

A FORÇA DA LEI E DO PODER NORMATIVO DE AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL: UM ESTUDO ESPECÍFICO A PARTIR DA IDEIA COMPARATIVA DE “ABNEGAÇÃO DA LEI” NOS EUA E DA ATUAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS) BRASILEIRA

*THE STRENGTH OF THE LAW AND THE NORMATIVE POWER OF
REGULATORY AGENCIES IN BRAZIL: A SPECIFIC STUDY FROM THE
COMPARATIVE VIEW OF “LAW’S ABNEGATION” IN THE USA AND THE
ACTION OF THE BRAZILIAN NATIONAL SUPPLEMENTARY HEALTH
AGENCY (ANS, ITS ACRONYM IN PORTUGUESE)*

*LA FUERZA DE LA LEY Y DEL PODER NORMATIVO DE AGENCIAS
REGULADORAS EN BRASIL: UN ESTUDIO ESPECÍFICO A PARTIR DE
LA IDEA COMPARATIVA DE “ABNEGACIÓN DE LA LEY” EN USA Y LA
ACTUACIÓN DE LA AGENCIA NACIONAL DE LA SALUD SUPLEMENTAR
(ANS) BRASILEÑA*

Luigi Bonizzato¹

Resumo: Este artigo, subdividido em dois capítulos e estruturalmente montado a partir de visão mais ampla, seguida de abordagem precisamente voltada aos seus objetivos finais, é fruto de pesquisa que se inicia com abordagem didática da evolução, principalmente, política, de modelos modernos de Estado, ancorada, sobretudo, em estudos de Luiz Carlos Bresser Pereira, e que se encerra com o exame do Estado Administrativo contemporâneo brasileiro consolidado a partir de meados da última década, do século XX. Nesta segunda etapa, surge novo referencial teórico, estudo específico de Adrian Vermeule, do Estado Administrativo norte-americano, o que proporcionou análise comparativa delimitada entre modelos brasileiro e estadunidense. O método dedutivo qualitativo, alicerçado em teorias modernas e contemporâneas, assim

¹ Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Rio de Janeiro. RJ. Brasil. Professor Permanente de Direito Constitucional dos Cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito (FND/UFRJ), Coordenador de Monografias do Curso de Graduação em Direito e Editor da REI (Revista Estudos Institucionais). E-mail: bonizzato@bonizzato.com.br.

Licença CC BY:

Artigo distribuído sob os termos Creative Commons, permite uso e distribuição irrestrita em qualquer meio desde que o autor credite a fonte original.



como em decisões jurisprudenciais brasileiras, foi o usado para que se pudesse proceder ao recorte temático, com exame conclusivo do papel dos Poderes Legislativo, Judiciário e, no âmbito Executivo, da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) nacional.

Palavras-chave: Estado; Agências reguladoras; Poder normativo; Saúde.

Abstract: This article, which is subdivided into two chapters and structurally based on a broader view, follows a precisely focused approach to its final objectives. It is the result of a study that begins with a didactic approach to the evolution, mainly political, of some modern models of State, which are largely anchored in the studies of Luiz Carlos Bresser Pereira. It ends by examining the Brazilian Administrative State from the middle of the last decade of the Twentieth Century. In this second stage, a new theoretical framework emerges; a specific study by Adrian Vermeule of the US Administrative State, which provides a comparative and delimited analysis between the Brazilian and US models. The qualitative deductive method, based on modern and contemporary theories, as well as on Brazilian jurisprudential decisions, was used for this thematic snippet, with a conclusive examination of the role of the Legislative and Judiciary Powers and, in the Executive scope, of the National Supplementary Health Agency (ANS, the acronym in Portuguese).

Keywords: State; Regulatory agencies; Normative power; Health.

Resumen: Este artículo, subdividido en dos capítulos y estructuralmente montado a partir de la visión más amplia, seguida de abordaje precisamente orientado a sus objetivos finales, es fruto de investigación que se inicia con abordaje didáctica de la evolución, principalmente, política, de modelos modernos de Estado, anclada, sobre todo, en estudios de Luiz Carlos Bresser Pereira, que se encierra con el examen del Estado Administrativo contemporáneo brasileño consolidado a partir de mediados de la última década, del siglo XX. En esta segunda etapa, surge nuevo referencial teórico, estudio específico de Adrian Vermeule, del Estado Administrativo norteamericano, que proporcionó análisis comparativo delimitado entre modelos brasileño y estadounidense. El método deductivo cualitativo, basado en teorías modernas y contemporáneas, así como en decisiones jurisprudenciales brasileñas, fue usado para que se pudiera proceder al recorte temático, con examen conclusivo del papel de los Poderes Legislativo, Judiciario y, en el ámbito Ejecutivo, de la Agencia Nacional de Salud Suplementar (ANS) nacional.

Palabras-clave: Estado; Agencias reguladoras; Poder normative; Salud.

INTRODUÇÃO

Ao final da década de 90, do século XX, experimentou o Brasil a chegada de um novo modelo estatal, ligado ao funcionamento, propriamente dito, do exercício de funções estatais. A partir de uma onda de desestatizações e privatizações, acompanhada de concessões de serviços públicos ao setor privado, algumas das quais vinculadas a serviços politicamente essenciais e estratégicos ao Estado brasileiro, foram criadas, no país, as chamadas Agências Reguladoras. A ideia de Estado mínimo,

resultado de políticas na época chamadas de neoliberais, foi uma das bases para que o Brasil passasse a adotar um modelo de apenas regulação e controle, pelo Estado, de atividades e funções passadas para a responsabilidade do setor privado.

Dentro, assim, deste modelo, anos se passaram e a experiência brasileira contemporânea já pode ser examinada sob diversos prismas, um dos quais o escolhido neste breve artigo. Assim, abordagem da relação entre função legislativa – tradicionalmente exercida pelo Poder Legislativo -, função judicial e função normativa especificamente executada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), tem o objetivo de trazer à tona, sobretudo, a conclusão de que, no Brasil, a deferência do Poder Judiciário às normas emanadas das Agências Reguladoras, em especial, da mencionada Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), é muito reduzida, fato que, em breve comparação também realizada ao longo desta pesquisa, ocorre de maneira diversa nos Estados Unidos da América (EUA), uma das principais referências utilizadas pelo Brasil quando da decisão de adoção do modelo das Agências Reguladoras. Ou seja, Estados Administrativos com figuras semelhantes, mas funcionamento bastante diferente, como demonstrado ao longo das linhas subsequentes.

CHEGADA E FORTALECIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS, MODELOS DE ESTADO E GLOBALIZAÇÃO: O CAMINHO PARA PARADIGMAS CONTEMPORÂNEOS

No final da década de 90, do século passado, as políticas governamentais brasileiras, voltadas para filosofias liberais de redução da máquina estatal, levaram o país a experimentar modelo, já naquela época, há décadas adotado, com considerável sucesso (apesar de não imune a problemas) nos Estados Unidos da América (EUA). A ideia de Estado mínimo e a onda de privatizações ocorrida no Brasil fizeram com que o governo, naquele período, escolhesse a figura das Agências Reguladoras como uma das principais a embasar a nova configuração estatal que se formava e firmava. Agências então criadas no intuito de regular atividades, sobretudo as entendidas como essenciais para o funcionamento do Estado brasileiro e para a estrutura social do país, mas, ao mesmo tempo, pensadas para exercerem outras funções fundamentais, tais como, entre outras, as de controle e fiscalização de atos de novos ou renovados setores privados,

dentro do chamado Estado Econômico brasileiro, começaram a fincar suas raízes no país. O contexto internacional, certamente, favoreceu o citado momento vivenciado naquela época. A onda globalizante e a expansão maciça da economia de mercado foram decisivas para que um governo nacional, com características já neoliberais, adotasse e endossasse mudanças também no âmbito interno. Assim, antes de qualquer maior e mais específico desdobramento, nas linhas seguintes, introdutoriamente, debruça-se sobre o advento da aqui chamada moderna globalização, ou seja, a que finda por ter grande enrobustecimento no final do século XX e no início do século XXI. Isso para, em seguida, este artigo já se inclinar para o exame de impactos mais contemporâneos do modelo regulatório adotado no Brasil, assim como para possíveis e selecionadas consequências na atividade judicante, sob a ótica da aplicação do princípio da legalidade. Sem, logicamente, esquecer-se do uso essencial de teoria estrangeira escolhida como peça chave de análise neste breve estudo, qual seja, preponderantemente, a do teórico norte-americano Adrian Vermeule.

Nesse sentido, no que diz respeito à mencionada fase da globalização, é mister salientar que foi avassaladora em inúmeros aspectos, ora de modo mais positivo e benéfico, ora de maneira mais agressiva e contrária a direitos fundamentais e, igualmente, sob um olhar mais universalizado, a direitos humanos. Claro que o ponto de vista, o referencial a ser utilizado pelo intérprete, pode conduzir a mudanças de rumos e conclusões quando, principalmente, pretende-se pesquisar a partir de determinados recortes temáticos. Mas o que aqui restará construído tentará deixar delimitado seu papel, área de extensão e investigação. Com efeito e, sem maiores delongas, mas antes mesmo de se falar no fenômeno globalizante a que se fez menção, celerê exame de uma evolução temporal de modelos estatais, principalmente no mundo ocidental, mostrar-se-á profícua, pelo menos no entender do autor. Então, que assim logo se proceda.

