

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP  
Igor Ferreira Luna Louro

“OS LIMITES DO PODER NORMATIVO-SANCIONADOR DA AGÊNCIA NACIONAL  
DE SAÚDE SUPLEMENTAR”

SÃO PAULO

2018

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP  
Igor Ferreira Luna Louro

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito Administrativo, sob a orientação do Prof. Thulio Caminhoto Nassa.

SÃO PAULO

2018

BANCA EXAMINADORA:

---

---

---

## RESUMO

O objetivo deste trabalho consiste em avaliar, à luz da natureza jurídica dos serviços de saúde suplementar, a legalidade de atos normativos da Agência Nacional de Saúde Suplementar que tipificam comportamentos sujeitos à aplicação de penalidades.

A necessidade da análise decorre da ausência de estudos concentrados sobre a relação entre a agência reguladora da atividade e as operadoras do serviço, apesar de sua relevância à sociedade e da existência de suporte doutrinário para a análise jurídica deste específico ramo de atuação.

A metodologia utilizada busca fixar premissas como (i) a qualificação do serviço de saúde suplementar dentro da dicotomia atividade econômica e serviço público; e (ii) o nível de sujeição das operadoras à ANS, como resultado da autorização para operar, de forma que, por fim, seja possível verificar a legalidade da tipificação de condutas proibidas por meio de atos normativos editados pela ANS.

Como resultado, conclui-se que, por se tratar de atividade econômica, por insuficiência da autorização para a configuração de vínculo de especial sujeição e, sobretudo, por ausência de qualquer nível de outorga legal de poder à ANS que a autorize a editar atos normativos de tipificação de condutas, o regramento atualmente existente contém vício de legalidade.

Palavras-chave: Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) – Poder Sancionador – Princípio da Legalidade – Resolução Normativa nº 124/06

## Abstract

LOURO, Igor Ferreira Luna. *THE LIMITS OF THE NORMATIVE-PUNITIVE POWER OF THE SUPPLEMENTARY NATIONAL HEALTH AGENCY.*

The purpose of this study is to evaluate, in the light of the legal nature of the supplementary health services, the legality of normative acts of the National Supplementary Health Agency that typify behaviors subject to the application of penalties.

The need for analysis arises from the absence of concentrated studies on the relationship between the activity of the regulatory agency and the service operators, despite their relevance to society and the existence of doctrinal support for the legal analysis of this specific field of activity.

The methodology used seeks to establish premises such as: **(i)** the qualification of the supplementary health service within the dichotomy of economic activity and public service; and **(ii)** the level of subjection of the operators to the ANS as a result of the authorization to operate, so that it is finally possible to verify the legality of the classification of prohibited practices by means of normative acts issued by the ANS.

As a result, it is concluded that, due to the fact that it is an economic activity as a result of insufficient authorization for the configuration of a special bond, and, above all, the absence of any level of legal power granted to the ANS authorizing it to edit normative acts in order to typify conducts, the existing regulation contains a vice of legality.

Key words: Supplementary National Health Agency – Normative-Punitive Power – Penalties – Administrative Law Sanctioning.

## SUMÁRIO

<b>CAPÍTULO 1 - HISTÓRICO DA REGULAÇÃO DA ATIVIDADE DE SAÚDE SUPLEMENTAR .....</b>	<b>7</b>
<b>CAPÍTULO 2 – SERVIÇO DE SAÚDE SUPLEMENTAR: SERVIÇO PÚBLICO OU ATIVIDADE ECONOMICA .....</b>	<b>11</b>
<b>2.1 – Dicotomia entre Serviço Público e Atividade Econômica na Constituição Federal de 1998.....</b>	<b>11</b>
<b>2.2 – Serviço de Saúde Suplementar na Constituição de 88 – Atividade Econômica ou Serviço Público? .....</b>	<b>14</b>
<b>CAPÍTULO 3 – FORMA DE ATUAÇÃO DAS OPERADORAS DE PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE .....</b>	<b>21</b>
<b>3.1 – Operadoras de Planos Privados de Assistência à Saúde e Escopo de Atuação .....</b>	<b>21</b>
<b>3.2 – Autorização de Funcionamento .....</b>	<b>22</b>
<b>3.2.1. – Natureza Jurídica da Autorização de Funcionamento .....</b>	<b>25</b>
<b>3.2.2. – Efeitos da Autorização de Funcionamento – Insuficiência à Constituição de Relação Especial de Sujeição .....</b>	<b>27</b>
<b>CAPÍTULO 4 – LIMITES DA ATUAÇÃO DA ANS.....</b>	<b>36</b>
<b>4.1 – Função Regulatória.....</b>	<b>36</b>
<b>4.1.1. – Natureza Jurídica das Agências Reguladoras – Autarquias sob Regime Especial.....</b>	<b>39</b>
<b>4.1.2. – A Regulação por Agências Reguladoras.....</b>	<b>43</b>
<b>4.1.3. – Agências Reguladoras ou Agências Regulamentadoras? .....</b>	<b>47</b>
<b>4.2. – A competência da Agência Nacional de Saúde Suplementar .....</b>	<b>52</b>
<b>4.2.1. – O Poder Normativo da Agência Nacional de Saúde Suplementar .....</b>	<b>59</b>
<b>4.2.2. – Princípio da legalidade.....</b>	<b>60</b>
<b>4.2.3. – Princípio da legalidade no Direito Administrativo Sancionador .....</b>	<b>66</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>71</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>73</b>

## **CAPÍTULO 1 - HISTÓRICO DA REGULAÇÃO DA ATIVIDADE DE SAÚDE SUPLEMENTAR**

Historicamente, a atividade de saúde suplementar não foi alvo de intervenção estatal, seja por conta do protagonismo quantitativo do poder público na prestação do serviço de saúde, seja porque as constituições brasileiras, ressalvadas a efêmera constituição de 1934<sup>1</sup> e a vigente constituição de 1988<sup>2</sup>, sequer mencionaram o direito à saúde.

O Decreto Lei 73/66 é a primeira norma a tratar do serviço de saúde suplementar, ainda que sob a designação do núcleo duro da atividade, que é de “Seguro-Saúde”, e sem disciplinar aspectos de cobertura e qualidade dos serviços intermediados. Vejamos:

“Art 129. Fica instituído o Seguro-Saúde para dar cobertura aos riscos de assistência médica e hospitalar.

Art 130. A garantia do Seguro-Saúde consistirá no pagamento em dinheiro, efetuado pela Sociedade Seguradora, à pessoa física ou jurídica prestante da assistência médico-hospitalar ao segurado.

§ 1º A cobertura do Seguro-Saúde ficará sujeita ao regime de franquia, de acôrdo com os critérios fixados pelo CNSP.

§ 2º A livre escolha do médico e do hospital é condição obrigatória nos contratos referidos no artigo anterior.”

A regulação efetiva da atividade apenas veio com a Lei 9.656/98 que, por representar completa mudança de paradigma, logo foi objeto de Ação Direita de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal<sup>3</sup>, ao argumento de que a nova

---

<sup>1</sup> Art. 10, inciso II.

<sup>2</sup> Embora não mencionada na Carta Imperial (1824), na Constituição de 1891 e 1937 1946, 1934 (art. 10, II)

<sup>3</sup>

Disponível

em

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1741189> –

Acesso realizado em 30.06.2018 às 20:52.

legislação implementada vulneraria o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.– denotando, assim, a quase absoluta ausência de intervenção estatal na atividade.

Naquela ação, o então Diretor do Departamento de Saúde Suplementar do Ministério da Saúde, que nas palavras do Relator Ministro Marco Aurélio revelou as “inconsistências do mercado em jogo” antes da regulamentação, assim descreveu a forma como a atividade se desenvolvia e os desafios regulatórios:

“[...] é necessário retrocedermos ainda mais no tempo até o bimestre abril / maio de 1998 e tornar mais claras as principais alterações introduzidas com a Lei, seus motivos e suas consequências. Este **mercado sem regras** sempre se pautou pela conduta aética, pela assimetria de informação e pelo lucro com a exclusão. Isto significa que a prática corrente sempre foi a de se procurar “fazer um produto que o cliente possa pagar”. Nunca chegou a ser enunciado, claramente, a intenção de fazer um produto tipo *taylor made*, isto é, de acordo com as necessidades do consumidor, pelo simples fato de que definir necessidade em saúde é extraordinariamente difícil, e os colocaria de frente com questões fundamentalmente de natureza ética e clínica - que nem o empresário médico mais afastado da prática clínica pode desconhecer.

Assim o Ministério da Saúde se viu diante do desafio de propiciar a formatação de produtos (planos ou seguros de saúde):

- Que permitissem a precificação, através de estudos epidemiológicos (ciência muitas vezes propositadamente esquecida pelos querelantes) e pelo estudo dos custos em assistência médica;
- Que, respeitando a ética e os preceitos básicos de defesa do consumidor, pudessem possuir **preços** diferenciados e desenhos também diferenciados para alcançar diversos nichos de **mercado**, com diferentes públicos-alvo - inclusive respeitadas as diferentes faixas de renda;
- Que permitissem um maior grau de comparação entre produtos, aumentando a **concorrência** - o que todos os segmentos alegam querer;

- E que, finalmente, tivessem explicitados, de forma clara e irrefutável seus **deveres e direitos**, o que por si só tonifica o **mercado operador** como um todo.” (g.n.)

A Lei 9.656/98, portanto, inaugurou a disciplina da atividade, passando a alinhar a iniciativa privada a uma política pública. Não instituiu, contudo, instrumentos de fiscalização e sancionamento suficientes para atribuir maior coercibilidade àquelas inovações, embora a Resolução do Conselho de Saúde Suplementar nº 03/98 atribuísse ao Ministério da Saúde a fiscalização da atividade.

A intervenção estatal foi posteriormente intensificada com a edição da Lei 9.961/00, substancialmente alterada pela Medida Provisória nº 2.177-44/01, concebidas no contexto da Reforma do Estado promovida pela Emenda Constitucional 19/98.

As principais inovações trazidas consistiram: (i) na criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), implementando o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado<sup>4</sup>, autarquia até os dias atuais investida em poderes para a regulação e fiscalização do setor de saúde suplementar; e (ii) na obrigatoriedade de pessoas jurídicas de direito privado que pretendam operar planos de assistência à saúde, obtenham prévia autorização de funcionamento da ANS<sup>5</sup>.

A partir deste novo contexto normativo, a ANS logo editou a Resolução de Diretoria Colegiada (RDC) nº 24/00<sup>6</sup>, dispendo “sobre a aplicação de penalidades às operadoras de planos privados de assistência à saúde”, embora entre os arts. 2º e 7º, tipifique as condutas consideradas proibidas. A RDC nº 24/00 foi posteriormente revogada pela Resolução Normativa (RN) nº 124/06, em vigor até os dias atuais,

---

<sup>4</sup> Disponível em <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf> - Acesso realizado em 14 de julho de 2018, às 18:03

<sup>5</sup> “Art. 8º Para obter a autorização de funcionamento, as operadoras de planos privados de assistência à saúde devem satisfazer os seguintes requisitos, independentemente de outros que venham a ser determinados pela ANS: (...)”

<sup>6</sup> Disponível em <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=Mzk0> - Acesso realizado em 14 de julho de 2018, às 18:29.

que, além de ampliar o rol de infrações administrativas, disciplinou todo o processo sancionador.

Ambos os atos da ANS, ao tipificaram as condutas proibidas, foram editados sob a justificativa do exercício do poder normativo da agência reguladora, cuja autorização estaria prevista, conforme indicado no preâmbulo da RN nº 124/06, no “o art. 4º, incisos XXIX, XXX e XLI, alínea f e §1º da Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, e em cumprimento aos artigos 25 e 27 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998”. Vejamos a redação dos dispositivos:

“Art. 4º Compete à ANS:

XXIX - fiscalizar o cumprimento das disposições da Lei no 9.656, de 1998, e de sua regulamentação;

XXX - aplicar as penalidades pelo descumprimento da Lei no 9.656, de 1998, e de sua regulamentação;

(...)

XLI - fixar as normas para constituição, organização, funcionamento e fiscalização das operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º da Lei no 9.656, de 3 de junho de 1998, incluindo:

f) normas de aplicação de penalidades;

§ 1º A recusa, a omissão, a falsidade ou o retardamento injustificado de informações ou documentos solicitados pela ANS constitui infração punível com multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), podendo ser aumentada em até vinte vezes, se necessário, para garantir a sua eficácia em razão da situação econômica da operadora ou prestadora de serviços.”

“Art. 25. As infrações dos dispositivos desta Lei e de seus regulamentos, bem como aos dispositivos dos contratos firmados, a qualquer tempo, entre operadoras e usuários de planos privados de assistência à saúde, sujeitam a operadora dos produtos de que tratam o inciso I e o §1º do art. 1º desta Lei, seus administradores,

membros de conselhos administrativos, deliberativos, consultivos, fiscais e assemelhados às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente (...)"

Embora a RN nº 124/06 e os atos que lhe antecederam, mesmo criando infrações administrativas, tenham surtido (e continuem surtindo) efeitos sobre a esfera de direitos fundamentais titularizados sobretudo por pessoas jurídicas qualificadas como operadoras, a questão que o presente trabalho pretende responder é se a Constituição Federal e se os dispositivos legais mencionados autorizam ANS a tipificar condutas por meio de atos normativos.

## **CAPÍTULO 2 – SERVIÇO DE SAÚDE SUPLEMENTAR: SERVIÇO PÚBLICO OU ATIVIDADE ECONÔMICA**

### **2.1 – Dicotomia entre Serviço Público e Atividade Econômica na Constituição Federal de 1998**

Neste trabalho, a análise da dicotomia entre serviço público e atividade econômica e as atividades inseridas em cada categoria é feita apenas à luz da Constituição Federal de 1998, pois tomamos como premissa que variam de acordo com o momento e os interesses de cada sociedade em aproxima-las ou distancia-las da intervenção estatal, sem que isso necessariamente represente maior ou menor importância da atividade.

Nas palavras de Dinorá Grotti, “cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico. A qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da concepção do Estado sobre seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado tempo histórico”.<sup>7</sup>

O constituinte brasileiro realizou um corte entre serviços públicos (impostos ao Estado, que deve executá-los de forma direta ou indireta) e atividade econômica

---

<sup>7</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musseti. O serviço público e a Constituição brasileira de 1998. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 87.

(facultada aos particulares, mas atribuída ao Estado, em regime de concorrência<sup>8</sup>, desde que sob o fundamento de relevante interesse coletivo e segurança nacional).

O art. 173 deixa explícito que, “ressalvados os casos previstos nesta Constituição” (monopólios estatais – art. 177<sup>9</sup>), “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definido em lei”.

De outro lado, o art. 175, afastando a noção de que o papel do Estado se limitaria a regular atividades econômicas, fixa que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

A literalidade do texto constitucional denota que serviços públicos, assim definidos na própria Constituição ou em lei, constituem dever do Estado e admitem outorga à iniciativa privada mediante concessão ou permissão, ao passo que atividades econômicas são, em regra, diretamente desenvolvidas pela iniciativa privada, mas restritivamente atribuídas ao Estado, seja por meio de monopólios estatais, seja de forma condicionada e em regime concorrencial paritário.

---

<sup>8</sup> Art. 173. (...)

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

<sup>9</sup> “Art. 177. Constituem monopólio da União:

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

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

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

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

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

O principal critério para a distinção de serviço público e atividade econômica, no contexto da Constituição, decorre da (in)existência de previsão normativa. Isso porque considera-se serviço público apenas aquelas atividades atribuídas ao Estado, seja pela Constituição, seja pelo legislador ordinário, dentro dos limites do que a própria Constituição considera pertinente envolver a atuação estatal<sup>10</sup>. Não havendo expressa previsão normativa, vigora, portanto, a presunção privatização.

