planos Odontológicos, excetuando-se aquelas classificadas na modalidade contida na Seção III desta Resolução.

FILANTROPIA - Art. 17. Classificam-se na modalidade de filantropia as entidades sem fins lucrativos que operam Planos Privados de Assistência à Saúde e tenham obtido certificado de entidade filantrópica junto ao Conselho Nacional de Assistência Social CNAS e declaração de utilidade pública federal junto ao Ministério da Justiça ou declaração de utilidade pública estadual ou municipal junto aos Órgãos dos Governos Estaduais e Municipais.

⁵⁶ Aproximadamente 37 milhões de pessoas recorrem à assistência privada à saúde. Fonte: Cadastro de Beneficiários da ANS/Dez. 2003.

⁵⁷ O conceito de planos privados de assistência à saúde encontra-se definido no artigo 1º da Lei n.º 9.656/98, com a última alteração dada pela Medida Provisória n.º 2.177- 44, de 24 de agosto de 2001, aqui transcrito: I – Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica,

de adesão, pois as cláusulas em sua maioria são estabelecidas previamente, algumas pré-determinadas pelo Poder Público, deixando pouco espaço para tratativas contratuais. O objetivo é atingir os consumidores como um todo e não um consumidor específico.

O contrato de adesão tem como elemento central a aceitação total pelo contratante das cláusulas contratuais pré-estabelecidas pelo ofertante dos produtos ou serviços, sem que tenha havido negociação prévia do conteúdo das mesmas. Em alguns casos, o contratante não tem acesso nem à cópia do contrato a qual aderiu, recebendo apenas informações gerais do seu conteúdo. Citem-se, como exemplo, os contratos de saúde coletivos.

Ainda, a velocidade das relações comerciais atualmente, impossibilita a existência de um período de pré-contratual, na qual as partes negociariam as melhores e mais específicas condições dependendo do caso.

Orlando Gomes define o contrato de adesão como um “negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas.”⁵⁸

hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor;

⁵⁸ GOMES, Orlando. **Contrato de Adesão: condições gerais dos contratos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972, p. 3.

Para Cláudia Lima Marques, trata-se de contratos cativos de longa duração, os quais ela considera um “novo fenômeno”⁵⁹ das relações de consumo e onde se utilizam métodos de contratação em massa para fornecer serviços de prestação continuada.

A autora utiliza ainda a classificação feita pela Comissão das Comunidades Europeias para os contratos de adesão, sendo que a primeira fase de formação desses seria a da elaboração das cláusulas contratuais pelo proponente (Predeterminação). A segunda fase envolveria a oferta do contrato ao público (Uniformidade) e a última fase, a adesão do consumidor às cláusulas preestabelecidas (Consentimento por adesão), concretizaria o vínculo contratual entre as partes.

Para Raymond Saleilles, a quem se atribui a expressão contrato de adesão, no francês, “contrats d’adhesion”, esse se aproxima de uma declaração unilateral de vontade voltada para um número indeterminado de pessoas.

Nesta linha, a autonomia da vontade se resume à adesão ao conteúdo prefixado, presente nesse tipo de contrato, sendo dessa forma questionável. No momento em que o contratante “contrata com esta ou aquela companhia (...) faz este ou aquele tipo de seguro”⁶⁰ poder-se-ia dizer que a manifestação de vontade estava presente de alguma forma, mesmo que limitada.

⁵⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 57.

⁶⁰ CAVALIERI, Sérgio Filho. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Malheiros, 1998, p. 324.

É então, sobre esse aspecto, que se destaca a relevância da participação de entidades do Terceiro Setor que atuam na defesa do consumidor, na regulação de um bem essencial à dignidade da pessoa humana e da própria vida, por meio dos mecanismos institucionais que serão apresentados mais adiante.

Tendo em vista o acima exposto, percebe-se que no contrato de prestação de serviços de saúde a parte frágil é o consumidor, de sorte que a ANS, à luz do princípio da proporcionalidade, busca a harmonização dos interesses de ambas as partes.

Registre-se que o Princípio da Proporcionalidade quando aplicado aos contratos de prestação de serviços de saúde, possibilita ao regulador sanar uma situação de aparente conflito, por meio de um mecanismo de sopesamento entre o fim pretendido (a proteção dos consumidores) e o meio para sua consecução (a intervenção regulatória nos instrumentos contratuais).

José Joaquim Gomes Canotilho, seguindo essa linha, acrescenta que “proibir o excesso não é só proibir o arbítrio; é impor, positivamente, a exigibilidade, adequação e proporcionalidade dos atos dos poderes públicos em relação aos fins que eles perseguem.”⁶¹

⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª edição. Coimbra: Almedina, 1992, p. 177.

É, então, na busca por um modelo de Administração Pública Gerencial ⁶², impulsionada pelo processo de Reforma do Estado, que surge uma agência reguladora específica com poderes para regular, normatizar, controlar e fiscalizar todas as atividades envolvendo o mercado de saúde suplementar.

A administração da ANS é controlada nos termos de um contrato de gestão negociado entre seu Diretor-Presidente e o Ministro de Estado da Saúde e aprovado pelo Conselho de Saúde Suplementar, onde serão estabelecidos os indicadores que permitam avaliar, objetivamente, a sua atuação administrativa e o seu desempenho.⁶³

As receitas da ANS constituem-se, basicamente, pela cobrança da Taxa de Saúde Suplementar – TSS, cujo fato gerador é o exercício da polícia administrativa, com natureza tributária, sobre pessoas jurídicas, condomínios ou consórcios constituídos sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa ou entidade de autogestão, que operem produto, serviço ou contrato com a finalidade de garantir a assistência à saúde visando à assistência médica, hospitalar ou odontológica.

⁶² Prosseguindo nos ensinamentos de Caio Tácito, “...a implantação progressiva e crescente do processo de privatização inaugura um sistema peculiar de fiscalização e controle estatal sobre a eficiência dos serviços privatizados e a eficácia do próprio serviço público (...) O atual programa de reforma administrativa se reveste, porém, em sua concepção, de uma nova tônica. A descentralização de poderes administrativos se faz acompanhar de um mecanismo específico de planejamento e, especialmente, de controle de resultados efetivos. (...) Dois modelos de autarquias especiais são criadas, em legislação recente: as Agências Reguladoras e as Agências Executivas. As Agências Reguladoras operam sobre áreas determinadas de atividades transferida à iniciativa privada pelo processo de descentralização. Agem, portanto, em sentido exógeno, para fora da administração.” Transformações do Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n.º 214, out./dez., 1998, p. 32.

⁶³ A ANS será dirigida por uma Diretoria Colegiada, devendo contar, também, com um Procurador, um Corregedor e um Ouvidor, além de unidades especializadas incumbidas de diferentes funções, de acordo com o regimento interno.

A ANS terá por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País ⁶⁴.

Nesse ponto, vale observar que a ANS não é uma entidade de defesa do consumidor, pois sua função precípua é regular as operadoras do segmento de saúde suplementar, na busca pela harmonia entre os diversos interesses envolvidos no mercado de saúde suplementar.

Na defesa do consumidor atuam os Procons - Programas de Orientação e Proteção ao Consumidor, que integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, criado pelo Código de Defesa do Consumidor e regulamentado pelo Decreto n.º 2.181/97.

⁶⁴ Dentre as competências da ANS, previstas no artigo 2º do anexo I da RDC n.º 95, de 28 de janeiro de 2000, destacam-se: “II - estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras; V - estabelecer parâmetros e indicadores de qualidade e de cobertura em assistência à saúde para os serviços próprios e de terceiros oferecidos pelas operadoras; VIII - deliberar sobre a criação de câmaras técnicas, de caráter consultivo, de forma a subsidiar suas decisões; XVII - autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, ouvido o Ministério da Fazenda; XIX - regulamentar outras questões relativas à saúde suplementar; XXIV - fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento; XXX - fiscalizar o cumprimento das disposições da Lei n.º 9.656, de 1998, e de sua regulamentação; XXXI - aplicar as penalidades pelo descumprimento da Lei n.º 9.656, de 1998, e de sua regulamentação; XXXII - requisitar o fornecimento de quaisquer informações das operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem como da rede prestadora de serviços a elas credenciadas; XXXIII - adotar as medidas necessárias para estimular a competição no setor de planos privados de assistência à saúde; XXXVII - articular-se com os órgãos de defesa do consumidor visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde, observado o disposto na Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990; XXXVIII - zelar pela qualidade dos serviços de assistência à saúde no âmbito da assistência à saúde suplementar;”

O SNDC é composto pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE, por meio do seu Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor - DPDC, pelos demais órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e pelas entidades civis de defesa do consumidor que têm o direito de encaminhar denúncias aos órgãos públicos, e de representar o consumidor em juízo.

Porém, pode-se dizer que a ANS atua de forma mediata na defesa do consumidor, ao aplicar subsidiariamente a legislação de proteção ao consumidor (Lei n.º 8.078/90) quando a norma especial (Lei n.º 9.656/98) é omissa; até porque, o objetivo da regulação é à busca de um ponto de equilíbrio entre os interesses envolvidos.

Cabe destacar, dentro da estrutura da ANS, a Ouvidoria na função de defesa dos consumidores. Dentre suas principais competências, vale citar a de formular e encaminhar as denúncias e queixas (de qualquer cidadão e principalmente das entidades do Terceiro Setor que atuam na defesa dos consumidores) aos órgãos competentes, em especial à Diretoria Colegiada, à Procuradoria e à Corregedoria da ANS, e ao Ministério Público, relativas a infringências de normas da assistência suplementar à saúde.

Não obstante isso cabe aqui destacar a importância do Terceiro Setor como representante dos consumidores na defesa de seus interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos em matéria de saúde suplementar, o que será abordado mais adiante.

Por fim, é certo que, na busca por um modelo justo de regulação⁶⁵, não se pode estrangular o mercado de saúde com normas e exigências sem levar em consideração as especificidades desse e por outro lado não se pode deixar desassistida a grande massa de beneficiários, hipossuficientes frente aos contratos de adesão, a falta de mobilidade entre operadoras e um mercado pouco competitivo.

1.2 A Participação do Terceiro Setor

1.2.1 Considerações iniciais

Os ensinamentos de Aristóteles, no capítulo V do livro “Ética a Nicômaco”, apresentam uma reflexão sobre o papel do Estado e da sociedade. Há uma diferenciação entre a justiça entre indivíduos e a da Polis. Nem sempre os conflitos dentro do Estado-Nação serão resolvidos da mesma forma, pois em se tratando deste, o objetivo a ser alcançado é a felicidade da sociedade e não do indivíduo.

Nesse sentido, a justiça seria a virtude completa, pois “a pessoa que a possui pode exercer sua virtude não só em relação a si mesmo, como também em relação

⁶⁵ Dissertando sobre o direito e a justiça, Paulo Dourado de Gusmão, explicita que a preocupação com a noção de justiça vem desde Platão e Aristóteles e traz a lume que “A justiça – pensa Platão – é virtude suprema, harmonizadora das demais virtudes (...) de Aristóteles aproveitamos o segundo e terceiro elementos da justiça: igualdade e proporcionalidade.” (GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução ao Estudo do Direito**. 13ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 99). Neste sentido, buscando uma resposta adequada a noção de justiça, Karl Larenz expõe que “Para evitar las decisiones arbitrarias se necessita un rasero único que enderece todas las decisiones (...) En este punto entra en juego la exigencia de una justicia objetual, que reclama una regulación adecuada al caso, es decir, apropiada para la relación vital que se regula (...) A la larga la paz jurídica no está

ao próximo.”⁶⁶ Essa seria então a justiça universal, precursora de nossos direitos universais atuais, pois visa ao bem comum de toda a sociedade. Já a justiça particular é a que se manifesta em duas espécies sendo a primeira “nas distribuições de magistraturas, de dinheiro ou das outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição” e a segunda nas transações entre indivíduos.⁶⁷

Depreende-se do acima exposto que, desde a concepção de Aristóteles, o Estado (*polis*) surge para promover a realização do bem, ou seja, alcançar a felicidade pública, com maior ou menor intervenção sobre as liberdades individuais.

Tendo em vista os movimentos políticos do final do século XIX ao início do século XX que transformaram o clássico Estado de Direito num Estado Democrático, podemos considerar que, num primeiro momento, no modelo de Estado Liberal, a busca pela justiça deu-se com a consolidação do Estado de Direito, onde o bem comum seria alcançado por meio da não intervenção nas liberdades individuais.

Em um segundo momento, a crise do liberalismo levou a um modelo de Estado intervencionista onde as liberdades individuais foram suprimidas em nome do bem comum. Já num terceiro momento, no Estado de Bem-Estar Social a busca pela justiça deu-se por meio da garantia à livre iniciativa, porém, permitindo a execução direta pelo Estado dos serviços públicos em caso de “relevante interesse coletivo” ou “imperativo de segurança nacional”.

asegurada, si el ordenamiento que subyace a ella es injusto y se siente como tal cada vez más.” (LARENZ, Karl. **Derecho Justo Fundamentos de Ética Jurídica**. Madrid: Civitas, 1993, p. 49-51).

⁶⁶ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002, 1129b, linha 31-33.

⁶⁷ Id., Ibid., 1130b, linha 31-33.

Atualmente, o novo modelo de Estado Regulador, à luz do princípio da subsidiariedade, não preconiza que a atuação do Estado seja mínima. Ao contrário, reconhecendo que “não dispõe de recursos disponíveis para realização de todas as tarefas de atendimento aos interesses coletivos”⁶⁸, procura devolver a legitimidade e eficiência à administração pública na busca do bem comum, por meio da participação mais ativa da sociedade na gerência da coisa pública.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto salienta que “nas atuais sociedades humanas, que deixaram de ser uniclasse e monolíticas ou divididas em duas ou poucas classes sociais ou quase nenhuma mobilidade interna, como no passado, para se tornarem sociedades pluriclasse e de alta mobilidade, somente a aplicação desse princípio pode proporcionar as condições para um atendimento diversificado e, por isso mesmo, adequado, das pluríssimas necessidades que demandam satisfação coletiva pelos meios atribuídos ao Estado.”⁶⁹

Nesse sentido, a subsidiariedade proporciona à sociedade uma autonomia em relação à ação do Estado, estimulando também a sua participação na persecução do interesse público. Esse deixa de ser domínio exclusivo do Estado, para se tornar interesse público não-estatal.

⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de Interesse Público e a “Personalização” do Direito Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**. Rio de Janeiro: Malheiros, n. 26, 1999, p. 123.

⁶⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 231, jan./mar. 2003, p. 136.

Vale a pena trazer à colação, as considerações de Marçal Justen Filho sobre o interesse público não-estatal:

“Uma das características do Estado contemporâneo é a fragmentação dos interesses, a afirmação conjunta de posições subjetivas contrapostas e a variação dos arranjos entre diferentes grupos (...) Antes do surgimento do Estado pluriclasse, era possível afirmar a contraposição entre interesse privado e interesse público. Após, tornou-se impossível reconhecer situação assim tão simples.”⁷⁰

Nessa linha, prossegue o autor

“Também se admite a existência de interesses públicos não-estatais, que podem ser de titularidade dos particulares, individualmente ou como coletividade. Podem ser perseguidos pelos próprios indivíduos ou por organizações não governamentais. Nesse caso, ainda que sejam defendidos por particulares, continuam a ser interesse público.”⁷¹

Corroborando com a assertiva acima, Diogo de Figueiredo Moreira Neto salienta que o próprio conceito de interesse público evoluiu a ponto de ter deixado de ser monopólio do Estado, para prolongar-se em um espaço público não-estatal, um conceito suficientemente amplo para abrigar novas entidades voltadas à administração dos interesses gerais por meio dos entes intermédios.⁷²

Os entes intermédios são entes sociais que não fazem parte da administração pública direta ou indireta, tampouco fazem parte da esfera privada. São exemplos: a família, associações de classe, cooperativas, universidades, fundações, organizações não governamentais etc.

⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de Interesse Público...**, op. cit., p.121.

⁷¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n.231, p.136, jan./mar. 2003.

⁷² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Coordenação Gerencial na Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n.214, p.38, out./dez. 1998.

Essas entidades, “que integram a sociedade pluralista e se colocam entre o indivíduo e o Estado, consistem em verdadeira garantia da liberdade frente ao poder público centralizador e autoritário.”⁷³

Considerando, então, que apenas as competências exclusivas do Estado não podem ser objeto de transferência, “é transferível aos corpos intermédios, públicos ou privados, aquilo que eles possam fazer por si, sob sua direta responsabilidade, interna e externa, não debilitando, com isto, senão que potencializando o Estado.”⁷⁴

Neste ponto, vale destacar a contribuição do princípio da subsidiariedade na alteração da concepção clássica dos três poderes estatais (legislativo, executivo e judiciário), decorrente da fluidificação da separação entre Estado e sociedade hodiernamente.

Numa sociedade pluralista, como observa Alexandre Santos de Aragão, a separação dos poderes “tem o significado de colocar perante várias instâncias da máquina estadual as reclamações ou o apoio de vozes diferentes. E assim resulta numa potencialização da divisão de poderes organizatória interna do Estado, que ganha outra vez o valor duma divisão política. Só que em vez da fórmula do século XIX de uma separação taxante entre pretendentes ao poder, cada um com o seu veículo de expressão numa “função” do Estado, vamos encontrar um sistema bem mais complexo e subtil (...). O pluralismo social vem assim a integrar-se num quadro

⁷³ TORRES, Sílvia Faber. **O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 124.

⁷⁴ Loc. cit.

alargado de separação de poderes, e representa uma função positiva na organização dum estado moderno.”⁷⁵

Demonstra-se, dessa forma, que “os poderes sociais passaram a concorrer com os poderes políticos. Neste Estado pluralista, tornou-se insuficiente um esquema que cuidasse apenas da distribuição das competências jurídicas, ignorando as forças sociais.”⁷⁶

Registre-se que a participação ativa dos diversos segmentos da sociedade no processo gerencial do Estado, por meio dos entes intermédios, apresenta uma saída para a cidadania abstrata, originária da falência do sistema representativo em alcançar os anseios de uma sociedade pluralista cada vez mais autônoma, atuante e consciente de seus interesses tanto individuais quanto coletivos.

Vislumbra-se, ainda, que a subsidiariedade promove a cooperação entre o Estado e os entes intermédios, como por exemplo através da política de incentivos fiscais que é um dos instrumentos de fomento. A Constituição da República de 1988, em seu artigo 150, inciso IV, alínea c⁷⁷, confere às entidades privadas sem fins lucrativos o direito à imunidade tributária.

⁷⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, n.º 225, p. 112.

⁷⁶ Loc. cit.

⁷⁷ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: “...VI - instituir impostos sobre:..c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;”

Ressalte-se que a justificativa para o referido incentivo decorre do fato de que as instituições sem fins lucrativos atuam subsidiariamente ao Estado no atendimento aos interesses gerais. Assim, a sociedade responsabiliza-se independentemente pela promoção do bem-estar da coletividade sem o visco da política assistencialista tão presente em nossa sociedade.

A grande transformação está no abandono da dualidade clássica do Estado, época em que era nítida a separação do público e do privado, para reconhecer um espaço público não-estatal. Assim, a participação dos diversos grupos sociais, por meio de uma miríade de organizações, se revela fundamental no processo de engajamento da sociedade no processo gerencial do Estado.

Neste ponto, vale suscitar o seguinte questionamento: a regulação de uma atividade econômica pelo Estado, por meio das agências reguladoras, pode atingir maior eficiência pela atuação complementar do Terceiro Setor? Ainda, como tornar eficaz a implementação de novos modelos participativos, nos quais os consumidores influam diretamente na tomada de decisões, quando já existem autarquias especiais criadas por Lei para regular mercados específicos que já possuem canais institucionalizados de participação?

Propõe-se, então, a implementação de novos modelos participativos, nos quais se espera que haja uma maior expressão da sociedade na elaboração das políticas públicas, o que concederia notável legitimidade e eficiência às ações do governo.

Boaventura de Souza Santos aponta para a chamada fase atual da reforma do Estado, na qual existem concepções traduzidas no Estado-empresário e Estado-novíssimo-movimento-social. No primeiro caso, o governo deve atuar como uma empresa na busca pela eficiência dos serviços públicos, os cidadãos tornam-se consumidores e a descentralização do poder deve obedecer a mecanismos de mercado e não burocráticos. No segundo caso, o Estado é fundamento para uma luta política que visa a transformar a cidadania abstrata, num exercício de reciprocidade concreta.⁷⁸

O autor propõe que o exercício da cidadania seja feito por meio do Terceiro Setor, pois **“a complementaridade entre o Terceiro Setor e o Estado é, nos países democráticos, a outra grande via de criação de um espaço público não-estatal.”**⁷⁹

Desde os anos 70, a teoria democrática contemporânea tem questionado o “modelo decisionístico de deliberação”⁸⁰, que percorre um processo de delegação no momento da decisão, em favor de um “modelo argumentativo de deliberação”⁸¹,

⁷⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma Reinvenção Solidária e Participativa do Estado. *In: Sociedade e Estado em Transformação*. São Paulo: UNESP, 1998, p. 267-269.

⁷⁹ SANTOS, Boaventura de Souza, loc. cit. (grifo nosso)

⁸⁰ Leonardo Avritzer, apresentando o pensamento de Joseph Schumpeter, diz que para ele na teoria decisionista deliberativa, há uma rejeição de formas públicas de discussão e argumentação e a identificação das práticas decisórias com o processo da escolha dos governantes. (AVRITZER, Leonardo. Teoria Democrática e Deliberação Pública. *In: Faces da Democracia. Revista de Cultura e Política*. n.º 50, CEDEC, 2000, p. 31).

⁸¹ Leonardo Avritzer, loc. cit., salienta ainda que Habermas percebe que o problema da legitimidade na política não está ligado apenas, tal como supôs Rousseau, ao problema da expressão da vontade da maioria no processo de formação da vontade geral, mas também estaria ligada a um processo de deliberação coletiva que contasse com a participação racional de todos os indivíduos possivelmente interessados ou afetados por decisões políticas.

onde há uma efetiva participação de todas as esferas da sociedade no momento da tomada da decisão.

Nesse sentido, nada obsta, e, aliás, tudo recomenda que a sociedade possa ser ouvida e ter suas propostas incluídas para discussão, influenciando nas decisões administrativas dentro de um agente regulador, sendo, contudo, representada em seus interesses pelo Terceiro Setor.⁸²

Segundo Marcos Juruena Villela Souto, os atos decisórios de uma agência devem ser motivados “demonstrando-se a adequação da realidade dos fatos à norma aplicada, ponderando-se, em função do princípio da proporcionalidade, se à limitação de um direito corresponde a justa valorização de outro interesse em conflito.”⁸³

Atualmente, os veículos de participação da sociedade na definição das políticas das agências reguladoras são de caráter meramente consultivo.