Qualquer análise da evolução do Estado ao longo de determinado período histórico deverá ser permeada por cuidados e atenções ímpares, ressaltando-se sempre as constantes variações de que é vítima, tanto no que se refere a um critério cronológico, quanto no que tange à ideia espacial. Desta forma, para se iniciar estudo sobre as peculiaridades de um tipo Estado e, principalmente,

de, ainda que suposta, evolução, apogeu e queda, há que se ter em mente as alternâncias decorrentes do tempo, do local ou região onde ele está fixado e, além disso, das características próprias de cada sociedade, parte integrante deste mesmo Estado. De acordo com esta linha de pensamento e pesquisa é que se pretende, inicialmente, buscar um exame de situações e momentos específicos de variados grupos de Estados ao redor do globo, com enfoque privilegiado às crises do Estado e seus respectivos mecanismos de soluções, lembrando-se, sempre, das delimitações ligadas aos objetivos ora propostos. Neste sentido, remontando-se, sobretudo, ao período pós Primeira Grande Guerra, o Estado Liberal, pregador e defensor do livre mercado, do Estado mínimo, começou, gradativamente, a não mais satisfazer os interesses das novas sociedades, subdivididas em seus respectivos grupos que surgiam, sendo apenas questão de tempo a sua superação e suspensão, por período, ainda que indeterminado.² Conforme aponta Luiz Carlos Bresser Pereira, tratando da reforma do Estado nos anos noventa, “quando há uma crise importante no sistema, sua origem deverá ser encontrada ou no mercado, ou no Estado. A Grande Depressão dos anos 30 decorreu do mau funcionamento do mercado, a Grande Crise dos anos 80, do colapso do Estado Social do século vinte”³. Com efeito, a fase eufórica norte-americana, pós Primeira Guerra, em que vitoriosos vangloriavam e desfrutavam as vantagens de um país em franca ascensão, encaminhou-os, implacavelmente, a um quadro econômico e a uma situação comercial absolutamente insustentável. Não foram outros, em linhas gerais, os motivos do *crack* na Bolsa de Nova Iorque, que, em 1929, trouxe não somente aos Estados Unidos da América (EUA), mas também à significativa parcela dos países do globo, crise por muitos denominada, até pouco tempo – quando, em 2008, os mesmos Estados Unidos levaram o mundo à forte depressão econômica, sobretudo em razão da crise decorrente de abusos que envolviam vendas e aplicações financeiras ligadas ao setor imobiliário do país – sem precedentes, deixando marcas profundas em diversas sociedades do mundo.

2 Fala-se em suspensão devido ao sabido e notório fato de que o Estado Liberal retornou, anos mais tarde, com a carapuça do Neoliberalismo, cujas alterações mínimas deveram-se, principalmente, a uma nova realidade que se apresentava: países então saturados de políticas intervencionistas clamavam por uma liberdade comercial que, dia a dia, fazia-se valer com força e vigor, despontando, de forma gradativa, para modelos políticos e econômicos que, forçosamente, conduziram aos novos tempos de globalização.

3 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A Reforma do Estado dos Anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle**. Brasília: Cadernos MARE, 1997, p. 09.

Diante da precária conjuntura formada, partiram os mais afetados e, em seguida, a maioria dos prejudicados com o colapso econômico, para a adoção de políticas de autodefesa. Defesa da economia, da sociedade e da política interna e externa. Não seria demais ressaltar que a atitude supramencionada, preponderante naquele momento histórico, nada mais foi do que a reação automática dos ora governos a um Estado que não mais poderia caminhar sem o auxílio a setores até então entregues à própria sorte, vale dizer, deixados à mercê do livre comércio e da livre oferta e procura de mercado. E este, até ali condutor mor do Estado, abria então espaço para um novo modelo estatal, isto é, para uma nova política econômica, a qual perduraria em numerosas nações por belas décadas, alterando substancialmente sua estrutura fundamental, até aquela data, calcada na liberdade de mercado e no Estado extremamente reduzido, reservado às tarefas mínimas de garantia à boa e fiel fruição daquele mesmo mercado. Foi assim implantada, em diversos países, máxime os mais diretamente afetados pela crise mencionada, política um tanto quanto intervencionista e, em interpretação preliminarmente ampla e genérica, quase que diametralmente oposta ao que vinha sendo pregado e utilizado pelos Estados até a Grande Crise dos Anos 30. Dessa verdadeira e necessária reação aos então tempos sombrios trazidos pela grande depressão da época, há as origens principais do Estado Social, ou de Bem-Estar Social, ou, ainda, do *Welfare State*. Um Estado que não cumprisse seu papel social não era mais interessante, visto que a garantia à educação, à saúde, ao emprego, à previdência, etc., passou a ser concebida, naquele momento, como imperativo existencial, sem o que uma nação se poderia encontrar fadada aos ataques inexoráveis de um mercado selvagem e ávido por crescimento e desmedida ascensão, sem qualquer tipo de defesa e proteção de sua população. A Grande Depressão, apesar de ter sido, fundamentalmente, uma crise do mercado, foi, paralelamente ou, antes de tudo, uma crise do Estado Liberal. E tal crise findou por trazer uma série de consequências e desdobramentos, um dos quais o fortalecimento prático, em determinados Estados-nação, do que já se valorizara a nível constitucional em diversos países (México, 1917; Alemanha, 1919; e, entre outros, Brasil, 1934), ou seja, do Estado Social, que no século passado procurou proteger os direitos sociais e promover o desenvolvimento econômico, assumindo, na realização desse novo papel, três formas: a do Estado do Bem-Estar

nos países desenvolvidos, mormente na Europa; a do Estado Desenvolvimentista nos países em desenvolvimento; e a do Estado Comunista nos países em que o modo de produção estatal tornou-se dominante⁴.

O Estado do Bem-Estar Social e as medidas que lhe foram seguidas geraram uma considerável melhoria do desempenho das economias nacionais. A teoria segundo a qual o Estado teria um papel estratégico na promoção do progresso técnico e da acumulação de capital, além de a ele caber a responsabilidade principal pela garantia de uma razoável distribuição de renda, adquiriu enorme valia nos Anos 50. Cumpre lembrar, entretanto, que, como observado anteriormente, a modernidade não atingiu de forma equânime os variados países adotantes da política de bem-estar social, muitos deles experimentando modelos ora intermediários, ora ilusórios do que se chamava, em tempos de maciça intervenção estatal estratégica e estrutural, modernidade. E, *a priori*, tal variação entre as políticas sociais implantadas em países de primeiro e terceiro mundos, foi fator decisivo para a crise que sucedeu o Estado de Bem-Estar, uma vez que a caminhada e a chegada do neoliberalismo e, por conseguinte, de seus efeitos, fizeram-se valer de forma mais avassaladora e cruel nas nações em que o chamado bem-estar não havia fixado raízes estáveis, sólidas e profundas. Basta verificar, ao final do século passado, diferentes consequências da invasão neoliberal em países como o Brasil e, *exempli gratia*, em países desenvolvidos do continente europeu, quais sejam, Inglaterra, França, Itália, dentre outros. Por mais que problemas fossem vistos e estivessem presentes em variados Estados, em alguns esses foram mais agressivos, dadas as lacunas e as fendas estruturais em um processo falho de montagem de bases do genericamente chamado *Welfare State*. De todo modo e, em que pese a alternância e a variabilidade dos reflexos do Estado Social nos mais diversos povos, tal modelo estatal (e suas respectivas características) foi, conforme apenas anunciado, em razão de naturais problemas que paulatinamente vinham à tona, sendo gradativamente apunhalado por seus próprios ideais e objetivos, os quais não mais se coadunavam com uma promissora sociedade global concorrencial e em constantes mutações, a principal delas decorrente do recrudescimento e retomada de força dos poderes da livre iniciativa e concorrência, agora mais intensos e na revigorada figura de uma economia de mercado globalizada. E um

4 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A Reforma do Estado dos Anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle**. p. 12.

Estado Intervencionista, de fator de desenvolvimento, transforma-se em ferrenho obstáculo ao mesmo.⁵ Pois, tomara o Estado Social feição burocrática, ou seja, tornava-se um Estado Social-Burocrático.⁶ Nesta linha, as transferências do Estado foram sendo capturadas por interesses especiais de empresários, juntamente com uma classe média tecnocrata e burocrata, públicos. As empresas estatais, as quais, em um primeiro momento, revelaram-se um poderoso mecanismo de realização de poupança forçada, já que realizavam lucros monopolistas e os investiam, foram aos poucos vendo esse papel se esgotar, “ao mesmo tempo que sua operação se demonstrava ineficiente ao adotar os padrões burocráticos de administração”.⁷ O Estado Social, outrora salvador da crise de mercado do Estado Liberal, começava a mostrar limitações gerenciais variadas. Ademais e, paralelamente, em consequência de todos os fatores supra-aludidos, o Estado Social inexoravelmente caminhou para uma significativa crise fiscal, a qual, logo de início, no princípio dos Anos 80, amoldava-se e adquiria a forma de uma crise da dívida externa, com endividamentos consideráveis, boa parte dos quais comprometedores de inúmeras funções estatais e, por conseguinte, do próprio desenvolvimento e crescimento econômico em múltiplos países, ainda mais naqueles em que investimentos de infraestrutura desenvolvimentista foram capengas e/ou insuficientes.