A doutrina, reforçando a preponderância da previsão normativa como critério de definição desta dicotomia, conceitua serviço público como “atividades de **titularidade do Estado**, consistentes no fornecimento de utilidades ou comodidades materiais aos administrados, passíveis de fruição singular<sup>11</sup>, cuja **prestação é imprescindível, necessária ou, ao menos, de extraordinária conveniência para a sociedade**”<sup>12</sup>.

Embora haja atividades de inegável imprescindibilidade, necessidade e de extraordinária conveniência que não são atribuídas ao Estado, entende-se que o conceito de serviço público, no âmbito da Constituição, deve ser tido, na verdade, como noção, que pretende proteger “do modo mais eficiente possível as conveniências da coletividade e, igualmente, defender a boa prestação do serviço não apenas (a) em relação a terceiros que pudessem obstá-la; mas também – e com o mesmo empenho – (b) em relação ao próprio Estado e (c) ao sujeito que as esteja desempenhando (concessionário ou permissionário)”.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> De acordo com Ricardo Marcondes Martins, o rol de serviços públicos federais apenas poderia ser ampliado mediante emenda à constituição, e não via lei ordinária, pois, “ao discriminar todos os serviços públicos federais, o constituinte, a *contrariu sensu*, estabeleceu que as atividades não discriminadas ou são atividades econômicas ou são serviços públicos estaduais ou municipais”, entes federativos cuja margem de inovação é guiada pelo interesse regional ou local (art. 30, inciso V) e pela necessidade de uniformização da prestação do serviço.

<sup>11</sup> Neste trabalho não abordaremos a divisão de serviços públicos (*uti singuli*) e função pública.

<sup>12</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. Regulação Administrativa à Luz da Constituição Federal, São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 211

<sup>13</sup> DE MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo, 32ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 696/697

A partir destas premissas, é possível afirmar que **(i)** há um rol de serviços públicos a priori definidos como tal pela Constituição, cuja participação privada pode ocorrer mediante concessão ou permissão; **(ii)** o constituinte reformador ou o legislador ordinário (estadual ou municipal) poderia, a posteriori, expandir o rol de serviços públicos, desde que respeitados os limites constitucionais fixados em favor da ordem econômica; e **(iii)** aquelas atividades materiais não atribuídas ao Estado, a priori ou a posteriori, são consideradas atividades econômicas, desenvolvidas exclusivamente por particulares, salvo nos casos previstos no art. 173 da Constituição, que autorizam o Estado a atuar em regime de concorrência com os particulares.

## **2.2 – Serviço de Saúde Suplementar na Constituição de 88 – Atividade Econômica ou Serviço Público?**

A Constituição de 88 e a legislação subsequente, como visto, representaram uma mudança de paradigma nos serviços de saúde suplementar. Até então, a atividade era desenvolvida dentro da **máxima eficácia do princípio da livre iniciativa**, conforme pontuado pelo Min. Marco Aurélio no julgamento da supramencionada ADI ao reputar constitucionais as restrições impostas pela legislação que disciplinou o serviço:

“A defesa intransigente da livre iniciativa é incompatível com o fundamento da dignidade da pessoa humana, bem assim com os deveres constitucionais do Estado de promover a saúde – artigo 196 – e prover a defesa do consumidor – artigo 170, inciso V. O quadro anterior à regulamentação bem revela as inconsistências do mercado em jogo considerada a Carta Federal, conforme evidenciado nos esclarecimentos técnicos que acompanharam as informações do Chefe do Poder Executivo, subscritas pelo Dr. João Luiz Barroca de Andréa, Diretor do Departamento de Saúde Suplementar do Ministério da Saúde”

A mudança promovida pela Constituição no serviço de saúde foi relevante a ponto de trazer disposição específica explicitando que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, reforçada pela Lei 8.080/90<sup>14</sup>, podendo, inclusive, participar de forma complementar no SUS. Vejamos:

“Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.”

A questão que surge a partir deste novo contexto, longe de ser pacificada pela doutrina, é a natureza jurídica do serviço de saúde dentro da dicotomia existente entre serviço público e atividade econômica, sobretudo diante da opção do constituinte em explicitar a possibilidade de participação da iniciativa privada, aparentemente preservando a essência da atividade anterior à CF de 88, ao mesmo tempo em que atribuiu a todos os entes federados intensa participação no setor.

De acordo com Ricardo Marcondes Martins<sup>15</sup>, o serviço de saúde, a exemplo da assistência social, previdência social e educação, consiste em atividade que admite duplo regime jurídico, isto é, podem configurar tanto serviço público quanto atividade econômica.

---

<sup>14</sup> “Art. 21. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.”

<sup>15</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. op. cit., pp. 232/233.

“Não há um rótulo adequado para esse grupo de atividades. Carlos Ari Sunfeld chama-os de “serviços sociais”<sup>16</sup>. Essa denominação foi utilizada em 1955 pelo Tribunal de Conflitos francês para qualificar atividades que podiam ser prestadas pelo Estado e pelos particulares.; foi abandonada pelo Conselho de Estado francês em 1964.<sup>17</sup> Argumenta-se que o rótulo é arbitrário, pois todo serviço público tem relevância para a sociedade. Todo signo é arbitrário; para fins científicos basta haver uma justificativa racional para utilizá-lo. Essa justificativa existe: são serviços diretamente atrelados aos chamados *droits sociaux* (art. 6º da CF). Frisa-se o seguinte: no regime jurídico brasileiro **essas atividades aparecem nos dois campos há pouco delimitados, configuram “serviço público”, de titularidade estatal, e configuram “atividade econômica”, de titularidade dos particulares.**” (g.n.)

Isso não quer dizer, por óbvio, que o serviço de saúde, explorado pelo mesmo sujeito e submetido ao mesmo vínculo jurídico, seja concomitantemente considerado serviço público e atividade econômica. O que há, na verdade, é uma pluralidade de regimes para uma mesma atividade material, o que naturalmente impede seja rotulada de forma genérica dentro das categorias de serviço público ou atividade econômica.

---

<sup>16</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*, 5ª ed., 2ª tir., São Paulo, Malheiros Editores, 2011, pp.83/84.

<sup>17</sup> O *leading case* foi o acidente sofrido por uma criança numa colônia de férias organizada pelo Estado. O Tribunal de Conflitos entendeu, no julgado “Naliato”, de 22.1.1955, inexistir particularidade a distinguir as colônias de férias estatais das privadas; e, por isso, ambas deveriam se submeter ao mesmo regime, ao direito privado. Quer dizer: fixou-se inicialmente que os chamados *services sociaux* regiam-se pelo direito privado. Essa jurisprudência foi abandonada. O caso “Commune d’Arcueil”, de 17.4.1964, marca o fim da categoria dos serviços sociais: passou-se a entender que as atividades sociais prestadas pelo Estado são serviços públicos, submetidos ao regime de direito público (cf. Francis-Paul Bénoit, *Le Droit Administratif Français*, cit., pp. 806-811)

Isso fica claro a partir das diversas formas de prestação dos serviços de saúde indicadas por Ricardo Marcondes Martins<sup>18</sup>:

“Nos termos do art. 197 da CF, a execução das ações e serviços de saúde pode ser feita “diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”. São três possibilidades: **serviço público diretamente prestado pelo Estado**, **serviço público indiretamente prestado pelo Estado** – daí o sentido da expressão “ou através de terceiros” – e **atividade econômica.**” (g.n.)

Eros Grau, por outro lado, alterando o posicionamento adotado em obras anteriores, classifica a atividade de saúde como “serviço público não privativo”, sustentando a inconsistência da premissa que adotara para alcançar tal conclusão, haja vista que guiada apenas pelo sujeito que presta o serviço de saúde:

“Entre os restantes – *serviços públicos não privativos* – aqueles que em edições anteriores deste livro equivocadamente afirmei terem por substrato atividade econômica que tanto pode ser desenvolvida pelo Estado, enquanto *serviço público*, quanto pelo setor privado, caracterizando-se tal desenvolvimento, então, como modalidade de *atividade econômica em sentido estrito*. Exemplos típicos de *serviços públicos não privativos* manifestar-se-iam nas hipóteses de prestação dos serviços de educação e saúde. **O raciocínio desenrolado era evidentemente errôneo, visto ter partido de premissa equivocada, qual seja, a de que a mesma atividade caracteriza ou deixa de caracterizar serviço público conforme esteja sendo empreendida pelo Estado ou pelo setor privado.** Isso, como se vê, é inteiramente insustentável. Assim, **o que torna os chamados *serviços públicos não privativos* distintos dos *privativos* é a circunstância de os primeiros poderem ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou**

---

<sup>18</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. op. cit., p. 235.

**autorização, ao passo que os últimos apenas poderão ser prestados pelo setor privado sob um desses regimes. Há, portanto, serviço público mesmo nas hipóteses de prestação dos serviços de educação e saúde pelo setor privado. Por isso mesmo é que os arts. 209 e 199 declaram expressamente serem livres à iniciativa privada a assistência à saúde e o ensino – não se tratassem, saúde e ensino, de serviço público razão não haveria necessidade para as afirmações dos preceitos constitucionais. (...) Seja como for, temos que serviços de educação e saúde, em qualquer hipótese, quer estejam sendo prestados pelo Estado, quer por particulares, configuram *serviço público – serviço público não privativo*, como vimos.” (g.n.)**

A premissa “de que a mesma atividade caracteriza ou deixa de caracterizar serviço público conforme esteja sendo empreendida pelo Estado ou pelo setor privado” nos parece realmente é equivocada, pois, da mesma forma que atividade econômica não se transforma em serviço público quando o Estado a desenvolve, nas condições fixadas no art. 173, não há razão para que serviços públicos deixem de assim ser considerados quando desenvolvidos por particulares.

Não acreditamos, contudo, que isso signifique que a conclusão alcançada, no sentido de que a atividade de saúde “pode ser desenvolvida pelo Estado, enquanto serviço público, quanto pelo setor privado, caracterizando-se tal desenvolvimento, então, como modalidade de atividade econômica”, seja igualmente equivocada.

Isso porque nos parece que a premissa adequada para se considerar a atividade de saúde ora serviço público e ora atividade econômica, além da expressa previsão normativa, seja a (in)existência de **instrumento jurídico de sujeição**, isto é, contrato de direito público capaz de condicionar de forma especial a execução da atividade e submetê-la ao regime de direito público. Em outras palavras, quando atribuída diretamente ao Estado (art. 197, da CF<sup>19</sup>) ou indiretamente a terceiros (§1º

---

<sup>19</sup> Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por

do art. 199 da CF<sup>20</sup>), a atividade de saúde deve ser considerada serviço público, pois fruto de direta atribuição normativa ao Estado ou de instrumento jurídico de sujeição ao regime de direito público.

Nesse sentido, afirma Fernando Borges Mânica<sup>21</sup>, citado por Ricardo Marcondes Martins:

“Ao prever a prestação de serviços de saúde no âmbito público, sob responsabilidade estatal, a opção constitucional brasileira foi por submeter os prestadores privados a um regime no qual fossem respeitadas as diretrizes do subsistema público de saúde (SUS), definidas pelo Estado Brasileiro tanto na lei quanto na própria Constituição. Com tal desiderato, o parágrafo único do art. 199 do texto constitucional previu a participação do setor privado nos serviços públicos de saúde por meio de *contratos de direito público* ou *convênios*”

Nos demais casos, ausente instrumento de sujeição da atuação privada ao regime de direito público, caracterizador do serviço público, trata-se inequivocamente de atividade econômica. Tanto é que, do contrário, não seria possível fixar diferença relevante, até mesmo para fins de enquadramento na dicotomia existente, entre a atividade de saúde desenvolvida sem o instrumento de sujeição e as demais atividades econômicas desenvolvidas pelos particulares.

Na realidade, a única diferença entre os serviços de saúde e as demais atividades econômicas é a participação concomitante do Estado naquele campo sem o dever de observar o regime jurídico próprio de direito privado, conforme disposto no art. 173 da CF – basta dizer que o Estado pode, inclusive, prestar o serviço de

---

pessoa física ou jurídica de direito privado.

<sup>20</sup> Art. 199. (...)

§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

<sup>21</sup> MÂNICA, Fernando Borges. *O Setor Privado nos Serviços Públicos de Saúde*, Belo Horizonte, Fórum, 2010, pp.196/197.

saúde sem ônus ao usuário, situação que, se considerada atividade econômica e por haver prestações idênticas, configuraria infração à ordem econômica. E esta diferença, por ostentar projeção apenas no âmbito concorrencial, não é capaz de inviabilizar o enquadramento da atividade ora como serviço público e ora como atividade econômica, pois, repita-se, o fator determinante é a (in)existência de instrumento de sujeição ao regime de direito público, que, por escolha do constituinte, pode ou não existir.

Para a adequada compreensão da escolha do constituinte, é importante lembrar que, no contexto normativo anterior à CF de 88, não havia legislação impondo limites à atividade de saúde na iniciativa privada, o que a todo instante é reforçado pelo Min. Marco Aurélio no julgamento da ADI nº 1668/DF.

“Percebamos, na redação do preceito constitucional, ser inviável afirmar que a regulamentação dos planos de saúde transfere ao particular dever do Estado. O dispositivo admite a execução de ações de saúde por entidades privadas, mediante regulamentação, controle e fiscalização do Poder Público. Foi exatamente atendendo a esse comando maior que o legislador editou os dispositivos atacados. **Fez-se necessário estabelecer parâmetros objetivos para a prestação dos serviços, inexistentes no modelo anterior.** Interpretação em sentido contrário afasta a coerência do sistema, que impõe a tutela estatal e o fornecimento de serviços privados de acordo com as finalidades da Carta da República. A promoção da saúde pelo particular não exclui o dever do Estado, mas deve ser realizada dentro das balizas do interesse coletivo.”

Por isso, fica claro que havia um contexto no qual a atividade de saúde era desenvolvida pelos particulares com maior liberdade, mas, com a superveniência da CF de 88, o papel do Estado na saúde foi substancialmente incrementado, tornando necessário conciliar a concomitante preservação da atividade econômica já desenvolvida e a garantia da participação do Estado sem o dever de observar o regime de direito privado e as demais normas atinentes à concorrência.

Portanto, o fato de todos os demais serviços genericamente receberem apenas um rótulo (serviço público ou atividade econômica), não exclui a possibilidade de uma mesma atividade material, como o serviço de saúde, ser fracionada e submetida a regimes jurídicos distintos.

### **CAPÍTULO 3 – FORMA DE ATUAÇÃO DAS OPERADORAS DE PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE**

#### **3.1 – Operadoras de Planos Privados de Assistência à Saúde e Escopo de Atuação**

Antes de definir a forma de atuação das operadoras de planos privados de assistência à saúde dentro do plexo normativo existente, é necessário conceitua-las e definir o campo em que suas atividades são desenvolvidas.

As operadoras de planos privados de assistência à saúde, afetados pela regulação objeto da análise neste trabalho, são assim consideradas pela Lei nº 9.656/98 como toda “*pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato*” de “*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, 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.***”<sup>22</sup> (g.n.)

É importante mencionar que, conforme se extrai da leitura do trecho acima transcrito, as operadoras de planos privados não prestam diretamente a atividade material de serviço de saúde, mas tão somente figuram como intermediária responsável pela assistência à saúde, consistente no custeio do serviço e escolha dos médicos e hospitais credenciados – estes sim os responsáveis pela prestação do serviço de saúde.

---

<sup>22</sup> art. 1º, incisos I e II, da Lei 9.656/98.