Por ora, ressaltamos apenas de forma sucinta que as propostas de caráter técnico das agências reguladoras, em sua maioria, passam por um processo de controle social (onde a sociedade tem a oportunidade de manifestar-se sobre as mesmas, com vistas ao seu aprimoramento) contando com a participação de todos os segmentos regulados direta e indiretamente pela Agência.

⁸² Cabe citar como exemplo os artigos 10 e 37, § 3º da CR de 1988, garantindo a participação da sociedade na defesa de seus interesses.

Vale ressaltar que a concentração dos canais de participação da sociedade unicamente no órgão regulador não garante o fortalecimento da cidadania; ao contrário, deve-se permitir a criação de um espaço público não-estatal, autônomo, capaz de garantir a expressão da sociedade sobre assuntos de interesse geral.

Desta forma, o aumento da participação da sociedade nas decisões sobre as políticas públicas, no caso deste trabalho, em matéria de saúde suplementar, deve considerar outras alternativas além de modelos institucionais que já demonstraram no passado não serem suficientes na busca por aquele que deveria ser o objetivo principal da administração: O atendimento eficaz ao demandante dos serviços públicos.

Uma das formas seria a de possibilitar a participação da sociedade no processo decisório por meio de "arranjos deliberativos em locais onde haja espaço para argumentação, onde os interesses da coletividade são discutidos e solucionados por ela em conjunto com os atores do governo."⁸⁴

Isto posto, vale citar o Projeto de Lei n.º 3.337/2004, tramitando atualmente em urgência constitucional, sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, que prevê em seu art. 6º, arranjos deliberativos fora do espaço institucional das agências, por meio de entes intermédios:

⁸³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Op. cit., p. 336.

⁸⁴ AVRITZER, Leonardo. **Teoria Democrática...**, op. cit., p. 45. Ressalta ainda que os arranjos deliberativos argumentativos assumem justamente a hipótese contrária, isto é, que passamos a viver em sociedades que adquiriram um tal nível de pluralismo de interesses, valores e concepções morais que o surgimento de sociedades parciais já é uma realidade. O problema da teoria democrática torna-se, desse modo, distinto: ela precisa procurar

“Art. 6º. As Agências Reguladoras poderão estabelecer outros meios de participação de interessados em suas decisões, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.”⁸⁵

Neste campo, não haveria espaço para assimetria de informações e decisões discutidas *a priori*, pois a solução seria alcançada quando ambos os atores alcançassem um consenso no dissenso.

Embora Leonardo Avritzer, na passagem anterior, tenha pensado em arranjos deliberativos como institutos fora do Estado, é possível implementá-los por meio de parcerias com as agências reguladoras tendo em vista a flexibilidade de normatização de suas políticas, dentro dos limites da Lei originária, adequados à proposição de novos fóruns de discussão, além dos já mencionados.

No caso específico da saúde suplementar, parcerias poderiam ser firmadas com o Terceiro Setor com a finalidade de dar maior legitimidade e incentivar a solidariedade na gestão do interesse público, como ocorre no caso do Ministério da Saúde no Programa de Saúde da Família, onde um Termo de Parceria é firmado com as entidades do Terceiro Setor que atuam com esse interesse, sendo o repasse de recursos feito diretamente a essas entidades.

incentivar formas de socialização da informação e formas de experimentação que permitam o acomodamento da diferença em novos arranjos administrativos.

⁸⁵ BRASIL. Projeto de Lei n.º 3.337/2004. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

Nesse sentido, vale citar ainda o § 4º do art. 4º do Projeto de Lei mencionado anteriormente, que prevê antes do processo decisório sobre questão relevante, a realização de consulta pública onde:

“§ 4º. É assegurado às associações constituídas há pelo menos três anos, nos termos da lei civil, e que incluam, entre suas finalidades, a proteção ao consumidor, à ordem econômica ou à livre concorrência, o direito de indicar à Agência Reguladora até três representantes com notória especialização na matéria objeto da consulta pública, para acompanhar o processo e dar assessoramento qualificado às entidades e seus associados, **cabendo à Agência Reguladora arcar com as despesas decorrentes**, observadas as disponibilidades orçamentárias, os critérios, limites e requisitos fixados em regulamento e o disposto nos arts. 25, inciso II e 26 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993.” (grifo nosso)

Desta forma, o incremento ou criação de novos mecanismos de participação atuando em conjunto com as agências reguladoras, onde seja possível permitir um maior controle da sociedade sobre a implementação das políticas públicas voltadas para o desenvolvimento econômico, pode ser uma solução para a manutenção do modelo de regulação utilizado atualmente pelas agências reguladoras, conforme será abordado na item 3.

1.2.2 Legitimidade da participação do Terceiro Setor

Visto que o Estado Regulador, nas suas ações políticas, econômicas e sociais, atua subsidiariamente à iniciativa da sociedade na concretização do interesse geral, cabe apontar a legitimidade da participação do Terceiro Setor na efetivação da democracia plena e não meramente formal.

Vale ressaltar que, para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “a consciência de que a democracia não pode ser apenas o cumprimento de um ritualismo eleitoral, ou seja, uma receita de legalidade tornou-se mais difundida na medida em que os estudos cratológicos mostraram que a política agonal, isto é, a que trata da disputa pelo poder, não é mais que uma fase de todo o *ciclo do poder*.”⁸⁶

E prossegue o autor salientando que

“Na verdade, este ciclo começa pela destinação do poder, passa por sua atribuição, pelo seu exercício, pela sua distribuição e por sua contenção, até chegar a seu último aspecto, a detenção. Situar a democracia apenas nesse momento do poder – a detenção – tornou-se, no mínimo, uma mutilação de um conceito integral de democracia e, em muitos casos, sua contrafação.”⁸⁷

Portanto, se a participação é uma forma de exercício de poder, individual ou coletiva, destinada a influir sobre o exercício do poder estatal, então, “a função da participação é garantir a legitimidade em todas as fases do ciclo do poder”.⁸⁸

Quanto à questão da legitimidade, traz-se à colação as palavras de Norberto Bobbio, segundo o qual “quando se exige que um poder seja legítimo, pergunta-se se aquele que o detém possui um justo título para detê-lo; quando se invoca a legalidade de um poder, indaga-se se ele é justamente exercido, isto é, segundo as

⁸⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da Participação Política**. Op. cit., p. 7.

⁸⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, loc. cit.

⁸⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 24.

leis estabelecidas. O poder legítimo é um poder, cujo título é justo; um poder legal é um poder, cujo exercício é justo, se legítimo.”⁸⁹

Ora, a velocidade e o alcance das informações combinada com a pluralidade existente em nossa sociedade, demanda uma maior participação dessa nas decisões objetivas que envolvem a administração de interesses públicos. Assim, abre-se a possibilidade da sociedade buscar autonomamente soluções para suas demandas, atendido o bem comum, e, conseqüentemente, garante-se uma maior legitimidade à atuação estatal.

Parece claro, nesse sentido, nas palavras de Odete Medauar, que “Após uma concepção da Administração detentora do interesse público, emerge entendimento de que a Administração deve compartilhar tal atribuição com a sociedade. ‘Já não é o Estado que assume o controle e perfil do que se deva entender por interesse público, mas é a mesma sociedade, o conglomerado de associações e de organizações que indicam ao Estado a política a desenvolver e estabelecer ordem de prioridades.”⁹⁰

Registre-se que a própria Constituição de 1988 erigiu a participação política à “princípio fundamental da nacionalidade, a ser realizado pelo Estado brasileiro.”⁹¹ ao declarar no parágrafo único do artigo 1º, que “Todo o poder emana do povo, que o

⁸⁹ Norberto Bobbio, “Sur le principe de légitimité”, in Bastid, P., et al., L’idée de légitimité, Paris, PUF, 1967, p.49. *Apud* José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Rio de Janeiro: Malheiros, 1995, 10ª edição, p. 404.

⁹⁰ MEDAUAR, Odete. O Direito Administrativo em Evolução. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992, p. 182 *apud* Diogo de Figueiredo Moreira Neto, **Direito da Participação Política**, op. cit., p. 190.

⁹¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, op. cit., p. 159.

exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

Portanto, desde logo, faz-se necessário destacar que, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a participação possui duas condicionantes que, atuando em conjunto, possibilitam a realização da democracia e da plena legitimação das ações do governo: uma subjetiva (de ordem psicológica e social) e outra objetiva (de ordem política e jurídica).⁹²

Para o autor, então, não basta que o Estado amplie as formas de participação dos indivíduos ou grupos sociais organizados na administração do interesse público, pois, a instituição de participação sem a atitude participativa simula uma aparência de democracia, meramente formal, onde “não existe motivação, disposição, vontade, interesse, estímulo para que cada um dê sua contribuição possível nos assuntos de interesse coletivo.”⁹³

Nesse ponto, cabe destacar que a sociedade contemporânea já não se conforma apenas em participar indiretamente na escolha daqueles que serão seus governantes, pois, como se verifica, “ampliou-se à exigência de abertura de novos canais, formais e informais, de atuação política, notadamente os que se apresentem como os mais aptos para a defesa e a promoção desses múltiplos interesses, num

⁹² Id., *Ibid.*, p. 11.

⁹³ *Loc. cit.*

processo que ganha momento no convívio social e daí ascende ao convívio político.”⁹⁴

Por outro lado, tornar-se-ia dificultoso hodiernamente implementar um modelo de participação direta dos cidadãos nas políticas decisórias do Estado, nos moldes da *polis* aristotélica, em vista da pluralidade, complexidade, e, mormente, do processo de conscientização da sociedade sobre a necessidade de buscar novas formas de satisfação dos seus interesses individuais e coletivos.

Resta, então, prossegue ainda o autor, facilitar a aplicação dos modelos tradicionais de representação e ampliar a utilização do modelo de participação semidireta da sociedade, que “tem condições de introduzir um elemento social à sua tradicional expressão individual: Trata-se da participação institucionalizada dos grupos sociais secundários de todos os gêneros, como empresas, associações, fundações, sindicatos ou partidos políticos; qualquer entidade, desde que tenha interesse institucional direto nas decisões a serem tomadas pelo Estado, abrindo a via política das opções matizadas, sem sectarismos, e, até mesmo, sem partidarismos, a qualquer expressão social.”⁹⁵

É, portanto, dentro da participação política semidireta, por meio de uma de suas opções, a descentralização social, que chegamos às entidades intermédias, e, dentre essas, finalmente aquela que atualmente se destaca pela sua efetividade na tarefa de aproximação entre Estado e sociedade: o Terceiro Setor.

⁹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da Participação Política**. Op. cit., p. 13.

⁹⁵ Id., Ibid., p. 20.

As entidades intermédias, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “tanto nascerão incertas na própria esfera do Estado, conformando novos tipos de autarquias e de paraestatais, como, alternativa e mais modernamente, se apresentarão como entes privados delegatários de cometimentos públicos.”⁹⁶

Dessa forma, prossegue o autor, “pouco importa se essas entidades são criadas pelo Estado, caso em que surgirão entidades de cooperação, ou se criadas por particulares, caso em que serão designadas como entidades de colaboração: em ambas as hipóteses o princípio envolvido é o mesmo – a descentralização: funcional ou social, respectivamente, conforme o caso.”⁹⁷

Observe-se que a participação social deverá ser adotada tanto na descentralização funcional, a exemplo das agências reguladoras que possuem alguns instrumentos de participação institucionalizados previstos em lei como consultas públicas, audiências públicas etc., como na descentralização social, por meio de entidades intermédias com personalidade de direito privado, incumbidas da gestão de interesses públicos.

Quanto às vantagens que as entidades intermédias apresentam em relação à burocracia estatal, o autor salienta três:

“A *vantagem política* reside na abertura da participação ao administrado, propiciando um clima de colaboração intenso e benéfico, aumentando, em consequência, a legitimidade das decisões da entidade intermédia. A *vantagem*

⁹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Op. cit., p. 157

⁹⁷ Loc. cit.

técnica está na despolitização de inúmeras decisões que, em vez de serem tomadas por indivíduos das área política ou burocrática, descomprometidos pessoalmente com os resultados, no sentido do que não são por eles atingidos, passam a ser negociadas pelos grupos sociais mais diretamente interessados, evitando posturas políticas, ideológicas, teorias esdrúxulas, experiências desastrosas e as indefectíveis generalizações fáceis. A *vantagem fiscal*, por fim, está no fato de que esses entes de cooperação podem vir a ser criados sem gerar novos ônus para o Estado prescindindo de novos tributos para custeá-los, uma vez que os recursos necessários para mantê-los e desenvolver-lhes as atividades, podem vir a ser cobrados de todos os diretamente beneficiados.”⁹⁸

Desta forma, depreende-se do acima exposto, a legitimidade à participação espontânea e ativa das entidades sem fins lucrativos denominadas como Terceiro Setor, numa miríade de atividades de interesse público, afora da esfera estatal e privada, influenciando na consolidação de uma democracia participativa.

Com o intuito de corroborar a assertiva acima, vale realçar os ensinamentos de Luiz Carlos Bresser Pereira, sobre a contribuição do Terceiro Setor para a consolidação de uma democracia participativa, abaixo transcritos:

“O setor produtivo público não-estatal é também conhecido por “terceiro setor”, “setor não-governamental” ou “setor sem fins lucrativos”. Por outro lado, o espaço público não-estatal é também o espaço da democracia participativa ou direta, isto é, relativo à participação cidadã nos assuntos públicos.”⁹⁹

Nesse sentido, o Terceiro Setor atua na representação dos interesses da sociedade, mormente, naqueles interesses em que o Estado, devido à insuficiência de recursos, já não pode mais atuar como ator principal. Restitui-se à cidadania pela via da participação semidireta na tomada de decisões pelo Estado sobre assuntos de interesse geral.

⁹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 192-193.

⁹⁹ GONÇALVES, Vânia Mara Nascimento. **Estado, Sociedade Civil e Princípio da Subsidiariedade na Era da Globalização**. Rio de Janeiro: 2003, p. 152.

Vale transcrever, por fim, a observação de Diogo de Figueiredo Moreira Neto sobre a importância das formas alternativas de participação política no estado contemporâneo, que “só surtem plena eficácia quando revestidas de nítida legitimidade, isto é, a transparente adequação do agir do Estado aos interessados predominantes na sociedade que organiza e dirige.”¹⁰⁰

1.3 Conclusões parciais

A reforma do Estado brasileiro, à luz do princípio da subsidiariedade, forçou uma reflexão sobre a divisão de tarefas entre a sociedade e o Estado, reconhecendo-se a necessidade de se devolver à sociedade um espaço que só por ela é legitimado. A idéia de interesse público deixa de ser vista, apenas, como o interesse do Estado para ser tratada como interesse geral (público não-estatal).

Nesse contexto, tal processo deu origem, entre outras agências, à criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar para regular as operadoras de planos privados de assistência à saúde, na busca da harmonização das suas relações com os demais agentes que atuam no segmento regulado.

¹⁰⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da Participação Política**. Op.cit. p. 36-37.

Por outro lado, a sociedade também passou por transformações profundas que levaram ao surgimento de entidades sem fins lucrativos atuando no interesse público, porém, atuando fora da esfera do Estado. Essas entidades foram denominadas como Terceiro Setor.

Tendo em vista que a atividade regulatória implica necessariamente na ponderação de todos os interesses envolvidos, na busca pela eficiência (atendimento ao interesse público) e pela legitimidade (manifestação de todas as partes envolvidas), faz-se mister a garantia da participação.

Dessa forma, os princípios da legitimidade e da eficiência dos atos administrativos serão atendidos por meio da fortificação dos mecanismos de participação já existentes ou pela criação de novos mecanismos não institucionalizados, garantindo a participação das entidades do Terceiro Setor nas decisões públicas que envolvem seus interesses.

2 A RELEVÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO DO TERCEIRO SETOR NA REGULAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR

2.1 O Terceiro Setor na representação dos consumidores de planos privados de assistência à saúde

2.1.1 Considerações iniciais

Conforme o estudo de Ruy Santacruz, abordado no item 1.1.1, a existência de falhas de mercado é um dos principais fatores que justificam a regulação de mercados setoriais. Sua principal consequência é que o mercado tenderá a atuar com perda de eficiência. No segmento de saúde suplementar, a assimetria de informação ¹⁰¹, o risco moral ¹⁰² e a seleção adversa ¹⁰³ são exemplos de falhas de mercado que atingem o consumidor antes (assimetria de informação) e após (risco moral e seleção adversa) adquirir um plano de saúde, impedindo que haja equilíbrio na relação com a operadora de planos privados de assistência à saúde.

¹⁰¹ Segundo David E. M. Sappington e Joseph E. Stiglitz, a assimetria de informação pelo lado dos consumidores “is largely based on the presumption that the individuals cannot look after themselves as well as the government, largely because they are imperfectly informed and it costly for them to gather information.” (Information and Regulation. *In* Public Regulation: New Perspectives on Institutions and Policies. London: MIT Press, 1987, p. 5).

¹⁰² Segundo Aloísio Teixeira, o risco moral ocorre quando os serviços de saúde são cobertos por seguro, a demanda é maior do que quando os próprios indivíduos devem pagar por eles. (TEIXEIRA, Aloísio. Mercado e Imperfeições de Mercado: O caso da Assistência Suplementar. **Cadernos de Saúde Suplementar**. Rio de Janeiro: ANS, 2001, p. 18-19).

¹⁰³ Segundo Aloísio Teixeira, a seleção adversa ocorre quando uma inadequação nas taxas cobrada pelas operadoras afasta as pessoas saudáveis e concentra a demanda por seguros nos indivíduos mais propensos a ficarem doentes (Loc. cit.).

Dos três exemplos de falhas de mercado mencionados anteriormente, cabe destacar a assimetria de informação, definida como aquela que dificulta que o consumidor obtenha todas as informações necessárias no momento da escolha do plano de saúde mais adequado às suas necessidades. Além das informações referentes a preços, amplitude de coberturas assistenciais, lista dos prestadores de serviços ou profissionais médicos, dentre outras, atualmente faz-se mister que o consumidor possa ter acesso às informações referentes à qualidade dos serviços prestados.

A preocupação da ANS com essa falha de mercado levou à publicação da RDC n.º 85, de 25 de setembro de 2001, instituindo o Sistema de Informações de Produtos – SIP, para acompanhamento da assistência prestada aos beneficiários de planos privados de assistência à saúde.¹⁰⁴

Contudo, o referido acompanhamento se restringiu apenas à taxa de mortalidade materna, o que prejudica atualmente uma análise conclusiva acerca da qualidade dos serviços prestados.¹⁰⁵

Nesse momento é que o Terceiro Setor pode contribuir para a diminuição da assimetria de informação apontada anteriormente, pois nada obsta, e, frise-se, tudo recomenda, que sejam constituídas entidades independentes, em colaboração com

¹⁰⁴ A referida Resolução foi publicada tendo em vista a necessidade de sistematizar a competência definida no artigo 20 da Lei n.º 9.656/98, tendo sido posteriormente alterada pela RN n.º 61, de 22/12/2003.

¹⁰⁵ Planos de saúde terão metas de qualidade. **O Globo**. 18 jan. 2004, p. 40. O novo Presidente da ANS, Fausto Pereira dos Santos, afirmou que “Hoje, poucas operadoras sabem qual é a taxa de infecção hospitalar de seus prestadores, por exemplo. Por isso, queremos fixar metas e indicadores que devem ser perseguidos pelas operadoras do ponto de vista da saúde. O trabalho das operadoras não pode ser entendido só como negócio.”

a ANS ou não, que possam desenvolver serviços de acompanhamento privado de produtos e operadoras de saúde suplementar, com fins de permitir aos consumidores avaliarem as reais condições oferecidas pelos agentes de mercado.¹⁰⁶

Outro exemplo de redução da assimetria de informação presente no momento da escolha pelo consumidor por um plano de saúde, no que diz respeito à amplitude de coberturas assistenciais, encontra-se no artigo 12 da Lei n.º 9.656/98, que exigiu das operadoras de saúde a oferta do “Plano Referência”.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Em 2003, foram realizados estudos pela ANS para constituição de entidades independentes que pudessem desenvolver os serviços de certificação privada de produtos e operadoras de saúde suplementar, com fins de permitir aos consumidores avaliarem as reais condições oferecidas pelos agentes de mercado. (Fonte: ANS. Memorando Circular SEGER/001/2003, de 06 de março de 2003).

¹⁰⁷ BRASIL. Lei n.º 9.656, de 04 de junho de 1998. <http://www.ans.gov.br>. “Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto:

I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental;

II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim;

III - inseminação artificial;

IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética;

V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados;

VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar;

VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico;

VIII – REVOGADO

IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes;

X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente.

§ 1º As exceções constantes dos incisos deste artigo serão objeto de regulamentação pela ANS.

§ 2º As pessoas jurídicas que comercializam produtos de que trata o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei oferecerão, obrigatoriamente, a partir de 3 de dezembro de 1999, o plano-referência de que trata este artigo a todos os seus atuais e futuros consumidores.

§ 3º Excluem-se da obrigatoriedade a que se refere o § 2º deste artigo as pessoas jurídicas que mantêm sistemas de assistência à saúde pela modalidade de autogestão e as pessoas jurídicas que operem exclusivamente planos odontológicos.

§ 4º A amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS.

Art. 10-A. Cabe às operadoras definidas nos incisos I e II do § 1º do art. 1º desta Lei, por meio de sua rede de unidades conveniadas, prestar serviço de cirurgia plástica reconstrutiva de mama, utilizando-se de todos os meios e técnicas necessárias, para o tratamento de mutilação decorrente de utilização de técnica de tratamento de câncer. (Artigo incluído pela Lei nº 10.223, de 15.5.2001).”

Vale informar que o citado artigo encontra-se com sua eficácia suspensa em face da Medida Cautelar, concedida liminarmente pelo STF, no bojo da ADIN n.º1931-8 que considerou o artigo uma afronta ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido. O total de planos de saúde comercializados após a Lei n.º 9.656/98, representa apenas

Vale salientar que, como a ANS não faz parte do Sistema de Proteção ao Consumidor do Ministério da Justiça, a defesa do consumidor de serviços privados de saúde realiza-se apenas de forma mediata.

Por outro lado, Paulo César Melo da Cunha, com base nos ensinamentos de Luiz Guilherme de Andrade V. Loureiro, ressalta os princípios do dever governamental (dever do Estado de prover o consumidor dos mecanismos suficientes para sua proteção e de melhoria do serviço público), da garantia de adequação (mediante a qual se exige que os serviços operem no binômio segurança/qualidade), e da informação especial (as operadoras obrigatoriamente deverão prestar todas as informações necessárias sobre os produtos e serviços que oferecem ao público).¹⁰⁸

Assim, no caso específico dos contratos de prestação de assistência à saúde, o artigo 35-G da Lei n.º 9.656/98, dispõe que “Aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei as disposições da Lei no 8.078, de 1990.”