Enfim e, no cenário neste artigo muito brevemente esboçado, agravando toda a crise que então despontava e representando o colapso dos tempos do Estado Intervencionista e de Bem-Estar, cabe destacar que o nascedouro processo de globalização⁸ anunciava uma dupla pressão sobre o Estado: enquanto, de um lado,

5 Somente no Leste e Sudeste Asiático a crise é entendida, por Luiz Carlos Bresser Pereira, como mitigada, evitando-se uma real crise do Estado. Entretanto, mesmo nestas localidades, em meados dos Anos 80, economias como as do Japão e da Coreia já iniciam sinais de esgotamento do modelo estatista de desenvolvimento (PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A Reforma do Estado dos Anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle**. p. 12).

6 “(...) na medida em que, para promover o bem-estar social e o desenvolvimento econômico, contratava diretamente, como funcionários públicos, professores, médicos, enfermeiras, assistentes sociais, artistas etc. (...)” (PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A Reforma do Estado dos Anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle**. p. 13). Como se verá adiante, a burocracia exacerbada implantada veio a intensificar os anseios por uma administração pública gerencial, mais eficiente e, naquele contexto histórico, comprometida com o que se entendia por interesse público.

7 Já se mostrava necessária a substituição deste modelo de administração por uma efetiva administração pública gerencial (PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A Reforma do Estado dos Anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle**. p. 13).

8 O processo de globalização nada mais foi que uma mudança quantitativa gradual, que, ao final do século findo, transformou-se em uma mudança qualitativa da maior importância. Quanto às suas consequências, que se fizeram visíveis desde setores sociais, políticos e econômicos, até setores jurídicos e culturais, comporta destaque, de acordo com o já sustentado, a mudança nos eixos e conceitos da palavra cidadania. O cidadão atual, antes de um cidadão nacional, aparece como uma personalidade mundial, inserida em um contexto não mais local e, sim, abertamente global. Esta foi uma das razões para o surgimento de inúmeras correntes defensoras da cidadania clássica, sendo também encaradas como pano de fundo para a proteção indireta dos Estados-Nacionais –

manifestava-se como um novo desafio, qual seja, a da continuidade de proteção e oferta de garantias, por parte do Estado, aos seus cidadãos, de outro lado exigiu maior força deste mesmo Estado, o qual também deveria ser mais barato e mais eficiente na realização de suas tarefas, favorecendo assim as empresas nacionais, as quais já passavam a sujeitar-se a uma concorrência extremamente mais dura a nível global.⁹ A chegada, assim, do neoliberalismo poderia espantar os mais desinformados, mas, em verdade, nada mais foi, mais uma vez na história das nações, do que uma radical reação a um modelo de Estado que não mais cumpria suas obrigações essenciais, altamente modificadas pela nova realidade que então começava a viger. Não obstante, o neoliberalismo, apesar de sempre apresentar-se associado ao período histórico equivalente à queda do Estado de Bem-Estar Social, remonta suas origens ao segundo Pós-guerra, na região da Europa e da América do Norte, domínios mores do capitalismo. *O Caminho da Servidão*, de Friedrich Hayek, escrito em 1944 e publicado na Inglaterra, foi seu texto de origem, quedando-se imprescindível notar seu caráter francamente liberal, vale dizer, um “ataque apaixonado contra qualquer limitação dos mecanismos de mercado por parte do Estado”¹⁰. A hegemonia do neoliberalismo como ideologia assim passou a ser questão de tempo e paciência. Aguardando o esgotamento do temido *Welfare State*, ansiando pelo retorno integral do poder às mãos do mercado, seus adeptos apenas vislumbravam os novos tempos que gradativamente se aproximavam. Além da defesa de uma desigualdade considerada essencial e do intenso combate ao intervencionismo estatal, os neoliberais introduziam-se sob a égide de suas metas e características básicas. Nestes termos, adotavam a primordial meta da estabilidade monetária, devendo esta, portanto, ser o principal objetivo de qualquer governo. Mas, para alcançar e atingir tal meta, afigurava-se necessária “uma disciplina orçamentária, com a contenção dos gastos com

principalmente os concorrencialmente mais debilitados – os quais se viam e continuamente se veem entregues e relegados à própria sorte internacional. Como simples exemplo, a contemporânea problemática dos refugiados, em que movimentos inversos de repulsa fazem países quererem fechar suas fronteiras para a entrada de novos grupos e pessoas estrangeiras. Para análise do tema, entre outros autores a serem ainda, mais adiante, citados e utilizados, conferir específico trabalho de Luigi Ferrajoli: FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 03. ed. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

9 A homogeneidade do consumo, por alguns chamada de uma “nova fase de difusão do american way of life” ou “mcdonaldização do consumo”, pode ser observada nos dizeres de José María Gómez: GÓMEZ, José María. **Política e democracia em tempos de globalização**. Petrópolis: Editora Vozes, 2000.

10 SADER, Emir, GENTILI, Pablo. **Pós-Neoliberalismo - As políticas sociais e o Estado democrático**. 04. ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1998, p. 09. E: HAYEK, Friedrich. **O caminho da servidão**. 03. ed. Tradução de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

bem-estar, e a restauração da taxa 'natural' de desemprego, ou seja, a criação de um exército de reserva de trabalho para quebrar os sindicatos. Ademais, reformas fiscais eram imprescindíveis, para incentivar os agentes econômicos¹¹. Desta maneira, reduções de impostos sobre os rendimentos mais altos e sobre as rendas seriam automaticamente implantados. O estado de estagflação se interromperia e o crescimento enfim retornaria a seus trilhos, quando a estabilidade monetária e os incentivos essenciais houvessem sido restituídos.

Relativamente à entrada, ou seja, adoção do modelo neoliberal em diversos países, cumpre ressaltar a influência de um decisivo fator, o qual serviu como pilar sustentador de uma efetiva implantação e adoção da política neoliberal: a hiperinflação. Taxas de inflação demasiadamente altas conduzem a reações sociais, as quais veem, no neoliberalismo¹², uma opção de cura, um remédio ou, ao menos, uma válida tentativa de reduzir drasticamente processos inflacionários amplamente descontrolados. Surgia, por corolário, aquilo de que os neoliberais mais necessitavam, isto é, a legitimidade para suas condutas, ações e medidas, as quais passariam a ter o amparo e a esperança popular, supostamente induzida por uma ideia de fim da inflação, com célere progresso e estabilidade econômica. Ressalte-se, para Luiz Carlos Bresser Pereira¹³, a superação da forma burocrática de administrar o Estado fundou suas causas nos custos crescentes, na baixa qualidade e na ineficiência dos serviços sociais prestados pelo Estado por meio do emprego direto de burocratas estatais.

Contudo, embora todo o anteriormente exposto tenha tido um simples, mas aqui reputado fundamental, objetivo de expor, de forma um tanto quanto linear, uma evolução de políticas preponderantemente incidentes no mundo ocidental, sobretudo no decorrer do século XX, outras colocações merecem destaque. E, mais precisamente, colocações voltadas para o último período que se pretendeu, célere e recortadamente avaliar, as quais demonstrarão que outros tipos de respostas para a crise do Estado burocrata, inchado, repleto de atribuições sociais e intervencionistas, também surgiram. Assim, ressalte-se, as mencionadas respostas à crise e à acima citada superação da forma burocrática

11 SADER, Emir, GENTILI, Pablo. **Pós-Neoliberalismo - As políticas sociais e o Estado democrático**. p. 11.

12 Ou em qualquer política que venha a proporcionar uma redução nos índices de inflação, o que, tradicionalmente, encontra amparo em políticas de cunho minimamente liberal.

13 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A Reforma do Estado dos Anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle**. p. 15.

de administrar o Estado, as quais ganharam considerável amplitude, graças à veloz difusão de ideias e informações crescentemente vivenciada, até os dias atuais, abraçando uma série de países, não se limitaram única e exclusivamente aos extremos anseios de uma camada e grupos sociais defensores da onda neoliberal. *A contrario sensu*, saliente-se e, acrescente-se, variaram de acordo com a filiação ideológica de cada grupo. Nesta perspectiva laboral, apontam-se, exemplificativamente, na presente produção, quatro grupos distintos, reputados à época hábeis a trazer as ditas respostas à crise do então Estado Intervencionista em crise: a esquerda tradicional, a centro-esquerda pragmática, a centro-direita pragmática, e a direita neoliberal.