Isso não exclui, contudo, as operadoras do escopo de regulação proposto pela CF de 88 e legislação ordinária e da discussão anteriormente proposta a respeito do adequado enquadramento dos serviços de saúde dentro da dicotomia existente entre serviço público e atividade econômica, inclusive como fator determinante à análise da legalidade dos atos normativos expedidos pela ANS, haja vista que integram a cadeia de fornecimento do serviço de saúde privado<sup>23</sup>.

### 3.2 – Autorização de Funcionamento

Como visto, a CF 88 e as subsequentes Leis nºs 9.656/98 e 9.961/00 modificaram substancialmente a forma de atuação das operadoras de planos privados de assistência à saúde. Uma das principais novidades implementadas pela legislação foi a exigência de prévia “autorização de funcionamento”, expedida pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), para o desenvolvimento da atividade, até então desenvolvida de forma quase incondicionada. Vejamos os principais dispositivos que tratam da matéria:

Lei nº 9.656/98

“Art. 8º Para obter a **autorização de funcionamento**, as operadoras de planos privados de assistência à saúde devem satisfazer os seguintes requisitos, independentemente de outros que venham a ser determinados pela ANS.” (g.n.)

I - **registro nos Conselhos Regionais de Medicina e Odontologia**, conforme o caso, em cumprimento ao disposto no art. 1º da Lei no 6.839, de 30 de outubro de 1980;

II - descrição pormenorizada dos serviços de saúde próprios oferecidos e daqueles a serem prestados por terceiros;

III - descrição de suas instalações e equipamentos destinados a prestação de serviços;

IV - especificação dos recursos humanos qualificados e habilitados, com responsabilidade técnica de acordo com as leis que regem a matéria;

---

<sup>23</sup> Lei 8.080/90 - Art. 21. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

**V - demonstraçãõ da capacidade de atendimento em razão dos serviços a serem prestados;**

VI - demonstraçãõ da viabilidade econômico-financeira dos planos privados de assistênciã à saúde oferecidos, respeitadas as peculiaridades operacionais de cada uma das respectivas operadoras;

VII - especificaçãõ da áreã geogrãfica coberta pelo plano privado de assistênciã à saúde.

§1o Sãõ dispensadas do cumprimento das condições estabelecidas nos incisos VI e VII deste artigo as entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistênciã privada à saúde na modalidade de autogestãõ, citadas no § 2o do art. 1o.

§2o **A autorizaçãõ de funcionamento serã cancelada** caso a operadora nãõ comercialize os produtos de que tratam o inciso I e o §1o do art. 1o desta Lei, no prazo máximo de cento e oitenta dias a contar do seu registro na ANS.

§3o **As operadoras privadas de assistênciã à saúde poderãõ voluntariamente requerer autorizaçãõ para encerramento de suas atividades**, observando os seguintes requisitos, independentemente de outros que venham a ser determinados pela ANS:

a) comprovaçãõ da transferênciã da carteira sem prejuízo para o consumidor, ou a inexistênciã de beneficiários sob sua responsabilidade;

**b) garantia da continuidade da prestaçãõ de serviços dos beneficiários internados ou em tratamento;**

c) comprovaçãõ da quitaçãõ de suas obrigações com os prestadores de serviço no âmbito da operaçãõ de planos privados de assistênciã à saúde;

d) informaçãõ prãvia à ANS, aos beneficiários e aos prestadores de serviço contratados, credenciados ou referenciados, na forma e nos prazos a serem definidos pela ANS.

Lei nº 9.961/00

“Art. 4º Compete à ANS:

(...)

**XXII - autorizar o registro e o funcionamento das operadoras de planos privados de assistência à saúde**, bem assim sua cisão, fusão, incorporação, alteração ou transferência do controle societário, sem prejuízo do disposto na Lei 8.884, de 11 de junho de 1994” (g.n.)

Mesmo às operadoras já em funcionamento à época da promulgação da lei<sup>24</sup>, a autorização de que trata a Lei 9.656/98 passou a atuar como condição inafastável ao exercício da atividade das operadoras de plano de assistência à saúde e, sucessivamente, como vínculo jurídico capaz de justificar o controle da atividade pela ANS, a quem compete “*fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento*” (art. 4º, inciso XXIII).

A questão que se coloca, contudo, é se a autorização de que trata a lei, em especial à luz dos rigorosos requisitos societários, patrimoniais e operacionais impostos pela legislação e por resoluções normativas da agência reguladora<sup>25</sup>, configura instrumento jurídico de sujeição suficiente para submeter a atividade ao regime jurídico de direito público, sobretudo a ponto de autorizar a ANS editar atos normativos de natureza sancionadora, inovando em relação às infrações administrativas decorrentes da atividade desenvolvida.

---

<sup>24</sup> “Art. 19. Para requerer a autorização definitiva de funcionamento, as pessoas jurídicas que já atuavam como operadoras ou administradoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, terão prazo de cento e oitenta dias, a partir da publicação da regulamentação específica pela ANS.

§ 1º Até que sejam expedidas as normas de registro, serão mantidos registros provisórios das pessoas jurídicas e dos produtos na ANS, com a finalidade de autorizar a comercialização ou operação dos produtos a que alude o **caput**, a partir de 2 de janeiro de 1999.

§ 2º Para o registro provisório, as operadoras ou administradoras dos produtos a que alude o **caput** deverão apresentar à ANS as informações requeridas e os seguintes documentos, independentemente de outros que venham a ser exigidos (...).”

<sup>25</sup> Resolução Normativa nº 85 de 7 de dezembro de 2004 – Disponível em <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=ODgx> – Acesso em 10 de agosto de 2018 às 22:03.

### 3.2.1. – Natureza Jurídica da Autorização de Funcionamento

A definição da natureza jurídica da autorização de funcionamento deve ser analisada a partir da já fixada premissa de que, por força da Constituição Federal, as atividades das operadoras de planos de saúde têm natureza de atividade econômica, pois o instrumento jurídico que permite o desenvolvimento da atividade deve ser com ela compatível.

Há na doutrina histórico de discussão, já superada, sobre o significado da palavra autorização, especialmente quando empregado pela CF no art. 21<sup>26</sup> para designar as formas de outorga a terceiros do direito de prestar um serviço público, embora a redação do art. 175 seja clara ao fixar que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de **concessão** ou **permissão**, a prestação de serviços públicos”, sem caracterizar a autorização como veículo de outorga dos serviços públicos.

Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>27</sup> cuida de esclarecer a questão acerca do sentido da palavra autorização na CF:

“Revisando ponto de vista anterior, entendemos, hoje, que a resposta se concentra no art. 175, que é aquele que cogita da normalidade da prestação de serviços públicos por sujeitos titulados pelo Estado. Já a expressão “autorização”, que aparece no art. 21, XI e XII, tem em mira duas espécies de situações:

a) uma, que corresponde a hipóteses em que efetivamente há serviço de telecomunicação, como o de radioamador ou de interligação de empresas por cabos de fibras óticas, mas não propriamente serviço público, mas serviço de interesse privado delas próprias, tal como anotamos no n.4 e nota de rodapé 7. Aí, então, a palavra “autorização” foi usada no **sentido corrente em Direito Administrativo para exprimir o ato de “polícia administrativa”,**

---

<sup>26</sup> Art. 21. Compete à União:

(...)

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

<sup>27</sup> DE MELLO, Celso Antonio Bandeira. op. cit., p. 714/715

**que libera alguma conduta privada propriamente dita, mas cujo exercício depende de manifestação administrativa aquiescente para verificação se com ela não haverá gravames ao interesse público;**

b) outra, a de abranger casos em que efetivamente está em pauta um serviço público, mas se trata de resolver emergencialmente uma dada situação, até a adoção dos convenientes procedimentos por força dos quais se outorga permissão ou concessão. Por isto mesmo, a palavra “autorização” está utilizada também no art. 233 da Constituição.” (g.n.)

No mesmo sentido, transcreve-se a lição de Marçal Justen Filho<sup>28</sup>:

“Ora, a expressão ‘autorização’ é absolutamente incompatível com a existência de um serviço público. Somente se cogita de autorização para certas atividades econômicas em sentido restrito, cuja relevância subordina seu desempenho a fiscalização mais ampla e rigorosa do Estado. Havendo serviço público, não é o caso de outorga de autorização. Sendo outorgada autorização, não existirá serviço público”

A exigência de autorização como condição ao desenvolvimento de atividade econômica tem, portanto, **natureza jurídica de licença administrativa**, na medida em que o direito à execução da atividade é preexistente, de modo que o ordenamento jurídico apenas impõe condicionantes à sua plena eficácia.

Nas palavras de Ricardo Marcondes Martins<sup>29</sup>:

“Autorização em sentido amplo ou estrito sempre disse respeito a atividades privadas, próprias dos particulares, sujeitas ao prévio controle da Administração. **Trata-se de típico instrumento da**

---

<sup>28</sup> FILHO, Marçal Justen. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*.

<sup>29</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. op. cit., p. 230/231

**administração ordenadora, mediante o qual a Administração remove obstáculo ao exercício da atividade privada”** (g.n.)

Caio Tácito, citado por Ricardo Marcondes Martins, no prefácio da obra de Cid Tomanik Pompeu<sup>30</sup>, doutrinou:

“A autorização administrativa corresponde à **ação liberatória mediante a qual a autoridade pública possibilita que o preexistente direito ou liberdade, até então contido, adquira eficácia plena** (...). A autorização administrativa, em suma, não cria direito novo. Permite que a potencialidade de um direito ou liberdade individual se torne concreta. **É ato administrativo que remove obstáculo oposto à efetiva fruição que dele possa gozar o legítimo titular**”. (g.n.)

Em suma, a autorização de funcionamento, por ter natureza jurídica de licença, não só reforça a natureza jurídica do serviço de saúde como atividade econômica, como também delinea a preexistência do direito de prestação do serviço, que não é constituído a partir do instrumento jurídico oposto pela Administração Pública como forma de controle da atividade.

### **3.2.2. – Efeitos da Autorização de Funcionamento – Insuficiência à Constituição de Relação Especial de Sujeição**

A questão que sucede a definição da natureza jurídica da autorização de funcionamento, para o fim de definir a extensão do poder da ANS sobre as operadoras de planos de saúde, consiste na suficiência da autorização para a constituição de relação especial de sujeição, que, em tese, mitigaria a reserva legal em favor dos atos normativos editados pelas agências reguladoras.

As relações de sujeição (especial e geral), esboçadas por Otto Mayer e pouco explorada na doutrina brasileira, buscam estabelecer diferenças entre

---

<sup>30</sup> POMPEU, Cid Tomanik. *Autorização Administrativa*, 1ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1992, p. IV.

determinadas atividades de acordo com o nível de envolvimento voluntário do administrado com o Estado, com o objetivo de dar suporte à relativização da reserva legal para impor restrições ou deferir ampliações a direitos.

Embora extensa, a lição de Celso Antonio Bandeira de Melo, aqui conjugada com outras lições doutrinárias, expõe os principais aspectos das relações de sujeição, inclusive históricos, de modo que em seguida nos permitirá expor a razão pela qual a autorização de funcionamento não se presta a constituir a modalidade de especial sujeição:

“De acordo com tal formulação doutrinária, que a doutrina brasileira praticamente ignora, **a Administração, com base em sua supremacia geral, como regra não possui poderes para agir senão extraídos diretamente da lei.** Diversamente, **assistir-lhe-iam poderes outros, não sacáveis diretamente da lei, quando estivesse assentada em relação específica que os conferisse.** Seria esta relação, portanto, que, em tais casos, forneceria o fundamento jurídico atributivo do poder de agir, conforme expõe, na Itália, Renato Alessi, entre tantos outros. **Tal vetusta e disseminada distinção no Direito europeu continental** – e que deve ser recebida também em nosso direito, embora com todas as cautelas e limitações – **não tem, reconheça-se, seus confins definidos com precisão absoluta, pois alguns lhe dão uma acepção muito dilatada, nela incluindo um espectro mais amplo de relações do que outros fazem.** Além dos casos em que o administrador voluntariamente se inclui sob o estatuto das instituições cujo serviço demanda – o *volenti non fit injuri* a que se reporta Forsthoof – o certo é que, tanto no Direito Europeu quanto em qualquer outra parte – inclusive, pois, no Brasil –, **há uma pletora de situações a seguir mencionadas que relevam a necessidade de se reconhece a figura da “supremacia especial”. O que não pode mais ser admitida é a extensão que se lhe atribuía.** É que estava em consonância com os fundamentos, hoje inaceitáveis, dantes adotados para explica-la, os quais repousavam na concepção de “reserva de lei” em contraposição aos “poderes domésticos” da

Administração, termos em que foi defendida por Otto Mayer, grande disseminador de ambas as ideias. As situações a que se aludiu são as seguintes:

a) **é inequivocamente reconhecível a existência de relações específicas intercorrendo entre o Estado e um círculo de pessoas que nelas se inserem, de maneira a compor situação jurídica muito diversa da que atina à generalidade das pessoas,** e que demandam poderes específicos, exercitáveis, dentro de certos limites, pela própria Administração (...). Em quaisquer destes casos apontados, **os vínculos que se constituíram são, para além de qualquer dúvida ou entredúvida, exigentes de uma certa disciplina interna para funcionamento dos estabelecimentos em apreço,** a qual, de um lado, faz presumir *certas regras, certas imposições restritivas, assim como, eventualmente, certas disposições benéficas, isto é, favorecedoras*, umas e outras tendo em vista regular a situação dos que se inserem no âmbito de atuação das instituições em apreço e que *não têm como deixar de ser parcialmente estabelecidas na própria intimidade delas*, como condição elementar de funcionamento das sobreditas atividades. Assim, **acordem de logo ao espírito disposições relativas à vida funcional dos servidores públicos, ora restritivas ora favorecedoras; ou atinentes aos estudantes de um estabelecimento de ensino, quais as disposições sobre horário, disciplina, sanções, outorga de benefícios, prêmios etc.; ou voltadas para a boa ordem, higiene e segurança imposta aos pacientes dos nosocômios em geral e seus visitantes, como as relativas aos períodos de visitas; ou concernentes às condições de utilização dos livros em uma biblioteca**, quais, *e.g.*, o número de dias que poderão conservá-los consigo, a suspensão das retiradas a título de sanção para os que ultrapassem ditos prazos, a obrigação de silêncio a ser observado nos ambientes de leitura, e tantas outras normas do gênero, concebidas em favor do bom funcionamento da entidade e dos próprios usuários de seus serviços. **O mesmo dir-se-á no tocante a normas internas de disciplina e funcionamento de albergues, de prisões e de manicômios.**

b) É igualmente reconhecível que nas situações referidas, ou em muitas delas, **seria impossível, impróprio e inadequado que todas as convenientes disposições a serem expedidas devessem ou mesmo pudessem estar previamente assentadas em lei e unicamente em lei, com exclusão de qualquer outra fonte normativa.** Exigência dessa ordem simplesmente estaria a pretender do Legislativo uma tarefa inviável, qual seja, a de produzir uma miríade de regras, ademais extremamente particularizadas, dependentes de situações peculiares, em muitas vezes cambiantes, cuja falta, insuficiência ou inaptação literalmente paralisariam as atividades públicas ou instaurariam o caos.” (g.n.)

De fato, na doutrina tradicional brasileira não há um conceito do que se entende por relação especial de sujeição, talvez seguindo o entendimento de alguns autores espanhóis<sup>31</sup>, citados por Vera Regina Hippler<sup>32</sup> em dissertação de mestrado específica sobre o tema e conduzida sob orientação de Dinorá Grotti. Porém, no mesmo trabalho e a partir de lições da doutrina espanhola, propõe-se o seguinte conceito:

“As relações especiais de sujeição são relações jurídico-administrativas nas quais a Administração Pública exerce poder de autoridade dito especial, caracterizadas pela **inserção efetiva e duradoura do administrado no seu âmbito organizacional, das**

---

<sup>31</sup> Ricardo Garcia Macho sustenta: “el concepto de relaciones de especial sujeción no se puede definir abstractamente y aplicarlo posteriormente con uniformidade a los cuatro colectivos clásicos.”, referindo-se aos funcionários, presos, soldados e alunos. Da mesma forma, A. Gallego Anibitarte. Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n.34, p. 11-15 ene.-abr., 1961. p.24: “Hay conceptos em que, dada la indeterminación de la situación de hecho a la que se confieren, no pueden ser definidos; cualquier definición de la Ries será siempre insuficiente y, por tanto, inútil” (Mariano Lopez Benitez. *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*. Madrid: Tecnos, 1992. p.50).