Neste ponto, vale ressaltar que, embora na Lei n.º 9.656/98 não se tenha estabelecido a distinção entre o conceito de usuário e consumidor, Paulo César Melo

35,9% do mercado. Os planos antigos ainda são maioria representando 64,1% do mercado, sendo que, são produtos híbridos pois não havia regras determinando, por exemplo, a oferta de coberturas assistenciais mínimas como no “Plano Referência”. (Fonte: MONTONE, Januário. **Evolução e Desafios da Regulação do Setor de Saúde**. Rio de Janeiro: ANS, 2003.)

da Cunha ensina que “não é menos exato que outras normas, que tratem especificamente de cada serviço público, podem não acatar tal equiparação do usuário ao consumidor, afastando a incidência do Código de Defesa do Consumidor.”¹⁰⁹

Destarte, continua o autor, para a saúde pública se tem o usuário do serviço público assim como para a saúde privada se tem o consumidor, porque “a Constituição da República tratou dos direitos do consumidor e dos direitos dos usuários de serviços públicos em dispositivos distintos (respectivamente, art. 5º, inc. XXXII e art. 37, § 3º da Carta Magna).”¹¹⁰

Desta forma, embora a legislação aplicável aos contratos dos consumidores de “planos de saúde” seja a Lei n.º 9.656/98 e as demais normas de caráter técnico editadas pela ANS, o Código de Defesa do Consumidor será aplicado sempre de forma subsidiária, com vistas à manutenção do equilíbrio contratual entre as partes.

Ressalte-se que o consumidor encontra pleno amparo na Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor, sendo que, a defesa do consumidor é um dos princípios gerais da atividade econômica, a teor do artigo 170, inciso V, da Constituição de 1988.

¹⁰⁸ LOUREIRO, Luiz Guilherme de Andrade V. Seguro-Saúde (Lei n.º 9.656/98): comentários, doutrina e jurisprudência. São Paulo: LEJUS, 2000. *Apud* Cunha, Paulo César Melo da. **A Regulação Jurídica...** Op. cit., p. 229-230.

¹⁰⁹ CUNHA, Paulo César Melo da. **A Regulação Jurídica...**, op. cit., p. 222.

¹¹⁰ Loc. cit.

É, então, nesse sentido que a defesa dos interesses e direitos dos consumidores poderá ser exercida em juízo a título coletivo, por meio da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85), pelas associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC (artigo 81 e IV, 82).

Por fim, a ANS representa um papel fundamental na busca pela harmonização das relações entre os consumidores e as operadoras de planos privados de assistência à saúde, na defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde.

Destaque-se que a referida harmonização ocorre, por exemplo, num dado momento do processo de regulação, anterior à edição das normas pela ANS, quando se abre espaço à participação das entidades representantes dos interesses dos consumidores, para opinarem sobre assuntos que os afetem diretamente.

Essa participação não é relevante apenas no momento da ponderação de interesses existente no processo decisório da agência, pois, ela também traz legitimidade ao resultado alcançado. Assim, os atos decisórios da ANS são “acreditados” por meio da participação dessas entidades nos processos decisórios.

Nessa linha, Floriano de Azevedo Marques Neto define as mudanças trazidas com o novo paradigma de regulação como uma democratização da atividade regulatória, salientando ainda que:

“A participação da sociedade no processo de regulação é também conseqüência das necessidades do regulador em bem mediar os interesses existentes na sociedade. Só com a participação do administrado é que será possível i) saber quais são as pautas, demandas e necessidades coletivas e individuais a exigir medidas regulatórias; e ii) legitimar a ação do regulador a partir da identificação de sua atuação com os anseios dos usuários e possibilidades dos operadores.

Nesse sentido é que surgem, no bojo da construção dos espaços institucionais de exercício dessa nova regulação, mecanismos como as consultas públicas, o fomento à de comitês ou comissões de usuários, as audiências, os conselhos consultivos e de representantes, o diálogo permanente e obrigatório com operadores, associações e entidades de defesa do consumidor, entre outros mecanismos.”¹¹¹

Considerando, então, que a defesa do consumidor é apenas “um dos elementos a ser objeto de ponderação na disciplina dos interesses em tensão”¹¹² na regulação da saúde suplementar, veremos de que forma o Terceiro Setor pode atuar na defesa do consumidor representando-o tanto no espaço institucional da ANS, o que será abordado mais adiante, como de forma independente por meio da auto-regulação.

2.1.2 A auto-regulação

Vista a legitimidade do Terceiro Setor para representar a sociedade na defesa dos seus interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos¹¹³, vejamos de que

¹¹¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Balanço e Perspectivas das Agências Reguladoras no Brasil. **Revista de Direito Mackenzie**. São Paulo: Publicação Mackenzie, n.º 1, ano 4, 2003, p. 30.

¹¹² CUNHA, Paulo César Melo da . **A Regulação Jurídica...**, op. cit., p. 228.

¹¹³ Hugo Nigro Mazzilli, exemplificando os tipos de interesses metaindividuais, utiliza a proteção cível do consumidor, onde os interesses individuais são considerados homogêneos “quando toda a série de um produto saia de fábrica com o mesmo defeito”, podendo ainda ser coletivo “quando de um aumento indevido das prestações de um mesmo consórcio” e, por fim, pode ser difuso quando “impossível de identificar as pessoas ligadas pelo mesmo laço fático ou ou jurídico, decorrente da relação de consumo.” (**A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 6ª edição, 1994, p. 23).

forma ele pode atuar na defesa do consumidor, por meio da auto-regulação no segmento da saúde suplementar.

Primeiramente, cabe ressaltar que a regulação da saúde não precisa ter como fonte apenas as disciplinas traçadas pelo Poder Público, sendo, portanto, a auto-regulação forma de composição dos conflitos de interesses entre as operadoras de planos privados de assistência à saúde e seus consumidores.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a auto-regulação de interesses metaindividuais “tem fundamento na liberdade constitucional de associação para a proteção de interesses lícitos (artigo 5º, XVII, CF), tanto para defender os interesses individuais homogêneos dos associados (artigo 5º, XXI, CF) como para defender os interesses coletivos e difusos de uma coletividade, podendo abranger produtores, comerciantes e consumidores num determinado mercado.”¹¹⁴

Nesse sentido, a legitimidade para a defesa dos consumidores de planos privados de assistência à saúde, pelas entidades do Terceiro Setor, encontra expressa previsão legal na convenção coletiva de consumo no artigo 107 do CDC, que apresenta uma alternativa à sociedade na persecução de interesses públicos não-estatais “voltadas a apoiar e até a substituir a ação tutelar do Estado pluriclasse”.

¹¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Parecer consultante – Associação Brasileira da Indústria do Café – ABIC, 1995, p. 16. *Apud* Marcos Juruena Villela Souto, **Direito Administrativo...**, op. cit., p. 43.

No conceito de convenção coletiva de consumo, encontramos a permissão legal para que as entidades civis de consumidores e fornecedores possam atuar na regulação, defesa e composição dos conflitos de interesses com as operadoras de planos privados de assistência à saúde:

“Art. 107 - As entidades civis de consumidores e as 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”.

Registre-se que cabe ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas (art. 8º, III, CF).

Daí decorre que as entidades civis de consumidores, nos ensinamentos de Marcos Juruena Villela Souto, atuam “segundo normas próprias na prossecução de seu objetivo metaindividual, não se resumindo, pois, a ordem jurídica de um País apenas às normas hetero-reguladoras baixadas pelo Estado, mas, também, as normas auto-reguladoras por aquelas produzidas”.¹¹⁵

Nos ensinamentos de Hélio Zaguetto Gama, a convenção coletiva de consumo apresentou uma inovação, pois “se de um lado a nossa Constituição de 1988 abriu espaços para a predominância do ‘Direito Social’ sobre o ‘Direito Individual’, agora o nosso Código nos remete a fronteiras infinitas para a boa

¹¹⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo...**, op. cit., p. 44.

criatividade jurídica na instrumentalização de pactos visando regular e normalizar as relações de consumo”.¹¹⁶

Por fim, prossegue o autor em seus ensinamentos, houve também inovações no campo das representações coletivas, referindo-se “às qualidades de partes ajustantes agora conferidas às entidades civis (privadas tão somente) de consumidores e às associações de fornecedores ou sindicatos das categorias econômicas de fornecedores.”¹¹⁷

2.2 Entidades representativas do Terceiro Setor

2.2.1 Considerações iniciais

Visto que no novo modelo de Estado Regulador faz-se mister à administração pública abrir cada vez mais espaço à participação do Terceiro Setor nas atividades por ela desenvolvidas, porém, reservando a si o papel de controle dessas atividades e que a legitimidade da participação do Terceiro Setor decorre do princípio da subsidiariedade, vejamos seu conceito doutrinário e quais entidades compõem esse setor.

¹¹⁶ GAMA, Hélio Zaguetto. **Curso de Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 178.

¹¹⁷ Id., *Ibid.*, p. 178-179.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o Terceiro Setor “é composto por entidades da sociedade civil de fins públicos e não lucrativos.”¹¹⁸

Logo, resta claro que o Terceiro Setor, ao lado do primeiro setor, que é o Estado, e o segundo setor, que é o mercado, possui entidades que desempenham atividades com características específicas que as diferenciam das demais atividades privadas, como a de colaborar com o Estado no atendimento ao interesse público.

Registre-se que o objetivo econômico da Reforma Administrativa “é diminuir o déficit público, ampliar a poupança pública e a capacidade financeira do Estado de concentrar recursos em áreas em que é indispensável a sua intervenção direta. O objetivo social consiste em aumentar a eficiência dos serviços sociais oferecidos ou financiados pelo Estado, atendendo melhor o cidadão a um custo menor. Por fim, o objetivo político consiste na ampliação da participação da cidadania na gestão da coisa pública, estimulando a ação social comunitária.”¹¹⁹

A evolução da noção de público, rompendo com a dicotomia romanista, permitiu a criação de um espaço público não-estatal para “abrigar várias novas formas de ação e de **entidades voltadas à administração dos interesses gerais, fazendo com isso proliferar os chamados entes intermédios.**”¹²⁰

¹¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Op. cit., p. 413.

¹¹⁹ MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil: As Dúvidas dos Juristas sobre o Modelo das Organizações Sociais. *Apud* SILVANO, Ana Paula Rodrigues. **Fundações Públicas e Terceiro Setor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 63.

¹²⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Coordenação Gerencial na Administração Pública. Op. cit., p. 38. (grifo nosso).

Dentre esses entes intermédios, destacam-se atualmente as entidades que compõem o Terceiro Setor, como as declaradas de utilidade pública, as que recebem certificados de fins filantrópicos, os serviços sociais autônomos ¹²¹, as organizações sociais e mais recentemente as organizações da sociedade civil de interesse público. ¹²²

Essas entidades podem constituir-se sob quaisquer dos institutos previstos na legislação cível, porém, alguns acabam sendo mais utilizados que outros devido à facilidade de operacionalização.

Comentando sobre a concessão de títulos jurídicos especiais a entidades do Terceiro Setor, Paulo Modesto salienta três objetivos:

“Em primeiro lugar, diferenciar as entidades qualificadas, beneficiadas com o título, relativamente às entidades comuns, destituídas dessa especial qualidade jurídica. Essa diferenciação permite inserir as entidades qualificadas em um regime jurídico específico. Em segundo lugar, a concessão do título permite padronizar o tratamento normativo de entidades que apresentem características comuns relevantes, evitando o tratamento legal casuístico dessas características. Em terceiro lugar, a outorga de títulos permite o estabelecimento de um mecanismo de controle de aspectos da atividade das entidades qualificadas, flexível por excelência, entre outras razões, porque o título funciona como um instrumento que admite não apenas concessão, mas também suspensão e cancelamento.” ¹²³

É certo que o interesse público presente nas atividades desenvolvidas pelo Terceiro Setor faz com que esse receba em muitos casos ajuda por parte do Estado,

¹²¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, citando Hely Lopes Meirelles, define esses serviços como “todos aqueles instituídos por lei, com personalidade de Direito Privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições parafiscais.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Op. cit., p. 415). São exemplos: SENAI – Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, SENAC - Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial, SESC – Serviço Social do Comércio e SESI – Serviço Social da Indústria.

¹²² Id., Ibid., p. 414-415.

¹²³ MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n.º 214, out./dez, 1998, p. 57.

preenchidos a determinados requisitos impostos por lei, dentro da atividade de fomento.

Na própria Constituição de 1988 há previsão de incentivos às entidades privadas sem fins lucrativos atuando no setor da saúde. Por exemplo, no parágrafo 7º do artigo 195, “São isentas de contribuição para a seguridade social às entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei” e no parágrafo 1º do artigo 199, “As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde (...) tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.”

Segundo Paulo Modesto, “não existe impedimento constitucional algum à assunção por particulares de tarefas e missões de interesse social em colaboração com a administração pública, desde que cumpridos requisitos de salvaguarda do interesse público, mais intensos e onerosos quanto mais ampla for a transferência de encargos e recursos, a cooperação é lícita e até mesmo estimulada pela Constituição da República.”¹²⁴

Assim, resta clara a importância das entidades de interesse social sem fins lucrativos para o Estado, na implementação de políticas públicas eficazes, colaborando cada vez mais para a minoração das desigualdades sociais em nosso país.

¹²⁴ MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. **Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil**. Op. cit., p. 59.

2.2.2 Entidades de colaboração com o Estado

Visto que a participação da sociedade é incentivada por meio da outorga de títulos jurídicos às entidades de interesse social sem fins lucrativos, cabe salientar que a sociedade também pode participar nas atividades de interesse público do Estado, mesmo que sem receber as vantagens decorrentes desses títulos.

Essa participação dá-se por meio de entidades privadas constituídas sob a forma de organizações não-governamentais, associações, fundações, cooperativas e demais entidades filantrópicas que desempenhem uma função útil em prol da comunidade em geral, na promoção das atividades de interesse público, contudo afastadas de qualquer fonte de financiamento estatal de suas atividades.

As organizações não-governamentais – ONGs ¹²⁵, aqui consideradas apenas as constituídas como entidades sem fins lucrativos atuando em prol do interesse público, ainda não foram acolhidas pela legislação pátria, sendo constituídas basicamente por meio dos institutos previstos na legislação cível.

¹²⁵ Vale citar o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC, fundada em 1987, com a missão institucional de promover a educação, a conscientização, a defesa dos direitos do consumidor e a ética nas relações de consumo, com total independência política e econômica. Informações disponíveis em: <<http://www.idec.org.br>> Acesso em: 15 de abril de 2004; a Associação Brasileira Consumidor – ABC, uma ONG (Organização Não Governamental), sem fins lucrativos, que defende os interesses dos consumidores associados. Disponível em: <<http://www.ongabc.org.br>> Acesso em: 21 abr. 2004; a ABRADECONT - Associação Brasileira de Defesa do Consumidor e Trabalhador, uma ONG-Organização Não Governamental constituída sob a forma de associação que tem por objetivo educar, auxiliar e defender os consumidores e trabalhadores. Disponível em: <<http://www.abradecont.org.br>>. Acesso em: 15 de abril de 2004.

As associações ¹²⁶ constituem-se pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos, sendo a utilização desse instituto a mais usual pela ausência de pré-requisitos de cunho patrimonial. (art. 53 e seg. do CC).

Já as fundações ¹²⁷ constituem-se necessariamente a partir da dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la, sendo que, somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência. (art. 62 e seg. do CC).

Registre-se que essa limitação quanto ao fim a que se destina a Fundação, foi uma criação do Novo Código Civil, pois anteriormente o instituidor podia constituí-la para quaisquer fins (art. 24 do antigo CC). ¹²⁸

¹²⁶ Vale citar como exemplos: a Associação de Defesa dos Usuários de Seguros, Planos e Sistemas de Saúde – ADUSEPS, entidade sem fins lucrativos que visa a conscientizar, educar e defender, inclusive em juízo, os interesses dos usuários dos serviços público e privado de saúde. Informações disponíveis em: < www.aduseps.org.br > Acesso em 21 abr. 2004; A Associação Carioca de Defesa do Consumidor - ACADEC, criada com o objetivo de ajudar o associado a defender seus interesses relativos ao consumo de bens e serviços. Informações disponíveis em: <<http://www.defesadoconsumidor.com.br/>> Acesso em: 21 abr. 2004;

¹²⁷ Existem também as fundações de apoio que prestam serviços às instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica, porém, disciplinadas pela Lei n.º 8.958/94. Vale citar como exemplo a Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon/SP, instituição vinculada à Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo, caracterizada, nos termos da legislação, como entidade com personalidade jurídica de direito público, dotada de autonomia técnica, administrativa e financeira. Dentre seus objetivos encontram-se a recepção, análise e encaminhamento de reclamações de forma individual ou coletiva que são apresentadas pela população, bem como orientação aos consumidores acerca de seus direitos. Além do atendimento direto, a Fundação mantém fiscalização permanente, com o objetivo fazer cumprir as determinações da legislação relativa à defesa do consumidor. Disponível em: <<http://www.procon.sp.gov.br>>. Acesso em: 21abr. 2004.

¹²⁸ Há discussão quanto à constitucionalidade de tal limitação eis que, sendo patrimônio afetado a uma finalidade, não caberia presumir que outras finalidades não são socialmente aceitas para legitimar tal intervenção legislativa na propriedade. Nesse sentido, segundo Marcos Juruena Villela Souto, “a intervenção do Estado no exercício do direito de propriedade só se justifica quando houver violação do princípio da função social da propriedade. Não se vislumbra que só possa haver função social quando a afetação do patrimônio se vincular aos fins ali desenhados. Do contrário, atividades voltadas para a preservação ambiental, pesquisa, saúde e desporto ficarão ao desamparo, sem que se justifique a razoabilidade de tal limitação.” (SOUTO, Marcos Juruena Villela. As fundações públicas e o novo Código Civil. Revista Trimestral de Direito Civil. v. 11, jul./set., 2002, p. 118.).

Por fim, as cooperativas, definidas como sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica própria, de natureza civil, não sujeitas à falência, constituídas para prestar serviços aos associados, sem objetivo de lucro. (art. 3º e 4º da Lei n.º 5.764/71 c/c art. 1093 e seg. do CC).

Dessa forma, embora alguns institutos sejam mais utilizados que outros pelas entidades do Terceiro Setor que atuam na defesa dos consumidores, nada obsta que essas entidades sejam criadas sob algum dos institutos vistos anteriormente.

2.2.3 Entidades de Utilidade Pública

A qualificação como entidade de utilidade pública ¹²⁹ foi fundamentalmente prevista na Lei n.º 91, de 28 de agosto de 1935, e, mais tarde, “alterada em aspectos secundários ao longo do tempo, por um lado, e, por outro, da crise também do modo de atuação do Estado nos serviços sociais.” ¹³⁰

De acordo com o artigo 1º da Lei n.º 91/35, as sociedades civis, as associações e as fundações constituídas no País, com o fim exclusivo de servir desinteressadamente à coletividade, podem ser declaradas de utilidade pública, se provado: que adquiriram personalidade jurídica; que estão em pleno funcionamento

¹²⁹ Não foi possível localizar entidade de utilidade pública com a finalidade exclusiva de promover a defesa do consumidor até o final dessa pesquisa. Contudo, cabe informar que exemplos de entidades com outras finalidades encontram-se disponíveis em: <<http://www.mj.gov.br/sistemas/SJ>>. Acesso em: 14 abr. 2004.

¹³⁰ MODESTO, Paulo. **Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor do Brasil**. Op. cit., p. 59.

e servem desinteressadamente à coletividade e *que os cargos de sua diretoria, conselhos fiscais, deliberativos ou consultivos não são remunerados*¹³¹.

Posteriormente, com a sua regulamentação pelo Decreto n.º 50.517/61, o título de utilidade pública passou a ser concedido por solicitação do interessado ou *ex-officio*¹³². Porém, quando a solicitação é feita pelo interessado, a sua concessão ainda depende de ato discricionário do Ministério da Justiça.

Paulo Modesto entende que a legislação básica sobre utilidade pública no âmbito da União “é deficiente, lacônica, deixando uma enorme quantidade de temas sem cobertura legal e sob o comando da discricção de autoridades administrativas”.¹³³

O autor cita como exemplo a possibilidade dada ao Ministro da Justiça e Negócios Interiores de permitir, por motivo de ordem superior reconhecido, a seu critério, a não apresentação do relatório anual circunstanciado pelas entidades declaradas de utilidade pública, descrevendo os serviços prestados à coletividade no período respectivo (artigo 4º).

Ainda nesse exemplo, embora seja uma obrigatoriedade a apresentação do relatório anual circunstanciado descrevendo os serviços prestados à coletividade, pelas entidades declaradas de utilidade pública, a declaração só será cassada se não apresentada em três anos consecutivos (parágrafo único do artigo 4º).

¹³¹ Redação dada pela Lei n.º 6.639, de 08 de maio de 1979.

¹³² A previsão legal para a possibilidade dessa qualificação *ex officio* pelo chefe do Poder Executivo encontra-se no artigo seu 2º.

Nesse sentido, prosseguindo o referido autor, a lacuna deixada pela não cobertura de vários temas existente na legislação de utilidade pública “facilitou a ocorrência de dois fenômenos conhecidos: (a) a proliferação de entidades inautênticas, quando não de fachada, vinculadas a interesses políticos menores, econômicos ou de grupos restritos; (b) o estímulo a processos de corrupção no setor público.”¹³⁴

Registre-se que embora a Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1994, traga uma série de benefícios como isenção das contribuições destinadas à seguridade social¹³⁵, ainda não consta na legislação de utilidade pública vigente a previsão de “qualquer forma mais efetiva de controle de resultados e satisfazendo-se basicamente com a apresentação periódica de documentos.”¹³⁶

Portanto, diante das lacunas apresentadas anteriormente e da criação dos novos títulos jurídicos de organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público, a tendência é de que o título de utilidade pública venha a cair em desuso privilegiando esses novos modelos de promoção ao voluntariado.

Isto porque nesses novos modelos os benefícios são condicionados à negociação de metas de interesse público nos contratos de gestão e termos de

¹³³ MODESTO, Paulo. **Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor do Brasil**. Op. cit., p. 59-60.

¹³⁴ Id., Ibid., p. 60.

¹³⁵ Vale citar também o art. 13, § 2º da Lei 9.249/95, que dispôs que as doações efetuadas por pessoas jurídicas a entidade que possua o título de Utilidade Pública Federal poderão ser abatidas do Imposto de Renda até o limite de 2% sobre o lucro operacional.