Primeiramente, assim, no tocante à chamada esquerda tradicional, algumas considerações devem ser tecidas. Inolvidável que, o contexto histórico que um dia (talvez) lhe tenha sido favorável esvaiu-se implacavelmente pelo poder dos fatos e acontecimentos supedâneos e sucedâneos. Sua estrutura então arcaica e populista entrou em inestimável crise, engessando seus ideais e a direcionando a um quase que inexorável, esgotamento. Seus principais alicerces e exemplos práticos entraram em corrosão e começaram a ruir com a mitigação da Guerra Fria – disputa mundial liderada por Estados Unidos da América (EUA), de um lado e, de outro, pela até então existente União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (U.R.S.S.) – e gradual evolução de regimes majoritariamente capitalistas, os quais influenciaram toda uma nova dinâmica do mercado mundial. O mundo atual e a sua história recente são prova cabal de que venceu a economia de mercado e, muito embora adeptos e seguidores teóricos de correntes de esquerda permaneçam, na esfera prática, o capitalismo, cada vez mais, avança sobre o que ainda resta de ilustrações socialistas. Da *Perestroika* e queda do Muro de Berlim, à maior e gradual abertura chinesa e, mais recentemente, de Cuba, na América Central, não é tormentoso comprovar o que apenas se afirma. A título de mero reforço, realce-se que não foram poucas nem reduzidas as causas dessa exclusão e afastamento da esquerda-tradicional do processo de razão no que se referia às prementes reformas nos débeis aparelhos estatais da época. O entendimento que prevaleceu foi o de que a referida esquerda tradicional diagnosticou, errônea e equivocadamente, a crise do Estado Social. Pois não teria sido esta causada por interesses externos, tais como, em um primeiro momento, por práticas

imperialistas e, em seguida, pela globalização. Frise-se, não se pode acolher visão simplista que venha a detonar o processo de globalização, apontando-o como fundamental e exclusivo motivo ensejador de crises nos mais variados Estados. Em que pese possam ser corroboradas as várias influências da globalização sobre numerosos setores sociais, no âmbito de cada Estado-nação, não pode ser essa mesma globalização responsabilizada, ou seja, reputada como causa de todos os malogros e percalços econômicos e sociais de um Estado, máxime o antecedente ao advento moderno e contemporâneo da onda globalizante. Cada Estado, conforme suas características, regimes e políticas, vivenciou seus problemas e esgotamentos, sendo realmente reducionista uma ideia tão limitada, como a acima apenas anunciada e que, dados os fins maiores deste breve artigo, não comportam um aprofundado tratamento neste momento.

Se os céleres comentários supra são um pequeno esboço dedicado à referida esquerda tradicional, partindo para ideologia figurada em extremo oposto à dita esquerda, de acordo com uma então direita neoliberal, com características também previamente já aduzidas, todas as reformas orientadas para o Estado, as quais, inclusive, ajudou a formular, trariam automaticamente a retomada do desenvolvimento, desde que estivessem firmemente direcionadas para seus objetivos mores, quais sejam, o Estado mínimo e o pleno controle da economia pelo mercado. Um direcionamento rumo às privatizações, liberalizações, desregulações e, por fim, flexibilizações de mercados de trabalho, sempre calcadas em princípios tendentes a extremos no que diz respeito a direitos de liberdade, amplamente considerados.

Enfim, a intitulada centro-esquerda pragmática, social-democrática ou social-liberal, logrou identificar a ora examinada Grande Crise estatal da segunda metade do século passado e a inseriu em uma redoma denominada Crise do Estado. Adotou as propostas da centro-direita pragmática, ao inserir na supracitada redoma a obediência aos fundamentos macroeconômicos – isto é, políticas econômicas que envolvem ajuste fiscal, políticas monetárias apertadas, preços de mercado, taxas de juros positivas mas moderadas e taxas de câmbio realistas – e a realização de reformas orientadas para o mercado¹⁴. E, apesar de muitas

14 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A Reforma do Estado dos Anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle**. p. 15.

das aspirações centro-direitistas – a seguir também analisada – aproximarem-se consideravelmente do modelo neoliberal clássico, defendia e promovia a ideia de acordo com a qual o mercado, isoladamente, não seria capaz de promover nem o desenvolvimento, nem o equilíbrio e a paz social.

Destarte e, de fato, não se poderia prescindir de reformas direcionadas para o mercado; entretantes, deveriam ser desprovidas e desvinculadas do radicalismo neoliberal. Um retorno ao Estado mínimo, predominante no século XIX, estava totalmente descartado, por ser notória e manifestamente inviável. E qual seria então a real, eficaz e efetiva solução? Para a dita centro-esquerda pragmática, a reconstrução do Estado. Criar-se-ia um novo ciclo, para que o Estado pudesse retomar atividades de complementação e correção das falhas do mercado, mesmo que com a manutenção de um perfil mais modesto de intervenção do que o empregado no ciclo anterior.¹⁵

E, em complemento, mesmo considerando os fitos bem definidos e delimitados deste trabalho, o que seria a reconstrução do Estado? Em brevíssimos dizeres, nada do que: a) a recuperação da poupança pública e superação da crise fiscal; b) a redefinição das formas de intervenção no econômico e no social por meio da contratação de organizações públicas não estatais para executar os serviços de educação, saúde e cultura; e c) a reforma da administração pública com a implantação de uma administração pública gerencial¹⁶.

Finalmente, a denominada centro-direita pragmática, em meados dos anos 90, atendo-se para o fato de as ideias propagadas pela centro-esquerda pragmática estarem corretas, filiou-se às mesmas, adotando a política da reforma ou da reconstrução do Estado. Com isso, formou-se e solidificou-se uma significativa coalizão de centro-esquerda e de centro-direita, comprovada, em termos práticos, mas com respeito, sempre, à complexidade política e econômica de cada Estado, em uma série de países, um dos quais, na opinião deste autor, o próprio Brasil da primeira década do século XXI¹⁷. Portanto, a previsão de um Estado Social-

15 Vale assim dizer que, para esta corrente ideológica, por mais que o esgotamento e nítido cansaço do modelo do Estado Intervencionista o levasse a uma inevitável substituição, o modelo futuro não deveria ser radicalmente oposto ao anterior. Desta forma, com moderação e cautela, poder-se-ia perseguir o máximo de qualidade, sem abdicação total a preceitos e conteúdos vigentes em um Estado Social, aparentemente ultrapassado.

16 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A Reforma do Estado dos Anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle**. p. 17.

17 E, novamente, eis o exposto por Luiz Carlos Bresser Pereira, *in verbis*: "(...) uma coalizão que levou os governos, na América Latina, no Leste Europeu, em um grande número de países em desenvolvimento na Ásia, e mesmo nos

Liberal¹⁸ não foi um desperdício teórico e, certamente, concretizações variadas deram sustentáculo a modelos ora mais, ora menos intensos e aplicadores de suas características básicas. E sua previsão e sua defesa não deixaram de ser uma confirmação da visão de que, embora a crise do Estado-Social tenha feito transparecer todas as suas mazelas e limitações, seu modelo não foi totalmente permeado por defeitos e insucessos. Da mesma forma que o Estado Liberal oitocentista, cujas políticas e princípios vieram a ser os principais responsáveis pela Grande Depressão dos Anos 30, tendo visto sua estrutura básica drasticamente substituída pelo então entendido imprescindível Estado Intervencionista, também não foi marcado pela total e incontestável ineficiência.

De qualquer maneira, se todo o até aqui exposto apenas enumerou, de maneira pretendida veloz, mas com corpo expositivo, de acordo com o já afirmado, linear e evolutivo, tal escolha, inclusive metodológica, teve o escopo maior de criar condições didaticamente básicas para o prosseguimento da análise do Estado regulatório brasileiro, que se manteve, mesmo após a mudança política de 2002, a partir da qual, embora novas propostas de ação estatal mais presentes tenham sido implantadas, o modelo regulatório instaurado no país, máxime no final da década de 90, do século XX, foi preservado, pelo menos em sua essência e elementos fundamentais. E tal preservação, sem dúvida, trouxe desdobramentos variados, alguns dos quais a serem aqui examinados, no afunilamento proposto. Mais especificamente, aqueles decorrentes do poder normativo da Agência Reguladora de Saúde – pinçada por mera escolha e opção

países desenvolvidos, a promoverem a reforma do Estado para torna-lo menor, mais voltado para as atividades que lhe são específicas, que envolvem poder de Estado, mas mais forte, com maior governabilidade e maior governança, com mais capacidade, portanto, de promover e financiar, ou seja, de fomentar a educação e a saúde, o desenvolvimento tecnológico e científico e, assim, ao invés de simplesmente proteger suas economias nacionais, estimulá-las a serem competitivas internacionalmente. Delineia-se, assim, o Estado do século vinte-e-um. Não será, certamente, o Estado Social-Burocrático, porque foi esse modelo de Estado que entrou em crise. Não será também o Estado Neoliberal sonhado pelos conservadores, porque não existe apoio político nem racionalidade econômica para a volta a um tipo de Estado que prevaleceu no século dezenove. Nossa previsão é a de que o Estado do século vinte-e-um será um Estado Social-Liberal (...)" (PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A Reforma do Estado dos Anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle**. p. 17-18.).

18 Com relação ao Estado sob foco, segue o mesmo autor, apontando quais seriam os componentes ou processos básicos da reforma do Estado dos Anos 90, que conduziram ao Estado Social-Liberal do século XXI. Seriam quatro: a) a delimitação das funções do Estado, reduzindo seu tamanho em termos principalmente de pessoal (programas de privatização, terceirização e "publicização"); b) a redução do grau de ingerência do Estado ao efetivamente necessário, através de programas de desregulação; c) o aumento da governança do Estado, ou seja, da sua capacidade de tornar efetivas as decisões do governo (ajuste fiscal, reforma administrativa rumo a uma administração pública gerencial etc.); e d) o aumento da governabilidade, ou seja, do poder do governo (PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A Reforma do Estado dos Anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle**. p. 19).

do aqui autor, principalmente por entender altamente proveitosa a exemplificação daquela decorrente –, qual seja, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), em constante embate com o princípio da legalidade e a tão importante função judicante, corolário natural do poder jurisdicional.

No capítulo subsequente, assim, valendo-se, inclusive, de relevante exemplo norte-americano, inspirador para a adoção da figura das Agências Reguladoras no Brasil, far-se-á pontual avaliação de como o Poder Judiciário nacional, atualmente, após aproximadas duas décadas de existência das referidas Agências, robustamente encara o papel regulador no país. E base teórica, também atual, norte-americana, será de grande valia para que um, ainda que breve, paralelo, possa ser estabelecido entre os dois países, fato, certamente, indutor e provocativo a futuras pesquisas sobre o tema, apesar de também já conclusivo, para os fins maiores, neste artigo, pretendidos.