<sup>32</sup> HIPPLER, Vera Regina. Aspectos das Relações Especiais de Sujeição no Direito Administrativo Brasileiro: Natureza Jurídica e Pressupostos Constitucionais. Dissertação (Dissertação em Direito) – PUC. São Paulo, p. 109. 2006.

**quais dimanam um regime jurídico peculiar traduzível numa modulação específica do princípio da legalidade e diferenciado tratamento dos direitos fundamentais e instituições de garantia,** de forma adequada aos fins e interesses específicos de cada relação e com fundamento constitucional-legal.” (g.n.)

Embora lúcido, o conceito proposto não permite aplicação uniforme e a exata identificação e subsunção das situações nas quais as relações de sujeição estariam configuradas. Por esse motivo, nos parece adequado tomar tais relações como noção, fixando dimensões positivas e negativas de incidência com o objetivo de conferir maior concretude ao instituto.

A partir da premissa que o instituto deve ser tomado como noção, nos parece inegável que nenhuma das situações listadas como exemplo de relações especiais de sujeição (e.g. vida funcional dos servidores públicos e dos estudantes de um estabelecimento de ensino; pacientes dos nosocômios em geral e seus visitantes; ou condições de utilização dos livros em uma biblioteca) sequer aproximam da essência da atividade das operadoras de planos de saúde.

Isso porque todas elas, sem exceção, pressupõem um ingresso voluntário e específico na estrutura estatal, tipicamente coincidentes com serviços públicos, ao passo que a situação verificada na atividade das operadoras de planos de saúde é exatamente a inversa, na medida em que é o Estado quem ingressa na composição de direito preexistente, notadamente o direito fundamental de liberdade de atividade econômica, inserindo a autorização de funcionamento como condição ao seu exercício.

Vale transcrever a lição de Ricardo Marcondes Martins<sup>33</sup>, cujo teor denota a condição preexistente do direito ante qualquer regulação:

“Do ponto de vista jurídico, *liberdade* é uma esfera de atuação assegurada às pessoas privadas. nessa esfera elas são relativamente livres para decidir. Liberdade é a prerrogativa de escolher a partir da própria vontade, tendo em vista seus próprios

---

<sup>33</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. op. cit., p. 238.

interesses.<sup>34</sup> (...) O que significa dizer que a atividade econômica é livre? Significa dizer que, em princípio, o administrado pode livremente decidir se vai, ou não, explorá-la, como, quando e onde vai fazê-lo, quanto vai exigir para explorá-la. Um simples exemplo: o administrado é livre para decidir se vai plantar cenoura ou tomate; onde vai plantá-los, se na sua propriedade “a” ou “b”; quando vai realizar a plantação; como vai vender o produto de sua atividade, se vai leva-lo diretamente ao consumidor, se vai vender a intermediário; quanto vai cobrar pela cenoura ou tomate que plantou. Dizer que a atividade é *privada* e que é *livre* é dizer que o agente econômico tem um amplo espaço de *livre decisão*. Perceba-se: ao menos num primeiro momento, só a lei pode restringir a liberdade econômica. Na falta de lei, ela é, em regra, livre; só excepcionalmente a liberdade econômica é diretamente restringida pelos demais princípios constitucionais”.

De rigor pontuar que nenhuma das características acima elencadas são substancialmente modificadas com a superveniência da autorização de funcionamento, bem como se mostram antagônicas com aquelas ostentadas pelas atividades desenvolvidas sob um contrato de concessão, por exemplo, uma vez que capaz de determinar se o sujeito vai, ou não, explorá-la, como, quando e onde vai fazê-lo, assim como quanto vai exigir para explorá-la.

Vera Regina Hippler<sup>35</sup>, no trabalho acima citado, elencou expressamente as atividades econômicas dependentes de autorização como sendo uma daquelas inseridas no rol de situações não submetidas às relações especiais de sujeição. Vejamos:

---

<sup>34</sup> Lecionam Jean Rivero e Hugues Moutouh sobre a *liberdade*: “É uma palavra perigosa. Ater-nos-emos à sua definição mais clássica, a de Littré: ‘Condição do homem que não pertence a nenhum senhor’ e ainda ‘poder agir ou não agir’. Da comparação das duas fórmulas resulta uma ideia essencial: a liberdade é um poder de autodeterminação, em virtude do qual o próprio homem escolhe seus comportamentos pessoais” (*Liberdades Públicas*, trad. de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, São Paulo, Malheiros Editores, 2010, pp. 65-74)

<sup>35</sup> HIPPLER, Vera Regina. op. cit., p. 161.

**“A doutrina estrangeira cita a utilização de serviços públicos impróprios ou virtuais que, no Brasil, não são serviços públicos apenas atividades privadas dependentes de uma autorização do poder público e que, é fácil perceber, não são subsumíveis à categoria da RES. A hipótese está prevista no art. 170, parágrafo único, da Constituição, que faculta à lei subordinar o exercício de certas atividades a uma autorização estatal prévia. Trata-se da autorização como instituto próprio para as atividades privadas. O Estado impõe requisitos para o desempenho das atividades, mas isso não atinge a natureza do serviço nem altera o regime jurídico sob o qual se desenvolve. É um ato de cunho declaratório que será entregue a todo aquele que preencher os requisitos previstos em lei. Esses serviços de utilidade pública ditos “virtuais” são oriundos da doutrina francesa e italiana, são também conhecidos como serviços públicos em sentido amplo e se imiscuem numa brecha deixada pela noção do serviço público em sentido estrito. Suas características seriam:**

- 1 – São atividades eminentemente privadas, ausente, portanto, a *publicatio*, própria dos serviços públicos em sentido estrito;
- 2 – São atividades importantes para o exercício da cidadania e nelas a Administração intervém desde o nascimento, conferindo um título administrativo concreto, a chamada autorização – e impondo obrigações aos particulares quando do desenvolvimento mesmo da atividade de utilidade pública.

Não são, portanto, considerados serviços públicos no Brasil. A doutrina e jurisprudência espanholas, todavia, pródigas na expansão irrazoada e arbitrária do conceito de RES, listam as seguintes atividades como inclusas numa RES: serviço de táxi; as auto-escolas; os farmacêuticos (também inclusos numa RES por pertencerem ao Conselho Profissional respectivo); as centrais de distribuição de leite; os bancos; as agências de viagem. Em suma, qualquer atividade que se reveste de uma utilidade pública é, num primeiro momento, tida como serviço público impróprio ou virtual, e, após, as relações entabuladas pela atividade entre o “autorizado”

(taxista, agente de viagens, farmacêutico, etc.) e Administração são tidas como RES. **É inadequado incluir tais serviços numa RES, pois nenhum dos “autorizados” à prática das atividades ou utilidades pública acima se insere de forma duradoura e efetiva na organização administrativa, o que afasta tal qualificativo para estes indivíduos detentores dessas atividades. Emitida a autorização, a fiscalização da atividade é mero uso dos poderes de polícia à Administração conferidos pela lei de regência da atividade.** O setor bancário é outro incluso numa RES, aliás, um dos preferidos pela jurisprudência espanhola como integrante de uma RES, ora equiparando-se a atividade aos serviços públicos impróprios, ora pela via dos ordenamentos setoriais. Essa é outra relação que melhor seria incluir na tese dos ordenamentos setoriais. Essa inserção não autoriza um poder disciplinar ou um poder de debilitar o princípio da legalidade tão intenso como numa RES, pois tais ordenamentos existem com base numa lei institutiva que deve respeitar o princípio da legalidade. **As razões para as quais se incluem estas atividades numa RES é relaxar as exigências do princípio da legalidade, para justificar a falta de aplicação do princípio do *non bis in idem*, ou para justificar a legitimidade de um regulamento independente, todas situações gravosas para o administrado. A regra naquele país mediterrâneo parece ser sancionar incluindo a atividade na relação que mais punição oferta ao administrador. Obviamente, não se pactua com esse entendimento.”** (g.n.)

Não ignoramos a existência de alguns julgados da Justiça Federal reconhecendo a existência de relação especial de sujeição entre as operadoras de planos de saúde, porém as relevamos por não exporem sequer genérica<sup>36</sup> ou

---

<sup>36</sup> “ADMINISTRATIVO. OPERADORA DE PLANOS DE SAÚDE. REGISTRO NO CRM. OBRIGATORIEDADE. ATIVIDADE PELA QUAL PRESTA SERVIÇO A TERCEIROS. LEIS 9.961/200 E 9.656/98.

- Não se caracteriza qualquer violação ao princípio constitucional da legalidade ou reserva legal. As empresas operadoras encontram-se vinculadas e sujeitas a controle, fiscalização e regulamentação por parte da ANS, sendo diretamente afetadas pelos atos normativos por

detidamente<sup>37</sup> as razões do entendimento sustentado, sobretudo no que tange à natureza jurídica da autorização de funcionamento e de sua aptidão à configuração da relação especial de sujeição.

---

aquela expedidos, pelo fenômeno da relação especial de sujeição. Esta vinculação à ANS, contudo, não obsta sua submissão às demais normas, principalmente aos comandos da Lei 9.656/98.

- A obrigatoriedade do registro exsurge na medida em que deve ser considerada a atividade pela qual a empresa autora, ora apelante, presta seus serviços a terceiros, que é atividade médica, e não sua atividade básica.

- A Resolução Normativa nº 85 da ANS está em conformidade com o disposto no art. 8º da Lei 9.656/98, que estipulou, como exigência para obtenção da autorização de funcionamento, o registro no Conselho Regional de Medicina. Assim sendo, tal registro é condição não só para o funcionamento das empresas que pretendam atuar com planos de saúde, como para sua própria constituição.

- Recurso improvido”

(TRF 2ª Região. Sexta Turma Esp. AC 372403, Rel. Des. FERNANDO MARQUES. DJU 27.02.2007, p. 280)

<sup>37</sup> “DIREITO ADMINISTRATIVO. PODER DE POLÍCIA. OPERAÇÃO DE PLANO DE SAÚDE PRIVADO: ATIVIDADE SUBMETIDA À RELAÇÃO DE ESPECIAL SUJEIÇÃO À ATUAÇÃO DOS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL.

1. As sociedades operadoras de plano de saúde submetem-se à fiscalização dos Conselhos Regionais de Medicina e Odontologia, nos termos do art. 8º, I, da Lei 9.651-98, e por consequência se obrigam ao pagamento das respectivas contribuições.

2. Apelo desprovido.

(...)

A exigência, vale saber, não é extensível às seguradoras-saúde. Contudo, a GOLDEN CROSS, como da leitura dos já mencionados atos constitutivos, não é uma seguradora para os fins aqui tratados, por não se enquadrar da descrição realizada pelo art. 1º, II, da Lei 9656, e sim no inciso I, não estando ela adstrita ao controle da Superintendência de Seguros Privados, e sim da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Logo, a exigência deverá ser cumprida, porque consignada em Lei. **Lembra este relator que o fenômeno que se revela aqui é o de ocorrência ou não de “relação de especial sujeição”. Originada da obra de Otto Mayer, que a batizou, foi reconhecida pelo direito alemão, seguida do Italiano e por fim no Brasil. Entende-se por “relação de especial sujeição” a que se forma entre Estado e particulares integrantes de sua esfera de atuação administrativa e cujos atos submetem-se de forma mais direta e intensa ao poder estatal para o melhor atendimentos dos fins públicos. Consoante a própria teoria original o objetivo de sua existência é permitir que o Estado possa se movimentar de melhor forma a fim de impor os deveres aos particulares sem uma sujeição ossificada à lei formal. Impõe-se ainda dizer que as “relações de especial sujeição” não são incompatíveis com a legalidade administrativa e o princípio da legalidade em geral, mais são forma de impedir a impotência da Administração diante das múltiplas complexidades que formam as**

Portanto, à luz da natureza e finalidade da autorização de funcionamento, reputa-se insuficiente para submeter a atividade das operadoras de planos de saúde ao regime jurídico da denominada relação especial de sujeição.

## **CAPÍTULO 4 – LIMITES DA ATUAÇÃO DA ANS**

### **4.1 – Função Regulatória**

De acordo com VITAL MOREIRA<sup>38</sup>, a concepção de função regulatória não é consensual na doutrina:

“Começando por referir apenas a regulação estadual da economia, são numerosas e assaz divergentes as definições. Assim, para Mitnick (1980:7) regulação é o “controle público administrativo da atividade privada de acordo com regras estabelecidas no interesse público” (*public administrative policing of a private activity with respect to a rule prescribed in public interest*). Na definição de J. C. Strick (1990: 3), a regulação consiste na “imposição de regras e controles pelo Estado com o propósito de dirigir, restringir ou alterar o comportamento econômico das pessoas e das empresas, e que são apoiadas por sanções em caso de desrespeito”. Para M. Moran (1986: 185) regulação é o sistema pelo qual “a discricção dos indivíduos ou instituições é restringida por meio da imposição de normas (*rules*)”. Segundo Francis (1993: I, 5) a regulação é a “intervenção do Estado nas esferas de atividade privada, para realizar finalidades públicas”. Desde logo, quanto à amplitude do conceito, aparecem-nos três concepções de regulação (Jarass, 1987:77): (a) em sentido amplo, é toda a forma de intervenção do Estado na economia, independentemente dos seus instrumentos e fins; (b) num sentido mais abrangente, é a intervenção estadual na

---

**realidades individuais a ela submetidas segundo os limites de atribuição legal que entendemos ser próprios no caso.”**

(TRF 2ª Região. Segunda Turma Esp. AP 2002.02.01.017642-5, Rel. Des. ANDRE FONTES. j. em 24.03.2004)

<sup>38</sup> MOREIRA, Vital. Auto-regulação profissional e administração pública. Coimbra: Almedina, 1997, pp. 34/35.

economia por outras formas de que não a participação directa na atividade económica, equivalendo, portanto, ao condicionamento, coordenação e disciplina da atividade económica privada; (c) num sentido restrito, é somente o condicionamento *normativo* da atividade económica privada (por via de lei ou outro instrumento normativo)”.

Trazendo a discussão para o direito brasileiro, assim leciona Ricardo Marcondes Martins<sup>39</sup>:

“o *caput* do art. 174<sup>40</sup> da CF reza ser o Estado *agente normativo e regulador* da atividade econômica. Nos termos da lição já fixada (*supra*, I/6), não se presumem palavras inúteis no texto; somente se não for possível dar uma utilidade ao signo constitucional é que ele pode ser desprezado pelo intérprete. Pois bem: se “regulador”, nesse dispositivo, se reportasse ao sentido comum ou natural de “editor de normas”, “disciplinado”, o signo “normativo” seria inútil. Para compreender o texto constitucional faz-se mister esclarecer o seguinte: tecnicamente, toda *função estatal* é *normativa*, julgar é precipuamente editar normas concretas, administrar é, em regra, editar normas concretas, mas normas concretas não deixam de ser *normas*. Ocorre que os juristas, por um equívoco amplamente generalizado, costumam utilizar o signo “normativo” apenas para as *normas abstratas*. O constituinte seguiu a tradição linguística: utilizou o signo “normativo” no texto constitucional para se referir à edição de *normas abstratas*. Afirmou-se que, enquanto a função legislativa caracteriza-se precipuamente pela realização de ponderações no plano abstrato, a função administrativa caracteriza-se pela realização de ponderações no plano concreto. Sem embargo, o próprio texto constitucional, no inciso V do art. 49 e no §4º do art. 169,<sup>41</sup> indica a

---

<sup>39</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. op. cit., pp. 104/106

<sup>40</sup> “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 poder público e indicativo para o setor privado”.