¹³⁶ MODESTO, Paulo. Loc. cit.

parceria, ao passo que nas entidades de utilidade pública o reconhecimento lhes dá ampla liberdade de definição de ações.

2.2.4 Organizações Sociais

As pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, disciplinadas pela Lei n.º 9.637, de 15 de maio de 1998, são qualificadas como organizações sociais ¹³⁷. Elas, não fazendo parte da estrutura da Administração Pública direta ou indireta, são constituídas “para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado, com incentivo e fiscalização pelo poder público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de contrato de gestão.” ¹³⁸

Sérgio de Andréa Ferreira destaca que a outorga da referida qualificação é discricionária, pois que resultante do juízo de conveniência e oportunidade do Poder Público. Destaca ainda os principais requisitos e pressupostos a serem atendidos pelas pessoas jurídicas de direito privado, dispostas a adquirir o título de organização social:

“a) ser entidade sem fins lucrativos, e com a obrigação de realizar investimentos de seus excedentes financeiros no desenvolvimento de suas atividades, proibida a distribuição de bens ou de parcelas do patrimônio líquido;

¹³⁷ Não foi possível localizar organização social com a finalidade exclusiva de promover a defesa do consumidor até o final dessa pesquisa. Contudo, vale citar como exemplo a Associação das Pioneiras Sociais, que tem por objetivo prestar assistência médica qualificada e gratuita a todos os níveis da população e de desenvolver atividades educacionais e de pesquisa no campo da saúde. Foi instituída pela Lei n.º 8.246/91, com a extinção da Fundação das Pioneiras Sociais, cujo patrimônio foi incorporado ao da União pelo Ministério da Saúde.

¹³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanello. Op. cit., p. 419.

- b) dedicar-se, com caráter altruístico, a atividades sociais, dentre as quais o ensino, a pesquisa, o desenvolvimento tecnológico e a saúde;
- c) ser seu órgão de deliberação superior – a que a lei de refere como Conselho de Administração – integrado de representantes do Poder Público, em percentual de vinte a quarenta por cento; de vinte a trinta por cento de representantes da sociedade civil, sendo que os Conselhos de ambas as categorias são tidos como “natos”, e devendo seu conjunto corresponder a mais de cinquenta por cento do colegiado.”¹³⁹

Uma vez preenchidos os requisitos, as pessoas jurídicas qualificadas com o título de organizações sociais, são declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais (artigo 11).

A partir dessa qualificação, afirma Diogo de Figueiredo Moreira Neto, as organizações sociais tornam-se “habilitadas a se associarem ao Poder Público através de contratos de gestão, com vistas à formação de uma relação complexa de colaboração, voltada ao fomento e à execução de atividades de interesse público.”¹⁴⁰

Ressalte-se que o contrato está submetido a princípios de ordem pública (legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e economicidade), sendo sua execução fiscalizada pela Administração Pública. Em caso de descumprimento de suas cláusulas, a organização social poderá ser desqualificada. Podemos citar como

¹³⁹ FERREIRA, Sérgio de Andréa. As Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: considerações sobre seu regime jurídico. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n.º 217, jul./set. 1999, p. 105.

¹⁴⁰ Quanto à escolha do contrato de gestão para a associação com o Poder Público, prossegue o autor, essa é inadequada pois “não se trata de contrato, porque não são pactuadas prestações recíprocas, voltadas à satisfação de interesses de cada uma delas em separado, senão que, distintamente, as partes ajustam prestações conjugadas em regime de colaboração, dirigidas à satisfação de um mesmo interesse público que lhes é comum, o que caracteriza um pacto não contratual.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Op. cit., p. 270).

exemplo aquelas que estabelecem os programas de trabalho, metas e prazos de seu atingimento, limites de despesas etc (artigos 8º a 10).

Quanto à licitação, o Poder Público está dispensado quando celebra contratos de prestação de serviços com as organizações sociais para atividades contempladas no contrato de gestão, nos moldes do artigo 24, XXIV da Lei n.º 8.666/93 com a redação da Lei n.º 9.648/98 e quando cede bens públicos à organização social, nos moldes do art. 12, § 3º da Lei n.º 9.637/98.

Importa ainda destacar que as organizações sociais, segundo o artigo 17 da Lei n.º 9.637/98, deverão elaborar regulamento próprio contendo os procedimentos que adotarão para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público.

Contudo, segundo Leon Frejda Szklarowsky, citado no estudo de Ana Paula Rodrigues Silvano, essas entidades deveriam submeter-se aos princípios gerais do processo licitatório na elaboração de seu regulamento próprio para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público.¹⁴¹

¹⁴¹ O autor cita a Decisão Plenária do Tribunal de Contas da União n.º 907/97, que, em hipótese semelhante, decidiu “que os Serviços Sociais Autônomos não estão sujeitos à observância aos estritos procedimentos estabelecidos na Lei n.º 8.666/93, e sim aos seus regulamentos próprios devidamente publicados, consubstanciados nos princípios gerais do processo licitatório.” (SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Organizações Sociais*. Apud SILVANO, Ana Paula Rodrigues. **Fundações Públicas e Terceiro Setor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.70).

Outro aspecto relevante a respeito da referida Lei decorre da criação do Programa Nacional de Publicização, cuja definição, encontra-se no texto apresentado ao II Congresso Interamericano sobre Reforma do Estado e da Administração Pública, sob o título Publicização & Organizações Sociais:

“Publicização refere-se à produção não-estatal de bens públicos, por entidades situadas no âmbito do denominado terceiro setor (setor de serviços não orientado para o lucro). O projeto OS baseia-se na publicização de atividades relacionadas à produção de bens públicos realizadas por entidades estatais, ou seja, permitir sua absorção por entidades não-estatais orientadas para certas políticas públicas.”¹⁴²

E, na parte a seguir transcrita, percebe-se a forte preocupação governamental em não confundir publicização de determinadas atividades estatais com privatização de entidades estatais:

“A implementação de Organizações Sociais implica em duas ações complementares: a publicização de determinadas atividades executadas por entidades estatais (que serão extintas); e a absorção destas atividades por entidades privadas qualificadas como OS, mediante contrato de gestão. Portanto, é imprópria a idéia segundo a qual organizações estatais seriam convertidas ou transformadas em OS. Atividades (não exclusivas de estado), não entidades, são publicizadas. Entidades estatais são extintas, após a publicização de suas atividades; não convertidas em OS.”¹⁴³

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, sustenta que a citada absorção pelas organizações sociais de atividades hoje desempenhadas por órgãos ou entidades estatais, é um “instrumento de privatização de que o governo vem se utilizando para diminuir o tamanho do aparelhamento da Administração pública.”¹⁴⁴

¹⁴² FERREIRA, Sérgio de Andréa. As Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: considerações sobre seu regime jurídico. **Revista de Direito Administrativo**. Op. cit., p. 113.

¹⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Op. cit., p. 422.

¹⁴⁴ Id., *Ibid.*, p. 420.

Contudo, Paulo Modesto argumenta que não se trata de privatização, pois o modelo das organizações sociais “realiza-se como estratégia em tudo oposta à de privatização, assumindo claramente uma opção de recusa à aplicação da lógica do mercado nas atividades de natureza social.”¹⁴⁵

Desta forma, o que se tem é o fomento à organização pela própria sociedade, de funções destinadas ao atendimento de interesses sociais relevantes.

2.2.5 Organizações da sociedade civil de interesse público

Como se poderá verificar, trata-se de um novo título jurídico a ser atribuído às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que desempenhem atividades de interesse público com o fomento e fiscalização do Estado, mediante a instituição de um termo de parceria.

As organizações da sociedade civil de interesse público - OSCIP, disciplinadas pela Lei 9.790, de 23 de março de 1999 (regulamentada pelo Decreto n.º 3.100, de 30 de junho de 1999), são entidades que possuem um conceito bem próximo ao das organizações sociais, porém, segundo Maria Sylvia Zanella Di

¹⁴⁵ MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil: As Dúvidas dos Juristas sobre o Modelo das Organizações Sociais. *Apud* SILVANO, Ana Paula Rodrigues. **Fundações Públicas e Terceiro Setor**. Op. cit., p. 180.

Pietro, encontra-se mais “bem estruturada e impõe requisitos mais rígidos para a obtenção da qualificação.”¹⁴⁶

Cabe destacar algumas dentre as principais inovações introduzidas pela lei instituidora das organizações da sociedade civil de interesse público: no artigo 2º, encontram-se enumeradas as entidades excluídas da abrangência da lei; no artigo 3º, condiciona-se a qualificação como OSCIP à escolha de determinadas áreas de atuação como objeto social aos “candidatos positivos”¹⁴⁷; no artigo 5º, dentre os documentos a serem apresentados para habilitação junto ao Ministério da Justiça pela pessoa jurídica interessada em se qualificar como OSCIP, exige-se o balanço patrimonial e demonstração do resultado do exercício. O objetivo é evitar que “entidades fantasmas, sem qualquer patrimônio e sem existência real, venham a pleitear o benefício.”¹⁴⁸ e no artigo 16, a proibição de participação em campanhas de interesse político-partidário ou eleitorais, sob quaisquer meios ou formas.

Com relação ao Termo de Parceria, seu conceito está previsto no artigo 9º da lei, sendo “passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público, previstas no art. 3º desta Lei.”

¹⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Op. cit., p. 422.

¹⁴⁷ MODESTO, Paulo. Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor do Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n.º 214, out./dez., 1998, p. 65.

¹⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ibid.*, p. 424.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto entende que o Termo de Parceria “estaria mais adequadamente qualificado como termo de colaboração”¹⁴⁹, porém, reconhece as vantagens apresentadas pelo novo instrumento, principalmente na promoção do voluntariado, expressa no artigo 3º, VII da lei.

O Termo de Parceria discriminará direitos, responsabilidades e obrigações das partes signatárias, sendo sua execução e fiscalização realizada por órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada e pelos Conselhos de Políticas Públicas (artigo 11).

Assim, devem constar do Termo de Parceria o programa de trabalho proposto pela OSCIP e a estipulação de metas e resultados a serem atingidos e seus respectivos prazos de execução. Também, a previsão dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de resultado e as receitas e despesas a serem realizadas em seu cumprimento, juntamente com o detalhamento das remunerações e benefícios de pessoal a serem pagos, com recursos oriundos ou vinculados ao Termo de Parceria, a seus diretores, empregados e consultores.

Obriga-se ainda que seja apresentado relatório ao Poder Público, ao término de cada exercício, sobre a execução do objeto do Termo de Parceria, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados,

¹⁴⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Op. cit., p. 272.

acompanhado de prestação de contas dos gastos e receitas efetivamente realizados.

Cumpra informar que as organizações da sociedade civil de interesse público submetem-se aos mesmos princípios de ordem pública que as organizações sociais, como os da legalidade, moralidade, eficiência, economicidade, impessoalidade e publicidade, conforme determina o inciso I do artigo 4º da Lei n.º 9.790/99.

Vale ressaltar a possibilidade da participação de qualquer cidadão no controle judicial ou administrativo das organizações da sociedade civil de interesse público, ao requerer a perda da sua qualificação, desde que amparado por fundadas evidências de erro ou fraude (artigo 8º).

Registre-se que a perda dos benefícios provenientes da qualificação por outros diplomas legais, pelas entidades candidatas ao título de OSCIP, depois de expirado o prazo de dois anos ¹⁵⁰ da publicação da Lei n.º 9.790/99, foi criticada por Sérgio de Andréa Ferreira ¹⁵¹, citando como exemplo a incompatibilidade da previsão de remuneração dos dirigentes (artigo 5º, VI) com a isenção contributiva (artigo 206, VI, do Decreto n.º 3.048/99) e com a imunidade do IR (artigo 170, § 3º, I do Decreto

¹⁵⁰ A redação original do artigo 18 da Lei n.º 9790/99, foi alterada pela MP 2.123-29 de 23 de fevereiro de 2001, passando o prazo a ser de 5 anos.

¹⁵¹ FERREIRA, Sérgio de Andréa. As Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: considerações sobre seu regime jurídico. **Revista de Direito Administrativo**. Op. cit., p. 117.

n.º 3.048/99), além da não especificação por parte da legislação das OSCIP das vantagens no campo dos tributos e das contribuições sociais ¹⁵².

Ana Paula Rodrigues Silvano justifica o gradual abandono do título de entidade de utilidade pública pela OSCIP, pois “o objetivo é fomentar atividades sociais com prévia discussão de metas, no ‘contrato de gestão’ ou no ‘termo de parceria’”, ¹⁵³ o que não ocorre com as entidades de utilidade pública, anteriormente detalhadas.

Por fim, pode-se citar como exemplo a Associação Brasileira de Defesa do Consumidor – PRO TESTE, atuando na defesa dos direitos do consumidor e a ética nas relações de consumo. ¹⁵⁴

2.3 Conclusões parciais

A regulação da prestação de serviços privados de assistência à saúde justifica-se pela existência de falhas de mercado. Uma dessas falhas, a assimetria de informação, impede que os consumidores tenham acesso às informações

¹⁵² A MP n.º 2113-31, prevê que as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP qualificadas segundo as normas estabelecidas na Lei no 9.790, de 23 de março de 1999, poderão, também, ser beneficiárias de doações, nos termos e condições estabelecidos pelo inciso III do § 2º do art. 13 da Lei n.º 9.249, de 1995.

¹⁵³ SILVANO, Ana Paula Rodrigues. **Fundações Públicas e Terceiro Setor**. Op. cit., p. 85.

¹⁵⁴ A PRO TESTE – Associação Brasileira de Defesa do Consumidor é uma associação civil sem fins lucrativos, que tem por finalidade a defesa dos direitos do consumidor. Disponível em: <<http://www.proteste.org.br>>. Acesso em: 15 abr. 2004. Outros exemplos de OSCIPs, incluindo os não voltadas especificamente para a defesa do consumidor encontram-se disponíveis em: <http://www.mj.gov.br/sistemas/OSCIP>. Acesso em: 15 abr. 2004.

necessárias no momento da escolha pelo plano de saúde mais adequado as suas necessidades.

Neste caso, a falta de informação suficientes quanto aos produtos comercializados pelas operadoras, deixa os consumidores vulneráveis, urgindo a ANS intervir para correção dessa falha de mercado.

Por outro lado, o processo decisório da ANS envolve a necessária ponderação dos interesses em conflito, garantindo assim que todos os agentes atuando nesse mercado tenham a possibilidade de se manifestarem quanto a assuntos que os afetem diretamente.

Logo, a relevância da participação das entidades do Terceiro Setor que atuam na defesa do consumidor na regulação da saúde suplementar, faz-se mister não apenas para contribuir com o processo regulatório, mas principalmente para conferir legitimidade às decisões da agência.

Ressalte-se que as entidades do Terceiro Setor podem se auto-regular por meio da Convenção Coletiva de Consumo, prevista no art. 107 do CDC, tendo então outra fonte de composição de conflitos com as operadoras.

As entidades do Terceiro Setor (sem fins lucrativos) se constituem por meio de algum dos institutos previstos na legislação cível, sendo mister apenas que atuem em prol do interesse público.

Contudo, para que sejam conferidos títulos jurídicos especiais a essas entidades, como o de utilidade pública, organização social, organização da sociedade civil de interesse público (OSCIP), faz-se necessário atender as qualificações previstas em cada um deles.

A novidade introduzida pelos títulos de organização social e organização da sociedade civil de interesse público é que no Contrato de Gestão (OS) e Termo de Parceria (OSCIP), negociam-se metas e resultados a serem atingidos e seus respectivos prazos de execução. Desta forma, evita-se a permanência de entidades “fantasmas”, não comprometidas com o interesse público.

3 MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO DO TERCEIRO SETOR NA REGULAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR

3.1 Considerações iniciais

A transição de um modelo de administração burocrática, hierarquizada e ineficiente em atender as aspirações da sociedade, para um modelo de administração gerencial, deslocou o “foco de interesse administrativo do Estado para o cidadão” ¹⁵⁵, gerando assim a necessidade de ampliação dos mecanismos de participação da sociedade nas decisões sobre assuntos de interesse geral.

Marcos Juruena Villela Souto esclarece que “a regulação será instrumento de intervenção no mercado e na liberdade privada com vistas à correção das falhas pela ponderação entre os interesses; se estes não se manifestam, não há regulação – e viola-se o “princípio da legitimidade” – ou a pretensa regulação não será eficiente – e viola-se o “princípio da eficiência”, por não ter alcançado o “ponto ótimo”, de equilíbrio entre custos e benefícios da regulação (o que a afasta da “discricionariedade”).” ¹⁵⁶

¹⁵⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Coordenação Gerencial...**, op. cit., p. 37.

¹⁵⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Audiência Pública e Regulação. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, ano 1, n. 4, out./dez., 2003, p. 147.

E, prossegue ainda o autor, “é por meio dessa participação que se legitima a regulação (exercida por agentes não eleitos), bem como o controle de eficiência (pela manifestação dos destinatários da regulação).”¹⁵⁷

Nesse sentido, Marçal Justen Filho salienta ainda que:

“Tanto mais satisfatório será o resultado da atuação das agências quanto maior for a institucionalização da participação dos representantes da sociedade civil. Até se pode admitir que a natureza autárquica da agência exclua a participação de representantes indicados pela sociedade na sua gestão. Mas isso não exclui o cabimento – antes, a necessidade – de constituição de órgãos específicos, destinados a congregar os representantes dos diversos segmentos.”¹⁵⁸

Destarte serem inúmeras as facetas da questão, “o procedimento passa a ser, por via de regra, a nova e dinâmica forma de dar legitimação democrática imediata à ação administrativa, sem intermediação política ou com um mínimo indispensável de atuação dos órgãos legislativos, e, do mesmo modo, através do procedimento, a abertura à participação de interessados, conduzindo à tomada de decisões não apenas as casuísticas, mas as gerais, e, nesta hipótese, com a produção de regras igualadoras com a aplicação a todos os que se encontrem nas mesmas circunstâncias reguladas.”¹⁵⁹

Neste momento, vale destacar a distinção elaborada por Fernando Herren Aguiar entre a representatividade política, restrita ao campo das decisões políticas, da representatividade técnica, restrita ao campo das decisões administrativas permeadas de elemento técnico:

¹⁵⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Audiência Pública e Regulação. Op. cit., p. 147.

¹⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. Op. cit., p. 585-586.

¹⁵⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novos Institutos Consensuais...**, op. cit., p. 136.

“O usuário dos serviços de telecomunicações ou energia elétrica, por exemplo, que envolvem sofisticadas questões tecnológicas, não tem elementos técnicos para opinar sobre a conveniência e adequação das decisões administrativas envolvendo esse serviço. Se os tivesse, ainda assim teria dificuldades para manifestar-se institucionalmente para participar, concordando ou discordando dessas decisões.”¹⁶⁰

E, prossegue o autor,

“Dessa forma, parece-nos de enorme relevância o desenvolvimento de mecanismos institucionais para permitir uma ‘representatividade técnica’, por assim dizer, dos usuários, no processo de deliberação sobre assuntos de seu interesse. Essa nova forma de representatividade poderia suprir enorme lacuna apontada com frequência em relação ao parlamento.”¹⁶¹

Vanice Regina Lírio do Valle¹⁶², nessa linha, ressalta, ainda, a idéia do risco da representação inadequada, extraída do direito norte-americano, onde se apura em concreto na abertura do processo regulatório ou durante o seu desenvolvimento, a habilitação das entidades de defesa dos interesses dos usuários. No caso pátrio, continua a autora, o saneamento de uma representação inadequada do interesse coletivo pode-se dar pela intervenção do Ministério Público.

Por exemplo, uma proposta técnica inconsistente apresentada por uma entidade de defesa do consumidor participando em algum dos mecanismos previstos na regulação da saúde suplementar, seria prejudicada no momento de confrontá-la com as demais propostas técnicas dos outros segmentos representados.

¹⁶⁰ AGUILAR, Fernando Herren. **Controle Social de Serviços Públicos**. Op. cit., p. 222.

¹⁶¹ Loc. cit.

¹⁶² VALLE, Vanice Regina Lírio do. O Direito à Participação do Usuário nos Processos Regulatórios. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**. Rio de Janeiro: Centro de Estudos Jurídicos, 2002, vol. 56, p. 371.

Da mesma forma, uma entidade de defesa do consumidor capturada pelo “risco do domínio corporativista nos conselhos”¹⁶³, poderia apresentar uma proposta técnica contra os interesses do grupo a que representa, como será analisado no próximo item.

Aprofundando a análise, poderíamos supor que o risco da representação inadequada, posto por Vanice Regina Lírio do Valle, seria então suprido pela garantia de uma representação técnica, nos ensinamentos de Fernando Herren Aguillar, em se tratando de entidades de defesa dos consumidores.

Vale citar o Projeto de Lei n.º 3.337/2004, tramitando atualmente no Congresso Nacional, que dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, no qual está previsto o direito das entidades que atuam na defesa do consumidor de indicar até três representantes para acompanhar o processo decisório da Agência Reguladora, porém, sob a condição de possuírem notória especialização na matéria objeto da consulta pública (§ 4º do art. 4º).

Assim, não bastaria apenas a garantia da participação das entidades de defesa dos consumidores, nas decisões administrativas envolvendo a regulação da saúde suplementar, pois se faz mister o conhecimento técnico sobre a matéria e a idoneidade da entidade candidata à vaga.

¹⁶³ AGUILAR, Fernando Herren. **Controle Social de Serviços Públicos**. Op. cit., p. 219.

É certo que os mecanismos de participação do Terceiro Setor na regulação da saúde suplementar, a seguir apresentados, são criticados pelos segmentos que atuam na defesa do consumidor, mormente por não possuírem ainda um caráter deliberativo, servindo apenas de orientação para a tomada de decisões políticas.

Ora, a legitimidade das decisões administrativas na ANS depende da sua adequação aos anseios dos segmentos regulados. Os mecanismos de participação permitem que o regulador possa apreender as vozes dos diversos segmentos regulados, orientando sua decisão técnica a partir das suas contribuições.

Aqui, vale citar o estudo de Vanice Regina Lírio do Valle, sobre os reflexos da garantia do devido processo legal no processo regulatório, entendido por ela como diferente do processo administrativo tradicional e por “se desenvolver sob a inspiração da necessária cogitação, sempre, pela agência reguladora, das três órbitas de interesse aludidas no item a – Estado, concessionária e usuários – não pode ser visto como uma relação bilateral.”¹⁶⁴

Primeiramente, sob essa ótica, a autora¹⁶⁵ sustenta que a participação do usuário, ou de entidade representativa de usuário no processo regulatório estaria garantida pela própria estrutura normativa em vigor. Exemplifica, então, citando o direito do usuário de receber do poder concedente e da concessionária, informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos, previsto no artigo 7º, II, da Lei n.º 8.987/95:

¹⁶⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **O Direito à Participação do Usuário...**, Op. cit., p. 365.