Que então se examinem a relação entre lei, regulação e Poder Judiciário brasileiros.

O EXEMPLO DO PODER NORMATIVO DA AGÊNCIA REGULADORA SOB A ÓTICA DA FUNÇÃO JUDICIAL E DA LEGALIDADE EM MATÉRIA DE SAÚDE NO BRASIL: CONCLUSÕES SOBRE A COMPARAÇÃO COM O MODELO NORTE-AMERICANO ATUAL E EM VIGOR

Feitas as considerações antecedentes e montadas as bases do capítulo primeiro, o caminho a ser ora seguido remete, logo de início, a uma abordagem essencial, a saber, a relativa ao tradicional e clássico princípio da legalidade. O exame apenas reforçará suas bases já bastante, máxime juridicamente, conhecidas, mas reputadas relevantes para se contraporem ideias subsequentes. Nesse sentido, a avaliação será pontual, breve e de cunho meramente introdutório ao que se seguirá.

Levando-se em conta a supremacia do Documento Constitucional pátrio na ordem normativa nacional, mostra-se oportuno e condizente com os objetivos propostos a apreciação exordial do princípio da legalidade nos moldes do presente no corpo de nossa Constituição, a qual, como não poderia deixar de ser, não o desprezou.¹⁹ Assim, não se limitando a meramente prevê-lo no bojo

¹⁹ Isto porque, entre várias previsões a serem, a seguir, lembradas, logo no artigo 1º, a Carta Magna assim estatui: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal,

de suas normas, inseriu-o no rol de direitos e garantias individuais, elevando-o à categoria de direito fundamental no Brasil. Nestes termos, o inciso II, do artigo 5º, da Constituição brasileira vigente, estatui, *in verbis*, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Destarte, nos lindes a ele conferidos pela Constituição, somente a lei pode obrigar alguém a realizar ou não realizar algo. E, frise-se, por lei há de se entender todo trabalho organizado, regulado, de forma primária, pelas normas da Constituição vigente e, secundariamente, pelas regras e princípios emanados dos Documentos Magnos de cada membro da Federação, sejam eles Estados, Municípios ou Distrito Federal, além de proveniente dos órgãos legislativos respectivos.²⁰ Em resumo, lei é o resultado máximo da labuta do Poder Legislativo, possuidor predominante da função legiferante. O princípio da legalidade, genericamente tratado, conforme neste momento se objetiva abordar, é pressuposto mor de um Estado de Direito, vale dizer, calcado na lei, e onde somente esta pode obrigar ou desobrigar.²¹ Frise-se, essa é a orientação fornecida pela Constituição de 1988, a qual, por sua vez, permite desdobramentos múltiplos, dada a magnitude do princípio.²² Assim é que, entre outras, pode-se, outrossim, atingir nuanças do princípio em voga, máxime quando de sua utilização e invocação no âmbito da Administração Pública brasileira. Nesse viés, conforme já salientado, o artigo 5º,

constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)”. É de notar-se, por corolário, que foi a legalidade alçada à categoria de condição indispensável à manutenção da República brasileira.

20 Luís Roberto Barroso assim se posiciona: “Lei não é qualquer ato de vontade emanado dos agentes públicos estatais, mas, ao revés, identifica uma peculiar espécie normativa, dotada de caráter geral e abstrato, normalmente produzida no órgão de representação popular, isto é, o Legislativo”. E, continuando, aduz: “Nos países em que o direito se filia à tradição romano-germânica, como é o caso do Brasil, somente a lei está apta a inovar, originariamente, na ordem jurídica” (BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 166).

21 “(...) Com o primado da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei, sendo assegurada ao particular a possibilidade de recusar as imposições estatais que não respeitarem o devido processo legislativo” (MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 197).

22 Paralelamente, a título de acréscimo à célere abordagem inicial do princípio, abordagem faceta que há tempos também merece realce é a perquirida por Germana de Oliveira Moraes. Frise-se, apesar de não ser objeto de pesquisa no presente esboço, o entendimento proferido pela referida autora praticamente inaugurou vertente de estudo, no país, sobre a relação mais próxima entre regras e princípios jurídicos, entretanto, no âmbito do Direito Administrativo, tão tradicionalmente vinculado à legalidade em sentido mais estrito. Realçando a participação também da princiologia jurídica no âmbito do referido ramo do Direito, a mencionada autora teoricamente consolidou uma diversa abordagem do princípio da legalidade, alcançando, também, sua vertente administrativa. Com efeito, conclui que: “Ao ordenar ou regular a atuação administrativa, a legalidade não mais guarda total identidade com o Direito, pois este passa a abranger, além das leis – das regras jurídicas, os princípios gerais de Direito, de modo que a atuação do Poder Executivo deve conformidade não apenas à lei, mas ao Direito, decomposto em regras e princípios jurídicos, com a superação do princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade” (MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Editora Dialética, 1999, p. 23.). Para mais recente e específica abordagem do tema: BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 02. Ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

inciso II, da Constituição nacional, traz a geral concepção do princípio, o qual comporta, contudo, especializações e particularizações diversas, facilitadoras de sua aplicação prática. Em seara penal, *exempli gratia*, é sabido da totalidade dos criminalistas e estudiosos pátrios que não pode haver crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.²³ Ainda a título exemplificativo, nos confins do Direito Financeiro e Tributário encontra-se, da mesma forma, a necessidade de respeito à legalidade, visto que, nos termos do artigo 150, inciso I, da Carta Constitucional brasileira, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça. Enfim, entre outros exemplos, na esfera do Direito Administrativo, o Art. 37²⁴ da Constituição da República prevê o princípio da legalidade, que, aplicado ao administrador público, representa a ideia maior segundo a qual somente pode este agir de acordo e em estrita conformidade com a lei. Assim, imprescindível apontar o princípio da legalidade como também condicionante das atividades da Administração Pública. Neste sentido, o Administrador Público deve respeito incondicional à lei, seja no exercício de suas atribuições discricionárias, seja no de seus atos vinculados.

De todo modo, esta breve introdução tem por fim um objetivo específico: recordar o confronto crescente entre a força e a magnitude da lei nos moldes acima demonstrados, e o poder normativo conferido às chamadas Agências Reguladoras, instituições criadas para serem dotadas de técnica e capacidade especificamente voltadas para temáticas relacionadas ao controle, fiscalização e, entre outras funções, regulação e regulamentação²⁵ de atividades outrora exercidas e executadas pelo Estado e que passaram para as mãos de terceiros, ou seja, do setor privado. E, frise-se, tudo isso nascendo, em um primeiro momento, sem desrespeitar o princípio da legalidade, examinado nas linhas antecedentes.

23 Art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição de 1988.

24 “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...)”.

25 Respeitadas as distinções formais entre o poder regulamentar do administrador público, de conceituação ligada ao Direito Administrativo, e o poder regulatório, também conceitualmente ligado ao mesmo Direito Administrativo, mas com maior proximidade com a vertente dita regulatória, neste artigo não haverá espaço para distinções formais e teóricas entre as expressões e vocábulos, podendo ocorrer de as palavras *regulamentação* e *regulação*, no tocante à figura de Agências Reguladoras, serem usadas como sinônimas. Entretanto, o leitor poderá perceber quando o ora autor pretender igualar ou diferenciar o poder regulamentar do poder regulatório, em sentido estrito de análise dos dois poderes.

Pois a ideia básica seria a de atuação regulatória com base na lei. Mas, de acordo com o neste artigo especificamente examinado, a regulação pretendida findou por, gradativamente, ser questionada e, sobretudo, não adequadamente utilizada e, até mesmo, bem aproveitada pelo Poder Público brasileiro, principalmente, pelo Poder Judiciário, provocado para decidir sobre conflitos que traziam à tona embates políticos e jurídicos sobre normas oriundas de Agências Reguladoras e normas diretamente derivadas da função legiferante tradicional, ou seja, aquela emanada do Poder Legislativo²⁶.