<sup>41</sup> Dispõe o inciso V do art. 49: “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) V – sustar os *atos normativos do Poder Executivo* que exorbitem do poder

possibilidade de *função administrativa normativa*, quer dizer, edição de normas abstratas pela Administração (...). Pois bem: regulação no *caput* do art. 174 não tem o significado de “estabelecer normas abstratas”, pois esse é o significado de “agente normativo”. A palavra “regulação” é, assim, *constitucionalmente ambígua*: em diversos dispositivos é utilizada no sentido genérico de “estabelecer normas”, no *caput* do art. 174 é utilizada num sentido específico ou técnico. *Regulação administrativa em sentido estrito*, primeira conclusão, não consiste numa atividade normativa no sentido constitucional da palavra, quer dizer, na edição de normas abstratas, na realização de ponderações autônomas ou não autônomas no plano abstrato. *Regular* é, nesse dispositivo, para os fins constitucionais, efetuar *ponderações no plano concreto*.

No mesmo sentido é a lição de Marçal Justen Filho<sup>42</sup>:

“A função administrativa regulatória envolve uma manifestação diferenciada e peculiar da função conformadora antes referida. É composta pelos poderes para disciplinar setores empresariais, dispondo sobre a conduta individual e coletiva. Vale-se de medidas jurídicas de permissão e proibição, mas também se utiliza de mecanismos de incentivo e desincentivo, o que compreende inclusive o fomento a atividades privadas. O vocábulo “regulatória” vem sendo aplicado, de modo especial, para referir a atuação estatal mais recente, em que o atendimento diretamente pelo Estado das necessidades coletivas (função administrativa prestacional) é substituído pela atuação da iniciativa privada. A regulação consiste no conjunto de providências por meio das quais o Estado busca

---

regulamentar ou dos limites de delegação legislativa” (g.n.). E o §4º de art. 169: “§4º. Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que *ato normativo motivado de cada um dos Poderes* especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoa” (g.n.)

<sup>42</sup> FILHO, Marçal Justen. op. cit., pp. 98/99.

disciplinar o desempenho pela iniciativa privada de atividades de interesse coletivo. A função administrativa regulatória costuma ser atribuída a entidades administrativas dotadas de autonomia reforçada, tal como as agências reguladoras independentes”.

Colhe-se como características gerais que as definições de “regulação” incluem essencialmente atos de controle e direção de acordo com determinada norma (regra ou princípio) ou sistema, tendo como característica comum de intervenção pública que repercute na operação de atividades econômicas.

Dentro desse contexto, há diversas formas de regulação administrativa das atividades econômicas, conforme ressalta Ricardo Marcondes Martins<sup>43</sup>:

*“A regulação administrativa refere-se à atividade econômica: é a interferência da Administração Pública sobre a atividade econômica. Como já antecipado (supra, II/6.4.4), essa interferência pode dar-se por três formas: pela restrição ao direito fundamental à liberdade econômica; pela indução ao exercício ou não exercício desse direito; pela exploração estatal da atividade econômica. Noutras palavras: a regulação pode dar-se por direção ou ordenação; por indução ou fomento; por participação ou exploração direta.”*

O presente trabalho abordará apenas, portanto, a regulação por ordenação, da qual são destinatárias as operadoras de planos de saúde, haja vista que tem por essência a imposição de restrições ao direito fundamental à livre iniciativa econômica, inerente às atividades econômicas como aquelas desenvolvidas pelas operadoras referenciadas.

#### **4.1.1. – Natureza Jurídica das Agências Reguladoras – Autarquias sob Regime Especial**

O exercício das atividades inerentes às agências reguladoras, como visto, pode implicar restrição de direitos fundamentais e, por consequência, apenas pode

---

<sup>43</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. op. cit., pp. 240/241.

ser levada a termo por pessoa jurídica de direito público. Esta situação, conjugada com a autonomia para o desempenho da função, autoriza a adoção da forma de autarquia para a descentralização da regulação estatal.

A definição inaugural de autarquia, no direito brasileiro, é atribuída ao Decreto-Lei nº 6.016/42, cujo artigo 2º a conceituava como o “serviço estatal descentralizado, com personalidade de direito público, explícita ou implicitamente reconhecida por lei”.

O Decreto-Lei 200/67, em seu artigo 5º, inciso I, trouxe o conceito hoje em vigor, classificando a autarquia como “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.”

Apesar das diferenças entre os conceitos, as autarquias, muito por conta do trabalho da doutrina e da jurisprudência, sempre ostentaram personalidade jurídica de direito público, bem como exigiram criação por lei, requisito que ganhou assento constitucional na CF de 88, conforme redação do inciso XIX do artigo 37<sup>44</sup>.

De acordo com Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>45</sup>, autarquias são aquelas que:

“gozam de liberdade administrativa nos limites da lei que as criou; *não são subordinadas* a órgão algum do Estado, mas apenas *controladas*, como ao diante melhor se esclarece. Constituindo-se em centros subjetivados de direitos e obrigações distintos do Estado, seus assuntos são assuntos próprios; seus negócios, negócios próprios; seus recursos, não importa se oriundos de trespasse estatal ou hauridos como produto da atividade que lhes seja afetada,

---

<sup>44</sup> Art. 37

(...)

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

<sup>45</sup> DE MELLO, Celso Antonio Bandeira. op. cit., p. 165.

configuram recursos e patrimônio próprios, de tal sorte que desfrutam de “autonomia” financeira, tanto como administrativa; ou seja, suas gestões administrativa e financeira necessariamente são de suas próprias alçadas – logo, descentralizadas. Sempre se entendeu, pois, como é natural, que as autarquias por serem pessoas, embora intraestatais, são centros subjetivados de direitos e obrigações distinto do Estado.” (grifos no original)

No mesmo sentido é a lição de Hely Lopes Meirelles<sup>46</sup>, ressaltando a autonomia das autarquias:

“A autarquia não age por *delegação*; age por *direito próprio* e com autoridade pública, na medida do *jus imperii* que lhe foi *outorgado* pela lei que a criou. Como pessoa jurídica de Direito Público interno, a autarquia traz ínsita, para a consecução de seus fins, uma parcela do poder estatal que lhe deu vida. Sendo um ente autônomo, não há *subordinação hierárquica* da autarquia para com a entidade estatal a que pertence, porque, se isto ocorresse, anularia seu caráter autárquico. Há mera *vinculação* à entidade-matriz, que, por isso, passa a exercer um controle legal, expresso no poder de correção finalística do serviço autárquico.” (grifos no original)

Fica claro, portanto, o nível de liberdade titularizado pelas autarquias para atuar dentro e de acordo com os limites fixados pela respectiva lei de criação.

Dentro desse contexto doutrinário, a questão que surge concentra-se na identificação das características e principais diferenças entre as autarquias “comuns” e as autarquias submetidas a *regime especial*, como é o caso das agências reguladoras.

Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>47</sup> destacada que, como fruto da “Reforma Administrativa”:

---

<sup>46</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo, Malheiros Ed., 1998, p. 298.

<sup>47</sup> DE MELLO, Celso Antonio Bandeira. op. cit., p. 173.

“surgiram algumas autarquias qualificadas como “autarquias sob regime especial”. São elas as denominadas “agências reguladoras”. Não havendo lei em alguma que defina genericamente o que se deva entender por tal regime, cumpre investigar, em cada caso, o que se pretende com isto. A ideia subjacente continua a ser a de que desfrutariam de uma liberdade maior do que as demais autarquias. Ou seja: esta especialidade do regime só pode ser detectada verificando-se o que há de peculiar no regime das “agências reguladoras” em confronto com a generalidade das autarquias.”

As agências reguladoras não possuem assento constitucional tampouco contam com uma lei geral disciplinando abstratamente suas características e os elementos de subsunção. Variam, portanto, de acordo com cada lei de criação das autarquias, o que não inviabiliza, contudo, a identificação de notas características, apontadas por Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>48</sup>:

“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 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.” (grifo no original)

Assim, fica claro que a principal diferença entre as autarquias “comuns” e aquelas sob regime especial, classificação que atribuível à doutrina, consiste apenas (e por força da ausência de sistematização constitucional ou legal específica) no grau de autonomia em relação à Administração Direta conferido pela respectiva lei

---

<sup>48</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 436.

de criação, perceptível sobretudo na estabilidade garantida aos seus dirigentes por meio de mandato fixo<sup>49</sup>.

#### 4.1.2. – A Regulação por Agências Reguladoras

Evidentemente, a regulação não é atividade exclusiva das agências reguladoras, tampouco do Estado<sup>50</sup>, e sempre foi desenvolvida sem órgãos independentes, pela própria Administração Pública Direta.

O Estado, por exemplo, sempre conduziu política industrial e de comércio manejando impostos de importação e exportação para estimular ou desestimular condutas (caráter extrafiscal do tributo) de acordo com o interesse nacional de incentivar a produção, ampliar a competitividade com o mercado externo, garantindo o abastecimento dos produtos.

A regulação apenas passou a ser desenvolvida por agências reguladoras a partir de 1996, com a criação da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (Lei nº 9.427/96), sucedida pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (Lei nº 9.472/97) e a Agência Nacional de Petróleo – ANP (Lei 9.478/97), todas num momento econômico de latente desestatização, acompanhados pela revisão da lei dos portos (Lei 8.630/93) e defesa da concorrência (Lei 8.884/94) e a disciplina das concessões e permissões (Leis 8.987/95). A ANATEL e a ANP, aliás, são as únicas

---

<sup>49</sup> “Registra-se, por ora, que a única particularidade marcante do tal *regime especial* é a nomeação pelo Presidente da República, sob aprovação do Senado, dos dirigentes da autarquia, com garantia, em prol destes, de mandato a prazo certo. Cabe, entretanto, anotar desde já que tal garantia não pode ser entendida como capaz de ultrapassar o período de governo da autoridade que procedeu às nomeações, pois isto violaria prerrogativas constitucionais de seu sucessor. Os demais traços que são apontados nas leis disciplinadoras de algumas das agências reguladoras para caracterizar o regime especial nada lhes agregam de peculiar em relação a quaisquer outras autarquias” (MELLO, p. 173/174)

<sup>50</sup> Não é só o Estado que exerce atividade regulatória, valendo citar, a título de exemplo, funções regulatórias desenvolvidas pelo próprio setor privado, como ocorre com o Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária (CONAR), responsável pelo controle do conteúdo de peças publicitárias veiculadas nos meios de comunicação.

agências com assento constitucional, conforme disposto no arts. 21, XI<sup>51</sup>, e 177, §2º, I<sup>52</sup>, da CF.

Vale transcrever o histórico do desenvolvimento das agências reguladoras, pontuado pelo hoje ministro Luis Roberto Barroso<sup>53</sup>:

“A constatação de que o Estado não tem recursos suficientes para todos os investimentos necessários e que, além disso, é geralmente um mau administrador, conduziu ao processo de transferência para o setor privado da execução de ampla gama de serviços públicos. Mas o fato de determinados serviços públicos serem prestados por empresas privadas concessionárias não modifica a sua natureza pública<sup>17</sup>: o Estado conserva responsabilidades e deveres em relação à sua prestação adequada. Daí a privatização haver trazido drástica transformação no papel do Estado: em lugar de protagonista na execução dos serviços, suas funções passam a ser as de planejamento, regulação e fiscalização. É nesse contexto histórico que surgem, como personagens fundamentais, as *agências reguladoras*. (...) Quanto às atividades econômicas propriamente ditas, o art. 174 da Constituição de 1988 já previra a função reguladora a ser desempenhada pelo Estado. Não obstante, muito antes, entre as décadas de 30 e de 70, surgiram alguns órgãos estatais com funções reguladoras, como por exemplo, o Conselho Nacional de Telecomunicações – CONTEL e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Estes órgãos resistiram ao longo do

---

<sup>51</sup> Art. 21. Compete à União: (...) XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:](#))

<sup>52</sup> Art. 177. (...)

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995](#))

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União; ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995](#))

<sup>53</sup> Disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1007,101048-Agencias+Reguladoras> – Acesso realizado em 20.08.2018, às 22:49.

tempo, mas viram frustrada sua efetiva atuação reguladora porque, à exceção do CADE, nasceram subordinados, decisória e financeiramente, ao Poder Executivo, fosse à Presidência da República, ou mesmo a algum Ministério. Recentemente, por força de modificações introduzidas por Emendas à Constituição de 1988, passou-se a ter previsão expressa, em sede constitucional, de órgãos reguladores para os setores de telecomunicações (nova redação dada ao art. 21, XI<sup>21</sup>, da Constituição Federal, pela EC 8/95) e de petróleo (o inciso III<sup>22</sup> do § 2º do art. 177 da Constituição ganhou nova redação com a EC 9/95). Tais reformas possibilitaram não só a introdução de órgãos reguladores, aos quais a legislação infraconstitucional sabiamente dotou de *autonomia*, mas também a expansão da atividade regulatória para outras áreas. Até o início de 2002, haviam sido criadas no país as seguintes agências: a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, prevista na Lei 9.472, de 16.07.97; a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, instituída pela Lei 9.427, de 26.12.96; a Agência Nacional do Petróleo – ANP, que foi instituída pela Lei 9.478, de 6.08.97; a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Lei 9.782, de 26.01.99); a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (Lei 9.961, de 28.01.2000), a Agência Nacional de Águas – ANA (Lei 9.984, de 17.07.2000), e as recentes Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, ambas criadas pela Lei nº 10.233, de 5.06.2001. A Comissão de Valores Mobiliários, que para muitos já era uma agência reguladora, recebeu da Lei nº 10.411 de 26.02.2002 maior grau de autonomia, incluindo mandatos estáveis para seus dirigentes.”

Diante das naturais e necessárias adaptações de institutos importados, como é o caso das agências reguladoras, de inspiração norte-americana<sup>54</sup> – cujo sistema jurídico (*Common Law*) é essencialmente distinto do sistema brasileiro (*Civil Law*) –, a autonomia das agências reguladoras não é absoluta, uma vez a CF estabelece o princípio da inafastabilidade da jurisdição, o que não retira, contudo, a essência do modelo implementado.

A lição de PEDRO DUTRA<sup>55</sup>, citado por Marcos Juruena Vilella Souto<sup>56</sup>, deixa clara a preservação dos principais aspectos do modelo:

“Quatro fatores concretos contribuíram para definir o modelo moderno das agências reguladoras. O primeiro, a necessidade de decisões em tempo econômico, dirimindo conflitos entre prestadores e entre estes e usuários. Setores como os de serviços públicos demandam altos investimentos de instalação e de manutenção e a solução tardia de conflitos vulnera investimentos e compromete o devido atendimento ao consumidor. O segundo fator é a habilitação técnica da agência, que lhe permita enfrentar a complexidade inerente aos serviços regulados, inclusive exigindo dos prestadores

---

<sup>54</sup> “A adoção das agências reguladoras ao quadro político-jurídico brasileiro foi iniciada apenas na década de 90, mais de um século após a criação da primeira agência reguladora independente nos Estados Unidos (*Interstate Commerce Commission*), em 1887. A criação dessas entidades se insere no cenário mais amplo de reformas do Estado da década de 1990. Sustentava-se, então, que o caminho rumo ao modelo gerencial de administração pública passava pela implantação de laboratórios, especialmente nas autarquias voltadas para atividades exclusivas do Estado, visando iniciar o processo de transformação em agências autônomas, ou seja, em agências voltadas para resultados, dotadas de flexibilidade administrativa e ampla autonomia de gestão. As agências brasileiras, criadas sob forte inspiração do modelo norte-americano (*independent regulatory agency*), foram implementadas em meio a um cenário que apresentava as condições adequadas para o começo de uma nova era na regulação estatal. Apesar da mencionada inspiração do modelo norte-americano, não se pode olvidar da influência europeia, fundamentalmente da matriz francesa, na feição das agências reguladoras brasileiras. A título de exemplo, vale mencionar que a denominação das agências na França (*autorités administratives indépendantes*) foi consagrada no art. 9º da Lei nº 9.472/97 ao dispor que a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL – atuará como “autoridade administrativa independente”. (Disponível em <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/1687> - Acesso realizado em 01/09/2018 às 20:47.