¹⁶⁵ Id., Ibid., p. 368.

“Ora, se a tutela dessa espécie de direitos é uma cogitação da Lei n.º 8.987/95; e se para isso é de se instrumentalizar o usuário, não resta dúvida que é de se lhe permitir a participação e o acesso às informações quando se encontra ainda em curso o processo decisório (...) não é razoável, diante de um sistema de controle urgido pela Constituição e pela lei ordinária em favor do usuário de serviços públicos, pô-lo refém do fato consumado, dando-se-lhe conhecimento tão-somente daquilo que já foi, em concreto decidido.”

Após essa primeira exposição, a autora questiona a validade de um processo regulatório em que não se tenha garantido a participação do usuário, alegando que sendo um direito subjetivo público, o desconhecimento quanto a sua instauração levaria a prejuízos a comunidade de usuários a serem afetados por uma futura decisão.

Cabe ainda ressaltar que embora a autora tenha cogitado apenas o direito à participação dos usuários de serviços públicos nos processos regulatórios, nada obsta o seu aproveitamento nos processos regulatórios envolvendo os consumidores de atividades econômicas de interesse público.

Na saúde suplementar, esses mecanismos de participação podem ser utilizados tanto pelos agentes regulados imediatos, que são as operadoras de planos privados de assistência à saúde, como pelo que classificaremos para fins dessa dissertação, de agentes regulados mediatos, que são os prestadores de serviços médico-hospitalares e os beneficiários de planos privados de assistência à saúde.

Justifica-se a classificação como agentes regulados mediatos, pelo fato de que embora a ANS não possua prerrogativas legais que possibilitem a aplicação de medidas compensatórias para os consumidores atingidos pelas infrações das operadoras, a essência da regulação envolve a intervenção na vontade das partes, em nome do interesse público.

Assim, embora a competência para adotar medidas compensatórias seja dos órgãos de proteção e defesa do consumidor e do Poder Judiciário, “a aplicação de normas conjuntas da ANS e da legislação de proteção ao consumidor, como critério subsidiário de integração à norma especial, onde esta não alcança, é de vital importância para a proteção da classe de beneficiários de planos de saúde.”¹⁶⁶

Trataremos aqui apenas das entidades privadas sem fins lucrativos, nas quais o objeto social prevê a defesa dos interesses dos consumidores, mas focando sempre naquelas que atuam junto a ANS na defesa dos interesses dos consumidores de planos privados de assistência à saúde.

Desta forma, o grande desafio no presente capítulo é demonstrar de que forma essas entidades do Terceiro Setor podem fortalecer a participação do consumidor, dentro da regulação da saúde suplementar, por meio da utilização dos mecanismos institucionais, como veremos a seguir, além da forma de representação coletiva na auto-regulação (2.1.2), visto anteriormente.

¹⁶⁶ CUNHA, Paulo César Melo da. **A Regulação Jurídica da Saúde Suplementar no Brasil**. Op. cit., p. 277.

3.2 O risco da captura do regulador pelo regulado

Marçal Justen Filho define a captura da agência reguladora como a perda “da sua condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo e passa a produzir atos destinados a legitimar a realização dos interesses egoísticos de um, alguns ou todos os segmentos empresariais regulados.”¹⁶⁷

Segundo Pedro Henrique Poli de Figueiredo, a captura pode se dar em diversas esferas, sendo que “a captura governamental é nociva por tender a confundir o órgão regulador com um mero cumpridor de vontades de planos de governo; que a captura pelos concessionários é nefasta por tender a afastar-se da modicidade tarifária e a trazer beneplácitos excessivos na aplicação de penalidades decorrentes da inexecução contratual; e que a captura pelos usuários tende a desprezar o necessário equilíbrio econômico e financeiro dos concessionários, indispensável à adequada prestação dos serviços.”¹⁶⁸

Em matéria de saúde suplementar, podemos citar a assimetria de informação como uma das formas de captura da ANS pelos agentes regulados. Márcia Margarete Fagundes ressalta ainda que “a agência regulatória é sujeita à assimetria

¹⁶⁷ FILHO, Marçal Justen. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. Op. cit., p. 370.

¹⁶⁸ FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. Da Indispensável Autonomia dos Entes de Regulação: O caso da AGERS. *Apud* FAGUNDES, Márcia Margarete. Teoria da Captura do Regulador de Serviços Públicos. *In* **Direito Empresarial Público**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 261.

de informações porque é custoso para ela obter informações, que, entretanto, são conhecidas pela firma.”¹⁶⁹

Nesse sentido, fica mais claro observar o risco da captura da ANS pela falta de informações suficientes sobre o mercado regulado, quando essa captura se dá pela atuação direta do agente regulado – operadoras de planos privados de assistência à saúde (na negativa de prestar ou na sonegação das informações) ou pela atuação indireta dos demais agentes atuando naquele mercado – prestadores de serviço e consumidores (não manifestação intencional sobre matérias de seu interesse).

Vale citar como exemplo às diversas forças conflitantes envolvidas nas reuniões sobre regulação de preços na ANS: os representantes das operadoras, em geral, querem apenas monitoramento do reajuste, os representantes dos consumidores querem o mínimo de reajuste possível e os representantes dos prestadores querem reajustes maiores em suas tabelas de preços.

Ora, é certo que o segmento que detenha mais conhecimento sobre os aspectos econômicos, financeiros, atuariais, dentre outros, terá melhor oportunidade de “impor” suas propostas sobre as demais que venham a embasar a decisão da agência.

O risco da captura decorrerá então da agência “aceitar como verdadeiras todas ou quase todas as afirmativas ou informações dos agentes regulados sem que

¹⁶⁹ FAGUNDES, Márcia Margarete. Loc. cit.

se disponha de ferramentas suficientes para auditar e reduzir as assimetrias que possam existir ou venham a ser criadas.”¹⁷⁰

Registre-se que as informações dos agentes regulados são de vital importância para se evitar os custos sociais decorrentes de uma decisão pela agência baseada apenas em parte dos interesses envolvidos no processo regulatório.

Assim, faz-se necessário que a agência possua corpo técnico qualificado para certificar que as propostas técnicas sejam consistentes, passíveis de implementação pela administração, que levem ao aprimoramento do setor, por meio de metodologias concretas e tecnicamente viáveis, evitando o risco da captura do regulador pela falta de informações.

Ressalve-se que no caso acima a ANS pode usar de instrumentos coercitivos para obter as informações das operadoras, contudo, por não dispor da mesma competência em relação aos demais agentes, pode-se afirmar que a captura será inevitável.

É certo que a participação da sociedade deve ser espontânea, porém, as entidades de defesa do consumidor que atuam apenas de forma a pressionar a agência ou governo, na defesa de seus interesses, independentemente dos outros interesses a serem considerados, acabam por prejudicar a atividade regulatória.

¹⁷⁰ FAGUNDES, Márcia Margarete. Teoria da Captura do Regulador de Serviços Públicos. Op. cit., p. 261.

A regulação envolve necessariamente a ponderação de interesses, de sorte que, se por um lado, a agência não deve privilegiar unicamente os agentes econômicos prejudicando os consumidores, por outro, não pode sufocar esses mesmo agentes com normas e imposições inviabilizando a própria atividade econômica, pois tal fato também prejudicaria os consumidores.

Desta forma, a informação adequadamente auditada, a presença de um corpo técnico qualificado e a garantia da independência da agência contra quaisquer grupos de pressão são necessárias para evitar o risco da captura, inviabilizando a própria atividade regulatória.

3.3 Instrumentos de participação do Terceiro Setor

3.3.1 Na formulação das políticas públicas em saúde suplementar

O Ministério da Saúde é o responsável pela formulação das políticas públicas em saúde, sendo que, a ANS atua na implementação dessas políticas quando afetas à saúde suplementar, por meio da regulação das operadoras de planos privados de assistência à saúde.

O Ministério da Saúde conta ainda com o Conselho de Saúde Suplementar – CONSU, órgão colegiado integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde, com competência - prevista no artigo 35-A da Lei 9.656/98 - para estabelecer

políticas em matéria de saúde complementar para implementação técnica pela ANS. Porém, cabe informar que desde a criação da ANS, não houve mais reuniões do CONSU.

Marcos Juruena Villela Souto salienta que a “formulação de políticas públicas cabe àqueles que recebem diretamente da sociedade o poder de traduzir essas propostas de ação em um programa de ação estatal. Daí porque, por força do princípio democrático, esse tipo de atividade é inalienável, intransferível do setor público para o setor privado, sob pena de se violar a própria democracia.”¹⁷¹

E, prossegue o autor, “a política pública deve ser formulada pelo núcleo estratégico do Estado, pelas autoridades políticas; uma vez formulada e conhecida de todos, fruto de um processo democrático em que é a desejada pela coletividade e materializada nas leis, vai ser implementada”¹⁷²

Atualmente, a contribuição de entidades do Terceiro Setor que atuam na defesa do consumidor na formulação das políticas públicas em matéria de saúde, dá-se principalmente por meio da participação no Conselho Nacional de Saúde - CNS.

O CNS, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, tendo por finalidade atuar

¹⁷¹ Palestra proferida no Encontro de Integração promovido pela Agência Nacional de Saúde Suplementar em sua sede no dia 10 de julho de 2002, no Rio de Janeiro. Disponível em: <www.ans.gov.br.> Acesso em: 05 jan. 2004.

¹⁷² Loc. cit.

na formulação e controle da execução da política nacional de saúde, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, nas estratégias e na promoção do processo de controle social em toda a sua amplitude, no âmbito dos setores público e privado.¹⁷³

Fernando Herren Aguillar critica esse mecanismo de participação considerando que “se os fatores políticos de conveniência e oportunidade são realizados em outra instância e não precisam levar em conta a deliberação técnica, para que serve o conselho consultivo?”¹⁷⁴

Porém, ressalta o próprio autor, os conselhos servem de “*fori* de debates das questões de interesse da comunidade”, permitindo a participação de uma miríade de grupos sociais nos debates sobre assuntos de seu interesse.¹⁷⁵

Nada obsta que a participação de entidades do Terceiro Setor na formulação das políticas públicas em matéria de saúde suplementar se dê em locais não institucionalizados como o “Fórum de Saúde Suplementar”¹⁷⁶, criado para possibilitar a participação dos diversos segmentos do mercado na apresentação de propostas para o desenvolvimento de uma política nacional em saúde, que englobe

¹⁷³ O Conselho Nacional de Saúde é um órgão colegiado criado pela Lei n.º 8.142/90, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde - SUS, dentre outras providências.

¹⁷⁴ AGUILAR, Fernando Herren. **Controle Social de Serviços Públicos**. Op. cit., p. 219.

¹⁷⁵ Loc. cit.

¹⁷⁶ O Fórum de Saúde Suplementar foi instituído por meio da Portaria n.º 581, de 15 de maio de 2003, do Ministério da Saúde, tendo sido realizado em Brasília em três etapas, sendo a 1ª de 25 a 27 de junho, a 2ª de 9 a 10 de setembro e a 3ª de 25 a 26 de novembro, todas realizadas no ano de 2003. “O Fórum de Saúde Suplementar é a reunião dos representantes de todos os setores da sociedade que se encontram envolvidos na relação entre mercado, governo e meio acadêmico com a missão de discutir temas pertinentes à assistência privada à saúde para a efetivação de uma política nacional de saúde que englobe o setor suplementar. A realização do Fórum visa buscar, de forma conjunta, novas perspectivas e estratégias para superar a lógica de organização do sistema a partir da oferta e propiciar a melhoria da qualidade de vida e das condições de atenção à saúde da população. O Fórum permitirá, ainda, realizar um balanço mais ampliado dos caminhos percorridos

o setor suplementar, inclusive das entidades do Terceiro Setor representantes dos interesses dos consumidores.¹⁷⁷

na capacitação do Poder Público em regular o setor da saúde suplementar para integrá-lo ao sistema nacional de saúde.” Disponível em: <www.ans.gov.br>. Acesso em: 17 abr. de 2004.

¹⁷⁷ Neste ponto, vale ilustrar as propostas para o desenvolvimento de uma política nacional em saúde e também críticas feitas a ANS durante a 1ª etapa do referido Fórum, que ocorreu do dia 25 a 27 de junho de 2003, em Brasília, por duas entidades do Terceiro Setor que atuam na defesa do consumidor, abstraindo-se, contudo, da questão de haverem sido ou não consideradas na atual política pública do Ministério da Saúde para o setor de saúde suplementar:

Associação Brasileira de Defesa do Consumidor (PROTESTE) - A regulamentação é complexa, fragmentada, regula a minoria dos contratos e a maioria dos planos antigos e os coletivos continuam fora. Não aceita, em hipótese alguma, abrir discussão sobre a sub-segmentação. Os planos ambulatoriais já representam, uma segmentação. A legislação avançou em alguns pontos isolados, instituiu o plano referência como uma das opções dos usuários com cobertura total e também previu cobertura em saúde mental, transplantes, acabou assegurando na verdade o direito do aposentado, do demitido, teve também a definição do ressarcimento ao Sistema Único de Saúde, ditou regras para o ingresso de novos planos. Ficaram algumas falhas, e hoje existem problemas com as doenças preexistentes, a fragmentação da assistência com todos esses planos e desvios na legislação, a Fórum de Saúde Suplementar – 1ª etapa questão da urgência e emergência limitando o acesso de forma incompatível com a prática ética da assistência à saúde, transplantes, faixas etárias, atendimento de acidentes com a exclusão de acidentes de trabalho, a revisão técnica que precisa ser modificada, faz-se necessária uma revisão da resolução em vigor. O fundo garantidor é um assunto que ainda tem que ser debatido, não ficou resolvido do ponto de vista do consumidor a política de reajuste de preços.

Hoje não se tem o índice adequado que seja aplicado, permitindo se saiba o quanto se paga e se deve pagar. As planilhas de custo das operadoras têm que ser muito debatidas, há anos essas planilhas vêm sendo solicitadas por órgãos de defesa do consumidor. Persistem alguns itens com omissão de regulamentação, não permitindo a mudança de um plano para outro, já com carências cumpridas, começa-se do zero outra vez. Ações preventivas, assistência farmacêutica e serviços de prevenção estão na lei, mas não vêm sendo obedecidos pelas operadoras. O ressarcimento ao Sistema Único de Saúde, deve ser aperfeiçoado, impedindo-se a fila dupla. Quanto ao reembolso das seguradoras, sugeri que seja alterado o atual mecanismo de ressarcimento ao segurado, dando mais transparência dos direitos legais. A painalista observou que a ANS vem fazendo exigências, com o que concorda no sentido de que operadoras de pequeno e médio porte, não apenas forneçam dados cadastrais e informativos das empresas, mas também notas técnicas atuariais dos produtos, em obediência a planos de contas previamente estabelecidos, garantindo e dando visibilidade sobre a idoneidade econômica e financeira das operadoras. A diversidade do mercado é grande, as características micro regionais diversas, mas mesmo assim, entende que ANS não poderá flexibilizar, de forma nenhuma, as exigências legais que são necessárias.

O Instituto de Defesa do Consumidor (IDEC) - tem críticas a ANS: 1. Quanto à abrangência de sua atuação: Que “deixa de fora” os Planos Coletivos, que representam 70% do mercado; 2. Quanto à interpretação restritiva da legislação (com a qual o IDEC não concorda): A ANS marginaliza a maioria dos consumidores do setor, fechando os olhos aos reajustes anuais abusivos e rescisões contratuais; Com referência a esta matéria, atualmente a ANS controla apenas os reajustes anuais de planos individuais e familiares, que corresponde a 30% do mercado, tarefa reconhecidamente bem sucedida. Os 70% restantes das operadoras aplicam os reajustes que desejam, obrigando-se apenas a comunicar a Agência. Tal omissão tem gerado um movimento de operadoras do setor voltar sua atuação para os planos coletivos, ou a oferecer planos formados por apenas 5 (cinco) usuários, questão já de conhecimento da ANS; 3. Quanto à fiscalização: Especialmente no que se refere à aplicação e efetiva arrecadação de multas impostas às operadoras que infringem o ordenamento jurídico e desrespeitam os direitos dos consumidores. Dados divulgados pela imprensa informam que dos R\$ 46,6 milhões (quarenta e seis milhões e seiscentos mil reais) de multas impostas pela ANS no período compreendido entre 01/2000 a 08/2000, apenas R\$ 247,00 (duzentos e quarenta e sete mil reais) foram efetivamente pagos pelas operadoras. Atualizando esses dados, por meio de informações dispersas no site da Agência, o IDEC identificou um montante arrecadado em multas no valor de R\$ 404,00 (quatrocentos e quatro mil reais), valor extremamente insignificante diante daquele referente às multas aplicadas (46,600 milhões); 4. Quanto às alterações das resoluções: A ANS se omite nas alterações de resoluções, especialmente àquelas prejudiciais aos consumidores. Diante de portadores de deficiências e patologias e órgãos de defesa do consumidor, mesmo sendo competente, a ANS não se mostrou disposta a alterar resoluções, entre outras: as que tratam de urgência e emergência, reajuste por faixa etária,

Atualmente, resta claro que a demanda por novas formas de participação, nas decisões que envolvem escolhas públicas, faz-se importante “para aferir-se não apenas o grau de eficiência juridicamente estimável dessas políticas, como e principalmente, o seu grau de efetividade social.”¹⁷⁸

Ressalte-se, por fim, que a necessidade de uma efetiva participação dos diversos segmentos da sociedade na formulação das políticas públicas foi um dos elementos centrais da Reforma Gerencial do Estado, conforme já abordado anteriormente (item 1.1.1.).

3.3.2 Na regulação normativa

A participação do Terceiro Setor na regulação normativa da ANS representa uma das formas de legitimar os seus atos normativos, despontando como “uma solução de especial interesse para o Direito público contemporâneo.”¹⁷⁹

doenças e lesões preexistentes, com exceção da RN 20 que trouxe algum avanço no que se refere à declaração da saúde. O IDEC reiteradamente (duas vezes) solicitou explicações a ANS quanto a esse problema, até o momento não respondidas, o que implica em prejuízo para o consumidor e descrédito do órgão competente para fiscalizar e regular o setor.

Propõe: Que os Conselhos de Medicina podem e devem exercer um importante papel na fiscalização das operadoras, o que deve ser incorporado pela ANS; Que a ANS se aproxime do Controle Social do SUS cumprindo suas diretrizes e que o CNS respeite as peculiaridades do setor representado pela ANS, que aliás dispõe de muito mais recursos per capita que o SUS, mas quer cobrir muito menos.” Disponível em: <<http://www.ans.gov.br>>. Acesso em: 12 abr. 2004.

¹⁷⁸ AGUILAR, Fernando Herren. **Controle Social de Serviços Públicos**. Op. cit., p. 219.

¹⁷⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da Participação Política**. Op. cit., p. 123.

Paulo César Melo da Cunha, definiu a regulação normativa como “toda a produção de atos gerais da ANS tendente a submeter o mercado aos preceitos emanados inclinados a harmonizar o setor da forma mais simétrica possível.”¹⁸⁰

Nesse momento, vale destacar o fenômeno da deslegalização, que na conceituação feita por Gianmario Demuro, ocorre a “transferência da função normativa (sobre matérias determinadas) da sede legislativa estatal a outra sede normativa”.¹⁸¹

Marçal Justen Filho, contrário à tese da deslegalização, salienta, contudo, que a solução encontrada no Direito brasileiro foi considerar como manifestações de competência discricionária a atuação normativa das agências reguladoras. Assim, as agências reguladoras complementarizam as normas legislativas “desenvolvendo os princípios, o espírito e o conteúdo das normas legais.”¹⁸²

Marcos Juruena Villela Souto esclarece que a deslegalização abre espaço para a regulação normativa, na medida em que “as normas sobre o funcionamento de mercados tendem a ser normas técnicas, econômicas e financeiras, que mudam com a evolução tecnológica ou comercial; se a lei cuidasse de cada detalhe, estaria

¹⁸⁰ CUNHA, Paulo César Melo da. **A Regulação Jurídica da Saúde Suplementar no Brasil**. Op. cit., p. 76.

¹⁸¹ DEMURO, Gianmario. *Le Delegificazione: Modelli e Torino*: G. Giappichelli Editore, 1995. (“Transferimento della funzione normativa (su materie determinate) della sede legislativa statale ad altra sede normativa”). *Apud*. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Ob. cit., p.167.

¹⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. Op. cit., p. 522.

constantemente desatualizada e provocaria a freqüente necessidade de movimentação do Poder Legislativo.”¹⁸³

Assim, o sentido das normas reguladoras é “interpretar as políticas públicas, por meio de conceitos técnicos”¹⁸⁴, numa ponderação entre os custos e benefícios de adotar determinada diretriz, em especial quando se está intervindo na liberdade econômica, viabilizando assim o atingimento da eficiência pelo segmento regulado.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao comentar o fundamento de validade das normas reguladoras produzidas pelas agências reguladoras, salienta que “o conteúdo válido das normas baixadas pelas agências reguladoras está integralmente definido na margem de escolha técnico-científica que a legislação delegante abriu à exclusiva discricção dos respectivos agentes técnicos.”¹⁸⁵

No caso específico da regulação em saúde suplementar, os atos normativos emanados da Agência Nacional de Saúde Suplementar são “representações da deslegalização com vistas à produção especializada de ordenamentos setoriais.”¹⁸⁶

Ao tratar do poder normativo das agências reguladoras, Paulo César Melo da Cunha salienta que essas “figuram como importantes estruturas concebidas para

¹⁸³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Op. cit., p. 46.

¹⁸⁴ Id., Ibid., p. 42.

¹⁸⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Op. cit., p. 170.

¹⁸⁶ CUNHA, Paulo César Melo da. **A Regulação Jurídica da Saúde Suplementar no Brasil**. Op. cit., p. 77.

disciplinar comportamentos sociais atuais por meio de uma conduta normativa (deslegalização) em razão, até mesmo, de uma especialidade.”¹⁸⁷

Isto porque, observa o autor, a “definição dos critérios técnicos, inclusive no que se refere à tradução dos chamados conceitos jurídicos indeterminados, é de exclusiva interpretação do regulador (no caso, um colegiado) envolvido no Estudo e na aplicação prática da regulação.”¹⁸⁸

Nesse momento, importa destacar a participação da sociedade como principal fundamento de validade das normas reguladoras, pois seu processo de elaboração envolve a utilização de mecanismos como a consulta pública, audiências públicas, pedidos de informação, conferindo legitimidade a escolha por determinado “comando normativo técnico”.¹⁸⁹

Marcos Juruena Villela Souto salienta que “essa participação é um instrumento legitimador da norma que explicita obrigações, buscando conciliar os interesses identificados”.¹⁹⁰

Dentre os diversos tipos de atos normativos emanados da ANS, importa destacar as Resoluções Normativas – RN¹⁹¹, que expressam decisão normativa

¹⁸⁷ Id., Ibid., p. 131.