De qualquer maneira, retomando o caminho desde o início trilhado e, conforme exposto na primeira parte deste artigo, o cenário, quadro e contexto nacional e internacional favoráveis às privatizações de serviços públicos, inclusive essenciais e estratégicos, fez com que as referidas Agências Reguladoras, copiadas, a princípio e, preponderantemente, do modelo adotado nos Estados Unidos da América (EUA), fossem também instauradas no Brasil, sobretudo no final da última da década do século findo e primeiros anos do século atual. Agência Nacional de Petróleo (ANP), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), entre várias, foram sendo criadas e se encontram

26 O próprio Supremo Tribunal Federal encontra-se com tarefa decisória inglória, pois, a depender de decisão final sobre a validade ou não da Resolução nº 14/2012, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), pela qual se proíbe a venda de cigarros com sabor no país, pode ser criado imbróglio entre o referido Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional, onde tramita projeto de lei sobre o mesmo tema, assim como ser comprometido o poder normativo e regulatório das Agências Reguladoras, como um todo, no Brasil. Liminarmente, em sede de medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4.874), já foi proferida decisão para a suspensão da proibição constante da Resolução. Em resumo, questiona-se, por meio da referida Ação, a constitucionalidade do Art. 7º, da Lei Federal 9.782/99, que confere poder regulatório considerado muito extenso, pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), proponente da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Paralelamente, uma decisão final de mérito proferida no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, especificamente direcionado à Ação Direta de Inconstitucionalidade que versa, em linhas gerais, sobre a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), poderá também criar, por um lado, grande obstáculo ou, por outro, o sustentáculo ao poder normativo das Agências Reguladoras. Já se decidiu, em sede de medida cautelar nesta Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 1668-DF), com entendimento resultante de reunião plenária especificamente voltada para o exame da tutela cautelar, que, no caso específico da ANATEL, seu poder normativo, desde que, logicamente, respeitadas as leis brasileiras, estaria preservado. E tal posicionamento, desde a decisão plenária referida, é adotado para se defender, ainda que formalmente, o poder normativo das Agências Reguladoras no Brasil. Eis trecho conclusivo da decisão do Supremo Tribunal Federal na medida cautelar mencionada: “Quanto aos incisos IV e X do artigo 19, sem redução de texto, dar-lhes interpretação conforme a Constituição Federal, com o objetivo de fixar exegese segundo a qual a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado” (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno. ADIn-MC nº 1.668-DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, julgado em 20 de agosto de 1998. Publicado no Diário da Justiça em 31 de agosto de 1998.). No voto do então Ministro Sepúlveda Pertence, restou estabelecido que “(...) nada impede que a Agência tenha funções normativas, desde, porém, que absolutamente subordinadas à legislação, e, eventualmente, às normas de segundo grau, de caráter regulamentar, que o Presidente da República entenda baixar” (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADIn-MC nº 1.668-DF. Trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence.).

em plena atividade, sem previsões de sua eliminação. Entretanto, a chegada de tais Agências, no Brasil, teve circunstâncias distintas de sua chegada nos EUA. Por aquelas bandas, máxime no período Pós-guerra e com claros objetivos de reconstrução de um Estado repleto de incertezas administrativas e de problemas decorrentes do esvaziamento do Estado Liberal, as Agências significaram uma fortificação para a figura estatal. Em sua vertente moderna, surgiram, repita-se, em um momento em que se visava a um fortalecimento do Estado, disposto a investir muito mais do que investira sob a égide de comandos liberais. E ao ponto de o Direito Administrativo norte-americano ser, até os dias de hoje, um tanto quanto coloquialmente, denominado de “Direito das Agências”.

Nada obstante, em conformidade com o acima exposto, esteja-se associando o surgimento moderno²⁷ das Agências Reguladoras nos Estados Unidos da América no período Pós-guerra (2ª Grande Guerra), com o advento de políticas como a do *New Deal*, o surgimento da primeira Agência Reguladora norte-americana remonta ao ano de 1887²⁸. Esta a razão pela qual se utilizou, anteriormente, a expressão “vertente moderna”, a fim de deixar claro o modelo que se quer, aqui, referenciar. Por outro lado, no Brasil, as Agências Reguladoras, conforme acima já anunciado, surgem em época relacionada a um verdadeiro desmantelamento do Estado brasileiro. Mais precisamente, em período em que as políticas governamentais, fortemente influenciadas pelas ondas neoliberais e globalizantes, precisavam

27 Países como Inglaterra tiveram experiência prévia com a figura das Agências, ainda que na modalidade chamada executiva e, não necessariamente, regulatória, diferenciação que não será enfrentada neste Artigo. “A ideia básica do Ministério da Administração e Reforma do Estado (oriunda da experiência da Reforma Inglesa, além da experiência americana, Francesa e da Nova Zelândia) era que houvessem unidades da Administração com alto padrão de excelência (...)” (SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, privatização, concessões e terceirizações**. 03. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000, p. 248).

28 Tratou-se da *Interstate Commerce Commission*, voltada para a regulamentação dos serviços interestaduais de transporte ferroviário. Foi substituída, em 1995, pela *Surface Transportation Board* (STB), criada pelo *Interstate Commerce Commission Termination Act*. E, ainda sobre as Agências Reguladoras nos Estados Unidos da América, vale conferir, entre outros, os seguintes estudos: SUNSTEIN, Cass R. **O constitucionalismo após o New Deal**. In: MATTOS, Paulo (Coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004; ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002; e SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, privatização, concessões e terceirizações**. 2000. Muito embora escape dos fins deste trabalho, ressalte-se, desde já, que o Direito Administrativo estadunidense foi enrobustecido pelo APA (*Administrative Procedure Act*), de 1946, que teve o principal fito de uniformizar o procedimento de decisões administrativas, sobretudo das Agências, denominando-se *rulemaking* o procedimento de criação das normas pelas Agências Reguladoras daquele país e que, a partir, então, do APA, passaram a se submeter, de forma mais precisa, ao controle judicial formal, pelo qual atos agenciais poderiam ser considerados, também, contrários à referida Lei de Procedimentos (APA) e, portanto, ilegais. Sucederam-se várias outras normas – as quais não serão aqui citadas, nem, muito menos, esmiuçadas, por questões, principalmente, ligadas ao tema e sua respectiva delimitação – e, enfim, neste momento se ressalta, também, o CRA (*Congressional Review Act*), de 1996, pelo qual passaram as duas Casas Legislativas federais norte-americanas a poderem vetar, com confirmação presidencial (sanção) posterior, normas de regulação criadas pelas Agências Reguladoras.

esvaziar as funções estatais, diminuir o peso sobre o Poder Público, a fim de, a partir de revigorada concepção de um Estado Mínimo, permitir que a iniciativa privada aumentasse seu papel e participação em negócios e serviços, até então tradicionalmente sob o comando estatal. As Agências, assim, surgiram no país, na conjuntura mencionada, com o fito de serem o apoio técnico para, novamente, frise-se, o controle, a fiscalização e a regulamentação das atividades – muitas das quais entendidas como serviços essenciais e/ou estratégicos, tais como transporte, saúde, telecomunicações, exploração de petróleo em território nacional, etc. – que passaram a ser exercidas pelo setor privado.

Entretanto e, tendo em vista os objetivos aqui pretendidos, imperioso salientar que, no tocante, especificamente, à atividade normativa, décadas após a criação e o funcionamento de inúmeras Agências Reguladoras no Brasil, o cenário criado e atualmente vigente pode ser reputado um pouco desolador, se se defender a relevância e a importância do poder técnico e da capacidade institucional das referidas Agências, em face, por exemplo, do Poder Legislativo, a quem compete criar leis, de caráter mais abstrato e amplo; e do Poder Judiciário, a quem compete julgar, com base nas leis, mas também, com o apoio que deveria ser entendido como fundamental e indispensável do corpo técnico mais capaz para auxiliar um magistrado, com presumido alto grau de técnica jurídica, mas, não necessariamente, por óbvio, em matérias que naturalmente escapam do universo jurídico e se referem a outros ramos e áreas do saber humano. Assim, a título não somente de ilustração, mas também de respeito ao recorte temático escolhido, o caso de decisões judiciais, no Brasil, que envolvem matérias de grande especificidade na área médica, é paradigmático para demonstrar fenômeno parcialmente oposto²⁹ ao vivenciado nos EUA, inclusive nos dias de hoje, onde o por lá intitulado Estado Administrativo possui força tal que se pode, até mesmo, usar a expressão "*Law's Abnegation*", ou seja, em tradução livre, "abnegação da lei" a partir de transcrição de parte central do título de obra recente de Adrian Vermeule³⁰. Em dizeres mais precisos, a indicação de

29 Seria sobremaneira temerário, em uma breve comparação entre Brasil e Estados Unidos (EUA) no tocante ao funcionamento dos respectivos Estados Administrativos, sobretudo a partir do exemplo das Agências Reguladoras, taxar casos como diametralmente opostos, pura e simplesmente. Na realidade, a ideia pode ser de oposição, mas, não necessariamente, de situação que indique características idênticas e capazes de permitir uma oposição perfeita de ideias. A complexidade dos funcionamentos institucionais dentro de cada ordenamento jurídico e social é fato incontroverso e precisa ser atentamente respeitado.

30 VERMEULE, Adrian. **Law's abnegation: from Law's Empire to the Administrative State**. Cambridge,

que o poder de instituições técnicas nos EUA possui tamanha força, que pode levar a uma, quiçá, abnegação, afastamento ou preferência de normas técnicas, não oriundas do Poder Legislativo da União, nem dos Estados, assim como não decorrentes de antecedentes jurídicos pautados em atos legislativos, mas, sim, de atos normativos produzidos por Agências (instituições) ligadas ao Poder Executivo e, portanto, carentes da legitimidade direta para a criação de normas.

No entanto, se críticas também são admitidas e bem construídas em território americano, o propósito de qualquer estudo no sentido do aqui selecionado como base e um dos marcos teóricos do presente artigo, é também deixarem claras a magnitude e a importância depositadas, nos EUA, pelo Poder Público e, principalmente, pelas Cortes, no trabalho normativo executado pelas ditas Agências Reguladoras. Confiança, respeito e distribuição institucional de competências e credibilidade técnica³¹. É certo que esta figura e modelo estatais, ao longo dos tempos, pode-se tornar, também um problema, mas denota, a título comparativo, uma diferenciação clara para o que foi construído no Brasil, sobretudo pelas Cortes nacionais, no que diz respeito à valorização e à credibilidade de atos normativos provenientes de Agências Reguladoras. Sobre o referido problema, debruça-se Adrian Vermeule ao aprofundar seus estudos e identificar, por exemplo, em casos por ele nomeados como de incerteza (*under uncertainty*) para a tomada de certas decisões, posicionamentos tanto de Cortes inferiores, como da Suprema Corte norte-americana, no que diz respeito ao papel de Agências³². E, esmiuçando o tema e suas análises, chega a defender a existência de “decisões racionalmente arbitrárias” (*rationally arbitrary decisions*). Em dizeres do autor citado:

As we will see, the Supreme Court has understood its proper role in such cases quite intelligently, and with surprising consistency. The Court has been very clear that agencies are to enjoy the broadest possible latitude to make predictive judgements under uncertainty, judgements that cannot be proven correct or incorrect, and that necessarily embody irreducible choices – what I will call rationally arbitrary decisions.