<sup>55</sup> SOUTO, Marcos Juruena Vilella. *A fiscalização dos serviços públicos privatizados*. Rio de Janeiro: Gazeta Mercantil, 20.10.98, p. A-3.

<sup>56</sup> Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 216: 125-162, abr./jun 1999

obediência às inovações tecnológicas. O terceiro é de ordem econômica: a tensão a ser permanentemente dominada, entre a tendência ao monopólio natural, inerente a esses serviços, e o fato de eles deverem ser prestados em um regime constitucional de livre mercado. O quarto fator opera no plano jurídico: aqui a tensão se acha na conciliação do interesse público, imantado pelo conjunto dos consumidores, e o interesse privado, manifestado nas empresas prestadoras dos serviços. A eficiência de uma agência reguladora será medida pelo funcionamento harmônico desses seus elementos inexas, e também pelo estrito cumprimento das regras legais que lhe disciplinam a ação. **Esta se desdobra em três planos, objetivos e complementares entre si: a edição de regras específica, destinadas aos prestadores de serviço e aos consumidores, a fiscalização do cumprimento dessas regras, dos contratos específicos e da lei, por parte dos prestadores, e, por fim a repressão à violação das regras legais, das obrigações contratuais e das normas regulatórias pelos prestadores de serviço**". (grifos nossos)

Diante disso, é possível concluir que as agências reguladoras, cujo modelo foi importado, com adaptações, do sistema norte-americano, são pessoas jurídicas concebidas especificamente para regular e fiscalizar atividades predeterminadas pela respectiva lei de criação.

#### **4.1.3. – Agências Reguladoras ou Agências Regulamentadoras?**

Embora denominadas agências reguladoras, deve-se verificar se a atuação é guiada pela *regulação* ou se, pelo contrário e apesar de sua denominação, têm competência de *regulamentação* dos temas previamente inseridos nas respectivas leis de criação.

No Direito Brasileiro, *regulamento* significa a edição de normas gerais e abstratas privativamente pelo chefe do Poder Executivo para operacionalizar a

aplicação do disposto na norma legal, conforme redação do artigo 84, inciso IV, da CF:

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

IV – sancionar, promulgar e fazer publicas as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.

Apesar de geral e abstrato, o regulamento não se confunde (e nem poderia se confundir) com a lei, pois, além de faltar ao chefe do Poder Executivo para editá-la, lhe falta também o tração de novidade, conforme leciona Marcello Caetano<sup>57</sup>:

“em sentido material o regulamento tem afinidades com a lei em virtude de sua *generalidade*, pois os regulamentos possuem sempre caráter genérico. Mas distingue-se dela por lhe faltar *novidade*, visto as suas normas serem, pelo que toca à limitação de direitos individuais, simples desenvolvimento ou aplicação de outras normas, essas inovadoras. (grifos no original).

Na essência, trata-se de apenas um nível de ponderação distinto, pois, em um nível, o legislador toma as normas constitucionais como parâmetro para a edição de leis, ao passo que, em outro nível, o Poder Executivo toma as leis como parâmetro para a edição de regulamento, conforme posicionamento de Ricardo Marcondes Martins<sup>58</sup>:

“O legislador efetua uma ponderação no plano abstrato e fixa um meio de concretização dos princípios constitucionais. A Administração deve, no plano concreto, atentar para a ponderação legislativa. Sem embargo, antes de cumprir a lei, deve efetuar também uma ponderação no plano abstrato, em antecipação ao caso

---

<sup>57</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1997. v1, p. 97.

<sup>58</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. op. cit., p. 108.

concreto. Quer dizer: supondo-se que a lei será integralmente cumprida, fazem-se necessárias normas que tornem possível o cumprimento da ponderação legislativa pela Administração. Essas normas, necessárias ao cumprimento da lei, são editadas pelo chefe do Executivo: são chamadas de *regulamentos* e sua edição é chamada de *regulamentação*. A ponderação efetuada pelo chefe do Executivo – percebe-se – também é abstrata, mas *instrumental* da ponderação legislativa.”

Apesar da existência de entendimento em sentido diverso<sup>59</sup>, reputa-se que todo regulamento no Direito Brasileiro é executivo (da lei ou da CF), conforme lição de Ricardo Marcondes Martins<sup>60</sup>:

“Todo *regulamento* no Direito Brasileiro é *executivo*. Logo, não se admitem *regulamentos autônomos* ou *independentes* e *autorizados* ou *delegados*. Nos termos do inciso IV do art. 84 da CF, os regulamentos são introduzidos por *decreto* apenas para a “fiel execução da lei”. A vedação aos regulamentos autorizados é decorrência da interpretação *a contrario* da previsão de lei delegada (art. 68) e do estabelecimento de vigência temporal para as delegações efetuadas antes da Constituição de 1998 (inciso I do art. 25 do ADCT). Como afirmado, a edição de regulamentos e dos respectivos veículos introdutórios – decretos – é privativa do chefe do Executivo. Há uma clássica exceção, extraída da interpretação sistemática do ordenamento: quando se fazem necessárias *averiguação* ou *operacionalização técnica* para precisar os conceitos utilizados na lei, os quais sofrem o influxo de rápida mudança pela modificação das circunstâncias fáticas, a *regulamentação* pode ser editada diretamente pelo respectivo órgão técnico. Assim, por

---

<sup>59</sup> “Quem não se recusa a conhecer a realidade sabe que existem, no direito positivo brasileiro, três tipos de regulamentos: os *de execução*, os equivocadamente chamados de ‘*delegados*’ e os *autônomos*.” GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros ed., 1996, p. 187.

<sup>60</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. op. cit., p. 108.

exemplo, o arrolamento de substâncias que causem dependência física ou psíquica pode ser efetuado pela Secretaria de Saúde: a regulamentação da lei, nesse caso, pode ser veiculada em portaria.

E prossegue, agora tratando especificamente da impossibilidade de qualificar os decretos previstos nas alíneas do inciso VI do art. 84 da CF como regulamentos autônomos:

“Os decretos previstos nas alíneas do inciso VI do art. 84 da CF, cuja redação foi determinada pela Emenda Constitucional 32/2001, podem ser delegados, nos termos do parágrafo único do mesmo dispositivo, aos ministros, no âmbito federal, e, pelo princípio da simetria, aos secretários, nos âmbitos estadual e municipal. Trata-se de *regulamentos impróprios*, pois não importam, propriamente, a regulamentação de um diploma legislativo. O previsto na alínea “a” decorre da separação dos Poderes e, pois, da prerrogativa de cada Poder de se administrar: decreto expedido para organização e funcionamento da Administração, quando não implique aumento de despesa, criação ou extinção de órgãos públicos. O previsto na alínea “b” consiste numa ponderação em concreto, é uma exceção ao paralelismo das formas: decreto para extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos. Disposição do patrimônio público é, no sistema brasileiro, dependente de autorização legislativa; por isso, a criação de cargo ou função deve dar-se por lei; se foi criado por lei, deverá ser extinto por lei. O poder reformador, porém, atribuiu a competência ao chefe do Executivo: trata-se de *norma administrativa concreta* editada por decreto. Se nem regulamentos são, por óbvio, não são regulamentos autônomos.”

No mesmo sentido, vale transcrever a ponderação de Geraldo Ataliba<sup>61</sup>:

---

<sup>61</sup> ATALIBA, Geraldo. *Liberdade e poder regulamentar*. R. Inf. legisl. Brasília a.17 n. 66 abr./jun. 1980.

“É até ridículo que um brasileiro, tratando da faculdade regulamentar, à luz do nosso direito, abra um tópico sob tal designação. Tão ridículo como seria criar um capítulo sobre a inspiração de Alah a ação dos seus delegados-governantes. Nos dois casos, a finalidade de menção seria afirmar o não cabimento do próprio estudo, pela inexistência de reconhecimento constitucional a esses institutos. Só quem haja estudado muito o direito persa ou paquistanês; só quem haja embebido embriagadoramente das instituições islâmicas; só quem nunca tenha perpassado os olhos pelas Constituições brasileiras, desde 1824, pode invocar o Corão como regra positiva, entre nós, ou as diretrizes de Alah ou de Maomé, para o exercício das funções políticas, constitucionalmente reguladas. O mesmo se diga do regulamento autônomo. Diante de um texto constitucional que prescreve que o regulamento só se justifica para a **fiel execução das leis** (art. 81, III, 2ª parte), pode mencionar a ideia de regulamento autônomo, neste contexto, é gesto de grande ousadia. Cogitar disso, no Brasil, principalmente de 1981 para cá, é destruir, arrasar, negar a tripartição do poder. É recusar-lhe o reconhecimento de seu cunho de pedra basilar, ou **chave de abóbada** do sistema.” (grifos no original)

A regulação prevista no *caput* do art. 174 da CF, de interesse ao presente trabalho, porém, não tem o sentido de fixar normas gerais e abstratas, pois, como ressalta Ricardo Marcondes Martins<sup>62</sup>, esse é o significado de “agente normativo”, o que justifica o uso da palavra “regulador” em vez de “regulamentador”.

“A palavra “regulação” é, assim, *constitucionalmente ambígua*: em diversos dispositivos é utilizada no sentido genérico de “estabelecer normas”, no *caput* do art. 174 é utilizada num sentido específico ou técnico. *Regulação administrativa em sentido estrito*, primeira conclusão, não consiste numa atividade normativa no sentido constitucional da palavra, quer dizer, na edição de normas abstratas, na realização de ponderações autônomas ou não autônomas no

---

<sup>62</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. op. cit., p. 106.

plano abstrato. *Regular* é, nesse dispositivo, para os fins constitucionais, efetuar *ponderações no plano concreto*. Diante disso, é justificado o uso do signo “regulador”, e não “regulamentador”. Na língua inglês a palavra *regulation*, mesmo no sentido técnico ou estrito, principalmente no campo jurídico, diz respeito também à edição de normas no plano abstrato. No Direito Norte-Americano *regulation* abrange o sentido do signo português de “regulamentação”, pois em Inglês este inexistente. Há que se enfatizar: no Português isso não ocorre. Nos termos já explicados, o significado técnico difundiu-se por causa da Cibernética, e esta foi enunciada inicialmente no idioma inglês. Ao ingressar nos demais idiomas o conceito importou a criação de um signo novo e, pois, a dissociação dos conceitos. Por exemplo: no Português, “regulação” e “regulamentação”; no Francês, *régulation* e *réglementation*; no Italiano, *regolazione* e *regolamentazione*. A origem inglesa da palavra “regulação”, a inexistência em Inglês do signo “regulamentação” e, pois, a utilização pelos juristas norte-americanos do termo “regulação”, no sentido técnico ou específico, também para a edição de normas abstratas pela Administração levaram muitos juristas brasileiros à confusão. Sublinha-se: os conceitos jurídico-positivos de *regulação* e *regulamentação* são substancialmente distintos.

Nesse contexto, tem-se que a *regulamentação* consiste em atividade de produção de normas gerais e abstratas, de forma secundária pois derivada da lei ou da CF, ao passo que a *regulação* se refere à edição de normas concretas, produzidas a partir da identificação de comportamentos que desequilibram determinado mercado regulado e, por isso, atribuível às agências reguladoras.

#### **4.2. – A competência da Agência Nacional de Saúde Suplementar**

A Lei nº 9.961/00, que cria a ANS, lhe atribui uma série de funções sobre o mercado de assistência suplementar à saúde, conforme se extrai do *caput* do art. 1º da referida lei:

“Art. 1º É criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro - RJ, prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional, como órgão de **regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.**” (grifos nossos)

A lei, portanto, atribui poder normativo sobre toda atividade de assistência à saúde complementar, conforme disposto no art. 3º e na extensa lista de fixada no art. 4º da lei, cujos dispositivos de relevo ao presente trabalho estão destacados:

“Art. 3º A ANS terá por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.

Art. 4º Compete à ANS:

I - propor políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar - Consu para a regulação do setor de saúde suplementar;

II - estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras;

III - elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei no 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades;

IV - fixar critérios para os procedimentos de credenciamento e descredenciamento de prestadores de serviço às operadoras;

V - estabelecer parâmetros e indicadores de qualidade e de cobertura em assistência à saúde para os serviços próprios e de terceiros oferecidos pelas operadoras;

VI - **estabelecer normas para ressarcimento ao Sistema Único de Saúde - SUS;**

**VII - estabelecer normas relativas à adoção e utilização, pelas operadoras de planos de assistência à saúde, de mecanismos de regulação do uso dos serviços de saúde;**

VIII - deliberar sobre a criação de câmaras técnicas, de caráter consultivo, de forma a subsidiar suas decisões;

**IX - normatizar os conceitos de doença e lesão preexistentes;**

X - definir, para fins de aplicação da Lei no 9.656, de 1998, a segmentação das operadoras e administradoras de planos privados de assistência à saúde, observando as suas peculiaridades;

XI - estabelecer critérios, responsabilidades, obrigações e normas de procedimento para garantia dos direitos assegurados nos arts. 30 e 31 da Lei nº 9.656, de 1998;

**XII - estabelecer normas para registro dos produtos definidos no inciso I e no § 1º do art. 1º da Lei no 9.656, de 1998;**

XIII - decidir sobre o estabelecimento de sub-segmentações aos tipos de planos definidos nos incisos I a IV do art. 12 da Lei no 9.656, de 1998;

XIV - estabelecer critérios gerais para o exercício de cargos diretivos das operadoras de planos privados de assistência à saúde;

XV - estabelecer critérios de aferição e controle da qualidade dos serviços oferecidos pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, sejam eles próprios, referenciados, contratados ou conveniados;

**XVI - estabelecer normas, rotinas e procedimentos para concessão, manutenção e cancelamento de registro dos produtos das operadoras de planos privados de assistência à saúde;**

XVII - autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, ouvido o Ministério da Fazenda; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

**XVIII - expedir normas e padrões para o envio de informações de natureza econômico-financeira pelas operadoras, com vistas à homologação de reajustes e revisões;**

XIX - proceder à integração de informações com os bancos de dados do Sistema Único de Saúde;

XX - autorizar o registro dos planos privados de assistência à saúde;

XXI - monitorar a evolução dos preços de planos de assistência à saúde, seus prestadores de serviços, e respectivos componentes e insumos;

XXII - autorizar o registro e o funcionamento das operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem assim sua cisão, fusão, incorporação, alteração ou transferência do controle societário, sem prejuízo do disposto na Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

**XXIII - fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento;**

XXIV - exercer o controle e a avaliação dos aspectos concernentes à garantia de acesso, manutenção e qualidade dos serviços prestados, direta ou indiretamente, pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde;

XXV - avaliar a capacidade técnico-operacional das operadoras de planos privados de assistência à saúde para garantir a compatibilidade da cobertura oferecida com os recursos disponíveis na área geográfica de abrangência;

**XXVI - fiscalizar a atuação das operadoras e prestadores de serviços de saúde com relação à abrangência das coberturas de patologias e procedimentos;**

XXVII - fiscalizar aspectos concernentes às coberturas e o cumprimento da legislação referente aos aspectos sanitários e epidemiológicos, relativos à prestação de serviços médicos e hospitalares no âmbito da saúde suplementar;

XXVIII - avaliar os mecanismos de regulação utilizados pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde;

XXIX - fiscalizar o cumprimento das disposições da Lei no 9.656, de 1998, e de sua regulamentação;

**XXX - aplicar as penalidades pelo descumprimento da Lei nº 9.656, de 1998, e de sua regulamentação;**

XXXI - requisitar o fornecimento de informações às operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem como da rede prestadora de serviços a elas credenciadas;

XXXII - adotar as medidas necessárias para estimular a competição no setor de planos privados de assistência à saúde;

XXXIII - instituir o regime de direção fiscal ou técnica nas operadoras;

XXXIV - proceder à liquidação extrajudicial e autorizar o liquidante a requerer a falência ou insolvência civil das operadoras de planos privados de assistência à saúde; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

XXXV - determinar ou promover a alienação da carteira de planos privados de assistência à saúde das operadoras; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

XXXVI - articular-se com os órgãos de defesa do consumidor visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde, observado o disposto na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990;

XXXVII - zelar pela qualidade dos serviços de assistência à saúde no âmbito da assistência à saúde suplementar;

XXXVIII - administrar e arrecadar as taxas instituídas por esta Lei.