¹⁸⁸ Id., Ibid., p. 101.

¹⁸⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Palestra proferida no Encontro de Integração promovido pela Agência Nacional de Saúde Suplementar em sua sede no dia 10 de julho de 2002, no Rio de Janeiro. Disponível em: <www.ans.gov.br> Acesso em: 05 jan. 2004.

¹⁹⁰ Loc. cit.

¹⁹¹ As Resoluções Normativas substituíram as Resoluções de Diretoria Colegiada - RDC, que eram utilizadas para fins normativos, de intervenção ou de alteração do Regimento Interno, bem como para detalhamento de área de ação ou normas de organização de cada Diretoria (artigo 45, I, b, da RDC n.º 1/2000).

com vistas à implementação da política de saúde suplementar nacional e a prestação dos serviços de assistência suplementar à saúde, inclusive para aprovação ou alteração do Regimento Interno da ANS e para a definição de instrumentos e sistemas de coletas periódicas de informações.

Antes de editar as Resoluções Normativas versando sobre uma variedade de matérias, o Regimento Interno da ANS (RDC n.º 95, de 31 de janeiro de 2002) prevê uma série de instrumentos que possibilitam a participação do Terceiro Setor no processo de implementação das políticas públicas para o setor de saúde suplementar.

Nesse sentido, está prevista, no seu artigo 58, a Audiência Pública, sendo realizada pela Diretoria Colegiada sempre que o processo decisório implicar em efetiva afetação de direitos sociais do setor de saúde ou dos consumidores, decorrentes de ato administrativo da Agência ou de anteprojeto de lei proposto pela ANS.

Assim, após a escolha do Diretor designado para presidir a audiência, pelo Diretor-Presidente, aquele ouvirá os depoimentos das partes interessadas, podendo os demais membros da Diretoria Colegiada promover debate esclarecedor sobre o tema abordado, na data, local e horário previamente divulgados em ato do Diretor-Presidente.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto salienta que “não se deve estranhar que cada vez mais, a sociedade civil, por seus membros ou por suas entidades

organizadas, até especialmente para defender esses interesses públicos, mas não mais necessariamente estatais, se proponha a colaborar no processo decisório administrativo.”¹⁹²

Nessa linha, prossegue o autor, a “audiência pública é um processo administrativo de participação aberto a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando ao aperfeiçoamento da legitimidade das decisões da Administração Pública, criado por lei, que lhe preceitua a forma e a eficácia vinculatória, pela qual os administrados exercem o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a decisões de maior aceitação consensual.”¹⁹³

Para o autor, as vantagens da Audiência Pública sobre as outras práticas participativas, consistem em: “evidencia sua intenção de produzir a melhor decisão; galvaniza o consenso em reforço da decisão que vier a ser tomada; manifesta o cuidado com a transparência dos processos administrativos; renova permanentemente o diálogo entre agentes eleitos e seus eleitores.”¹⁹⁴

Outro instrumento previsto no artigo 60, inciso V, do Regimento Interno da ANS, é a Consulta Pública que expressa decisão da Diretoria Colegiada para sua realização e que submete documento ou assunto a comentários e sugestões do

¹⁹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Op. cit., p. 218.

¹⁹³ Id., Ibid., p. 204.

¹⁹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Ibid., p. 211.

público em geral. Esse é mais comumente utilizado pela Agência, viabilizando o controle social da administração pública.¹⁹⁵

Quanto à importância da transparência na atuação da agência, Marçal Justen Filho ressalta que o “processo decisório, no tocante às competências próprias regulatórias, deverá ser permeável ao conhecimento e a interferência dos diferentes segmentos de interesses. As consultas e audiências públicas deverão ser realizadas sempre que decisões relevantes se fizerem necessárias.”¹⁹⁶

Marcos Juruena Villela Souto destaca que “nas leis que instituíram as agências reguladoras é ressalvada a relevância na realização de audiência ou consulta pública, mecanismos basilares na legitimação das decisões emanadas dos agentes reguladores, sendo, pois, imperioso o atendimento do princípio da participação democrática para caracterização da função regulatória.”¹⁹⁷

E prossegue o autor, citando a lição de Cabral de Moncada na qual “tece considerações sobre o princípio do *hard look*, como sendo a obrigação de decidir de acordo com o *input* fornecido, constante do *record*, diminuindo a autonomia da Administração.”¹⁹⁸

¹⁹⁵ Pode-se citar como exemplo a Consulta Pública n.º 14, da ANS, que esteve disponível na internet, no endereço <http://www.ans.gov.br>, em dezembro de 2003, contendo minuta de Resolução Normativa que define os limites a serem observados para a adoção de variação de preço por faixa etária nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 01 de janeiro de 2004, para comentários e sugestões.

¹⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. Op. cit., p. 586.

¹⁹⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Audiência Pública e Regulação. Op. cit., p. 151.

¹⁹⁸ Loc. cit.

Vale acrescentar então que não basta apenas a participação das entidades de defesa do consumidor, como dito anteriormente, mas principalmente a garantia delas efetivamente interferirem nas decisões da agência reguladora.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto apresenta outro instrumento de participação administrativa, a coleta de opinião, definindo-o como “aberto a grupos sociais determinados, identificados por certos interesses coletivos ou difusos, visando à legitimidade da ação administrativa pertinente a esses interesses, formalmente disciplinado, pelo qual o administrado exerce o direito de manifestar sua opção, orientadora ou vinculativa, com vistas à melhor decisão do Poder Público.”¹⁹⁹

Ainda dentro da estrutura da ANS, está prevista a criação de Câmara Técnica, de caráter consultivo, de forma a subsidiar suas decisões, contando com a participação dos diversos segmentos de operadoras e prestadores de serviços médicos e hospitalares, das entidades de defesa do consumidor, além do corpo técnico especializado da Agência (artigo 2º, VIII).²⁰⁰

¹⁹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da Participação Política**. Op. cit., p. 126. Como exemplo cabe citar a “Pesquisa de Opinião Pública com Usuários de Planos de Saúde”, realizada anualmente pela ANS desde 2001, para avaliação do grau de conhecimento dos consumidores de planos privados de assistência à saúde sobre seus direitos e da satisfação quanto à assistência recebida. Em 2001, 12% da população de beneficiários conheciam a ANS, taxa que subiu para 17% em 2002 (MONTONE, Januário. **Evolução e Desafios da Regulação do Setor de Saúde**. Ob.cit., p.51-52).

²⁰⁰ Aqui, cabe utilizar o mesmo exemplo da Consulta Pública, que culminou com a publicação da RN n.º 63/03, sobre a estipulação de novas faixas etárias, para demonstrar que o “produto final” foi objeto de outra forma de legitimar os atos emanados da ANS, qual seja, a Câmara Técnica de Faixa Etária realizada nos dias 21, 30 e 31 de outubro de 2003, promovida pela Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos - DIPRO, da ANS, como órgão de caráter consultivo. A RN n.º 63/03, foi posteriormente aprovada na 80ª Reunião de Diretoria Colegiada – DC Ordinária realizada em 11 de dezembro de 2003 na sede da ANS.

Por fim, a Câmara de Saúde Suplementar - CSS que, na ANS, é o órgão de participação institucionalizada da sociedade, de caráter permanente e consultivo, contando com representantes dos ministérios da Fazenda, da Previdência e Assistência Social, do Trabalho e Emprego, da Justiça e da Saúde, dentre outros órgãos e entidades representantes dos diversos segmentos do segmento de saúde suplementar, valendo destacar a participação de dois representantes de entidades de defesa do consumidor e de associação de consumidores de planos privados de assistência à saúde ²⁰¹ (artigo 56, VI).

Cabe ressaltar a participação de representantes dos Procons - Programas de Orientação e Proteção ao Consumidor, integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, criado pelo Código de Defesa do Consumidor e regulamentado pelo Decreto n.º 2.181/97. ²⁰²

Ao contrário da Câmara Técnica mencionada anteriormente, a não indicação do representante para a Câmara de Saúde Suplementar por parte dos órgãos e entidades ensejará a nomeação, de ofício, pelo Diretor-Presidente da ANS. ²⁰³

Vale transcrever o estudo de Anna Maria Campos e Dércio Santiago Jr. sobre as vantagens e desvantagens das Câmaras Setoriais e os Conselhos

²⁰¹ PROCON/SP - Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor (Representante da 1ª vaga de Entidades de Defesa do Consumidor) e PROCON/SJC - Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor (Representante da 2ª vaga de Entidades de Defesa do Consumidor). Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/site/instanciaparticipacao/composicao_css.asp?id_entidade=24>. Acesso em: 20 abr. 2004.

²⁰²Ver item 1.1.2

²⁰³ Embora a nomeação de ofício possa parecer inconstitucional, uma defesa que pode ser apresentada em função do princípio da presunção de constitucionalidade das leis é que na regulação há a necessidade de ponderação sobre todas as propostas, sob pena tornar-se inválida.

Consultivos como mecanismo de participação das entidades de defesa do consumidor na formulação das políticas públicas para a saúde suplementar:

“A proposta é reunir, periodicamente, representantes das diferentes categorias de interessados em um campo de política pública, com o intuito de discutir premissas, agendas e resultados. As grandes vantagens dessa prática são a constituição de um espaço de encontro entre os diferentes agentes do processo, a criação da possibilidade de uma maior negociação de agendas e a construção de convergência de interesses, especialmente na periferia informal do mercado.

Um problema dessa forma de participação é o pouco tempo para a reunião formal, que leva os assuntos a serem discutidos de forma superficial e as reuniões a se tornarem enfadonhas, e assim desestimula a participação dos agentes titulares. Outra limitação se relaciona à seleção das categorias de investidores (*stakeholders*) e de seus representantes.

Assim, o aproveitamento será tanto melhor quanto maior for o cuidado na formação de agendas e pautas, e mais cuidadosa a seleção dos participantes. Recomenda-se, sempre, reservar espaços para entendimentos fora da pauta formal.”²⁰⁴

Registre-se, por fim, que embora a Audiência Pública, a Câmara Técnica e Câmara de Saúde Suplementar recebam críticas por não possuírem um caráter deliberativo, elas ainda são um canal aberto à participação das diversas entidades representativas do segmento de saúde suplementar, afetadas de forma direta ou indireta pela regulação da ANS.

3.3.3 Na regulação executiva

Marcos Juruena Villela Souto define a regulação executiva como aquela desenvolvida “por meio de atos de consentimento de ingresso no mercado (mediante

²⁰⁴ CAMPOS, Anna Maria e SANTIAGO JR., Dércio. Em Busca de um Sistema de Controle e Avaliação da Agência Nacional de Saúde Suplementar. In **Regulação & Saúde: estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar /Ministério da Saúde, Agência Nacional de Saúde Suplementar**. Rio de Janeiro: ANS, 2002, p. 149-150.

licenças, autorizações, permissões) ou de adjudicação do objeto de contratos administrativos de concessões e permissões de serviços públicos, de uso de bens públicos ou do exercício de atividades econômicas relacionadas a bens ou serviços públicos ou, ainda, por meio de atos de fiscalização da correta execução da atividade consentida ou contratada, nos limites estabelecidos na moldura regulatória (que envolve a Constituição, lei, normas do órgão regulador e atos de consentimento ou de adjudicação).“²⁰⁵

Ressalta ainda que “a função de fiscalização deve prever mecanismos de participação do cidadão, destinatário final da atividade administrativa, participação essa que deve ser não apenas garantida mas, ainda, incentivada pelo Poder Público.”²⁰⁶

Logo, além da Convenção Coletiva de Consumo (item 2.1.2), a fiscalização promovida pela ANS de forma direta²⁰⁷, representa mais um mecanismo de participação das entidades de defesa do consumidor do Terceiro Setor na regulação executiva da saúde suplementar.

A Diretoria de Fiscalização da ANS é a responsável, dentre outras atribuições: pelo planejamento, coordenação, organização e controle das atividades de fiscalização assistencial e econômico-financeira; pela aplicação das penalidades

²⁰⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Op. cit., p. 57.

²⁰⁶ Loc. cit.

²⁰⁷ “A fiscalização indireta é exercida através do acompanhamento e do monitoramento das operadoras, com base nos dados fornecidos aos sistemas de informações periódicas - assistenciais, econômico-financeiras e cadastrais - e no cruzamento sistemático das informações disponíveis, inclusive a incidência de reclamações e as multas aplicadas. Os instrumentos de ação da fiscalização indireta (XXX) e dos atos dela decorrentes estão na

pelo descumprimento da Lei n.º 9.656/98 e de sua regulamentação, no que concerne aos aspectos econômico-financeiros das operadoras e aos aspectos assistenciais e preços dos produtos e pela articulação com os órgãos de defesa do consumidor visando à eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde.

Assim, dentro da fiscalização direta, o “Programa Cidadania Ativa”²⁰⁸ atua de forma reativa na apuração das denúncias dos consumidores, porém, sem promover a reparação de seus eventuais danos materiais, visto que a ANS não faz parte do Sistema de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça.

Além do direito de peticionar diretamente por meio do programa apresentado anteriormente, as entidades do Terceiro Setor que atuam na defesa dos interesses dos consumidores, também podem apresentar denúncia sobre fatos irregulares relativos à saúde suplementar ao Ouvidor da ANS, que providenciará o seu encaminhamento à Diretoria de Fiscalização, a quem compete apurar esses fatos.

esfera da regulamentação do setor e, em geral, produzem impacto protetor sobre todos os usuários da operadora” (Fonte: MONTONE, Januário. **Evolução e Desafios da Regulação do Setor de Saúde**. Op. cit., p. 32).

²⁰⁸ “O programa consiste na apuração de denúncias, a maioria recebida pelo Disque ANS e de representações das Diretorias da agência, relativas ao descumprimento de regulamentação específica: não fornecimento de cadastro de beneficiários, não encaminhamento das informações assistenciais (SIP) ou contábeis (DIOPS), entre outras. Os processos são analisados em 1ª instância pela Diretoria de Fiscalização, que pode decidir pela aplicação de multa pecuniária. As decisões são publicadas no Diário Oficial da União, podendo as operadoras recorrer em 2ª e última instância administrativa à Diretoria Colegiada, responsável pelas decisões. Os recursos são apreciados pela Diretoria de Fiscalização que os encaminha à Diretoria Colegiada, com sugestão de manutenção ou revisão da sua própria decisão. O julgamento pela Diretoria Colegiada é precedido de avaliação da Procuradoria Jurídica da agência e de análise do diretor designado como relator do recurso. Na hipótese de o relatório ser pelo não-provimento do recurso, o processo vai a decisão do colegiado através de Circuito Deliberativo, em que cada diretor analisa e registra no próprio processo o seu voto. Caso contrário - o Diretor Relator opta pelo provimento do recurso - o processo vai a decisão do colegiado em reunião da Diretoria Colegiada.” (Fonte: MONTONE, Januário. **Evolução e Desafios da Regulação do Setor de Saúde**. Op. cit., p. 45-46)

As principais denúncias referem-se a aumento de mensalidade, rede prestadora de serviços, cobertura assistencial, dentre outras.²⁰⁹

Ressalte-se que as denúncias são feitas também por meio do Disque ANS (0800 701 9656), que é um serviço de atendimento nacional gratuito à população, que já efetuou mais de 100 mil atendimentos.²¹⁰

Além disso, a ANS disponibiliza o mesmo serviço pela Internet no endereço www.ans.gov.br, o “Fale Conosco”, que é uma área específica com formulários para envio de dúvidas, propostas ou reclamações e também pelo correio.

Quanto à articulação com os órgãos de defesa do consumidor visando à eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde, cita-se como exemplo o projeto “Parceiros da Cidadania”²¹¹, sob a coordenação da Diretoria de Fiscalização e o apoio do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID e do Fundo Multilateral de Investimentos – FOMIN, para a realização de três workshops em 2003, sobre o tema “Os Planos Privados de Assistência à Saúde após a Lei 9.656/98”.

No referido projeto, a articulação principal ocorreu junto aos secretários, coordenadores e funcionários dos Procons da Paraíba, Santa Catarina e Pará onde

²⁰⁹ Fonte: DIFIS/ANS posição em 31/03/2003.

²¹⁰ Em 2003, 95,8% foram solicitações de informação e apenas 4,2% foram reclamações. Fonte: DIFIS/ANS posição em 31/03/2003.

²¹¹ Este projeto foi idealizado pela ANS com o apoio do Banco Interamericano de Desenvolvimento e do Fundo Multilateral de Investimentos, propiciará que, cada vez mais, o consumidor possa recorrer com segurança às entidades de defesa, na busca da concretização de seus direitos contratuais e propiciando o maior equilíbrio entre

ocorreram as palestras, mas outras entidades de defesa do consumidor fizeram parte dos eventos, permitindo assim o efeito multiplicador desejado pela ANS, na transmissão de informações aos consumidores sobre a legislação aplicada aos “planos de saúde”.

Por fim, cabe ressaltar a relevância dessas entidades do Terceiro Setor que defendem os interesses dos consumidores, na retransmissão das informações aprendidas com os palestrantes que consistiam em parte de especialistas em saúde suplementar e de técnicos da ANS, minorando, assim, a assimetria de informações mencionada anteriormente (item 3.3.1).

3.3.4 Na regulação judicante

Na regulação judicante, a composição consensual dos conflitos dá-se por meio da conciliação, mediação e arbitragem. Diogo de Figueiredo Moreira Neto salienta ainda que “jamais se cogita de negociar o interesse público, mas de negociar os modos de atingi-lo com maior eficiência.”²¹²

Desse modo, descreve o autor, “no primeiro instituto (conciliação), as partes devem, envidar esforços para promover um acordo que ponha fim ao conflito,

os agentes desse mercado - os consumidores, as operadoras e os prestadores de serviços. Disponível em: <www.ans.gov.br> Acesso em: 18 abr. 2004.

²¹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa**. Op. cit., p.155.

centrando-se na figura de um conciliador que teria a tarefa de conduzir as partes na negociação e oferecer-lhes alternativas; no segundo instituto (mediação), a condução das negociações por um mediador dar-se-á de modo a reduzir as divergências identificadas e a ampliar as convergências, levantando os inconvenientes de prolongar-se o conflito, de modo a que seja encontrada uma solução satisfatória para as partes; no terceiro instituto (arbitragem), as partes aceitarão a solução do conflito decidida por árbitros.”²¹³

Marcos Juruena Villela Souto ressalta que a regulação judicante “se distingue dos processos administrativos não apenas por ser obrigatoriamente precedida de conciliação e mediação, mas por contribuir para o aprimoramento do sistema normativo, a partir da experiência auferida com o julgamento do conflito.”²¹⁴

Nesse sentido, o autor aponta que “a decisão regulatória pode ser elevada à categoria de norma regulatória (transformação da *adjudication* em *rulemaking*), desde que observados os parâmetros exigidos para tanto (especialmente o direito de participação), nada impedindo a extensão administrativa do julgado a outros interessados que se apresentem em igualdade de condições.”²¹⁵

Quanto à importância do direito da participação das partes interessadas, na solução do conflito, o autor cita ainda Conrado Hübner Mendes:

²¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa**. Op. cit., p.155.

²¹⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Op. cit., p. 68.

²¹⁵ Id., Ibid., p. 66.

“No interior do processo decisório das agências, ao menos três tipos de interesses em jogo: o interesse do próprio Estado, o interesse das empresas concessionárias e o interesse dos usuários. Desvelar qual destes é atendido numa decisão concreta da agência é de fundamental importância para não nos curvamos à enunciação de um interesse público genérico. Terá legitimidade democrática, portanto, a agência que der canais de representação a cada um destes interesses.”²¹⁶

Nesse ponto, importa repisar que as entidades representantes dos interesses dos consumidores, têm o direito de se manifestar sobre quaisquer fatos irregulares que apontem prejuízos aos consumidores, mesmo quando a denúncia se originar de um consumidor individual, pois a regulação judicante é voltada para a coletividade e não para a reparação individual da denúncia de um consumidor.

Registre-se que dos incisos III e IV do artigo 9º da Lei n.º 9.784/99, extrai-se a legitimidade da participação das organizações e associações como interessados nos processos administrativos, no tocante a defesa dos interesses coletivos e difusos de seus representados.

Ademais, o direito de peticionar previsto na alínea a, do inciso XXXIV, do artigo 5º da Constituição de 1988, pode ser direcionado a quaisquer das esferas de Poder do Estado, pois se trata “de um instituto polivalente de participação política, de amplo espectro subjetivo, pois se estende a toda a sociedade, visando precipuamente à ilegalidade, pelo qual, de modo formal, reconhece-se o direito de acesso aos Poderes Públicos para denunciar ameaça ou lesão de direitos, ilegalidade objetiva ou abuso de poder, suscitando prestação corretiva do Estado.”²¹⁷

²¹⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Op. cit., p. 59.

²¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da Participação Política**. Ob. cit. p. 107.

Aqui, cabe destacar a figura do Ouvidor dentro da ANS, tendo como uma de suas funções precípua o recebimento de denúncias dos agentes sujeitos ou não à regulação. O Ouvidor deverá atuar com imparcialidade, transparência e independência, exercendo, então, a função de defesa do consumidor dentro da estrutura da ANS.

Márcio Souza Guimarães remonta a figura do ouvidor ao período colonial brasileiro, salientando, contudo, que “a atuação da agência reguladora está em uma zona cinzenta, nebulosa, em relação ao ombudsman e ao ouvidor, pois sua órbita de ingerência abrange a relação Poder Público – prestador do serviço público e, via de consequência, o usuário do serviço público.”²¹⁸

E, prossegue o autor, observando que “não obstante, ocupando os cargos de ouvidores pessoas extremamente obstinadas e envolvidas com a causa da cidadania, vêm-se manietadas no seu atuar, em decorrência da total ausência de mecanismos repressivos.”²¹⁹

Não obstante esse fato, a importância da Ouvidoria como parte da estrutura da ANS consiste no tratamento sistemático das denúncias, na promoção do seu encaminhamento à Diretoria de Fiscalização e em tornar público o resultado dessas denúncias, como um meio de se fomentar a participação da sociedade.

²¹⁸ SOUZA GUIMARÃES, Márcio. Ministério Público, Ombudsman e Ouvidor na Fiscalização dos Serviços Públicos. In **Direito Empresarial Público**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 792-793.

²¹⁹ Loc. cit.