Massachusetts: Harvard University Press, 2016.

- 31 “Daí porque a prevenção dos conflitos é um dos principais aspectos da regulação, através da elaboração de diretrizes que traduzem os conceitos de eficiência técnica e financeira para o caso concreto do segmento regulado” (SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, privatização, concessões e terceirizações**. p. 251-252).
- 32 Vale sempre lembrar, embora já um tanto estudada, da chamada doutrina *Chevron*, decorrente do *leading case Chevron v. Natural Resources Defense Council*, a partir do que se concedeu às Agências federais norte-americanas, possibilidade interpretativa ampla relativamente a atos do Congresso dos Estados Unidos da América (EUA) que representassem alguma ambiguidade, mas desde que a mencionada possibilidade/discricionariedade interpretativo-administrativa trouxesse um resultado reputado razoável. A base, em resumo, de uma deferência judicial a decisões técnicas executivas.

E Vermeule prossegue:

There is a category of agency decisions in which it is rational to be arbitrary, in the sense that no first-order reason can be given for agency choice within a certain domain, yet some choice or other is inescapable, legally mandatory, or both.³³

Não é este o momento para se continuar o aprofundamento “*vermeuliano*” sobre o comportamento das Cortes e Agências, máxime a partir de casos concretos por ele utilizados como exemplos. De todo modo, o momento, no presente artigo, é o de, a partir, também, da certeza de o modelo norte-americano de utilização das Agências Reguladoras ser bem mais antigo, alicerçado e maduro do que o brasileiro (note-se, em tradução livre, o trecho final do texto acima, no qual se afirma que pode ser racional ser arbitrário, “... no entanto uma escolha ou outra é inescapável, legalmente obrigatória ou ambas ...”, como singela ilustração da relevância do papel e do poder e confiança depositados sobre as Agências nos Estados Unidos), extrair elementos comparativos bem delimitados para se poder chegar a conclusões do funcionamento de macro e micro instituições no país, mais precisamente, de Agências Reguladoras e do Poder Judiciário, por meio de seus órgãos e respectivas decisões. *The deference*, ou seja, a deferência existente nos confins do Direito, no sentido amplo da palavra, dos Estados Unidos da América, pode não ser realmente a mesma da que ocorre e acontece em terras brasileiras e, com maior rigor técnico, no Direito brasileiro.

Que, então, conclusivamente, proceda-se à ilustração comprobatória do que ora, reforce-se, de forma especificada, se afirma. E, realce-se, escolher-se-ão dois casos, duas jurisprudências, duas decisões, em um grande universo, as quais representarão centenas e milhares de decisões judiciais, nas quais, muito embora existissem normas técnicas específicas e emanadas, precisamente, da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) - órgão, pelas políticas governamentais e, outrossim, por lei, considerado o tecnicamente mais capaz de criar normas específicas em matéria de coberturas, procedimentos e questões médicas -, foram aquelas simples e meramente ignoradas, abandonadas ou desprezadas pelo poder judicial. Uma deferência exagerada, no Brasil, às leis, à Constituição, toda vez que questões técnicas são trazidas à análise judicial? Ou uma desconfiança

33 VERMEULE, Adrian. *Law's abnegation: from Law's Empire to the Administrative State*. p. 129.

nas normas técnicas prevalente sobre qualquer deferência? E nos EUA? Pelo anúncio acima feito, uma, quiçá, deferência maior, adequada às instituições produtoras de normas técnicas que pode, em uma análise mais acurada, chegar a se tornar excessiva, com a defesa, por Vermeule, das decisões racionalmente arbitrárias e, embora neste artigo não trabalhado, pelo que o mesmo autor sugere, chegar a precisar de, em tradução literal e livre, uma “fina revisão racional” (*thin rationality review*), com os desdobramentos judiciais da utilização do vocábulo *review*³⁴. Por fim e, paralelamente ou não, estar-se-ia diante de uma desvalorização de atividades legiferantes diversas? Conforme anteriormente já exposto, o princípio da legalidade possui sua força, entretanto, com foco aí sim direcionado, em maior grau, ao Direito nacional – uma vez que, nos EUA, de acordo com o bem exposto por Vermeule, a questão da racionalidade e existência ou não de precedentes sobre determinadas matérias, assim como inúmeros outros fatores, pode mitigar e tornar mais seletivas certas abordagens sobre a aplicação da lei e à maneira pela qual o Poder Judiciário deseja que ela seja aplicada –, perceber-se-á, em tantos e tantos casos ligados à saúde suplementar no Brasil, uma deferência muito maior e mais ampla às leis, ainda que abstratas e francamente genéricas para a solução de casos concretos específicos e com possíveis resultados encontrados em diretrizes e normas precisas e técnicas emanadas da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

As indagações e as subseqüentes colocações do parágrafo antecedente são a alavanca para que, sem delongas, proceda-se ao exame final deste artigo e, paralelamente, de acordo com o já assinalado, também a provocações a futuras pesquisas sobre o comportamento de micro e macro instituições no Brasil e, também, nos Estados Unidos da América (EUA), onde, teoricamente e a nível prático, tem-se substancial avanço em estudos e pesquisas do gênero, máxime no tocante ao

34 Para Vermeule, há uma dimensão negativa e uma positiva para a “fina revisão racional”. Sobre dimensão negativa, começa expondo: “On the negative dimension, here are many things that rationality review does not require and that the Court has generally disavowed, despite contrary assumptions or arguments scattered through the lower-court caselaw and especially the commentary”. Prossegue, exemplificando, neste momento se transcrevendo apenas duas das ilustrações, em respeito aos fitos ora colimados e se aproveitando para provocar o leitor interessado a perscrutar os demais exemplos para novas e futuras pesquisas, com seus respectivos recortes temáticos: “Judges may not require agencies to conduct quantified cost-benefit analysis, even presumptively; may not Always require agencies to conduct comparative policy evaluation, obliging agencies to show that the chosen policy is superior to feasible alternatives, or superior to the agency’s own past choices (...)”. Já no tocante à dimensão positiva, afirma: “On the positive dimension, a simple affirmative formulation of thin rationality review runs this way: agencies must act based on reasons, where the set of admissible reasons includes second-order reasons to act inaccurately, nonrationality, or arbitrarily. The formulation seems paradoxical, but the paradox is illusory. Neither the theory of rational decision-making nor caselaw requires agencies to exercise a kind of unbounded ideal rationality (...)” (VERMEULE, Adrian. **Law’s abnegation: from Law’s Empire to the Administrative State**. p. 167).

comportamento das instituições. Mas que se proceda ao acima prometido. Que, abaixo, sejam examinadas, com o olhar direcionado do pesquisador e seu tema, o que ora se pretende demonstrar, no Brasil e, concomitante e já automaticamente, comparar com o quadro estadunidense acima exposto e contemporaneamente sob foco de estudiosos daquele país. Assim, repita-se, levar-se-ão em conta duas decisões judiciais proferidas por Cortes brasileiras, abaixo identificadas e nas quais o presente autor entende ter havido não somente uma completa deferência à Lei brasileira, em seu sentido mais extenso, mas também um desprezo a entendimentos normativos técnicos da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Frise-se, está-se diante, por um lado, de decisões recorrentes no Direito brasileiro, ainda mais em matéria de saúde privada, mas que, por outro lado, guardam uma complexidade intrínseca se consideradas as questões que são trazidas, neste momento, à baila. Eis, assim, os trechos centrais e que ora interessam, das referidas duas decisões, ambas do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a primeira de Relatoria do Ministro Marco Buzzi e a segunda de Relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, e que representam o entendimento da maioria dos Tribunais, inferiores e superiores, do país. A primeira:

AgInt no AREsp 919368 / SP AGRADO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL 2016/0141298-4; Relator: Ministro Marco Buzzi; 4ª Turma do STJ; Julgamento em 25 de outubro de 2016.

Ementa: AGRADO INTERNO NO AGRADO (ARTIGO 544 DO CPC/73) - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - NEGATIVA DE COBERTURA - DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO PROVIMENTO AO RECLAMO, MANTIDA A INADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL. IRRESIGNAÇÃO DA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE.

1. Ainda que admitida a possibilidade de o contrato de plano de saúde conter cláusulas limitativas dos direitos do consumidor (desde que escritas com destaque, permitindo imediata e fácil compreensão, nos termos do § 4º do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor), revela-se abusivo o preceito excludente do custeio dos meios e materiais necessários ao melhor desempenho do tratamento clínico, indicado pelo médico que acompanha o paciente, voltado à cura de doença efetivamente coberta. Incidência da Súmula 83/STJ. 2. Agravo interno desprovido.