XXXIX - celebrar, nas condições que estabelecer, termo de compromisso de ajuste de conduta e termo de compromisso e fiscalizar os seus cumprimentos; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

XL - definir as atribuições e competências do diretor técnico, diretor fiscal, do liquidante e do responsável pela alienação de carteira. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

**XLI - fixar as normas para constituição, organização, funcionamento e fiscalização das operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o da Lei no 9.656, de 3 de junho de 1998, incluindo:** (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

a) conteúdos e modelos assistenciais; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

b) adequação e utilização de tecnologias em saúde; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

c) direção fiscal ou técnica; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

d) liquidação extrajudicial; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

e) procedimentos de recuperação financeira das operadoras; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

f) normas de aplicação de penalidades; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

g) garantias assistenciais, para cobertura dos planos ou produtos comercializados ou disponibilizados; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

XLII - estipular índices e demais condições técnicas sobre investimentos e outras relações patrimoniais a serem observadas pelas operadoras de planos de assistência à saúde. (Vide Medida Provisória nº 2.177-43, de 2001) (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 1º A recusa, a omissão, a falsidade ou o retardamento injustificado de informações ou documentos solicitados pela ANS constitui infração punível com multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), podendo ser aumentada em até vinte vezes, se necessário, para garantir a sua eficácia em razão da situação econômica da operadora ou prestadora de serviços. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 2º As normas previstas neste artigo obedecerão às características específicas da operadora, especialmente no que concerne à natureza jurídica de seus atos constitutivos.

A lei, portanto, estabelece uma série de pontos sobre os quais a ANS deve exercer o poder normativo (que desdobra na função normativa, julgadora e de registro), dentro os quais se encontra o poder para “fiscalizar o cumprimento das disposições da Lei no 9.656, de 1998, e de sua regulamentação” e “aplicar as

penalidades pelo descumprimento da Lei nº 9.656, de 1998, e de sua regulamentação”.

E foi sobretudo com suporte neste dispositivo que a ANS editou a já mencionada RN nº 124/06<sup>63</sup>, antecedida por resoluções semelhantes, que “dispõe sobre a aplicação de penalidades para as infrações à legislação dos planos privados de assistência à saúde”, dando a equivocada impressão de que as infrações estariam previstas em lei.

Contudo, a partir da simples análise da redação da RN, é possível verificar que dedicou quase que sua integralidade à tipificação de condutas proibidas, adotando a mesma estrutura dos tipos previstos na legislação penal. Vejamos alguns exemplos:

#### **“Autorização de Funcionamento**

Art. 18. Exercer a atividade de operadora de plano privado de assistência a saúde sem autorização da ANS:

Sanção – multa de R\$ 250.000,00; (Redação dada pela RN nº 396, de 25/01/2016)

multa diária no valor de R\$ 10.000,00. (Redação dada pela RN nº 396, de 25/01/2016)

#### **Registro de Produto**

Art. 19. Operar produto sem registro na ANS:

Sanção – multa de R\$ 250.000,00; (Redação dada pela RN nº 396, de 25/01/2016)

suspensão do exercício do cargo por 180 (cento e oitenta) dias. (Redação dada pela RN nº 396, de 25/01/2016)

§1º Considera-se, também, operar produto sem registro a comercialização de produtos suspensos ou cancelados. (Redação dada pela RN nº 396, de 25/01/2016)

§2º Na hipótese de reincidência, será aplicada inabilitação temporária de exercício de cargo pelo prazo de 1 (um) ano, sem

---

63

prejuízo da aplicação de multa prevista no caput. (Incluído pela RN nº 396, de 25/01/2016)

#### **Produto Diverso do Registrado**

Art. 20. Operar produto de forma diversa da registrada na ANS, em desacordo com as características definidas ou vedadas pela legislação e seus regulamentos: (Redação dada pela RN nº 396, de 25/01/2016)

Sanção – advertência;  
multa de R\$ 50.000,00.

#### **Produto Bloqueado ou em Extinção de Entidade de Autogestão**

Art. 20-A. Ofertar produto bloqueado ou em extinção de entidade de autogestão. (Incluído pela RN nº 148, de 2007)

Sanção - advertência;  
Multa de R\$ 25.000,00.

#### **Grupo Restrito de Beneficiários**

Art. 20-B. Ofertar produto ativo à beneficiário distinto do grupo restrito da modalidade autogestão. (Incluído pela RN nº 148, de 2007)

Sanção - advertência;  
multa de R\$ 25.000,00.

#### **Contrato coletivo em desacordo com a regulamentação**

Art. 20-C. Permitir a adesão de novos beneficiários em contratos coletivos que permaneçam em desacordo com a legislação em vigor. (Incluído pela RN nº 195, de 2009)

Sanção - multa de R\$ 50.000,00.”

A questão derradeira que se coloca, portanto, é se os dispositivos legais indicados dão (e caso positivo se poderiam dar) autorização à ANS para, sob o pretexto do exercer o poder normativo, criar infrações administrativas, como aquelas veiculadas na RN 102/06.

#### **4.2.1. – O Poder Normativo da Agência Nacional de Saúde Suplementar**

É inegável que as agências reguladoras dispõem de amplo poder normativo, que inclui não só a regulamentação das leis incidentes sobre as atividades sujeitas à

fiscalização, como também, em menor nível e intensidade, sobre matérias não disciplinadas pela lei.

O uso de palavras como “nível” e “intensidade” para tratar da extensão do poder normativo é sintomática da dificuldade que se tem para determinar com exatidão até onde as agências reguladoras podem regular algo, sem que, com tal normativa, acabe violando o princípio da legalidade e o princípio da separação dos poderes. Dificuldade que, aliás, abre margem para disputas ideológicas, embora o próprio ordenamento jurídico forneça elementos para o estabelecimento de ao menos limites gerais à atividade normativa das agências reguladoras.

Assim, considerando que as teses normalmente postas acabam se valendo de argumentos constitucionais e principiológicos, vale agora analisar quais prevalecem para determinar os limites da atuação das agências reguladoras, especialmente em se tratando de poder para criação de tipos infracionais, objeto do presente trabalho.

#### **4.2.2. – Princípio da legalidade**

No Brasil, o princípio da legalidade está previsto nos artigos 5º, inciso II, 37, *caput* e 84, inciso IV, da CF, que assim dispõem:

“Art. 5º. (...)

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

“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 (...).”

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

IV – (...) expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.”

Acerca do sentido do princípio da legalidade, vale transcrever a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>64</sup>:

:

“Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atender para o fato de que ele é a *tradução jurídica* de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social –, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral. O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da *cidadania*. Nesta última se consagra a radical subversão do anterior esquema de poder assentado na relação soberano-súdito (submisso). Instaure-se o princípio de que todo poder emana do povo, de tal sorte que os cidadãos é que são proclamados como os detentores do poder. Os governantes nada mais são, pois, que representantes da sociedade. O art. 1º, parágrafo único, da Constituição dispõe que: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Além disto, é a representação popular, o Legislativo, que deve, impessoalmente, definir na lei e na conformidade da Constituição os interesses públicos e os meios e modos de persegui-los, cabendo ao Executivo, cumprindo dias leis, dar-lhes concreção necessária. Por isto se diz, na conformidade da máxima oriunda do Direito inglês, que no Estado

---

<sup>64</sup> DE MELLO, Celso Antonio Bandeira. op. cit., pp. 103/106.

de Direito quer-se o governo das leis, e não o dos homens; impera a *rule of law, not of men*.

(...)

Michel Stassinopoulos, em fórmula sintética e feliz, esclarece que, além de não poder atuar *contra legem* ou *praeter legem*, a Administração só pode agir *secundum legem*.<sup>65</sup> Aliás, no mesmo sentido é a observação de Alessi, ao averbar que a função administrativa se subordina à legislativa não apenas porque a lei pode estabelecer proibições e vedações à Administração, mas também porque esta só pode fazer aquilo que a lei antecipadamente autoriza. Afonso Rodrigues Queiró afirma que a Administração “é a *longa manus* do legislador” e que “a atividade administrativa é a atividade de subsunção dos fatos da vida real às categorias legais”.

As previsões constitucionais são claras e não deixam margem à inovação, conforme já mencionado quando em capítulo anterior tratamos dos decretos autônomos. Acontece, porém, que, conforme leciona Carlos Ari Sundfeld, citado por Dinorá Grotti<sup>66</sup>:

“nos novos tempos, o Poder Legislativo faz o que sempre fez: edita leis, frequentemente com alto grau de abstração e generalidade. Só que, segundo os novos padrões da sociedade, agora essas normas não bastam, sendo preciso normas mais diretas para tratar das especificidades, realizar o planejamento dos setores, viabilizar a intervenção do Estado em garantia do cumprimento ou a realização daqueles valores: proteção do meio ambiente e do consumidor, busca do desenvolvimento nacional, expansão das telecomunicações nacionais, controle sobre o poder econômico – enfim, todos esses que hoje consideramos fundamentais e cuja persecução exigimos do Estado.”

---

<sup>65</sup> *Traité des Actes Administratifs*, Athenas, Librairie Sirey, 1954, p. 69.

<sup>66</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, mai/jun/jul de 2006.

A atribuição de poder normativo às agências reguladoras, portanto, implica aprofundamento da atuação normativa do Estado, e não constitui produção de “regulamentos autônomos ou coisa parecida, pois todas as competências devem ter base legal – mesmo porque só a lei pode criá-las, conferindo-lhes (ou não) poderes normativos”.

De acordo com Luis Roberto Barroso<sup>67</sup>:

“a grande dificuldade que envolve a discussão sobre o poder normativo das agências reguladoras diz respeito ao seu convívio com o princípio da legalidade. É preciso determinar os limites dentro dos quais é legítima a sua flexibilização, sem que se perca sua identidade como uma norma válida e eficaz. É neste território que se opera a complexa interação – ainda não totalmente equacionada – entre a reserva legal, de um lado, e fenômenos afetos à normatização de condutas, como o poder regulamentar, a delegação legislativa e a polêmica figura da deslegalização, entendida como a retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei, para atribuí-las à disciplina das agências.”

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>68</sup>, a competência das agências reguladoras deve, porém, limitar-se “aos chamados regulamentos administrativos ou de organização, só podendo dizer respeito às relações entre os particulares que estão em situação de sujeição especial ao Estado” – lembrando que, como visto em tópico anterior, não há relação especial de sujeição entre as operadoras de planos de saúde e a ANS.

No mesmo sentido, vale transcrever a lição de Lúcia Valle Figueiredo<sup>69</sup>:

---

<sup>67</sup> BARROSO, Luis Roberto. Agências reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 229: 285-311, jul./set. 2002.

<sup>68</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 151.

<sup>69</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros. 6. ed. ver., atual. e ampl., 2003, p. 141.

“No Direito brasileiro, obrigações somente se criam por lei e o poder regulamentar do Presidente da República limita-se a fixar os parâmetros e os *standards* para a execução da lei, atribuição específica do Executivo. É certo, todavia, que se deve tentar entender os textos das emendas constitucionais, precisamente as que se referem expressamente a órgãos reguladores, como sendo a eles cometidas as funções de traçar os parâmetros dos **contratos de concessão**, sempre submissos à lei” (grifo nosso)

O tema já foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, registrada sob o nº 1668/DF e relatada pelo Min. Marco Aurélio (hoje sob condução do Min. Edson Fachin)<sup>70</sup>, cujo objeto consistiu no cotejo de dispositivos da Lei Geral de Telecomunicações. O Supremo Tribunal Federal decidiu, em medida liminar, que os dispositivos da lei apenas subsistiriam se interpretados conforme a CF, fixando que “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”.

É evidente que, mesmo para as atividades em que há a caracterização da relação especial de sujeição, não há ampla liberdade para inovação, conforme lição de Celso Antonio Bandeira de Mello:

“(...) enquanto não construímos categorias próprias para explicar detidamente as aludidas situações, há que aceitar a categoria das relações especiais de sujeição – ainda que bastante reformadas em relação a sua formulação de origem –, de tal sorte que todas as discussões erigíveis ao respeito delas, para se manterem dentro do campo de um impostergável realismo, cifrar-se-ão a indagar sobre as **condições e limites de exercício dos poderes que comportam**. Assim, pode-se entender como indispensável, pelo menos, os

---

<sup>70</sup> Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1682731>. Acesso realizado em 07/09/2018 às 19:13.

seguintes condicionantes positivos de quaisquer destes poderes (sejam restritivos, sejam ampliativos), a saber:

- a) tenham que *encontrar seu fundamento último em lei* que, explícita ou implicitamente, confira aos estabelecimentos e órgãos públicos em questão atribuições para expedir ditos regramentos, os quais consistirão em especificações daqueles comandos;
- b) que os referidos poderes possam exhibir seu *fundamento mediato naquelas mesmas relações de sujeição especial*, tal como, *e.g.*, poderes contratuais encontram fundamento no contrato;
- c) restrinjam suas disposições ao que for instrumentalmente necessário ao cumprimento das finalidades que presidem ditas relações especiais;
- d) mantenham-se rigorosamente afinadas com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de sorte a que todo excesso se configure como inválido; e
- e) conservem seu objeto atrelado ao que for relacionado tematicamente e, em geral, tecnicamente com a relação especial que esteja em causa.

Por outro lado, seriam seus condicionantes negativos:

- a) não podem infirmar qualquer direito ou dever, ou seja, não podem contrariar ou restringir direitos, deveres ou obrigações decorrentes de norma (princípio ou regra) de nível constitucional ou legal, nem prevalecer contra a superveniência destes;
- b) não podem extravasar, em relação aos abrangidos pela supremacia especial (por suas repercussões), nada, absolutamente nada que supere a intimidade daquela específica relação de supremacia especial;
- c) não podem exceder em nada, absolutamente nada, o estritamente necessário para o cumprimento dos fins da relação de supremacia especial em causa;
- d) não podem produzir, por si mesmas, consequências que restrinjam ou elidam interesses *de terceiros, ou os coloquem em situação de dever*, pois, de tal supremacia, só resultam relações circunscritas à intimidade do vínculo entretido entre a Administração e quem nele se encontre internado. Ressalvam-se, apenas, por

óbvio, as decisões cujos efeitos sobre este, por simples consequência lógica irrefragável, repercute na situação de um terceiro.