Ressalte-se que a apuração das denúncias ²²⁰ positivas dos fatos irregulares, faz parte da regulação judicante, na qual, por meio de processo administrativo sancionador a operadora infratora terá o direito à ampla defesa e a contraditório. ²²¹

Paulo César Mello da Cunha, discorrendo sobre os modernos institutos de administração consensual, adotados pela ANS, destaca que:

“A ANS dispõe de dois institutos de denominação semelhante, com vistas à implantação desse novo enfoque de implementação da política pública setorial no campo da polícia administrativa (em defesa do mercado e do consumidor), quais sejam o “termo de compromisso de ajuste de conduta”²²², que pressupõe a existência

²²⁰ Aqui cabe transcrever o caput do artigo 29 da Lei n.º 9.656/98, onde constam as três formas de instaurar um processo administrativo na ANS “Art. 29. As infrações serão apuradas mediante processo administrativo que tenha por base o auto de infração, a representação ou a denúncia positiva dos fatos irregulares, cabendo a ANS dispor sobre normas para instauração, recursos e seus efeitos, instâncias e prazos.” (Disponível em: <<http://www.ans.gov.br>>. Acesso em: 10 abr. 2004).

²²¹ A transparência dos atos de fiscalização direta, promovidos pela ANS, é garantida pela publicação das multas em 1ª instância no Diário Oficial da União, dando ciência aos consumidores da efetividade de suas denúncias. O que não deve ser confundido com efetividade da regulação, pois nem sempre uma denúncia positiva representa uma sanção.

²²² Cabe transcrever o inteiro teor do artigo 29 da Lei n.º 9.656/98, que dispõe sobre termo de compromisso de ajuste de conduta: “Art. 29. As infrações serão apuradas mediante processo administrativo que tenha por base o auto de infração, a representação ou a denúncia positiva dos fatos irregulares, cabendo à ANS dispor sobre normas para instauração, recursos e seus efeitos, instâncias e prazos.

§ 1º O processo administrativo, antes de aplicada a penalidade, poderá, a título excepcional, ser suspenso, pela ANS, se a operadora ou prestadora de serviço assinar termo de compromisso de ajuste de conduta, perante a diretoria colegiada, que terá eficácia de título executivo extrajudicial, obrigando-se a:

I - cessar a prática de atividades ou atos objetos da apuração; e

II - corrigir as irregularidades, inclusive indenizando os prejuízos delas decorrentes.

§ 2º O termo de compromisso de ajuste de conduta conterá, necessariamente, as seguintes cláusulas:

I - obrigações do compromissário de fazer cessar a prática objeto da apuração, no prazo estabelecido;

II - valor da multa a ser imposta no caso de descumprimento, não inferior a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e não superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) de acordo com o porte econômico da operadora ou da prestadora de serviço.

§ 3º A assinatura do termo de compromisso de ajuste de conduta não importa confissão do compromissário quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta em apuração.

§ 4º O descumprimento do termo de compromisso de ajuste de conduta, sem prejuízo da aplicação da multa a que se refere o inciso II do § 2º, acarreta a revogação da suspensão do processo.

§ 5º Cumpridas as obrigações assumidas no termo de compromisso de ajuste de conduta, será extinto o processo.

§ 6º Suspende-se a prescrição durante a vigência do termo de compromisso de ajuste de conduta.

§ 7º Não poderá ser firmado termo de compromisso de ajuste de conduta quando tiver havido descumprimento de outro termo de compromisso de ajuste de conduta nos termos desta Lei, dentro do prazo de dois anos.

§ 8º O termo de compromisso de ajuste de conduta deverá ser publicado no Diário Oficial da União.

§ 9º A ANS regulamentará a aplicação do disposto nos §§ 1º a 7º deste artigo.” (Disponível em: <<http://www.ans.gov.br>>. Acesso em: 10 abr. 2004).

de alguma irregularidade a ser sanada, e o “termo de compromisso”²²³, que pode ser firmado com vistas ao aprimoramento do funcionamento do mercado, sem que se tenha imputado ao signatário alguma falta.”²²⁴

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, salienta que “os acordos substitutivos são instrumentos administrativos, que poderão ser ocasionalmente aplicados pela administração, sempre que, de ofício ou por provocação de interessado, verificar que uma decisão unilateral de um processo poderá ser vantajosamente substituída por um acordo em que o interesse público, a cargo do Estado, possa ser atendido de modo mais eficiente, mais duradouro, mas célere ou com menores custos.”²²⁵

Desta forma, a utilização do consenso no processo administrativo preventivo, bem como na composição de conflitos já instaurados, aparece como “modalidade substitutiva da ação unilateral e imperativa do Estado.”²²⁶

Diante das considerações acima expostas, verifica-se a necessidade da implementação dos institutos da mediação, conciliação e arbitragem, como formas alternativas de composição de conflitos na ANS²²⁷, posto que fundamentais para

²²³ Cabe transcrever o inteiro teor do artigo 29-A da Lei n.º 9.656/98, que dispõe sobre termo de compromisso: “Art. 29-A. A ANS poderá celebrar com as operadoras termo de compromisso, quando houver interesse na implementação de práticas que consistam em vantagens para os consumidores, com vistas a assegurar a manutenção da qualidade dos serviços de assistência à saúde.

§ 1º O termo de compromisso referido no caput não poderá implicar restrição de direitos do usuário.

§ 2º Na definição do termo de que trata este artigo serão considerados os critérios de aferição e controle da qualidade dos serviços a serem oferecidos pelas operadoras.

§ 3º O descumprimento injustificado do termo de compromisso poderá importar na aplicação da penalidade de multa a que se refere o inciso II, § 2º, do art. 29 desta Lei.” (Disponível em: <<http://www.ans.gov.br>>. Acesso em: 10 abr. 2004).

²²⁴ CUNHA, Paulo César Melo da. **A Regulação Jurídica da Saúde Suplementar no Brasil**. Op. cit., p. 208-209.

²²⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa**. Op. cit., p.153.

²²⁶ Loc. cit.

²²⁷ Até o presente momento, não há previsão na legislação da saúde suplementar que permita a implementação desses instrumentos consensuais no âmbito da ANS.

celeridade de suas decisões e principalmente para a efetividade do princípio da participação.

3.4 Conclusões parciais

Como já dito, é por meio da participação que se legitima a regulação, posto que, essa envolve necessariamente a ponderação entre os diversos interesses em conflito.

Assim, tendo em vista que a regulação envolve o necessário conhecimento sobre o mercado regulado, há sempre o risco da captura da agência pelos agentes regulados. No caso da saúde suplementar, a assimetria de informações é uma das principais causas de captura, pois não se pode regular o mercado sem possuir todas as informações suficientes para a tomada da decisão técnica mais apropriada.

Contudo, para que essa participação seja eficaz, as entidades devem indicar representantes que possuam conhecimento técnico sobre a matéria a ser discutida, evitando assim o não aproveitamento pela agência da proposta apresentada na sua decisão final.

Desta forma, faz-se necessário que a agência disponha das informações adequadas, de um corpo técnico qualificado para auditá-las (conforme previsto no

art. 4º, §4 do Projeto de Lei n.º 3.337/2004) e de independência contra quaisquer grupos de pressão.

A participação das entidades do Terceiro Setor que atuam na defesa do consumidor em saúde suplementar pode-se dar no âmbito do legislativo ou dentro da própria agência na regulação normativa, executiva ou judicante.

Logo, os mecanismos disponibilizados atualmente pela ANS são: a consulta pública, a audiência pública, a câmara técnica, a Câmara de Saúde Suplementar - CSS e o Conselho de Saúde Suplementar – CONSU, na regulação normativa; a participação na fiscalização da ANS por meio de denúncia de fatos irregulares a Diretoria de Fiscalização ou ao Ouvidor, na regulação executiva; e, a participação nos processos administrativos na defesa dos interesses coletivos e difusos dos consumidores na regulação judicante.

Ressalve-se que embora estejam previstos dois institutos consensuais de composição dos conflitos, quais sejam, o Termo de Compromisso e o Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta, na regulação judicante, não há previsão na legislação específica da ANS (Lei. n.º 9.656/98 e Lei n.º 9.961/00) para participação das entidades de defesa dos consumidores, mesmo que o resultado os afete diretamente.

Contudo, vale repisar que a defesa dos interesses e direitos dos consumidores poderá ser exercida em juízo a título coletivo, por meio da Ação Civil

Pública (Lei n.º 7.347/85), pelas associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC (artigo 81 e IV, 82).

Por fim, fica ainda a necessidade de se instituir novos mecanismos como: a mediação, conciliação e arbitragem, dentro da estrutura da ANS, como formas alternativas de composição dos conflitos, porém, possibilitando a participação das entidades de defesa do consumidor sempre que a decisão envolver seus interesses.

4 PROVOCAÇÃO DO CONTROLE EXTERNO DA SAÚDE SUPLEMENTAR PELO TERCEIRO SETOR

4.1 Considerações iniciais

Tendo visto a importância da participação do Terceiro Setor na regulação da saúde suplementar pela ANS, mormente na garantia da legitimidade dos seus atos administrativos, vejamos de que forma o controle externo desses atos pode e deve ser provocado pelas entidades do Terceiro Setor que atuam na defesa do consumidor.

Marçal Justen Filho, ao tratar do tema, salienta que “esse controle deverá recair não apenas sobre a nomeação e a demissão dos administradores das agências, mas também sobre o desempenho de suas atribuições. Deverá submeter-se à fiscalização a atuação das agências relativamente à adoção de políticas públicas, de edição de normas tanto gerais e abstratas como individuais e concretas.”²²⁸

Vale lembrar que os mecanismos de participação das entidades do Terceiro Setor que atuam na defesa do consumidor apresentados no capítulo anterior, mais especificamente a consulta pública e a audiência pública, são também veículos de controle social dos atos do regulador.

²²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. Op. cit., p. 585.

Segundo Marcos Juruena Villela Souto, a idéia de controle social nas agências reguladoras “é relacionada à possibilidade da sociedade, em conjunto ou isoladamente, participar das ações de fiscalização, o que pode se dar tanto pelo estímulo à formação de associações de usuários e consumidores (que possuem legitimidade para ingressarem em juízo), como pela participação de representantes dessas entidades nos conselhos definidores da política pública, nas comissões parlamentares e/ou das agências reguladoras.”²²⁹

Nessa linha, Marçal Justen Filho salienta ainda que “o controle terá de fazer-se não apenas sob o ângulo da fiscalização contemporânea ou posterior à atuação das agências. Devem ser estruturados sistemas que permitam aos diversos segmentos da sociedade acompanhar a regularidade da gestão e a satisfatoriedade da atuação das agências no cumprimento de seus fins.”²³⁰

Diante do acima exposto, o que resta a ser acrescentado é que o controle externo das agências reguladoras, pelas entidades do Terceiro Setor que atuam na defesa do consumidor, se configura também em um instrumento de legitimidade da atividade regulatória por meio da participação.

Cabe registrar que a atuação dessas entidades na provocação do controle pelo poder Legislativo, Judicial ou pelo Tribunal de Contas, pode-se dar de forma

²²⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Op. cit., p. 346.

²³⁰ FILHO, Marçal Justen. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. Op. cit., p. 585.

direta (pela própria entidade) ou indireta (por meio de representação ao Ouvidor da ANS ²³¹ ou do Ministério Público ²³²).

Por esse meio, por exemplo, pode-se controlar a razoabilidade das decisões do regulador, que só devem restringir direitos em atendimento ao interesse público.

A razoabilidade das decisões administrativas em regulação pressupõe uma ponderação entre os custos e benefícios de uma ação ou omissão por parte do agente regulador sobre os agentes regulados.

Marcos Juruena Villela Souto, comentando o princípio da proporcionalidade, que em seu sentido estrito também recebe a designação de razoabilidade, exigibilidade ou justa medida, salienta que “sua aplicação não se dá apenas na esfera dos atos discricionários, mas igualmente – no sentido de uma ‘interpretação das leis conforme a Constituição’ – na interpretação de conceitos jurídicos, assim como no caso da avaliação da necessidade de uma determinada medida coercitiva no exercício do poder de polícia”. ²³³

Assim, embora implícito na Constituição de 1988, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito figura como essencial na coibição dos excessos por parte da Administração Pública. Como nos lembra em seus ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, “os fins da Administração consubstanciam-se na defesa do

²³¹ Ver item 3.3.4

²³² O art. 129 , inciso III, da Constituição de 1988, define como função institucional do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (como por exemplo o direito dos consumidores).

²³³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Op. cit., p. 202.

interesse público, assim entendidas aquelas aspirações ou vantagens lícitamente almeçadas por toda a comunidade administrada (...) O ato ou contrato administrativo realizado sem interesse público configura desvio de finalidade.”²³⁴

Em matéria de saúde suplementar, podemos citar a ponderação entre todos os interesses envolvidos, como demonstrativo da preocupação do regulador em atingir as *aspirações ou vantagens lícitamente almeçadas por toda comunidade administrada* conforme mencionado no parágrafo anterior.

Robert Alexy propôs uma forma de solucionar o problema da colisão entre direitos fundamentais, e, buscando um ponto comum entre os diversos tipos pontificou “todas as colisões podem somente então ser solucionadas se, ou de um lado ou de ambos, de alguma maneira, limitações são efetuadas ou sacrifícios são feitos”.²³⁵

Portanto, pode-se considerar que a proporcionalidade em sentido estrito, “seria um terceiro critério, ao lado dos critérios da adequação e da necessidade dos meios para a consecução dos fins previstos na Constituição e nas leis, tendo importância secundária em relação ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana”.²³⁶

²³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Op. cit., p. 81.

²³⁵ ALEXY, Robert. Colisões de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 217, jul./set., 1999, p. 73.

²³⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Op. cit., p. 202.

A seguir veremos de que forma o controle externo da saúde suplementar feito pelo poder Legislativo, Judiciário e Tribunal de Contas pode também ser exercido por parte das entidades do Terceiro Setor.

4.2 O controle Legislativo e Judiciário

Visto em primeira linha que o controle externo dos atos emanados pelas agências reguladoras contribui para a razoabilidade de suas decisões, vejamos de que forma os poderes Legislativo e Judiciário atuam na fiscalização da conformidade desses com o princípio da legalidade.

Hely Lopes Meirelles ensina que o controle legislativo ou parlamentar “é o exercido pelos órgãos legislativos (Congresso Nacional, Assembleias Legislativas e Câmaras de Vereadores) ou por comissões ²³⁷ parlamentares sobre determinados atos do Executivo na dupla linha de legalidade e da conveniência pública, pelo que caracteriza-se como um controle eminentemente político, indiferente aos direitos individuais dos administrados, mas objetivando os superiores interesses do Estado e da Comunidade.” ²³⁸

²³⁷ Vale citar ainda a Comissão Permanente de Defesa do Consumidor da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro – ALERJ e a Comissão Municipal de Defesa do Consumidor da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, com competência para fiscalizar e zelar pela qualidade dos produtos de consumo e seu fornecimento e receber reclamações e encaminhá-las ao órgão competente, dentre outras.

²³⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Op. cit., p. 627.

A Constituição de 1988, no seu artigo 49, inciso V e X, define como uma das competências exclusivas do Congresso Nacional, *a de sustar os atos normativos da Administração que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa*, bem como *a de fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta*.

Ora, como a ANS faz parte da administração indireta, seus atos executivos, normativos ou judicantes se encontram sujeitos ao controle difuso de sua legalidade pelo Congresso Nacional, apesar de não decorrerem do poder regulamentar ou de delegação legislativa.

Nesse sentido, Marcos Juruena Villela Souto salienta que “o constituinte não adotou uma linguagem técnica na redação do dispositivo desejando, sim, viabilizar o controle dos atos normativos, qualquer que seja a sua origem (anterior à realidade regulatória), de modo a homenagear o princípio da legalidade – do qual não podem se afastar os agentes reguladores (a mutação constitucional autoriza que, pela via da interpretação jurisdicional, se atualize o Texto da Lei Maior, para viabilizar o controle)”.²³⁹

Neste ponto, vale citar a contribuição do Instituto de Defesa do Consumidor – IDEC ²⁴⁰, nas razões que motivaram a abertura de Comissão Parlamentar de Inquérito – CPISAÚDE, com a finalidade de investigar denúncias de irregularidade

²³⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Op. cit., p. 254.

²⁴⁰ Registre-se que a participação da citada entidade não se restringiu apenas à elaboração de relatório, pois foi também chamada a participar da Audiência Pública realizada em 8 de julho de 2003, por intermédio de suas representantes sr^a Marilena Lazarine, coordenadora executiva e sr^a Karina Rodrigues, advogada do Instituto.

na prestação de serviços por empresas e instituições privadas de planos de saúde pela Câmara dos Deputados instaurada em 1º de maio de 2003.²⁴¹

No caso do controle judicial dos atos da ANS, considera-se que por ser uma entidade dotada de independência técnica decisional, esse controle não deverá recair sobre o mérito da decisão sob pena de usurpação de competência por parte do Poder Judiciário.²⁴²

Paulo César Melo da Cunha, comentando a questão, ressalta que “há, aqui, uma linha fundamental a ser evidenciada, qual seja, de um lado, a distinção da discricionariedade administrativa da ponderação técnico-econômica entre os custos e benefícios da intervenção, ou da interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados e, de outro, dos limites do exercício da atividade judicante no tocante

²⁴¹ O relatório final da CPISAÚDE deu origem ao Projeto de Lei n.º 2.934/04 que apresenta diversas alterações à Lei n.º 9.656/98 e fez recomendações de caráter técnico-administrativo à Agência Nacional de Saúde Suplementar, valendo citar algumas: “Criação, pela ANS, de Central de Atendimento 24 Horas aos Usuários. Diversamente do ‘Disque ANS’, destinado a esclarecer dúvidas sobre a legislação e gerar procedimentos de fiscalização, esta central funcionaria como um verdadeiro plantão de atendimento aos usuários de planos de saúde. Destinar-se-ia, quando possível, à solução imediata de problemas, e como forma de encaminhar a mediação ou arbitragem (nos termos de lei específica) de problemas relacionados à exclusão de atendimento e negação de coberturas, sobretudo quando se tratar de casos emergenciais. Buscar-se-ia o esclarecimento e a solução ágeis, pela via administrativa, objetivando a garantia do atendimento ao usuário. Não se deve perder de vista que, hoje, somente pequena parcela da população socorre-se dos PROCONs ou do Poder Judiciário, e mesmo as ações individuais ou coletivas que ensejam tutela de urgência ou antecipada não têm, por vezes, a necessária agilidade. Para a criação da central preconizada, deve-se definir com clareza uma fonte de custeio, de forma a não onerar adicionalmente às operadoras e, por via de consequência, o usuário; Atuação da ANS no controle da propaganda enganosa e abusiva dos planos de saúde, por meio de monitoramento, fiscalização e aplicação do Código de Defesa do Consumidor; Da mesma maneira, propõe-se a criação, pela ANS, de Central de Atendimento aos Prestadores — médicos, hospitais, laboratórios, profissionais de saúde —, visando a que obtenham, com agilidade, informações para o encaminhamento de controvérsias que estejam tentando solucionar junto às operadoras.”. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/Internet/comissao/default.asp>>. Acesso em: 21 abr. 2004).

²⁴² Nesse sentido, James T. O’Reilly, afirma que “a very basic requirement in the analysis of every federal agency rule, is the discovery of the necessary connection between the regulation and a defined congressional grant of jurisdiction over the subject matter. As a first step in every judicial review of rulemaking, the agency’s jurisdiction to issue the challenged rule should be evaluated.” (O’REILLY, James T. Administrative rulemaking: structuring, opposing and defending Federal Agency Regulation. *Apud* DUTRA, Pedro. **Livre Concorrência e Regulação de Mercados: Estudos e Pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 86).

à declaração de invalidação do ato administrativo como fonte do habitual exercício da atividade judicial”.²⁴³

E, prossegue o autor, “é aí onde reside à polêmica. Não resta dúvida de que, no que toca à interpretação e à aplicação pura da legislação, o resultado do ato deve satisfazer o interesse público, como finalidade única objetivada. Se o Poder Judiciário, no entanto, adentrar no mérito administrativo para dele fazer valer a sua vontade interpretativa, estará exacerbando de suas competências, analisando a eficiência do ato que, todavia, corresponde ao juízo de conveniência e oportunidade”.²⁴⁴

Desta forma, o controle judicial abrangerá o exame da legalidade do ato emanado pela agência e de seu atendimento ao interesse público (finalidade do ato), respeitados os princípios da razoabilidade, moralidade, realidade, proporcionalidade e da segurança jurídica. Não se trata de adentrar no juízo de conveniência e oportunidade do administrador e sim de se verificar “a correta interpretação do conceito jurídico indeterminado, à luz do senso comum, a observância dos princípios, dos precedentes administrativos (técnica precedente, igualdade, boa-fé, segurança) e a motivação (princípio republicano de dar contas), que considere a orientação da mesma administração e a semelhança de circunstâncias.”²⁴⁵

²⁴³ CUNHA, Paulo César Melo da. **A Regulação Jurídica da Saúde Suplementar no Brasil**. Op. cit., p. 281.

²⁴⁴ Id., Ibid., p. 282.

²⁴⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Op. cit., p. 360. Neste ponto, vale citar algumas jurisprudências dos tribunais pátrios sobre a matéria: “Ementa: Ação civil pública. Entidades de saúde. Aumento das prestações. Legitimidade ativa. 1. **O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública em defesa dos consumidores de planos de saúde**. 2. Antes mesmo do Código de Defesa do Consumidor, o país sempre buscou instrumentos de defesa coletiva dos direitos, ganhando força seja com a Lei nº 7.347/87 seja alcançando dimensão especial com a disciplina constitucional de 1988. Sedimentados os conceitos centrais, não há razão que afaste o presente feito do

De outro viés, cabe falar, aqui, da importância da provocação do controle jurisdicional pelas entidades do Terceiro Setor que atuam na defesa do consumidor, motivada pela violação ao direito da participação nas decisões regulatórias que envolveriam a necessária ponderação de interesses.