(...) consoante já decidi esta Corte Superior, o fato de eventual tratamento médico não constar do rol de procedimentos da ANS não significa, por si só, que a sua prestação não possa ser exigida pelo segurado, pois, tratando-se de rol exemplificativo, a negativa de cobertura do procedimento médico cuja doença é prevista no contrato firmado implicaria a adoção de interpretação menos favorável ao consumidor.³⁵

35 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Pleno. AgInt no AREsp nº 919368. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, julgado em 25 de outubro de 2016. Publicado no Diário da Justiça (DJe) em 07 de novembro de 2016.

E a segunda:

AgRg no AREsp 845190 / CE AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2016/0004958-9; Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva; 3ª Turma do STJ; Julgamento em 16 de junho de 2016.

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA DE TRATAMENTO. CRIANÇA COM ENCEFALOPATIA CRÔNICA. CLÁUSULA CONTRATUAL. ABUSIVIDADE. URGÊNCIA NO TRATAMENTO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULAS NºS 5 E 7/STJ. PROCEDIMENTO. PREVISÃO. ROL DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. DESNECESSIDADE. (...) 3. Como ressaltado pela instância ordinária, o direito ao tratamento postulado também se encontra assegurado em razão da urgência no procedimento, tendo em vista que o autor, ora agravado, corre o risco de sofrer lesões, piorando seu quadro de paralisia cerebral. 4. A falta de previsão de procedimento médico solicitado no rol da ANS não representa a exclusão tácita da cobertura contratual.³⁶

De acordo com as referidas Decisões, leis brasileiras variadas, entre as quais o próprio Código de Defesa do Consumidor, sobrepõem-se com facilidade hermenêutica sobre a norma técnica da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Mais precisamente, nas referidas Decisões, assim como em milhares de outras por todo o país, uma vez que a citação acima é meramente exemplificativa, o denominado “Rol de Procedimentos da ANS” é afastado para que prevaleça o dever de cobertura das Operadoras de Plano de Saúde³⁷, instituições que representam a saúde suplementar e privada no Brasil. Vale salientar, o Rol de Procedimentos nada mais é do que uma lista, elaborada, por meio de Resolução (principal instrumento de materialização do poder normativo de Agências Reguladoras, no Brasil) elaborada, pela primeira vez, sob a responsabilidade já da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), autarquia federal vinculada ao Ministério da Saúde, repita-se, responsável pela regulamentação e fiscalização dos planos privados de assistência à saúde, em 2000, pela Resolução (RDC) nº 41, de 14 de dezembro

36 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Pleno. AgRg no AREsp nº 845190. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, julgado em 16 de junho de 2016. Publicado no Diário da Justiça (DJe) em 28 de junho de 2016.

37 Apesar de já existirem, desde muito antes, o marco legislativo em matéria de saúde privada no Brasil foi a Lei 9.656/98, a qual, finalmente, trouxe normas e passou a regular as Operadoras de Plano de Saúde, assim como os Planos comercializados, suas características e relações entre aquelas e os usuários finais. E da leitura e análise da própria Lei 9.656/98, com facilidade extraem-se menções à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e seu poder regulatório/normativo, frise-se, como não poderia deixar de ser, em consonância e complementador das previsões legais. Mas, conforme se demonstra ao longo do presente Artigo jurídico, a relação entre Poder Judiciário e Agência Reguladoras e, também, entre o mesmo Poder Judiciário e o próprio Poder Legislativo em matéria de distribuição e entrega de competências às Agências Reguladoras, encontra-se bastante desgastado no país, em razão, principalmente, de uma visão judicial precarizada e um tanto desprezadora do Estado Administrativo, sobretudo o representado pela figura das Agências citadas.

daquele ano, seguida por várias outras, entre as quais a de nº 167, de 09 de janeiro de 2007, a Resolução Normativa (RN) 211, de 12 de janeiro de 2010, a qual entrou em vigor em 07.07.2010, a RN 262, de 01º de janeiro de 2012, a RN 238, de 02 de janeiro de 2014 e a mais recente³⁸, RN 387, que passou a vigorar a partir de 02 de janeiro de 2016. Nos dias de hoje, pelo menos, a cada dois anos, tal lista é atualizada, tendo em vista o avanço da medicina e da tecnologia, assim como estudos a esta última relacionados. E, frise-se, tal lista representa aquilo que, de acordo com o entendimento técnico da Agência Reguladora de Saúde no Brasil, têm as Operadoras de Plano de Saúde que cobrir e custear para seus clientes. Portanto, o entendimento jurisprudencial de ser o referido Rol de Procedimentos da ANS uma listagem exemplificativa não se coaduna, de forma alguma, com a tecnicidade de sua criação. Pois, se assim se entender, desnecessária se mostra sua criação, pois bastaria admitir que todo e qualquer procedimento e tratamento médicos deveriam ser cobertos pela dita saúde privada brasileira.

Por conseguinte, muito embora os Tribunais, inclusive e, sobretudo, superiores brasileiros, venham solidificando a tese de afastamento de utilização Rol de Procedimentos da ANS em prol do consumidor, minimamente embasado com um pedido médico, credenciado ou não a uma Operadora de Plano de Saúde, é mister atentar para o fato de a Agência Nacional de Saúde Suplementar continuar exercendo seus misteres técnicos e administrativo/normativos, um dos quais emitir Resoluções periódicas portadoras do por vezes referido Rol de Procedimentos. As discussões, pelo que se pode, então, perceber, permitem inúmeros desdobramentos e inúmeras conclusões. Mas, tendo em vista o recorte ora escolhido, é fundamental apenas ratificar o anteriormente já salientado. Em precisos dizeres, o fato de que, no Brasil, normas técnicas emanadas da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) ou são afastadas e ignoradas pelos membros e órgãos do Poder Judiciário, em deferência à Lei em seu sentido amplo (leis ordinárias, complementares, Constituição e, até mesmo, como fonte secundária, a própria jurisprudência dos Tribunais), ou costumam, sequer, serem ou chegarem ao conhecimento adequado e, portanto, minimamente aprofundado, dos magistrados brasileiros.

Se o problema é de ordem jurídica, política, social e/ou econômica, a discussão passa a ser outra e não mais compete a este breve artigo, no qual apenas e

38 Leva-se em conta a data de conclusão do presente artigo, cabendo salientar que outras Resoluções atualizadoras do Rol de Procedimentos, na toada atual, naturalmente sobrevirão.

tão somente se buscou, a partir de delimitação temática específica, estimular a visualização de um Estado Administrativo brasileiro contemporâneo, rodeado de preocupações diversas, por exemplo, do Estado Administrativo norte-americano, no qual foi o Poder Público brasileiro buscar, para implantação, o exemplo e o modelo das chamadas Agências Reguladoras.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O exame da aplicabilidade e aceitação das normas oriundas do exercício do poder normativo pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) deixa claro que, no Brasil, o Poder Judiciário é preferencialmente deferente à legalidade e à função legiferante do que às normas emanadas de Agências Reguladoras. Ora por desconhecimento, ora por desprezo, ora, também e, principalmente, por clara vontade interpretativa de afastamento da aplicação das referidas normas em casos concretos, fato é que inúmeras decisões judiciais comprovam que, em eventual conflito, ainda que classificado como simples, entre as resoluções normativas da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e a Lei, entendida esta em seu sentido mais amplo, pretere o Judiciário a aplicação das primeiras, em prol da aplicação e da interpretação da segunda, no caso concreto com o qual se depara.

Se levado em conta que o Brasil foi fortemente influenciado, no final do século XX, pelo modelo norte-americano, utilizador da figura das Agências Reguladoras, uma pontual e específica comparação, nos dias de hoje, entre o Estado Administrativo brasileiro e estadunidense, demonstra que, nos Estados Unidos da América (EUA), críticas teóricas e práticas igualmente existem, entretanto mais relacionadas a uma deferência judicial mais intensa ao poder normativo de suas Agências.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Temas de Direito Constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 02. Ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Pleno. AgInt no AREsp nº 919368. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, julgado em 25 de outubro de 2016. Publicado no Diário da Justiça (DJe) em 07 de novembro de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Pleno. AgRg no AREsp nº 845190. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, julgado em 16 de junho de 2016. Publicado no Diário da Justiça (DJe) em 28 de junho de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADin-MC nº 1.668-DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, julgado em 20 de agosto de 1998. Publicado no Diário da Justiça em 31 de agosto de 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADin-MC nº 1.668-DF. Trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías: la ley del más débil. 03. ed. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

GÓMEZ, José Maria. Política e democracia em tempos de globalização. Petrópolis: Editora Vozes, 2000.

HAYEK, Friedrich. O caminho da servidão. 03. ed. Tradução de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

MORAES, Germana de Oliveira. Controle jurisdicional da Administração Pública. São Paulo: Editora Dialética, 1999.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A Reforma do Estado dos Anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle. Brasília: Cadernos MARE, 1997.

SADER, Emir, GENTILI, Pablo. Pós-Neoliberalismo - As políticas sociais e o Estado democrático. 04. ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1998.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Desestatização, privatização, concessões e terceirizações. 03. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

SUNSTEIN, Cass R. O constitucionalismo após o *New Deal*. In: MATTOS, Paulo (Coord.). Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano. São Paulo: Editora 34, 2004.

VERMEULE, Adrian. Law's abnegation: from Law's Empire to the Administrative State. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016.



Recebido em: fevereiro/2017

Aprovado em: julho/2018