Luciano Parejo Alfonso<sup>71</sup> nos dá notícia de que a relação de sujeição especial atualmente reaparece como uma “**modulação específica do princípio da legalidade**” e que para Ossenbühl esta se apresenta na conformidade dos seguintes pressupostos: “1º) quando o grau (insuficiente) de ‘maturidade’ para ser objeto de regulação (em virtude de componente científica ou tecnológica ou da operatividade de fatores políticos ou culturais) impõe, por si mesmo, a procedência de um poder normativo complementar (do Legislativo) do Governo; 2º) quando concorra uma certa refratariedade à regulação, gerando uma verdadeira impossibilidade material a que o Parlamento produza ou ao menos a ultime em termos idôneos (pela dinâmica de mudança a que a matéria está sujeita); 3º) quando, por suas características, a matéria apresente um forte impacto do valor da personalidade, como ocorre, desde logo, com as de assistência sanitária ou social e na de ensino”.

É certo, portanto, que de fato o princípio da legalidade não engessa (e nem poderia engessar) a atividade das agências reguladoras, bastando que a lei de criação confira *standards* suficientes para que a normatização ocorra dentro do previsto pela lei, mas de modo que seu silêncio, contudo, não seja tomado como pretexto para a agência substituir-se ao Poder Legislativo, que possui reserva para legislar sobre determinadas matérias.

#### **4.2.3. – Princípio da legalidade no Direito Administrativo Sancionador**

O Direito Sancionador, denominador comum do Direito Penal e do Direito Administrativo, pauta-se num conjunto de normas (princípios e regras) voltadas a

---

<sup>71</sup> In “La categoría de las relaciones especiales de sujeción”, p. 138, na obra *Problemática de la Administración Contemporánea*.

condicionar o exercício do poder punitivo estatal contra os direitos fundamentais dos administrados, sobretudo a liberdade e a propriedade, coibindo o arbítrio.

Muito embora as doutrinas brasileira e estrangeira repute que o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador não são absolutamente idênticos<sup>72</sup>, lhes atribuem a mesma essência principiológica<sup>73</sup>, cuja incidência independe da natureza da pena imposta pelo Estado.

No estágio histórico atual, em que vigora o Estado Democrático de Direito, o princípio que nesse contexto se coloca como núcleo fundamental do Direito Sancionador é o da legalidade, na medida em que submete o Estado à vontade do povo e ao interesse público, manifestada pela ordem jurídica.

Nas palavras de Marçal Justen Filho<sup>74</sup>:

“O percurso do direito administrativo retrata a lenta e inevitável transição do autoritarismo para a democracia. Não mais se admite a ideia de *ato discricionário* e se reconhece que apenas alguns aspectos do ato administrativo envolvem margem de liberdade de escolha para o agente público. Os controles à atividade administrativa do Estado são cada vez mais amplos. É inquestionável

---

<sup>72</sup> A nosso ver, o entendimento deve ser revisado para atribuir ao Direito Administrativo Sancionador as mesmas garantias procedimentais e materiais do Direito Penal, como a presunção de inocência e a legalidade estrita, considerando, por exemplo, (i) a identidade de origem do poder punitivo; (ii) a impossibilidade de se classificar genericamente a liberdade de locomoção como direito fundamental de maior densidade face ao direito à propriedade, especificamente como fator determinante para justificar a flexibilização do procedimento obrigatório ao Estado para o exercício do *ius puniendi*; e (iii) a assimetria procedimental existente entre o processo penal e o processo administrativo sancionador à luz dos bens jurídicos tutelados, haja vista a observância do processo penal para crimes cujas penas se limitam a restritivas de direitos ou pecuniárias (especialmente em caso de crime ambiental cometido por pessoa jurídica), enquanto autos de infração que veiculam multas pautadas no faturamento bruto de pessoas jurídicas ou até mesmo embargo das atividades, seguem ritualística sensivelmente menos rigorosa – não é incomum autuações sustentadas na presunção de veracidade do ato administrativo, mesmo quando disponíveis outros (e mais adequados) meios de prova à demonstração da infração.

<sup>73</sup> NIETO GARCÍA. *Derecho administrativo sancionador*.

<sup>74</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 77/78.

que toda liberdade atribuída ao agente estatal tem de ser exercida de modo compatível com os princípios e regras fundamentais. O conceito original de Estado de Direito foi sendo enriquecido pela evolução histórica. As experiências trágicas dos regimes totalitários, em especial o alemão, o italiano e o soviético, vividas ao longo do século XX, conduziram à constatação de que nenhum poder político pode ser legitimado sem respeito à soberania popular e aos direitos fundamentais. O Estado Democrático de Direito caracteriza-se não apenas pela supremacia da Constituição, pela incidência do princípio da legalidade e pela universalidade da jurisdição, mas pelo respeito aos direitos fundamentais e pela supremacia da soberania popular. Também envolver reconhecimento da condição do cidadão como sujeito de direito, de que decorre o compromisso com a realização da dignidade humana e os direitos fundamentais, inclusive por meio de uma atuação estatal ativa e interventiva”.

O princípio da legalidade, porém, assume uma feição diferente no Direito Administrativo Sancionador por força do art. 5º, inciso XXXIX, da CF, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A CF, vale anotar, não diz “portaria”, “decisão de diretoria colegiada” ou “resolução”, mas sim lei, notadamente em sentido formal.

Não é minimamente concebível atividade punitiva do Estado, mesmo quando desempenhada por agências reguladoras, sem que pautada em lei em sentido formal, dado que a incursão em infrações e a imposição de penalidades a particulares, como visto, implica ingresso estatal na essência de suas atividade, bens e patrimônio, notadamente de densidade fundamental.

A legalidade, como pilar do Estado Democrático de direito, reclama que tanto a infração administrativa quanto a respectiva sanção estejam explicitamente previstos em lei formal. Para Marçal Justen Filho “não se pode imaginar um Estado Democrático de Direito sem o princípio da legalidade das infrações e sanções”<sup>75</sup>.

---

<sup>75</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 1008.

Na lição de Marcos Juruena Villela Souto<sup>76</sup>:

“O que não cabe é a fixação de multas no decreto deslegalizado, sem que tal parâmetro conste de lei. A *deslegalização não é a transferência ilimitada de sede normativa de determinada matéria, não abrangendo os temas sujeitos à reserva de lei*; nesse passo, em que pese a discricionariedade atribuída aos administradores – reguladores ou não – para a aplicação de penalidades, estas devem ter sede legal e sempre precedidas do devido processo legal, como determina o art. 5º, CF”

Na mesma linha doutrina Leila Cuéllar<sup>77</sup>:

“Questão sobre maneira delicada diz respeito à possibilidade (ou não) de as sanções administrativas serem estabelecidas em regulamento oriundo das próprias agências. Sob este ângulo, e conforme já destacado, frise-se que a entidade reguladora não detém competência para criar tipos penais administrativos. Em razão da natureza jurídica da sanção – e dos contornos firmes de segurança e estabilidade jurídicas por ela exigidas num Estado Democrático de Direito – é de se descartar a validade de criação de tipos penais administrativo por parte das agências”

Nesse sentido, é evidente que a legalidade se desdobra na tipicidade, voltada a atribuir previsibilidade à conduta dos administrados. Para Fabio Medina Osório, sem a garantia da tipicidade, os cidadãos atingidos ou potencialmente afetados pela atuação sancionatória estatal ficariam expostos às desigualdades, a níveis intoleráveis de riscos de arbitrariedade e caprichos dos Poderes Públicos. Daí porque a tipicidade é fundamental para fixar liminar de movimentação Estado<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*, p. 121.

<sup>77</sup> CUÉLLAR, Leila. *Introdução às agências reguladoras brasileiras*, p. 69.

<sup>78</sup> OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito administrativo sancionador*, p. 265.

Mesmo para aqueles que sustentam haver alguma *flexibilidade* do Direito Administrativo Sancionador, que daria às agências reguladoras espaço para sistematizar as regras sancionadoras, tem-se como uníssona a necessidade de a norma sancionadora ser completa.

De acordo com Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara<sup>79</sup>, para a aplicação de sanções no âmbito da regulação administrativa, é necessário haver norma não só prévia, mas completa. Norma completa é aquela que cumpre o dever de especificação, isto é, que seja capaz de antecipar, em abstrato, para os sujeitos envolvidos (regulados, usuários, interessados e reguladores), tanto a qualificação jurídica dos fatos futuros quanto o conteúdo dos atos administrativos possíveis, devendo atender aos requisitos de abrangência, profundidade e consistência.

Toda norma punitiva pressupõe certo grau de detalhamento que seja suficiente para garantir ao administrado conhecer a medida em que o exercício de suas atividades incide ou não em determinada infração administrativa.

Na lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>80</sup>, o uso comum de expressões como “descumprimento das normas” ou “violação às disposições previstas nesta lei”, “não cumprir obrigação prevista em lei” não atendem ao núcleo mínimo de tipicidade, ofendendo, por via reflexa, a segurança jurídica. E prossegue:

“Ora, todas essas expressões são vagas e igualmente comportam uma valoração subjetiva por parte do agente público, não sendo suficientes para conferir a *objetividade necessária* que atende à garantia assegurada pelo *princípio da tipicidade*. A nefasta consequência de normas sancionadoras com essas características é a inevitável *transmutação de discricionariedade em arbítrio*, visto que *inexistirão parâmetros razoáveis* para delimitar a atuação do aplicador da norma. Fácil deduzir-se a devastação que as *incertezas, causadas por cenários de alargada discricção administrativa ou*

---

<sup>79</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA. Dever de regulamentar nas sanções regulatórias. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, p. 34.

<sup>80</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no Direito Administrativo Sancionador. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 9-28, out./dez. 2013.

*legislativa*, podem gerar na atividade de planejamento econômico dos administrados, em especial para aqueles agentes que atuam em regime de livre iniciativa. Além de afronta ao *princípio da tipicidade* e, via reflexa, ao *princípio da segurança jurídica*, as expressões que confirmam ou levem a supor a abertura de *excesso de discricão* para o aplicador da norma (Estado Juiz ou Estado Administração) acabam por aniquilar o *princípio da isonomia*. A norma deve, obrigatoriamente, estabelecer *tipos delitivos* que guardem correlação lógica com a aplicação de *sanções* que sejam *proporcionais* aos ilícitos administrativos cometidos ou, expresso de outra forma, tipos que correspondam a condutas que efetivamente relevem desconformidade com bens jurídicos merecedores de proteção.”

Nesse contexto doutrinário, fica claro que a competência prevista no art. 4º, inciso XXX, da Lei nº 9.961/00, para a ANS “*aplicar as penalidades pelo descumprimento da Lei nº 9.656, de 1998, e de sua regulamentação*”, é flagrantemente insuficiente para justificar a criação de infrações administrativas, tal como fez a RN 124/06 que, portanto, padece de flagrante vício de legalidade.

## **CONCLUSÃO**

A importância da regulação da atividade das operadoras de planos de saúde é inegável, dado o elevado impacto que o serviço causa na vida dos beneficiários, de modo que infrações administrativas como a indevida negativa de cobertura sem dúvida devem existir.

A questão que se coloca, contudo, é a forma que tem sido adotada pela ANS, talvez pela inércia do Legislativo ou com seu aval tácito, para a criação de infrações administrativas, subvertendo as funções típicas atribuídas aos poderes constituídos e aceitando que agências reguladoras exerçam poderes incompatíveis com o sistema democrático escolhido pelo constituinte.

A exigência de previsão da infração em lei formal, ainda que soe como algo acessório, na verdade configura inquestionável garantia constitucional da legitimidade dos atos emanados do Poder Público, e deve ser respeitada, apesar do

progressivo desgaste institucional do Poder Legislativo perante a sociedade como fórum de discussão, cujos temas cada vez mais estão sendo canalizados ao Poder Executivo (via sucessivas medidas provisórias) e ao Poder Judiciário.

Nesse sentido, é certo que atuação da ANS nestes moldes, salvo exceções pontuais, como é o caso das infrações previstas no art. 302 da Lei nº 7.565/86 (Código de Aeronáutica), aplicável à Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), não é isolada na Administração Pública, se estendendo a órgãos ambientais municipais e estaduais que rotineiramente editam infrações administrativas em decretos, portarias e resoluções, assim como órgãos de defesa do consumidor que se utilizam do Código de Defesa do Consumidor, que não típica uma conduta sequer, para impor sanções administrativas.

Portanto, apesar do contexto fático existente, deve-se retomar o cumprimento da Constituição Federal, reconhecendo-se o valor do direito à propriedade, para censurar a criação de infrações administrativas sem o prévio e indispensável processo legislativo, garantindo-se não só a discussão da temática pelos representantes do povo, como também a garantia de um mínimo de segurança jurídica às atividades destinatárias da norma.

## **REFERÊNCIAS**

ATALIBA, Geraldo. Liberdade e poder regulamentar. R. Inf. legisl. Brasília a.17 n. 66 abr./jun. 1980.

BARROSO, Luis Roberto. Agências reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e legitimidade democrática. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 229: 285-311, jul./set. 2002.

CAETANO, Marcello. Manual de direito administrativo. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1997. v1, p. 97.

CUÉLLAR, Leila. Introdução às agências reguladoras brasileiras, p. 69.

DE MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo, 32ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 151.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 436.

Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1741189> – Acesso realizado em 30.06.2018 às 20:52.

Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1682731>. Acesso realizado em 07/09/2018 às 19:13.

Disponível em <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=Mzk0> - Acesso realizado em 14 de julho de 2018, às 18:29.

Disponível em <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=Nzkw>. Acesso realizado em 07/09/2018 às 16:11.

Disponível em <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf> - Acesso realizado em 14 de julho de 2018, às 18:03

Disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1007,101048-Agencias+Reguladoras> – Acesso realizado em 20.08.2018, às 22:49.

Fausto Bruno Menezes – Disponível em <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/1687>

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros. 6. ed. ver., atual. e ampl., 2003, p. 141.

FILHO, Marçal Justen. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público, cit., p. 45

GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. São Paulo: Malheiros ed., 1996, p. 187.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, mai/jun/jul de 2006.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O serviço público e a Constituição brasileira de 1998. São Paulo: Malheiros, 2003.

HIPPLER, Vera Regina. Aspectos das Relações Especiais de Sujeição no Direito Administrativo Brasileiro: Natureza Jurídica e Pressupostos Constitucionais.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, p. 1008.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 77/78.

MÂNICA, Fernando Borges. O Setor Privado nos Serviços Públicos de Saúde, Belo Horizonte, Fórum, 2010, pp.196/197.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Regulação Administrativa à Luz da Constituição Federal, São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 23. ed. São Paulo, Malheiros Ed., 1998, p. 298.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no Direito Administrativo Sancionador. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 9-28, out./dez. 2013.

MOREIRA, Vital. Auto-regulação profissional e administração pública. Coimbra: Almedina, 1997, pp. 34/35.

NIETO GARCÍA. Derecho administrativo sancionador.

OSÓRIO, Fabio Medina. Direito administrativo sancionador, p. 265.

POMPEU, Cid Tomanik. Autorização Administrativa, 1ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1992, p. IV.

Resolução Normativa nº 85 de 7 de dezembro de 2004 – Disponível em <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=ODgx> – Acesso em 10 de agosto de 2018 às 22:03.

Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 216: 125-162, abr./jun 1999

SOUTO, Marcos Juruena Vilella. A fiscalização dos serviços públicos privatizados. Rio de Janeiro: Gazeta Mercantil, 20.10.98, p. A-3.

SOUTO, Marcos Juruena Vilella. Direito administrativo regulatório, p. 121.

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público, 5ª ed., 2ª tir., São Paulo, Malheiros Editores, 2011, pp.83/84.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA. Dever de regulamentar nas sanções regulatórias. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, p. 34.

Traité des Actes Administratifs, Athenas, Librairie Sirey, 1954, p. 69.