Marcos Juruena Villela Souto, citando os apontamentos de Alberto Bianchi sobre os conflitos entre o judiciário e as agências reguladoras nos EUA, salienta que “as Cortes passaram a controlar a razoabilidade das decisões regulatórias sob as leis de processo administrativo, exigindo que as agências demonstrassem não só o

caminho da ação civil pública. O instituto autor é entidade regularmente constituída e tem legitimidade ativa para ajuizar a ação civil pública de responsabilidade por danos patrimoniais causados ao consumidor. 3. Recurso especial conhecido e provido. Decisão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, após o voto-vista do Sr. Ministro Ari Pargendler, por maioria, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento. Votaram vencidos os Srs. Ministros Nilson Naves e Waldemar Zveiter. Votaram com o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito os Srs. Ministros Ari Pargendler e Nancy Andrighi (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP n.º 72994/SP. Relator: Min. Nilson Naves. Brasília, 19 de abril de 2004. Disponível em: < <http://www.stj.gov.br/webstj/>>. Acesso em: 21 abr. 2004); Ementa: Embargos de declaração. Recurso especial. **Legitimidade ativa do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC. Ação civil pública. Entidades de saúde.** Prestações. 1. O Acórdão embargado não determinou a incidência do Código de Defesa do Consumidor ao contrato celebrado antes de sua edição, permanecendo, assim, incólumes as cláusulas contratuais originárias. Apenas enfrentou e decidiu favoravelmente à legitimidade ativa do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC para propor a ação civil pública em hipóteses como a presente, questão meramente processual. Não há, portanto, omissão a ser sanada quanto a inexistente aplicação do Código de Defesa do Consumidor a contratos celebrados anteriormente a sua edição. 2. Embargos de declaração rejeitados. Decisão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração. Os Srs. Ministros Nancy Andrighi e Ari Pargendler votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Castro Filho e Antônio de Pádua Ribeiro. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDRESP 72994/SP. Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 15 de outubro de 2001. Disponível em: < <http://www.stj.gov.br/webstj/>>. Acesso em: 21 abr. 2004); Ementa. Processo Civil – Antecipação De Tutela - Concessão – Ação Civil Pública – oitiva do Poder Público – LEI 8.437/92. I – Não merece prosperar a tutela antecipada deferida, por haver tornado insubsistente, sem a oitiva do poder público, RESOLUÇÃO de órgão fiscalizador, responsável técnico pela regulamentação do setor de seguros e planos de saúde no país, criado especificamente para esse fim. II – Agravo provido. (BRASIL. Tribunal Regional Federal (2ª Região). Agravo de Instrumento n.º 86797 (2001.02.01.041847-7). Relator Juiz Castro Aguiar. Rio de Janeiro, 04 de setembro de 2002. Disponível em: <<http://www.trf.gov.br/Jurisp/Juris.asp>>. Acesso em: 21 abr. 2004).

critério adotado como a escolha entre diversas opções, o que exige que tenha ouvido muitos grupos – o que representa aplicação do ‘controle social’”.²⁴⁶

Vale citar o estudo do referido autor sobre o direito de participação dos interessados nas audiências públicas e nas coletas de opinião, onde afirma que:

“O direito de participação é, assim, instrumento de atendimento dos princípios republicano, democrático, do devido processo legal, da eficiência, da legitimidade e da publicidade.

Do princípio republicano, porque, na *res publica*, quem administra bem alheio tem o dever de dar contas de suas ações, num processo que assegure a visibilidade das ações e decisões governamentais, em homenagem ao princípio da publicidade. **Trata-se de viabilizar o “controle social” da Administração Pública.**”²⁴⁷

E prossegue ainda o autor:

“Não se cuida, aqui, de um poético “direito de participação”, nem está em jogo, “apenas”, o “princípio democrático” (não fosse ele, como Fundamento da República, CF art.1º, já suficiente).

O caso é que regulação, insista-se, é um processo de “ponderação de interesses”; **se estes não se manifestam, não há regulação.**”²⁴⁸

Nessa linha, Marçal Justen Filho ressalta ainda que “o controle jurisdicional não pode invadir aquele núcleo de autonomia decisória inerente à discricionariedade. Mas o respeito a esse núcleo de mérito não significa sequer impossibilidade de questionamento e exame (...) a ausência de procedimento prévio,

²⁴⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Op. cit., p. 365.

²⁴⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Audiência Pública e Regulação**. Op. cit., p. 147.

²⁴⁸ Id., Ibid., p. 154.

apto a assegurar a ponderação de todos os interesses submetidos à gestão da agência, pode conduzir à invalidação da decisão adotada”.²⁴⁹

Assim, quaisquer atos normativos emanados da ANS que não sejam submetidos a essas entidades de defesa do consumidor para manifestação, devem ser considerados nulos, pelo não atendimento ao direito à participação, além da violação à necessária ponderação dos atos regulatórios.

Por fim, repousa, então, na garantia do direito de participação dessas entidades no processo decisório da ANS, a importância da provocação do controle jurisdicional, por não terem sido considerados todos os interesses no momento da ponderação.²⁵⁰

4.3 O controle pelo Tribunal de Contas

O Tribunal de Contas tem a função de auxiliar o Poder Legislativo no controle externo da União e das entidades da administração direta e indireta, exercendo a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas (CF 1988, arts.70 e 71).

²⁴⁹ FILHO, Marçal Justen. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. Op. cit., p. 590-591.

²⁵⁰ Não foram encontradas jurisprudências sobre o tema até a conclusão desse trabalho.

As atividades dos Tribunais, segundo Hely Lopes Meirelles, “expressam-se fundamentalmente em funções técnicas opinativas, verificadoras, assessoradoras e jurisdicionais administrativas”²⁵¹, reforçando a limitação de sua competência fiscalizadora ao controle dos atos praticados pela administração, em todas as suas esferas.

Esclareça-se, ainda, que embora o Tribunal de Contas, ao atuar no controle de uma eventual irregularidade, não possua competência para declarar a nulidade de qualquer ato, pois essa não se confunde com a exercida pelo Poder Judiciário, ele “precisa dotar suas decisões do mesmo conteúdo e extensão dos atos administrativos que controla, sem, todavia, substituir as decisões da política econômica pelas de suas preferências. Há que se distinguir entre o controle dos objetivos das decisões políticas, vedado à Corte de Contas, e o controle das contas dos órgãos políticos ou das premissas constitucionais (legalidade, economicidade) das decisões políticas, plenamente compatível com a estrutura democrática do País.”²⁵²

Ressalte-se que o Tribunal de Contas também não possui competência para editar atos normativos genéricos e abstratos, pois embora sua lei instituidora fale em “poder regulamentar”, que é privativo do Poder Executivo, sua competência reside apenas em editar atos administrativos normativos.²⁵³

²⁵¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Op. cit., p. 632.

²⁵² BARROSO, Luís Roberto. Natureza jurídica e funções das Agências Reguladoras de serviços públicos. Limites da fiscalização a ser desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado. *Apud* CUNHA, Paulo César Melo da. **A Regulação Jurídica da Saúde Suplementar no Brasil**. Op. cit., p. 297.

²⁵³ Sobre o tema, vale a remissão à obra de Luis Roberto Barroso: Tribunais de Contas: algumas competências controvertidas *In* **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 223.

Assim, a fiscalização da gestão administrativa de uma agência reguladora, pelo Tribunal de Contas, se dará unicamente quanto aos aspectos da legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas. Marçal Justen Filho ressalta ainda que “não caberá ao Tribunal de Contas investigar o conteúdo das decisões regulatórias emitidas pela agência”.²⁵⁴

Paulo César Melo da Cunha observa que o papel do Tribunal de Contas na consolidação de um estado democrático, dá-se em virtude do controle da legalidade dos gastos públicos da administração, sem contudo “destoar de seu caráter puramente opinativo e fiscalizador para usurpar as competências jurisdicional e normativa, que não lhe foram atribuídas.”²⁵⁵

Nesse sentido, Luis Roberto Barroso, ao examinar os limites da atuação do Tribunal de Contas, afirma que “nada, rigorosamente nada, no texto constitucional o autoriza a investigar o mérito das decisões administrativas de uma autarquia, menos ainda de uma autarquia com as características especiais de uma agência reguladora”.²⁵⁶

E, prossegue o autor em seus ensinamentos:

²⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. Op. cit., p. 589.

²⁵⁵ CUNHA, Paulo César Melo da. **A Regulação Jurídica da Saúde Suplementar no Brasil**. Op. cit., p. 297.

²⁵⁶ BARROSO. Luís Roberto. Natureza jurídica e funções das Agências Reguladoras de serviços públicos. Limites da fiscalização a ser desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado. *Apud* CUNHA, Paulo César Melo da. *Ibid.*, p. 296.

“Não é papel do Tribunal de Contas, por via de conseqüência, dizer definitivamente o Direito – pois isto incumbe ao Judiciário – nem tampouco substituir-se aos agentes públicos constitucionalmente designados para tomada de decisões políticas e administrativas – que é atribuição dos órgãos do Poder Executivo”.²⁵⁷

Ainda nesse sentido, registra-se o entendimento de Marcos Juruena Villela Souto:

“Integrando a Administração Pública, a agência reguladora fica sujeita ao controle financeiro nos termos do art. 70 da Constituição Federal, que submete às pessoas físicas e jurídicas gestoras de bens e recursos públicos ao exame do Tribunal de Contas na apreciação dos valores apresentados. Isso, contudo, não inclui no controle financeiro o exame de ações ou omissões que não impliquem gestão de recursos, sob pena de substituir-se ao administrador competente, violando o princípio fundamental da Tripartição das Funções do Estado”.²⁵⁸

Hely Lopes Meirelles salienta, ainda, que “toda a atuação do Tribunal de Contas deve ser *a posteriori*, não tendo apoio constitucional qualquer controle prévio sobre atos ou contratos da Administração direta ou indireta, nem sobre a conduta de particulares que tenham gestão de bens ou valores públicos, salvo as inspeções e auditorias *in loco*, que podem ser realizadas a qualquer tempo.”²⁵⁹

Nesse ponto, cabe destacar o papel das entidades do Terceiro Setor que atuam na defesa dos consumidores como legitimados a denunciar irregularidades perante o Tribunal de Contas.²⁶⁰

²⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Ibid.*, p. 244-245.

²⁵⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Op. cit., p. 371.

²⁵⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Op. cit., p. 632.

²⁶⁰ Competência prevista no art. 74, § 2º, da CR, o qual estabelece que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o TCU. Tal competência foi incorporada no art. 212 do Regimento Interno do TCU - Resolução Administrativa n.º 15, de 15 de junho de 1993, publicada no D.O.U. de 21.06.93.

Ressalve-se que a denúncia não pode versar sobre o mérito decisório da ANS, conforme visto no controle jurisdicional, cabendo apenas denúncia sobre a malversação do erário público.

Desta forma, a participação das entidades do Terceiro Setor que atuam na defesa do consumidor, por meio de denúncia de fatos irregulares ou ilegais ao Tribunal de Contas da União, é uma forma de controle social da legalidade da gestão administrativa da agência.

4.4 Conclusões parciais

Apreende-se do acima exposto que, embora a ANS seja dotada de independência técnica, isso não obsta que haja o controle externo dos seus atos regulatórios pelos Poderes Legislativo, Judiciário e pelo Tribunal de Contas.

Cabe, aqui, ressaltar a importância da provocação do controle externo da ANS ²⁶¹ pelas entidades do Terceiro Setor que atuam na defesa dos consumidores, sempre que assuntos de seus interesses sejam afetados pelas decisões da agência ou quando esses não tenham sido considerados em alguma decisão adotada, como forma de garantir a necessária ponderação de interesses, sem a qual não existe a regulação.

²⁶¹ Não é objeto deste trabalho a atuação judicial da ANS contra operadoras e demais agentes do setor.

Logo, a provocação do controle externo da saúde suplementar por essas entidades pode ocorrer: no Poder Legislativo pela participação nas Comissões Parlamentares de Inquérito e nas Comissões de Defesa do Consumidor, nas quais é dada a oportunidade dos diversos segmentos se manifestarem sobre a matéria objeto de investigação; no Poder Judiciário, quando alguma decisão da agência não estiver atendendo a sua finalidade, ou sempre que não seja permitido o “controle social” pela participação na decisão regulatória; e, por fim, no Tribunal de Contas como fiscal da legalidade da gestão administrativa da agência.

Por implicar em restrição aos direitos dos agentes regulados, as decisões regulatórias deverão ser sempre justificadas por meio da ponderação de todos os interesses submetidos à sua gestão. Se tal fato não ocorrer, a provocação do controle externo desses atos será cabível.

CONCLUSÃO

A reforma do Estado brasileiro, à luz do princípio da subsidiariedade, deu origem à criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Por outro lado, esse princípio também inspirou as transformações da sociedade e a criação de entidades não estatais sem fins lucrativos, porém, atuando em prol do interesse público, compondo o chamado Terceiro Setor.

Visto que a atividade regulatória implica necessariamente na ponderação de todos os interesses envolvidos, na busca pela eficiência (atendimento ao interesse público) e pela legitimidade (manifestação de todas as partes envolvidas), a participação nessa atividade torna-se um direito das entidades do Terceiro Setor que atuam na defesa do consumidor.

Assim, o direito a participação não se trata somente de um desdobramento do princípio da democracia e sim da atividade regulatória que implica na necessária ponderação dos interesses por meio da abertura à manifestação de todos os agentes regulados.

Dessa forma, atendidos os princípios da legitimidade e da eficiência dos atos administrativos pela participação dessas entidades, faz-se necessária à utilização dos mecanismos de participação já existentes ou a criação de novos mecanismos não institucionalizados, garantindo a participação das entidades do Terceiro Setor nas decisões públicas que envolvem seus interesses.

Registre-se que essas entidades se constituem por meio de algum dos institutos previstos na legislação cível, sendo apenas necessário que atuem em prol do interesse público. Contudo, podem ser atribuídos títulos jurídicos especiais a essas entidades, como o de utilidade pública, organização social, organização da sociedade civil de interesse público (OSCIP), desde que atendidas às qualificações previstas em cada um deles.

Os mecanismos de participação disponibilizados atualmente pela ANS são: a consulta pública, a audiência pública, a câmara técnica, a Câmara de Saúde Suplementar - CSS e o Conselho de Saúde Suplementar – CONSU, na regulação normativa; a participação na fiscalização da ANS por meio de denúncia de fatos irregulares a Diretoria de Fiscalização ou ao Ouvidor, na regulação executiva; e, a participação nos processos administrativos na defesa dos interesses coletivos e difusos dos consumidores na regulação judicante.

Neste ponto, cabe ressaltar que devido à falta de informações suficientes sobre o mercado, há sempre o risco da captura da agência pelos agentes regulados. Então, para que essa participação seja eficaz, as entidades devem indicar representantes que possuam conhecimento técnico sobre a matéria a ser discutida, evitando assim o custo social de uma decisão sem a necessária ponderação de todas as propostas.

Porém, mesmo com a participação consistente das entidades de defesa do consumidor nesses mecanismos, observa-se que todos aqueles previstos na regulação normativa são meramente consultivos, não implicando em deliberação ao final dos trabalhos. Isso dificulta que essa participação seja eficaz e transparente, pois não há obrigatoriedade explícita na lei de fundamentação pela ANS da não aceitação da proposta apresentada pelo segmento regulado (embora o PL n.º 3.337/2004, já corrija tal anomalia).

Quanto a regulação judicante, não há previsão na lei específica (Lei n.º 9.656/98 e 9.961/00) para participação das entidades de defesa dos consumidores nos dois institutos consensuais previstos (Termo de Compromisso e o Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta), mesmo que o resultado os afete diretamente. Fica ainda a necessidade de se instituir novos mecanismos como: a mediação, conciliação e arbitragem como formas alternativas de composição dos conflitos, porém, possibilitando também a participação das entidades de defesa do consumidor sempre que a decisão envolver os interesses por ela defendidos.

Vale lembrar que a Lei de Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85) e o CDC (artigo 81 e IV, 82), prevêm a legitimidade do Terceiro Setor para atuar na defesa dos interesses e direitos dos consumidores em juízo a título coletivo.

Ainda, poderiam ser criadas parcerias com o Terceiro Setor na regulação executiva, possibilitando que essas entidades certificassem a qualidade dos

produtos e serviços das operadoras, na busca pela eficiência do mercado de saúde suplementar.

Quanto à eficiência, não foi possível demonstrar no presente trabalho que a participação leva ao aprimoramento dos produtos (planos privados de assistência à saúde) e/ou retorno dos investimentos das operadoras.

Contudo, vale ressaltar que a participação do Terceiro Setor na regulação da saúde suplementar, por meio dos mecanismos atualmente disponíveis, demonstra aumentar a eficiência da regulação, citando como exemplos: o aprimoramento das regras do mercado por meio da participação nos Fóruns, Câmaras de Saúde Suplementar, Câmaras Técnicas etc.; a minoração da assimetria de informação do consumidor por meio do serviço “Disque ANS” e articulação com os órgãos de defesa do consumidor; e, ainda, no controle dos atos da ANS.

Em suma, é por meio da participação que se legitima a regulação, posto que, sem a necessária ponderação dos interesses em tensão não existe regulação válida.

Na provocação do controle externo da legalidade dos atos da ANS, as mencionadas entidades do Terceiro Setor atuam representando os interesses dos consumidores. No Poder Legislativo a participação se dará nas comissões constituídas para defesa do consumidor nas suas diversas esferas, no Poder Judiciário quando alguma decisão da agência não estiver não estiver atendendo a sua finalidade, ou sempre que não seja permitido o “controle social” pela

participação na decisão regulatória; e, por fim, no Tribunal de Contas como fiscal da legalidade da gestão administrativa da agência.

Enfim, vale ressaltar que o principal conceito exposto no presente estudo, ou seja, que a eficiência e a legitimidade são atendidos pela participação das entidades do Terceiro Setor na regulação da saúde suplementar, participação essa que se dá por meio dos mecanismos à sua disposição, pode ser utilizado para beneficiar outros segmentos, posto que, a matéria suscitada independe do tipo de atividade a ser regulada.

BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Administração Pública Pluricêntrica. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro: 2001, n.º 54.

_____. Agências reguladoras: a “metamorfose” do estado e da democracia: uma reflexão de direito constitucional e comparado. *In*: Direito da Regulação. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**. v. XI. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. Os Ordenamentos Setoriais e as Agências Reguladoras Independentes. *In*: Direito Político. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**. v. VI. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. Princípio da Legalidade e Poder Regulamentar no Estado Contemporâneo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, n.º 225.

ALEXY, Robert. Colisões de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 217, jul./set., 1999.

_____. **Derecho y Razón Práctica**. México: Distribuciones Fontamara S.A., 1998.

_____. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

AVRITZER, Leonardo. Teoria Democrática e Deliberação Pública. *In*: Faces da Democracia. **Revista de Cultura e Política**. n.º 50, CEDEC, 2000.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. O Princípio da Separação dos Poderes Revisitado e Atualizado. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. VI , 2000.

BARACHO, José de Oliveira. **O Princípio de Subsidiariedade: Conceito e Evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BARROSO, Luis Roberto. Tribunais de Contas: algumas competências controvertidas. *In* **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CAMPOS, Anna Maria e SANTIAGO JR., Dércio. Em Busca de um Sistema de Controle e Avaliação da Agência Nacional de Saúde Suplementar. *In* **Regulação & Saúde: estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar**. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde/ANS, 2002.

CANARIS, Klaus Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian: 2ª edição, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª edição. Coimbra: Almedina, 1992.

CASTELLS, Manuel. Para o Estado-Rede: Globalização Econômica e Instituições Políticas na Era da Informação. *In* **Sociedade e Estado em Transformação**. São Paulo: UNESP, 1998.

CAVALIERI, Sérgio Filho. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Malheiros, 1998.

CUNHA, Paulo César Melo. **A Regulação Jurídica da Saúde Suplementar no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas S.A, 16ª edição, 2003.

_____. **Parcerias na Administração Pública – Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras formas**. 4ª Ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2002.

DUTRA, Pedro. **Livre Concorrência e Regulação de Mercados: Estudos e Pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 86.

DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 3ª edição, 1997.

FAGUNDES, Márcia Margarete. Teoria da Captura do Regulador de Serviços Públicos. *In* **Direito Empresarial Público**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. As Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: considerações sobre seu regime jurídico. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n.º 217, jul./set. 1999.

GAMA, Hélio Zaguetto. **Curso de Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GOMES, Orlando. **Contrato de Adesão: condições gerais dos contratos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972.

GONÇALVES, Vânia Mara Nascimento. **Estado, Sociedade Civil e Princípio da Subsidiariedade na Era da Globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução ao Estudo do Direito**. 13ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

GUIMARÃES, Márcio Souza. Ministério Público, Ombudsman e Ouvidor na Fiscalização dos Serviços Públicos. *In*: **Direito Empresarial Público**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de Interesse Público e a “Personalização” do Direito Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**. Rio de Janeiro: Malheiros, n. 26, 1999.

_____. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

LARENZ, Karl. **Derecho Justo Fundamentos de Ética Jurídica**. Madrid: Civitas, 1993.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Balanço e Perspectivas das Agências Reguladoras no Brasil. **Revista de Direito Mackenzie**. São Paulo: Publicação Mackenzie, n. 1, ano 4, 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 6ª edição, 1994.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999.

MERQUIOR, José Guilherme. **O Liberalismo Antigo e Moderno**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

MODESTO, Paulo. Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor do Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n.º 214, out./dez., 1998.

MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n.º 214, out./dez, 1998.

MONTONE, Januário. **Evolução e Desafios da Regulação do Setor de Saúde**. Série n.º 4. Rio de Janeiro: ANS, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Desmonopolização do Poder. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro**. v.VI. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. Coordenação Gerencial na Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 214, out./dez. 1998.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Legitimidade e Discricionariedade**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Mutações do Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar, n. 231, jan./mar. 2003.

OFFE, Claus. A Atual Transição da História e Algumas Opções Básicas para as Instituições da Sociedade. *In: **Sociedade e Estado em Transformação.*** São Paulo: UNESP, 1998

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A Reforma Gerencial do Estado de 1995. **Revista de Administração Pública.** Rio de Janeiro: FGV, vol. 34, jul./ago. 2000.

POLANYI, Karl. **A Grande Transformação: As Origens de nossa Época.** 2ª edição. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

ROBINSON, Ray. Markets in Health Care. *In: **Privatization and Regulation.*** New York: Longman, 1994.

SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma Reinvenção Solidária e Participativa do Estado. *In: **Sociedade e Estado em Transformação.*** São Paulo: UNESP, 1998.

SAPPINGTON, David E. M.; STIGLITZ, Joseph E. Information and Regulation. *In **Public Regulation: New Perspectives on Institutions and Policies.*** London: MIT Press, 1987.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. As Fundações Públicas e o Novo Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil.** v.3, n.11, jul/set, 2002.

_____. Audiência Pública e Regulação. **Revista de Direito Público da Economia.** Belo Horizonte, ano 1, n. 4, p. 145-167, out/dez, 2003.

_____. **Direito Administrativo Regulatório.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 10ª edição. Rio de Janeiro: Malheiros, 1995.

SILVANO, Ana Paula Rodrigues. **Fundações Públicas e Terceiro Setor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TÁCITO, Caio. Transformações do Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n.º 214, out./dez., 1998.

TEIXEIRA, Aloísio. Mercado e imperfeições de mercado: o caso da assistência suplementar. **Cadernos de Saúde Suplementar**. Rio de Janeiro: ANS, 2001.

TORRES, Sílvia Faber. **O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. O Direito à Participação do Usuário nos Processos Regulatórios. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**. Rio de Janeiro: Centro de Estudos Jurídicos, 2002, vol. 56.